

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
Facultad de Derecho

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL
"MANUEL BROSETA PONT"

AUTONOMÍA NEGOCIAL Y SUJECCIÓN
NORMATIVA EN LA INFORMACIÓN
BANCARIA

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

M^a DE LOURDES FERRANDO VILLALBA

Dirigida por:

PROF. DR. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Valencia, 1998

UMI Number: U607478

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607478

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA CC. SOCIALS BIBLIOTECA
Nº Registre <u>26408</u>
DATA <u>09/04/2001</u>
SIGNATURA <u>010.T 4434</u>
Nº LIBIS: <u>1036125</u>

Nº Dòcs 1036109

A mi maestro,
D. José Miguel Embid Irujo.

SUMARIO

ABREVIATURAS	1
--------------------	---

PRIMERA PARTE.- EL DEBER DE INFORMAR

INTRODUCCIÓN	13
--------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO. MARCO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DE LAS INFORMACIONES BANCARIAS.....	21
---	----

I. RELEVANCIA DE LA INFORMACIÓN BANCARIA EN EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD DE COMPETENCIA	21
--	----

II. EL SERVICIO DE INFORMACIÓN PRESTADO POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y EL DEBER DE SECRETO BANCARIO.....	32
---	----

CAPÍTULO SEGUNDO. EL DEBER DE INFORMAR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL CLIENTE BANCARIO.....	43
---	----

I. EVOLUCIÓN Y EFICACIA DE LAS NORMAS SOBRE TRANSPARENCIA.....	43
A) EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA.....	43
B) LA DISCUTIDA EFICACIA JURÍDICA DE LAS CIRCULARES	47

II. EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN LAS NORMAS SOBRE TRANSPARENCIA	50
A) LA RELACIÓN DE CLIENTELA.....	52
B) NORMAS PROTECTORAS DE LA CLIENTELA QUE IMPONEN OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN	54
C) OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN DERIVADAS DE LAS NORMAS Y CÓDIGOS DE CONDUCTA EN LOS MERCADOS DE VALORES	66

II

III. EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y DEL ADHERENTE A CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	73
A) LEGISLACIÓN VIGENTE. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN.....	74
B) ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN. CONDICIÓN GENERAL Y CLÁUSULA ABUSIVA.....	77
1. LAS CONDICIONES GENERALES Y SU CONTROL	77
2. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES.....	83
IV. RECAPITULACIÓN	85

CAPÍTULO TERCERO. EL DEBER DE INFORMAR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO COMO DEBER GENERAL EN LAS RELACIONES CON SUS CLIENTES.....	91
--	-----------

I. ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA QUE INCIDEN EN EL DEBER DE INFORMAR.....	91
A) CARACTERES PROPIOS DE LAS OPERACIONES BANCARIAS.....	92
B) NOTAS CARACTERIZADORAS DE LA RELACIÓN BANCA-CLIENTE	95
II. MANIFESTACIONES DEL DEBER DE INFORMAR EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA	97
A) EL DEBER DE INFORMAR EN DETERMINADOS CONTRATOS BANCARIOS DE GESTIÓN.....	100
1. EL DEBER DE INFORMAR AL CUENTACORRENTISTA	101
a) NATURALEZA Y CARACTERES DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE	101
b) DEBER DE INFORMACIÓN DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO EN EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA	101

2. EL DEBER DE INFORMAR EN LOS CONTRATOS DE DEPÓSITO, ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE VALORES NEGOCIABLES	110
a) CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE DEPÓSITO DE TÍTULOS VALORES Y DE ADMINISTRACIÓN DE TÍTULOS REPRESENTADOS MEDIANTE ANOTACIONES EN CUENTA	111
b) ACTIVIDADES DE ASESORAMIENTO EN EL CONTRATO DE GESTIÓN DE CARTERAS DE VALORES	116

III. EL FUNDAMENTO DEL DEBER DE INFORMAR DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO	124
A) DEBER DE INFORMACIÓN Y DEBER DE CONSEJO	124
B) EL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE COMO FUNDAMENTO DEL DEBER DE INFORMAR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.....	125

SEGUNDA PARTE.- INFORMES COMERCIALES BANCARIOS

INTRODUCCIÓN	137
--------------------	-----

CAPÍTULO PRIMERO. SUPUESTOS BÁSICOS DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.....	143
---	-----

I. LA CONFIRMACIÓN TELEFÓNICA DE CHEQUES POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO LIBRADA	146
A) NEGATIVA DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO LIBRADA A PRESTAR INFORMACIÓN SOBRE LA PROVISIÓN EN LA CUENTA DEL LIBRADOR.....	151
B) INFORMACIONES SOBRE LA SOLVENCIA DEL LIBRADOR.....	156
C) CONFIRMACIÓN TELEFÓNICA SOBRE LA EXISTENCIA DE PROVISIÓN.....	157

IV

II. LA PRESTACIÓN DE INFORMES SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO.....	169
A) CARACTERIZACIÓN INICIAL DE LA PRESTACIÓN DE INFORMES SOBRE SOLVENCIA.....	173
B) CONCEPTO Y CARACTERES DE LOS INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.....	185
C) REQUISITOS SUBJETIVOS PARA LA PRESTACIÓN DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.....	191
D) ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LOS INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.....	196
CAPÍTULO SEGUNDO. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.....	201
I. CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICO-SOCIAL DEL CONTRATO.....	201
A) EL INTERÉS DE LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE LOS INFORMES COMERCIALES PROPORCIONADOS POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.....	201
B) ALGUNOS SUPUESTOS RELEVANTES.....	208
C) ELEMENTOS DEL CONTRATO DE INFORMES COMERCIALES.....	211
1. EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE INFORMES COMERCIALES.....	213
a) DECLARACIÓN TÁCITA DE VOLUNTAD	214
b) INTERÉS CONTRACTUAL E INTENCIÓN DE OBLIGARSE.....	221
c) ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA EXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL.....	223
2. OBJETO	226
3. CAUSA.....	231

a) DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA CAUSA EN EL CONTRATO DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.....	233
b) CAUSA Y TIPO EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.....	236
II. DELIMITACIÓN RESPECTO DE FIGURAS CONTRACTUALES TÍPICAS:	
CONTRATO DE OBRA Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.....	238
III. CARACTERES DEL CONTRATO	248
IV. ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO	254
A) LA ENTIDAD DE CRÉDITO.....	254
B) EL SOLICITANTE DEL INFORME.....	255
C) INTERVENCIÓN DE OTRA ENTIDAD DE CRÉDITO EN LA ELABORACIÓN DEL INFORME.....	257
V. CONTENIDO DEL CONTRATO: OBLIGACIONES DE LAS PARTES.....	260
A) DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO	260
1. ¿OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADO? CRITERIOS DE DISTINCIÓN.....	261
2. LA MEDIDA DE LA DILIGENCIA EXIGIBLE A LA ENTIDAD DE CRÉDITO.....	269
B) DEL SOLICITANTE DE LA INFORMACIÓN.....	273
 CAPÍTULO TERCERO. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INFORMACIÓN SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO Y EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL	 275

I. LA LEGISLACIÓN SOBRE TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. PRINCIPIOS GENERALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	275
A) CONSIDERACIONES PREVIAS.....	275
B) LA POLÍTICA LEGISLATIVA.....	281
C) ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.....	285
1. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN.....	285
2. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN.....	290
D) PRINCIPIOS QUE RIGEN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.....	293
1. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA CALIDAD DE LOS DATOS.....	295
2. PRINCIPIOS RELATIVOS AL TRATAMIENTO LEGÍTIMO DE LOS DATOS.....	298
II. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INFORMACIÓN SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO (ART. 28 LORTAD).....	304
A) ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 28 DE LA LORTAD.....	306
B) EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DE LOS DATOS EN LOS FICHEROS SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO.....	308
1. EL CONCEPTO DE FUENTES ACCESIBLES AL PÚBLICO.....	309
2. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO BASADA EN LA PROPIA FINALIDAD DEL FICHERO.....	313
C) FICHEROS SOBRE CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DINERARIAS.....	314
1. TIPOS DE FICHEROS SOBRE CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DINERARIAS.....	316
2. CONTROLES SOBRE LA CALIDAD DE LOS DATOS Y LA SEGURIDAD DEL SISTEMA INFORMÁTICO.....	320

D) ESPECIAL RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE FINALIDAD DE LOS DATOS.....	323
E) EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCESO, RECTIFICACIÓN Y CANCELACIÓN EN FICHEROS SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO.....	325
F) IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES INDIVIDUALES AUTOMATIZADAS.....	331

CAPÍTULO CUARTO. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO POR LA EMISIÓN DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS..... 337

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DE LOS INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.....	337
--	-----

II. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO POR LA EMISIÓN DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS: DIVERSAS APORTACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES.....	340
--	-----

A) LA ESPECIALIDAD DEL SISTEMA ALEMÁN DE RESPONSABILIDAD...	341
---	-----

B) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL BGH SOBRE LOS INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.....	344
--	-----

C) PROPUESTAS DOCTRINALES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR LA PRESTACIÓN DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.....	348
--	-----

1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.....	348
-------------------------------------	-----

2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	355
---	-----

3. SOLUCIONES INTERMEDIAS.....	356
--------------------------------	-----

4. RECAPITULACIÓN.....	360
------------------------	-----

VIII

III. RESPONSABILIDAD FRENTE AL SOLICITANTE DEL INFORME	362
A) SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR UN INFORME COMERCIAL BANCARIO	366
B) DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER DEFECTUOSO O FALSO DEL INFORME.....	370
C) CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA ENTIDAD DE CRÉDITO POR LA EMISIÓN DE UN INFORME COMERCIAL BANCARIO.....	373
1. LA CULPA.....	374
2. EL DOLO	381
D) EL DAÑO RESARCIBLE.....	384
E) POSIBILIDAD DE MODERAR LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN.....	389
F) LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN O LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD	393
IV. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO FRENTE AL SUJETO SOBRE EL CUAL VERSA EL INFORME.....	397
A) SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD.....	401
B) PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: LA CULPA DEL CAUSANTE DEL DAÑO	403
C) FORMAS DE COMPORTAMIENTO DAÑOSO: ACCIÓN Y OMISIÓN.....	405
D) REQUISITOS DEL COMPORTAMIENTO DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO.....	407
1. ANTIJURIDICIDAD.....	407
2. CULPABILIDAD	408
E) LA PRUEBA DEL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CONDUCTA DEL AGENTE Y EL DAÑO.....	413

F) LA PRUEBA DEL DAÑO Y LA POSIBILIDAD DE INDEMNIZAR EL DAÑO MORAL.....	416
CONCLUSIONES.....	419
BIBLIOGRAFÍA.....	433



ABREVIATURAS

Abs.	Absatz
AC	Actualidad Civil
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADC	Anuario de Derecho Civil
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-Gesetz	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AIA	Actualidad Informática Aranzadi
Arch. Pen.	Archivio Penale
Arch. resp. civ.	Archivio della responsabilità civile
Ass.	Assicurazioni
BB	Betriebs-Berater
BBTC	Banca, Borsa e Titoli di Credito
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BISoc.	Banca, Impresa, Società
B.O.C.G.	Boletín Oficial de las Cortes Generales
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado

BuB	Entscheidungen zum Bank- und Börsenrecht
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
C. de co.	Código de Comercio
CG	Corriere Giuridico
C.G.P.J.	Consejo General del Poder Judicial
CI	Contratto e Impresa
CIR	Central de Información de Riesgos
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
DA	Die Aktiengesellschaft
DB	Der Betrieb
DBMF	Diritto della banca e del mercato finanziario
DCI	Diritto del Commercio Internazionale
Dir. e Giur.	Diritto e Giurisprudenza
DF	Il Diritto Fallimentare
Dir.Inf.	Diritto dell'Informazione e dell'Informatica
DN	Derecho de los Negocios
DT	Diritto del Trasporto
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht

Fall.	Il Fallimento
Foro It.	Il Foro Italiano
Giur. Com.	Giurisprudenza Commerciale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. Civ.	Giustizia Civile
Hrsg.	Herausgeber
ID	Informática y Derecho
IIP	In Iure Praesentia
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
LCA	Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia
LCC	Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo
LCCh	Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación

LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LDIEC	Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LMV	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores
LORTAD	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
MDR	Monatschrift für deutsches Recht
Mass. Foro It.	Massimario del Foro Italiano
NGCC	Nuova Giurisprudenza Civile Comentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRDCom.	Nuova Rivista del Diritto Commerciale
Nuovo Dir.	Il Nuovo Diritto
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv/Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen
OLG	Oberlandesgericht

O.M.	Orden Ministerial
Pol. Dir.	Politica del Diritto
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCDP	Rivista Critica del Diritto Privato
RD	Recueil Dalloz
R.D.	Real Decreto
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDCom.	Rivista del Diritto Commerciale
RDM	Revista de Derecho Mercantil
Rdn.	Randnummer
RDP	Revista de Derecho Privado
Resp. civ. e prev.	Responsabilità civile e previdenza
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RG	Reichsgericht
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia

RGZ	Amtliche Sammlung der RG Rechtsprechung in Zivilsachen
RJ	Repertorio Jurisprudencial Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RIDC	Revue internationale de Droit comparé
Riv. Not.	Rivista del Notariato
Riv. Soc.	Rivista delle Società
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RTDcom.	Revue trimestrielle de Droit commercial et de Droit économique
RTDC	Revue trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista trimestrale del diritto e della procedura civile
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
SI	Studium iuris
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence

SRBE	Servicio de Reclamaciones del Banco de España
SRCNMV	Servicio de Reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
T.U.	Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia
VersR	Versicherungsrecht
VN	Vita Notarile
WpHg	Wertpapierhandelsgesetz
WuB	Entscheidungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

PRIMERA PARTE:

EL DEBER DE INFORMAR

INTRODUCCIÓN

En las páginas que siguen vamos a analizar el fenómeno general de la información bancaria y sus diferentes perspectivas en el ámbito de la contratación propio de las entidades de crédito.

En el título de nuestra tesis hacemos referencia a dos puntos de vista desde los que puede abordarse el examen de la información bancaria. De un lado, como concepto amplio, comprensivo de las obligaciones de información impuestas a las entidades de crédito por las normas sectoriales y por normas de tutela en favor de determinados grupos de clientes. De otro, como volumen de informaciones que poseen sobre sus clientes o sobre los sujetos que han entrado en contacto con ellas sin llegar a contratar, cuya valoración por las entidades de crédito puede constituir, como veremos, el objeto de un contrato.

En la primera parte de la tesis analizaremos la información bancaria desde el punto de vista del deber de informar de la entidad de crédito. Las normas sectoriales y sobre protección del adherente y el consumidor le imponen, aun cuando con diferente finalidad en uno y otro caso, concretas obligaciones informativas en las fases precontractual, contractual y de liquidación. El principio de buena fe desarrolla, por otra parte, un papel integrador de la autonomía de la voluntad que se hace especialmente patente en el ámbito de la contratación bancaria. De los especiales caracteres de la relación de clientela surgirán específicas obligaciones a cargo de la entidad de crédito, dirigidas fundamentalmente a una correcta información al cliente, pero que dependiendo de cada caso, podrán extenderse al ámbito del asesoramiento. Todo ello plantea la posibilidad de que en

realidad exista un "deber general de informar" a cargo de las entidades de crédito, que determine la existencia en muchas ocasiones de un deber de hablar, de comunicar noticias objetivas y de asesorar al cliente, de informarse sobre él y de advertirle de los riesgos que suponen las operaciones que contrata.

El cúmulo de informaciones que poseen las entidades de crédito se convierte simultáneamente en un instrumento de poder a su servicio, siendo objeto, en consecuencia, de continuas solicitudes de información o asesoramiento. El concepto de información bancaria, integra, en un sentido amplio, todas aquellas informaciones suministradas por las entidades de crédito en el desarrollo de su actividad. Comprenderá, por tanto, las obligaciones de información impuestas a las entidades de crédito en las diferentes fases de relación con sus clientes, así como también las comunicaciones de datos sobre concretos clientes realizadas a aquellos legitimados para obtenerlos, que supone un límite al deber de secreto. Pero igualmente la información bancaria en sentido amplio engloba otro fenómeno existente en la práctica bancaria: la prestación de informes comerciales bancarios o informes sobre solvencia, objeto de estudio en la segunda parte de nuestra tesis.

Las entidades de crédito, por su posición preeminente en la economía actual, son depositarias de un gran volumen de informaciones que pueden resultar muy útiles para otros sujetos que actúan en el tráfico comercial. De este modo, mediante la prestación de informes comerciales bancarios puede servirse no sólo al interés del solicitante del informe, sino también al de la colectividad. El estudio de los informes comerciales bancarios no se encuadra exclusivamente

en una óptica garantista de la confidencialidad de las informaciones poseídas por las entidades de crédito sobre sus clientes, sino que deben contemplarse también los intereses colectivos dirigidos a favorecer el conocimiento de datos sobre la situación económica y patrimonial, la conducta comercial y seriedad negocial de los sujetos que desarrollan su actividad en el mercado.

Los informes comerciales bancarios se refieren únicamente a aspectos generales sobre la situación económica y patrimonial de los sujetos sobre los que versan. Por ello se sitúan, en nuestra opinión, en las fronteras del deber de secreto, pues no transmiten a los clientes, a otras entidades de crédito o a terceros, datos concretos obtenidos de sus relaciones negociales, sino que únicamente proporcionan una visión muy general de su situación económica, que, normalmente va acompañada de un juicio de valor efectuado por la entidad de crédito.

La segunda parte de nuestra tesis se dirige a justificar el carácter contractual de esta actividad bancaria, a pesar de la tendencia doctrinal en los ordenamientos que toman como modelo el Cc. francés, de considerar que no existe contrato y únicamente constituirá una actuación de favor o cortesía por parte de la entidad de crédito susceptible, en su caso, de originar responsabilidad extracontractual.

Es apreciable además en la figura contractual que nosotros analizamos, la relevancia de la confianza en el carácter profesional y en la prestación del servicio por la entidad en los supuestos en que ésta no se pronuncie de forma expresa. Se produce, por tanto, en el ámbito del deber general de informar, cuyo fundamento encontramos en el principio general de buena fe en la ejecución de los contratos,

una cierta interrelación entre la información entendida como obligación de la entidad de crédito y como volumen de datos poseídos por la entidad que interesan sobremanera a otros sujetos que intervienen en el mercado, razón por la cual se dirigen a las entidades de crédito a solicitar su valoración sobre la solvencia y situación patrimonial sobre aquellos con quienes proyectan contratar. Además, no debe olvidarse que, en muchos casos, es también el sujeto sobre el cual se presta el informe sobre solvencia el que tiene mayor interés en la circulación de dichas informaciones por los efectos beneficiosos que ello pueda tener, sobre todo si desarrolla su actividad en el tráfico empresarial. Dicho interés, dado que la entidad deberá tener en cuenta las especiales condiciones de su cliente, no podrá ser ignorado por la entidad informante, que deberá plantearse en todo caso los efectos perjudiciales de la negativa a prestar la información o de la prestación de una valoración falsa o inexacta, en este último caso, tanto en el destinatario de la información como en el sujeto sobre el cual informa.

Se aprecia, por tanto, que las especiales características de los sujetos que operan en el sector bancario, así como las peculiaridades de la actividad por ellos desarrollada resultan determinantes, no sólo para fundar un deber de informar general y reforzado en el ámbito de la contratación bancaria, sino también para permitir la circulación de ciertas informaciones poseídas por las entidades de crédito en beneficio de los intereses del tráfico.

Conviene, por último, realizar una precisión terminológica. Hemos optado por emplear el término más técnico de entidades de crédito que el amplio e impropio de bancos. No obstante, el término

entidades de crédito debe entenderse en sentido estricto, equivalente al antiguo concepto de entidades de depósito, y dejando fuera del mismo a los establecimientos financieros de crédito. A bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito se ciñe el ámbito de nuestra investigación, puesto que al tratarse de entidades autorizadas para la captación de fondos reembolsables del público, son ellas las que a través de la recepción de fondos y la concesión de crédito se ven en muchas ocasiones frente a solicitudes de información con un contenido muy variado, que puede ir desde la solvencia de otro sujeto hasta el asesoramiento sobre operaciones de inversión o sobre la situación del mercado financiero.

En cuanto al concepto adoptado para designar las valoraciones sobre solvencia susceptibles de constituir un servicio accesorio de las entidades de crédito, optamos por el concepto tradicional de informes comerciales, puesto que, aun cuando no se ciñen exclusivamente al ámbito comercial o empresarial, es en este campo donde adquieren mayor importancia. No obstante, hemos incorporado el adjetivo "bancarios" con la intención, no sólo de identificar al sujeto informante, sino también y sobre todo para diferenciarlos cualitativamente de los informes comerciales prestados por agencias de información e investigadores mercantiles.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DE LAS INFORMACIONES BANCARIAS

I. RELEVANCIA DE LA INFORMACIÓN BANCARIA EN EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD DE COMPETENCIA.

El sistema de economía de mercado consagrado en la CE de 1978 exige como presupuesto insoslayable el reconocimiento y efectividad de la libertad de empresa, que implica, en definitiva, la libertad de competencia en el marco de las exigencias específicas del Estado social¹. Con el fin de promover la competencia entre los distintos operadores económicos, se intentan ofrecer vías de intercambio de información entre ellos, de tal modo que la actividad que cabría denominar de "tráfico de la información" adquiere gran relevancia, sobre todo en algunos ámbitos del mercado como el sector financiero. La mayor parte de las decisiones financieras se basan en una estimación del

¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., "Actividad económica pública y privada en la Constitución Española", RDM 1983, pág. 316; FONT GALÁN, J. I., "Notas sobre el modelo económico de la Constitución Española de 1978", RDM 1979, pág. 233; RUBIO LLORENTE, F., "La libertad de empresa en la Constitución", en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, *Introducción y títulos valor*, Madrid, 1996, págs. 444 y 445, conjuga los principios de libertad de empresa y de unidad del mercado, de tal modo que la primera conlleva una aplicación del principio de igualdad, en el sentido de que "ésta sea igual para todas las que se dedican al mismo género de actividad, de manera que todas ellas sean jurídicamente iguales en el mercado"; ARAGÓN REYES, M., "Constitución económica y libertad de empresa", en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, op. cit., págs. 178 y ss., destaca, como elementos integrantes del contenido esencial de la libertad de empresa, no sólo la igualdad, sino también, y necesariamente, la libertad.

riesgo como paso previo para realizar un juicio sobre la inversión proyectada, por lo que presuponen la disponibilidad de informaciones dirigidas a valorar las perspectivas futuras de negocio, que, además, deberían estar a disposición de todos los operadores².

Las entidades de crédito pueden desempeñar un importantísimo papel como "informantes", por medio de la oferta de servicios que tengan como objeto la información, específicamente bancaria o relativa a sus clientes³. De este modo, pueden contribuir a mitigar la asimetría informativa que caracteriza al sector financiero, y que se encuentra motivada fundamentalmente por el carácter técnico y especializado de las operaciones características de este ámbito⁴.

² MONTI, E., ONADO, M., *Il mercato monetario e finanziario in Italia*, 2ª ed., Bologna, 1989, págs. 143 y ss.

³ Incluso se ha llegado a hablar de la información como negocio del futuro para las entidades de crédito, distinguiendo BREDEMEIER, W., "Banken als Informationsdienstleister", *Die Bank* 10/92, pág. 592, tres vertientes dentro de los servicios bancarios de información, en las que aparecen dichas entidades, respectivamente, como comerciantes de la información, como productores de informaciones bancarias y como oferentes de tales informaciones. Como afirman BALESTRERI, A., BARTESELLI, R., "Politiche di impiego e rischio di credito", *BISoc.* 3/1996, págs. 455 y 456, "los intermediarios bancarios disponen hoy de fuentes informativas y de tecnología sin duda más perfeccionadas para dirigir, examinar, y, en cierta medida, prever la dinámica del riesgo crediticio", lo que "representa, por tanto, un tema de crucial interés para el sistema económico en su conjunto". En concreto, en relación con la importancia de las prestaciones de información y asesoramiento dentro de la oferta de productos bancarios, y a sus efectos en la mejora de las relaciones con la clientela, puede verse el artículo de KOPP, N., ROSEN, P., "Beratungsleistungen der Sparkassen", *Kreditwesen* 4/93, págs. 171 y 172.

⁴ Véase al respecto LOBEZ, F., *Banques et marchés du crédit*, París, 1997, págs. 73 y 149, quien considera que las agencias de informes contribuyen a disminuir dicha asimetría, si bien resultan costosas, de tal modo que no se acudirá siempre a ellas. En el sector de aquellos sujetos para quienes el coste de recurrir a dichas agencias es excesivamente elevado podría desarrollarse la prestación de informes comerciales bancarios, que constituyen normalmente servicios prestados gratuitamente por las entidades de crédito. En general, para el autor citado las entidades de crédito están en posición de eliminar los problemas de información asimétrica planteados en el mercado financiero, a través del volumen de informaciones que poseen de sus propios clientes, llegando, incluso, a transferir indirectamente una información que sus clientes habían podido considerar confidencial.

A la finalidad enunciada responden también las normas sobre transparencia dictadas en diversos ámbitos del mercado financiero, impuestas por la especial disciplina de la información⁵. Las normas sobre transparencia obedecen, como ha afirmado la doctrina, a finalidades diversas⁶. Tienden, de un lado, a promover la libre competencia en el mercado financiero y a hacer posible la vigilancia de las autoridades públicas sobre la estructura del mercado, sus operadores y las decisiones adoptadas por ellos. De otro lado sirven igualmente a los fines de protección de la clientela, que al recibir mayor volumen de información de las entidades de crédito se encuentra en una situación más adecuada para elegir la oferta de servicios que mejor se acomode a sus necesidades⁷. Dichas finalidades se corresponderían, pues, con los dos ámbitos típicos de aplicación de las normas sobre transparencia, las relaciones de las entidades

⁵ COSTI, R., "Informazione e mercato finanziario", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo I, Madrid, 1994, págs. 591 y 592.

⁶ ILLESCAS ORTIZ, R., "Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución", RDBB 1989, pág. 267; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "Derecho Comunitario y Derecho del Consumo", RDM 1989, pág. 388; SÁNCHEZ CALERO, F., "Condiciones generales en los contratos bancarios", en AA.VV., *Contratos bancarios*, Madrid, 1996, pág. 315; SALINAS ADELANTADO, C., "La nueva normativa sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios", RGD 1994, pág. 10738; ANDREU MARTÍ, M^a del M., "La reciente normativa sobre protección del prestatario hipotecario", RDBB 1995, págs. 103 y ss.; ZUNZUNEGUI PASTOR, F., *Derecho del mercado financiero*, Madrid, 1997, pág. 230.

⁷ A esta última finalidad de las normas sobre transparencia se refieren el TDC, *La competencia en España: balance y perspectivas*, Madrid, 1995, pág. 1; y en la doctrina italiana, COSTI, R., "Informazione...", op. cit., págs. 595 a 604; RAGUSA MAGGIORE, G., "La trasparenza e il mercato del credito", DF 1989, págs. 145 y ss.; ALPA, G., "L'informazione del risparmiatore", BBTC 1990-I, pág. 482; PERASSI, M., "Il rapporto banca-impresa nel Testo Unico. L'intervento dell'Organo di Vigilanza", *Contributi allo Studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di O. Capolino, G. Carriero, P. de Vecchis, M. Perassi, Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale, n^o 38, novembre 1995, pág. 36.

financieras con la autoridad de vigilancia, y las normas que imponen obligaciones de información en sus relaciones con los clientes⁸.

El segundo de los aspectos mencionados resulta ser, sin duda, el más interesante para nuestro estudio, por contar como referentes a los beneficiarios de prestaciones ofertadas por entidades de crédito, y como uno de sus objetivos la tutela del cliente. Se trataría, por tanto, como ya ha sido apuntado, de reconocer que dichas normas sirven al correcto funcionamiento del sector y favorecen la libre competencia. A la vez, ejercen un efecto beneficioso en las relaciones con los clientes, de tal modo que éstos, a través de una elección eficiente⁹, contribuirán a una mejora de la calidad de los servicios y así, correlativamente, a un aumento de la competencia en el mercado¹⁰.

⁸ CAPOLINO, O., "Il ruolo della Banca d'Italia nella lotta all'usura", en Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale. Studi in materia bancaria e finanziaria a cura di M. Perasi, R. d'Ambrosio, G. Carriero, O. Capolino, M. Condemni, n° 42, novembre 1996, págs. 73 y 74. También en la doctrina italiana, COSTI, R., "Informazione...", op. cit., pág. 594, realiza una clasificación más concreta, diferenciando cuatro grupos dentro de las normas sobre transparencia en el sector bancario. De este modo, pueden distinguirse normas sobre transparencia de las entidades de crédito frente al banco central u órgano de vigilancia, frente a las demás entidades de crédito y frente a sus clientes efectivos o potenciales. Asimismo, existen normas que imponen obligaciones de información a cargo de los demandantes de crédito, de tal modo que el art. 137 del T.U., aprobado por Decreto Legislativo de 1 de septiembre de 1992, n. 385 sanciona, al igual que el art. 95 de la anterior Ley Bancaria, la comunicación de datos falsos a las entidades de crédito, considerando, por tanto, digno de tutela el interés que dichas entidades ostentan en conocer lo más exactamente posible las condiciones patrimoniales de aquellos a quienes van a conceder crédito (COSTI, R., *L'ordinamento bancario*, 2ª ed., Bologna, 1994, pág. 468).

⁹ En este sentido, considera COSTI, R., *L'ordinamento bancario*, op. cit., pág. 481, que las normas sobre transparencia son normas favorecedoras de la uniformidad del lenguaje informativo, normas en definitiva que al permitir una mayor y mejor información al cliente, le permiten realizar la elección más adecuada a sus intereses.

¹⁰ Estamos, en definitiva, ante una relación circular, de tal modo que la defensa de la competencia contribuye a la mejor protección de los clientes bancarios, y, simultáneamente, la mayor información proporcionada a éstos, posibilita una elección más eficiente (en este sentido, ALPA, G., "L'informazione del risparmiatore", op. cit., pág. 483) que conduce de nuevo a un aumento de la competencia en el sector. Se ha hablado incluso en la doctrina alemana de que el cliente es el mejor asesor de la empresa, señalando que "la suficiente información de los clientes y dado el caso su

No obstante, debe igualmente evitarse el suministro al cliente de una información excesiva que no responda a determinadas exigencias de calidad, y que, por tanto, únicamente conduzca a un aumento de la burocratización en el negocio bancario¹¹. Debe contemplarse el interés de los clientes en la obtención de la información¹², si bien en orden a la delimitación de las informaciones que realmente sirvan para hacer posible la elección eficiente de los servicios que precisan y las empresas que los ofertan. En el supuesto concreto del sector bancario, existe un profundo vínculo entre la tutela de los depositantes¹³ y su derecho a la información, que se estimula

asesoramiento se dirigen a la transparencia del mercado, que constituye una condición imprescindible para un correcto juego del mercado de servicios bancarios, financieros y de capital" (HORN, N., "Die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken", ZBB 2/97, pág. 141). En el mismo sentido, DREWES, W., GILHAUSEN, W., "Der Kunde als Unternehmensberater", Sparkasse 2/96, pág. 70; RAAB, H. J., "Direktbanken: Das Beratungskonzept", Die Bank 5/96, pág. 282.

¹¹ Al respecto, CARRIERO, G., "Banca d'Italia e controllo delle clausole abusive", Banca d'Italia. Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale. Studi in materia bancaria e finanziaria, a cura di M. Perassi, R. d'Ambrosio, G. Carriero, O. Capolino, M. Condemni, n° 42, noviembre 1996, pág. 52: "es necesario seleccionar con extremo cuidado las técnicas jurídicas que son capaces de asegurar una mejora efectiva en la información al cliente bancario y a su protección, teniendo presente, de un lado, que la asimetría informativa es una variable dependiente no de la cantidad, sino de la calidad de la información, y, de otro, que el juicio sobre la reducción de los costes de transacción no puede ser considerado de forma aislada, sino teniendo en cuenta el impacto de la norma en todos sus aspectos".

¹² Destaca COSTI, R., "Informazione...", op. cit., págs. 595 a 604, que el interés de los demandantes de crédito y los depositantes en la obtención de información no queda eliminado por el hecho de que les sea garantizada la estabilidad de la entidad por la introducción de un sistema de vigilancia de las entidades de crédito, puesto que "la información pretende eliminar la opacidad del mercado que consentiría su segmentación, e incluso, con una menor competencia y una menor eficiencia del propio mercado, impediría la colocación óptima del ahorro".

¹³ Al respecto, la Directiva n. 94/19, relativa al sistema de garantía de depósitos, constituye una etapa fundamental en la elaboración del derecho bancario europeo, en plena coherencia con los principios de la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (Directiva 89/646). Sobre el estrecho vínculo existente entre tutela de los depositantes (fondos de garantía y normas sobre vigilancia) y defensa de la competencia, véanse GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., "Depósitos bancarios y protección del depositante", en AA.VV., *Contratos bancarios*, Madrid, 1996, págs. 220

mediante la disciplina de la transparencia. El derecho a la información aparece así no sólo como elemento de aquella tutela, sino también y principalmente como instrumento de gobierno para crear condiciones de una correcta competencia en el mercado crediticio¹⁴.

De este modo, la información proporcionada por las entidades de crédito, dado su lugar preeminente en el ámbito de la economía en general¹⁵, se convierte en una "importante exigencia de la vida de los negocios y su difusión contribuye a formar sobre el mercado un sistema de apreciación recíproca, una valoración del crédito que merecen los operadores individuales sobre cuya base puede

y ss.; en la doctrina alemana, SCHNEIDER, U. H., "Die Harmonisierung des Bankrechts in der Europäischen Gemeinschaft", ÖBA 1991, págs. 314 y ss.; el mismo autor en "Europäischer und globaler Wettbewerb der Bankensysteme", en KÜBLER, MERTENS, WERNER (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991*, Berlín, 1991, págs. 738 y ss.; y como representantes de la doctrina italiana PIEPOLI, G., "Diritto bancario europeo e garanzia dei depositi", BISoc. 1/1996, págs. 41 a 64; MORELLI, G., "Informazione ed efficienza nella teoria dell'intermediazione finanziaria", BISoc. 1/1996, pág. 67.

¹⁴ PIEPOLI, G., "Diritto bancario europeo...", op. cit., págs. 63 y 64; REIFNER, "Bankentransparenz und Bankgeheimnis", JZ 1993, págs. 273 y ss.

¹⁵ LUTTER, M., "Macht der Banken", NJW 1995, pág. 2766. La doctrina italiana ha analizado el papel relevante de las entidades de crédito, sobre todo, en el ámbito de las crisis empresariales, así puede citarse a NIERI, L., "Il ruolo delle banche nelle crisi d'impresa; l'esperienza di Regno Unito, Stati Uniti, Germania e Giappone", BISoc. 3/1996, págs. 382 y 383; FORESTIERI, G., "Le banche e il risanamento delle imprese in crisi: modelli istituzionali e regole del gioco", BISoc. 2/1995, págs. 194 y 195. Sobre el tema en la doctrina alemana, véanse HOPT, K. J., "Rechtspflichten der Kreditinstitute zur Kreditversorgung, Kreditbelassung und Sanierung von Unternehmen. -Wirtschafts- und bankrechtliche Überlegungen zum deutschen und französischen Recht-", ZHR 143 (1979), págs. 139 y ss.; WESTERMANN, H. P., "Banken als Kreditgeber und Gesellschafter. -Zur Entscheidungsfreiheit der Bank im Kreditgeschäft", ZIP 1982, págs. 379 y ss. Dicha posición preeminente de las entidades de crédito se ve favorecida además por el carácter de banca universal que las caracteriza en Europa continental, donde, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos o Gran Bretaña, pueden llevar a cabo todos los servicios propios, tanto de la banca comercial como de la banca de negocios (ÁLVAREZ RENDUELES, J. R., "La armonización bancaria en la CEE", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo I, Madrid, 1994, págs. 93 y ss.).

desarrollarse de forma más vigorosa una actividad económica sana y en particular la actividad crediticia¹⁶. Todo ello sin olvidar el papel organizativo desempeñado por la información, tanto respecto del receptor de la misma, como de quien la ofrece.

Debemos destacar, sin embargo que el sector bancario no se caracteriza propiamente por la existencia en su seno de restricciones legales a la competencia, sino que éstas son escasas y en la mayor parte de los casos tienen como objetivo fines públicos, como "corregir fallos del mercado, tales como la asimetría de la información y la falta de transparencia, y dotar al sistema bancario de credibilidad y seguridad"¹⁷. Estamos, pues, ante un sector que a pesar de estar fuertemente regulado, ha permitido el desarrollo de un proceso liberalizador iniciado aun antes de la adhesión de España a la Unión Europea. Una de las principales medidas adoptadas en el seno de dicho proceso liberalizador hace referencia a un progresivo aumento de la transparencia de las operaciones¹⁸.

Es apreciable en este ámbito una evolución legislativa, que se plasma en la imposición de determinadas obligaciones contractuales y precontractuales a las entidades de crédito, con la doble finalidad de mantener un determinado nivel de competencia en el mercado e

¹⁶ Nuestro TC, en Sentencia 14/1992, de 10 de febrero (La Ley, 1992-2, págs. 87 y ss.), ha señalado igualmente que tales normas responden, "como es notorio, a la importancia que reviste el buen funcionamiento de las entidades de crédito para el conjunto de la economía, dada su posición central en los mecanismos de pago".

¹⁷ TDC, *La Competencia en España...*, op. cit., pág. 107.

¹⁸ En este sentido, CAPOLINO, O., "Il ruolo della Banca d'Italia nella lotta...", op. cit., pág. 73, quien afirma que "con la acentuación de las reglas que han acompañado la liberalización de los mercados, el ámbito de control se ha ampliado incluso a las relaciones entre empresa y consumidores, con la conciencia de que tanto la corrección como la estabilidad, constituyen un factor de equilibrio del mercado".

indirectamente de proteger a los clientes. Paralelamente se observa un aumento de la importancia de otras actividades relacionadas con la información en sentido amplio, como ocurre en el campo de las prestaciones de asesoramiento a clientes, hasta el punto de que en la doctrina alemana se ha llegado a calificar a las entidades de crédito de auténticos asesores empresariales¹⁹. En la práctica, la misión de asesoramiento y consejo desempeñada por las entidades de crédito se ha ido incrementando y revalorizando a medida que aumentaba la complejidad de las operaciones financieras. Las empresas y particulares se han visto necesitados de un asesoramiento experto en materia financiera, que ha sido prestado de forma general por las entidades de crédito, y que se ha extendido igualmente a los ámbitos fiscal, de gestión de patrimonios y de los seguros, entre otras actividades²⁰.

No obstante, las posibles manifestaciones del derecho de información en el sector bancario no se reducen a los supuestos enunciados. Debemos también aludir al que se ha venido en llamar "tesoro informativo" (*Informationsschatz*)²¹ que se encuentra en posesión de las entidades de crédito debido al volumen de datos sobre clientes que reciben cada día. Poseen información sobre aquellos sujetos con los que entran en contacto, lleguen o no a contratar con ellos. Tal volumen de información puede resultar de gran importancia para otros operadores económicos que deseen contratar

¹⁹ SCHÄFER, H., "Banken als Unternehmensberater", *Die Bank* 6/93, págs. 323 y ss.

²⁰ LOBEZ, F., *Banques et marchés du crédit*, op. cit., pág. 9.

²¹ ANCEL, P., "Die Erteilung von Bankauskünften nach französischem Recht", en HADDING, W., SCHNEIDER, U. H. (Hrsg.), *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlín, 1986, pág. 108.

con dichos sujetos y que se dirijan a los depositarios de esta información para conocer la situación económica en la que se encuentran aquellos con quienes han iniciado negociaciones²².

La emisión de informes sobre solvencia o informes comerciales se convierte de este modo en una actividad relevante para los intereses económicos, e incluso como una necesidad del tráfico jurídico, puesto que dada la posición privilegiada que ostenta la entidad de crédito en la obtención de información económica, puede hacer disminuir sensiblemente el peligro de inversiones desafortunadas²³. Si consideramos además la emisión de informes bancarios como un servicio cualificado²⁴, esta actividad se sitúa dentro

²² Y es que, como afirma MORELLI, G. "Informazione ed efficienza...", op. cit., págs. 79 a 96, la banca concentra en sí la doble función de ser productora de información y de proporcionar crédito al sistema. "En este sentido, la información pierde su connotación de bien público para convertirse en bien privado, incorporada como está en el rendimiento que el banco recibe de la propia función crediticia... la especialidad del banco reside en ser una institución que gestiona la información minimizando los riesgos y costes conexos a la demanda de liquidez de los operadores".

²³ Como importante instrumento para obtener información sobre solvencia de la contraparte comercial califican los informes comerciales bancarios en la doctrina alemana HORN, N., "Die Neufassung 1984 der AGB der Banken", WM 1984, págs. 449 y 459; SICHTERMANN, S., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland sowie in wichtigen ausländischen Staaten*, 3., vollständig neubearbeitete Auflage von FEUERBORN, S., KIRCHHERR, R., TERDENG, R., Frankfurt/Main, 1984, págs. 164 y 389.

²⁴ Mantiene esta posición BREINERSDORFER, S., *Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte gegenüber dem Verwender. Ein Beitrag zur dogmatischen Vertiefung*, Berlín, 1991, pág. 19. En el mismo sentido, señala VORTMANN, J., "Anlegergerechte Beratung und Maßnahmen zur Reduzierung des Haftungsrisikos", ÖBA 8/94, pág. 585, que el asesoramiento sobre inversiones de los clientes aparece en el primer plano de los intereses de las entidades de crédito, por cuanto con dicho servicio pretenden demostrar su competencia especializada, incluso en las relaciones con sus competidores. Ello impide que las entidades de crédito permanezcan en el papel de meros intermediarios, por lo que adoptan una posición activa, asesorando y aconsejando a sus clientes. Véase también AUBERT, M., BÉGUIN, P.-A., BERNASCONI, P., GRAZIANO-VON BURG, J., SCHWOB, R., TREUILLAUD, R., *Le secret bancaire suisse*, obra fundada por M. AUBERT, J.-Ph. KERNEN, H. SCHÖNLE, troisième édition mise à jour et complétée, Berna, 1995, págs. 418 y ss.

En la doctrina italiana, PRATIS, C. M., "Segreto bancario e informazioni

del ámbito de la competencia entre entidades de crédito, sin olvidar, por supuesto, en esta sede el problema de la relación banco-cliente y su conexión con el secreto bancario²⁵.

No precisa, pues, de mayor justificación afirmar el efecto perjudicial que la falta de información tiene sobre la competencia en el sector. Es en la contratación bancaria que podríamos llamar "doméstica" donde mejor puede apreciarse tal efecto negativo, ya que el pequeño cliente bancario (tanto persona física como jurídica), no podrá ejercitar debidamente su derecho de elección en el mercado al no contar con servicios de asesoramiento financieros que le proporcionen los conocimientos necesarios para elegir adecuadamente la empresa que mejor defienda sus intereses como usuario de servicios bancarios²⁶. Una correcta información desde todos los puntos

bancarie", en AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, (Banco de Sardegna-CIDIS), Milano, 1986, págs. 346 y 347, autor que lo califica además de servicio accesorio de las entidades de crédito.

²⁵A la relación entre el secreto bancario y la prestación de informes comerciales se refiere VIGO, R., *Libertà e divieti nella circolazione delle notizie bancarie*, Milano, 1983, págs. 20 y 21, al afirmar que "de un lado los bancos tienen interés en respetar el secreto de la clientela, mas de otro, paralelamente a la intensidad de las relaciones económicas, crece el número de aquellos que buscan obtener informaciones solicitándolas a los operadores con los cuales entran en contacto, y así se multiplican las presiones ejercitadas sobre las entidades de crédito para que transmitan informaciones". Véase *infra*, "El servicio de información prestado por las entidades de crédito y el deber de secreto bancario", apartado II del presente Capítulo.

²⁶Muestra de la asimetría informativa en el sector es, como señala el TDC, *La Competencia en España...*, op. cit., págs. 126-127, que casi un tercio del pasivo de las entidades de crédito está compuesto por cuentas corrientes no remuneradas y libretas de ahorro, también con escasa remuneración, cuyos tipos de interés son muy insensibles a las variaciones de los tipos de los mercados monetarios y en las que recaen, en gran parte, las comisiones por servicios prestados. Por lo tanto, "cualquier esfuerzo encaminado a mejorar la información del cliente bancario y la transparencia de las operaciones redundará en un aumento de la competencia de las operaciones bancarias". En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, L., "El derecho a la información de la clientela de las entidades de crédito (Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y Circular 8/90 del Banco de España)", RDBB 1993, pág. 764, quien considera como presupuesto básico de la libertad de elección "que se trate de un mercado

de vista que han sido expuestos, conducirá al cliente a una correcta elección -o al menos a una elección con mayor conocimiento de las opciones que se le ofrecen- de la empresa bancaria a la cual solicitar los servicios que precise, lo que supondrá a su vez una mejor protección de los clientes bancarios y de las prestaciones ofrecidas, para intentar así captar o incluso mantener la clientela²⁷.

En consecuencia, la libertad de competencia entre entidades de crédito y el principio igualmente consagrado en nuestra Norma Fundamental de protección de los intereses de los consumidores y usuarios han de analizarse de forma conjunta²⁸. No obstante la necesidad de ofrecer una tutela adecuada a los intereses de este tipo de clientes bancarios, no debe olvidarse que el ámbito de la clientela bancaria es más amplio que el estricto concepto de consumidor o usuario²⁹ recogido en la LGDCU. Pero en aras de la protección del

transparente, en el que el juego de la libre competencia esté establecido no sólo en beneficio de las empresas sino también en el de los consumidores, convirtiendo a estos últimos en los árbitros del sistema de mercado". En la doctrina italiana puede citarse a ALLEGRI, V., "Nuove esigenze di trasparenza del rapporto banca-impresa nell'ottica della tutela del contraente debole", *BBTC* 1987-I, pág. 50.

²⁷ A dicho razonamiento responde el artículo de CAPOTOSTI, R. A., "Clausole contrattuali abusive: loro eliminazione per effetto di un obbligo legale o per interesse dell'imprenditore in un mercato concorrenziale?", *Ass.* 1993- II, págs. 99 y ss.

²⁸ A este respecto, resulta interesante el contenido del artículo 1º, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), precepto que, además de resaltar como principio general informador del ordenamiento jurídico la protección de los consumidores y usuarios, encuadra tal protección siempre dentro del modelo económico instaurado por nuestra Constitución, y resalta como elemento fundamental el de la unidad de mercado, debido a la existencia de competencias autonómicas en materia de protección de consumidores. Sobre el mismo tema, véanse BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *EC* 1984, nº 3, págs. 13 a 15, y el mismo autor en "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores", en BERCOVITZ, R. y SALAS, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, págs. 23 a 25.

²⁹ Con mayor rigor, deberíamos hablar de *cliente bancario*, puesto que no podemos negar la diferencia existente entre el nivel de información y conocimientos de

cliente bancario, o, en su caso, del consumidor, no deben dejarse a un lado los objetivos de libre competencia que podrían verse perjudicados por una intervención excesiva causante de rigideces en el mercado³⁰.

II. EL SERVICIO DE INFORMACIÓN PRESTADO POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y EL DEBER DE SECRETO BANCARIO.

De los tipos apuntados de información bancaria es la relativa a los clientes de las entidades de crédito la que plantea mayores problemas. En efecto, no parece sencillo resolver la cuestión de la compatibilidad del servicio de información fundado en esta clase de informes sobre clientes que prestan las entidades de crédito y el deber de secreto que las vincula en las relaciones con los mismos. Si bien el deber de secreto puede encontrar su justificación en el carácter

la entidad de crédito y el propio del cliente-consumidor o el pequeño empresario, que hace necesaria la intervención con mecanismos específicos dirigidos a su tutela, con la finalidad de aumentar la transparencia en el mercado de las operaciones bancarias. En la doctrina española realiza un estudio completo y sistemático de la tutela del cliente bancario, ANDREU MARTÍ, M^a del M., *La protección del cliente bancario*, Tesis Doctoral, Murcia, 1997. La diferente "cualidad subjetiva" del cliente es resaltada por MARTORANO, F., "Trasparenza e parità di trattamento nelle operazione bancarie", BBTC 1991, págs. 709 y 710, quien al tratar de la innegable relación existente entre normas sobre transparencia e igualdad de trato, concluye que el "mayor o menor riesgo del mercado puede justificar, incluso a la luz de la mencionada obligación general de igualdad de trato, la aplicación de diferentes tasas o condiciones, con tal de que ello se traduzca en una diversa calidad de la clientela". En el mismo sentido, LENER, R., "Trasparenza delle condizioni contrattuali", *Le Società* 1994, pág. 1695.

³⁰ TDC, *La Competencia en España...*, op. cit., págs. 142 y 143. En ningún caso la restricción de la competencia en favor de la tutela del sujeto digno de protección ha de suponer una incidencia excesiva en la libertad del obligado de tal modo que le impida el desarrollo de su actividad. En este sentido, SANTAGATA, C., "Condizioni generali di contratto e clausole limitative della concorrenza nei rapporti fra imprenditori e distributori", en AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, (Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969), Milano, 1970, págs. 138 y 139.

"sensible" de las informaciones económicas, así como en la protección individual de la intimidad personal que supone, el sistema de mercado actual le impone simultáneamente necesarias limitaciones, de tal modo que no se permita que las informaciones bancarias se mantengan secretas en todo caso³¹.

La doctrina foránea y también la española se han ocupado ampliamente del estudio del fundamento y contenido del secreto bancario, atención que sin embargo no ha sido dispensada en igual medida al análisis de los problemas derivados de las interferencias surgidas, en su caso, entre la prestación de servicios de información comercial y el deber de sigilo de las entidades de crédito³².

³¹ CRANSTON, R., "Il dovere di riservatezza delle banche", DBMF 1996, págs. 168 y 169. Es necesario, en consecuencia, el establecimiento de límites a dicho deber de secreto. Sobre los límites legales de Derecho Público, GUILLÉN FERRER, M^a J., *El secreto bancario y sus límites legales*, Valencia, 1997.

³² En este sentido, CAVALLI, G., "Segreto bancario e informazioni sui clienti", en MACCARONE, S., e NIGRO, A. (a cura di), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981, pág. 137. Entre los autores italianos, se han ocupado de la compatibilidad entre el deber de secreto y las informaciones sobre clientes prestadas por las entidades de crédito ALAGNA, S., "Le informazioni sulla clientela tra dovere di riservatezza e interesse alla conoscenza delle notizie economiche", RDCom. 1981-I, págs. 121 y ss.; el mismo autor en "Il segreto bancario in una dimensione assiologica: limiti e deroghe all'istituto nella prospettiva di una riforma del sistema bancario", VN 1979, págs. 475 y ss.; CAVALLI, G., "Segreto bancario e informazioni sui clienti", op. cit., págs. 137 y ss.; RUTA, G., "Segreto bancario, informazioni sui clienti e responsabilità", en AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, (Banco de Sardegna-CIDIS), Milano, 1986, págs. 389 y ss.; en la misma obra colectiva el trabajo de PRATIS, C. M., "Segreto bancario e informazioni bancarie", op. cit., págs. 343 y ss. No obstante, es en Alemania donde la relación entre todo tipo de informaciones prestadas por las entidades de crédito y el secreto bancario ha dado lugar a mayor número estudios, siendo también objeto de atención por los pronunciamientos jurisprudenciales. A este respecto, pueden consultarse, entre otros, WOLFF, J., "Bankgeheimnis und Kreditauskunft", DA 1968, págs. 286 y ss.; CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, en STAUB, H., *Handelsgesetzbuch Großkommentar*, dritter Band, 3. Teil, 2. Bearbeitung, Berlin/New York, 1981, Rdn. 56 y ss., págs. 33 y ss.; KIRCHHERR, R., STÜTZLE, R., "Aktuelle Probleme zu Bankgeheimnis und Bankauskunft", ZIP 1984, págs. 516 y ss.; SICHTERMANN, S., *Bankgeheimnis und Bankauskunft...*, op. cit., págs. 164 y ss.; REHBEIN, D., "Rechtsfragen zum Bankgeheimnis", ZHR 149 (1985), págs. 145 y ss.;

En efecto, desde una primera aproximación, secreto bancario e informes comerciales bancarios parecen términos contradictorios, de tal modo que, a lo sumo, en aras de los intereses que se persigue proteger con la práctica de proporcionar informaciones comerciales por las entidades de crédito, aparecería ésta como un límite al deber de secreto³³. Este deber que vincula a las entidades de crédito en las relaciones que mantienen con sus clientes, o bien con quienes simplemente han entrado en contacto con la entidad sin concluir operación alguna, responde tanto a una necesidad de tutela de la confianza de los clientes como del propio desarrollo del sistema bancario considerado en su conjunto³⁴. Los mismos argumentos podrían, no obstante, ser utilizados para defender la conveniencia de la emisión por las entidades de crédito de informaciones sobre sus clientes, con el fin de promover una mayor eficiencia y seguridad en el tráfico comercial³⁵.

Los autores que, en Alemania y en Italia, se han referido a la relación existente entre secreto bancario e informaciones sobre clientes

BÜRGER, P., *Rechtsfragen zur Bankauskunft*, Bochum, 1988, págs. 58 y ss.; BRUCHNER, H., STÜTZLE, R., *Leitfaden zu Bankgeheimnis und Bankauskunft*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Frankfurt am Main, 1990, págs. 83 y ss.; KÜMPEL, S., *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Köln, 1995, págs. 67 y ss.; DAHM, J., SCHEBESTA, M., SCHROETER, A., WEBER, A., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis*, Stuttgart, fünfte, überarbeitete Ausgabe, 1995, págs. 45 y ss.

Los tribunales alemanes se han ocupado también de la cuestión en numerosos pronunciamientos, pudiendo citar, entre otros, OLG Oldenburg WM 1987, 836; BGH WM 1987, 1556; EWIR 1988, 27, con nota de PETERHOFF; WuB I E 2 c-1. 88, con nota de ASSMANN. Breves comentarios al contenido de las tendencias jurisprudenciales relativas a los informes bancarios en Alemania pueden encontrarse en FISCHER, R., KLANTEN, Th., *Bankrecht*, Köln, 2ª. ed., 1996, págs. 160 y ss.

³³SCHRAEPLER, H.-J., "Kreditauskunft-Einschränkung des Bankgeheimnisses", NJW 1972, pág. 1840.

³⁴SALANITRO, N., "Il segreto bancario", en PORTALE, G. B. (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Vol. I, Milano, 1978, pág. 237, y en Giur. Com. 1977-I, pág. 72.

³⁵Véase *supra* "Relevancia de la información bancaria en el ámbito de la libertad de competencia", apartado I del presente Capítulo.

ofrecidas por las entidades de crédito han aportado argumentos favorables a la prestación de dichos servicios de información. Por lo general, han fundado la compatibilidad entre dicho servicio de información y el deber de secreto en el beneficio que la circulación de dichas informaciones conlleva para el tráfico económico, realizando una consideración más bien general³⁶. Sin embargo, se han propuesto igualmente argumentos delimitadores del contenido de las informaciones proporcionadas por las entidades de crédito, así como del ámbito del deber de secreto bancario.

En este sentido, algunos autores han diferenciado las informaciones prestadas a otras entidades de crédito de las ofrecidas a terceros carentes de cualificación. Mientras estiman que las primeras estarían completamente admitidas e incluso justificadas³⁷, respecto de las segundas defienden la necesidad de distinguir entre noticias específicas (datos concretos sobre cuentas bancarias, saldos, importe de los créditos concedidos, etc.) que estarían prohibidas, y noticias genéricas, estas últimas permitidas, por referirse de un modo general a

³⁶ Este criterio no resulta demasiado satisfactorio al permitir igualmente justificar la existencia del deber de secreto, por cuanto favorece la confianza de los clientes en el funcionamiento del sistema bancario. En este sentido, CAVALLI, G., "Segreto bancario e informazioni sui clienti", op. cit., págs. 145 y 146. Defienden, por el contrario, estas posturas, entre otros, CRESPI, A., *La tutela penale del segreto*, Palermo, 1952, pág. 146, y PRATIS, C. M., *La disciplina giuridica delle aziende di credito*, Milano, 1972, pág. 165.

³⁷ En este sentido, en la doctrina italiana pueden consultarse CRESPI, A., *La tutela penale del segreto*, op. cit., pág. 174; MOLLE, G., DESIDERIO, L., *Manuale di Diritto bancario e dell'Intermediazione finanziaria*, Milano, 1994, pág. 30; SALANITRO, N., "Il segreto bancario", op. cit., pág. 250. En contra se muestran GIANNATTASIO, C., "Le fonti del segreto bancario e i suoi limiti specie nei confronti dell'autorità giudiziaria", nota a la Sentencia del Tribunale di Firenze de 10 de abril de 1954 (Ord.), Giur. it. 1954-I, 2, cols. 783 y 794; PROTO PISANI, N., "Appunti sulla natura e sui limiti del segreto bancario", *Dir. e Giur.* 1959, págs. 241 y 254.

la solvencia, la moralidad o el buen nombre comercial del cliente³⁸. A su vez, dichas informaciones genéricas prestadas a terceros que no son entidades de crédito, estarían para algunos autores permitidas de forma general³⁹ y para otros únicamente en cuanto resultaran favorables al cliente⁴⁰.

Otros autores han señalado, sin embargo, que el secreto bancario comprende sólo las informaciones y datos proporcionados objetivamente con una nota de confidencialidad o bien aquellos a cuyo conocimiento haya llegado la entidad de crédito como consecuencia de las relaciones de negocios mantenidas con el cliente⁴¹.

³⁸ En este sentido, en la doctrina francesa, GAVALDA, Ch., STOUFFLET, J., *Droit de la Banque*, París, 1974, pág. 837. Resulta evidente, sin embargo, la dificultad que presenta la delimitación y variabilidad del concepto de informaciones genéricas y específicas, como afirman igualmente RUTA, G., *Il sistema della legislazione bancaria*, Roma, 1975, págs. 409 y ss.; DI AMATO, F., *Il segreto bancario*, Camerino, 1979, pág. 206. En opinión de CRANSTON, R., "Il dovere di riservatezza delle banche", op. cit., pág. 173, nota 20, no existen razones para pensar, al menos en el ordenamiento jurídico inglés, que las informaciones genéricas no entren dentro del ámbito de protección del secreto bancario.

³⁹ CRESPI, A., *La tutela penale del segreto*, op. cit., pág. 173.

⁴⁰ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, 2ª. ed., revisada, corregida y puesta al día por MOLL DE MIGUEL, S., Madrid, 1975, pág. 55. En la doctrina italiana mantienen dicha postura, MOLLE, G., *I Contratti bancari*, en *Trattato de diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1981, pág. 78; el mismo autor en "Il segreto bancario", BBTC 1937-I, págs. 169 y 186; RUTA, G., "Segreto bancario, informazioni sui clienti...", op. cit., pág. 409. Señala los problemas que entraña dicha delimitación entre noticias favorables y desfavorables, criticando en consecuencia que sea utilizada como criterio discriminador entre informaciones que vulneran o no el deber de secreto, GIANNATTASIO, C., "Le fonti del segreto bancario...", op. cit., col. 794.

⁴¹ RUTA, G., "Segreto bancario, informazioni sui clienti...", op. cit., pág. 402, quien afirma que "en realidad, el deber de secreto bancario de la banca comprende sólo las noticias y los datos que se proporcionen objetivamente con una connotación de confidencialidad o que sean conocidas con motivo de las relaciones de negocios mantenidas con el cliente". Idéntica opinión mantienen AUBERT, M., BÉGUIN, P.-A., BERNASCONI, P., GRAZIANO-VON BURG, J., SCHWOB, R., TREUILLAUD, R., *Le secret bancaire suisse*, op. cit., pág. 419, que consideran permisible únicamente la prestación de informaciones generales, que se refieran a la "opinión que sobre el sujeto del que se informa se tiene en la plaza", o a informaciones transmitidas por oficinas de información, pero que no sean en ningún caso confidenciales.

De este modo, sería posible entender que la prestación de informaciones comerciales bancarias se desarrolla, no "a pesar" de la existencia de un deber de secreto bancario, sino fuera de los límites de dicho deber⁴².

El enfoque más adecuado, a nuestro juicio, parece ser aquel que destaca los intereses perseguidos por la prestación de informes comerciales bancarios, tanto si se emiten entre entidades de crédito como cuando van dirigidos a otro tipo de sujetos, clientes o no de la entidad informante. En tal sentido, el problema de los informes comerciales bancarios no se encuadra en una óptica exclusivamente dirigida a la tutela de las relaciones individuales (garantía de la confidencialidad de las informaciones proporcionadas por los clientes a las entidades de crédito). Se debe contemplar, además, la posibilidad de prestar dichas informaciones en un contexto amplio, comprensivo tanto de los intereses de las entidades de crédito, de los sectores comerciales e industriales, y de los propios clientes bancarios (como categoría), al conocimiento de datos sobre la situación económica y patrimonial, la conducta comercial y seriedad negocial de los distintos sujetos que operan en el mercado⁴³. Se trataría, en definitiva, de

⁴² CAVALLI, G., "Segreto bancario e informazioni sui clienti", op. cit., pág. 149. Confirmando dicha posición, RUTA, G., "Segreto bancario, informazioni sui cliente...", op. cit., pág. 402. En la doctrina alemana, BÜRGER, P., *Rechtsfragen zur Bankauskunft*, op. cit., págs. 59 y 60. Si se piensa de este modo, como afirma SICHTERMANN, S., *Bankgeheimnis und Bankauskunft...*, op. cit., pág. 164, la práctica de emitir informes comerciales por las entidades de crédito se nos mostrará como una facultad de la que dispone la propia entidad, y que puede desarrollar en beneficio de los afectados por la información o también en el suyo propio, sin estar (por lo general) obligada contractualmente a ello.

⁴³ RODOTÀ, S., "La "privacy" tra individuo e collettività", Pol. Dir. 1974, págs. 545 y ss.; BESSONÉ, M., "Segreto della vita privata e garanzia della persona. Materiali per uno studio dell'esperienza francese", RTDPC 1973, págs. 1130 y ss.; ALPA, G., "Il danno da informazione economica", Riv. Not. 1977, págs. 1091 y ss.

reconocer que con dicho servicio se persigue igualmente un interés de la colectividad⁴⁴.

Reconocido, pues, este eventual derecho al conocimiento de noticias económicas, que permitiría en definitiva un mejor y más eficiente funcionamiento del mercado, se plantea otro problema, como es el de su compatibilidad con el derecho a la intimidad⁴⁵. Es necesario determinar si el derecho a la intimidad contiene igualmente una vertiente puramente económica en la cual se inserten las informaciones que constituyen el objeto de los informes comerciales bancarios (relativos, como hemos señalado, a valoraciones generales sobre la solvencia patrimonial y el crédito).

⁴⁴ ALAGNA, S., "Le informazioni sulla clientela tra dovere...", op. cit., pág. 129. En opinión de dicho autor, esta vez en "Il segreto bancario in una dimensione...", op. cit., págs. 486 y 487, se trata de que la importancia que en el tráfico comercial han adquirido las informaciones proporcionadas por las entidades de crédito, conduce a que se dirijan a salvaguardar los intereses de los clientes (como categoría de sujetos), así como los propios de la banca y, en vía indirecta, el interés general conectado con el ejercicio del crédito y del ahorro. Tal cúmulo de intereses justificaría el eventual sacrificio del interés del cliente individualmente considerado, quien podrá en todo caso reclamar contra la entidad de crédito que haya proporcionado informaciones falsas o inexactas sobre él, así como también cuando se hayan suministrado datos relativos a su vida privada, carentes de toda finalidad económica. Resalta también la relevancia de los intereses que se encuentran en la prestación de informes comerciales VIGO, R., *Libertà e divieti...*, op. cit., págs. 160 y ss.

⁴⁵ Problema de compatibilidad que se plantea igualmente PRATIS, C. M., "Segreto bancario e informazioni bancarie", op. cit., pág. 348. El derecho a la intimidad es destacado como interés protegido por el secreto bancario por FAJARDO GARCÍA, I. G., "Fundamentación y protección constitucional del secreto bancario", RDBB 1990, págs. 600 y ss. Consideraciones sobre protección de la intimidad en relación con el secreto bancario, realizan igualmente, en la doctrina alemana, SICHTERMANN, S., "Das Bankgeheimnis als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes", MDR 1965, págs. 697 y ss.; STEINDORFF, E., "Zivilrechtliche Grundlagen von Bankgeheimnis, Bankauskunft und Persönlichkeitsschutz", ZHR 149 (1985), págs. 151 y ss.; LERCHE, P., "Bankgeheimnis-verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen", ZHR 149 (1985), págs. 165 y ss.

Se ha afirmado al respecto que la legitimidad de la prestación de informes comerciales por las entidades de crédito viene dada por los fines perseguidos, que deberán dirigirse a la recopilación y selección de datos económicos. Estarían justificadas aquellas informaciones conectadas con las operaciones realizadas entre la entidad de crédito y el cliente. En ningún caso serían legítimas las comunicaciones de información relativas a aspectos personales del sujeto sobre quien versa el informe⁴⁶.

Si bien no puede negarse la relevancia y la necesidad de permitir la prestación de dichas informaciones por las entidades de crédito, no debe olvidarse que dicha actividad debe desarrollarse con especial cuidado, estableciendo controles que garanticen la tutela de los sujetos sobre quienes se informa, así como el respeto de su vida privada, de forma que se mantengan reservados aquellos datos que no sean puramente económicos⁴⁷.

⁴⁶ ALAGNA, S., "Le informazioni sulla clientela tra dovere...", op. cit., pág. 132.

⁴⁷ ALAGNA, S., "Le informazioni sulla clientela tra dovere...", op. cit., págs. 132 y 133. En la actualidad dicho control respecto de la protección de datos personales viene establecido por la LO 5/92, reguladora del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, la cual, en su art. 28, se refiere a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, con el fin de garantizar la protección de los sujetos sobre quienes se informa y su acceso a las informaciones sobre ellos proporcionadas (véase *infra* capítulo III de la segunda parte de nuestro trabajo). Esta norma concede gran relevancia al consentimiento del sujeto sobre quien versa la información, aspecto que es considerado imprescindible para permitir a la entidad de crédito la prestación de informes comerciales por ZUNZUNEGUI PASTOR, F., *Derecho del Mercado financiero*, op. cit., págs. 235 y 236, salvo que se trate de un empresario y la información haga referencia a su actividad empresarial. En este supuesto, creemos, estaría justificada la prestación del servicio de información por la actividad desarrollada en el mercado por el sujeto sobre el cual versa el informe. Sin embargo, idéntico interés podrá apreciarse en numerosas ocasiones en sujetos no empresarios sobre los cuales sea solicitada información a las entidades de crédito. Permite únicamente la prestación de informaciones consentidas por el cliente OTERO NOVAS, J. M., "El secreto bancario. Vigencia y alcance", RDBB 1990, pág. 749, por considerar que el fundamento del secreto bancario es el propio derecho constitucional a

De lo expuesto pueden extraerse varias conclusiones. La primera haría referencia a que la generalidad de la doctrina admite la posibilidad de que las entidades de crédito presten dichos servicios de información, actividad para la cual se encuentran en una posición privilegiada, y que sirve a específicos intereses del tráfico económico.

La segunda conclusión alude al específico contenido de las informaciones que pueden ser proporcionadas por las entidades de crédito. Se tratará, en todo caso, de informaciones generales, que responderán principalmente a la opinión que en la plaza se tenga del sujeto sobre quien verse el informe⁴⁸. Dichos datos generales podrán ir acompañados de otros derivados de Registros públicos o de informaciones concretas sobre su actuación en el ámbito cambiario (impago de letras o cheques, aplazamiento del pago de pagarés, etc.), por considerar que este tipo de informaciones no ha sido proporcionado por el cliente en la relación de confianza establecida con la entidad de crédito, sino que se trata de aspectos externos constatables por la propia entidad⁴⁹. Si los informes comerciales bancarios se ajustan a dicho contenido, parece claro que quedarán

la intimidad, si bien no entrarán en el ámbito de protección del secreto bancario aquellos datos que sean, por una parte públicos, o no adquiridos por la entidad en el seno de las relaciones con su cliente, así como las opiniones sobre el cliente que imperan en la plaza (pág. 751). Mantiene la misma opinión sobre los datos no abarcados por el secreto bancario, MARTIALAY MAISONNAVE, C., "El secreto bancario", en ALONSO UREBA, A., MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., (Dirs.), *Derecho del mercado financiero, II, Operaciones bancarias de activo y pasivo*, vol. 1, Madrid, 1994, págs. 53 y 54.

⁴⁸AUBERT, M., BÉGUIN, P.-A., BERNASCONI, P., GRAZIANO-VON BURG, J., SCHWOB, R., TREUILLAUD, R., *Le secret bancaire suisse*, op. cit., pág. 419, quienes además defienden la posibilidad de que puedan transmitir los datos e informaciones obtenidos por las entidades de crédito de las agencias de información comercial.

⁴⁹ En este sentido, en nuestra doctrina, OTERO NOVAS, J. M., "El secreto bancario...", op. cit., pág. 751.

fuera de las informaciones protegidas por el secreto bancario⁵⁰. Sin embargo, la determinación en cada caso concreto de cuáles son las informaciones susceptibles de comunicación a terceros por las entidades de crédito no es una cuestión sencilla, y podrá dar lugar en numerosas ocasiones a reclamaciones de los sujetos sobre quienes se ha informado, basadas bien en la prestación de informaciones falsas o inexactas sobre los mismos, bien en la violación del deber de secreto bancario por la entidad informante⁵¹.

En todo caso, el deber de secreto no resulta oponible al propio titular de las operaciones celebradas con la entidad. Por el contrario, se imponen a las entidades de crédito obligaciones de información, bien en los tratos precontractuales, bien en el ámbito de la ejecución y

⁵⁰ En nuestra doctrina, FAJARDO GARCÍA, I. G., "El secreto bancario", Tesis de Licenciatura, Universidad de Valencia, 1986, pág. 258; GUILLÉN FERRER, M^a. J., *El secreto bancario...*, op. cit., pág. 112.

⁵¹ La doctrina y jurisprudencia francesas han prestado una atención especial a la violación del deber de secreto y a la responsabilidad en que incurre la entidad de crédito frente al sujeto sobre el cual informó a un tercero. En concreto, la Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 6 de febrero de 1975 (RD 1975, pág. 318, con nota de VÉZIAN, J.; también publicada en Foro It. 1975-V, col. 183, con nota de BESSONE, M.), negó el reconocimiento de un derecho de la entidad de crédito al suministro de informaciones sobre sus clientes, a su arbitrio y sin valorar las consecuencias perjudiciales que dicha actuación pudiera acarrearles. En el concreto supuesto de hecho que dio lugar al litigio se había emitido un informe comercial bancario inexacto sobre la situación de una empresa. Como consecuencia de ello, la empresa no pudo concluir un importante negocio y quebró. El Tribunal condenó a la entidad de crédito por los daños ocasionados por el informe, si bien, como afirma la doctrina, igualmente hubiera podido reclamar por violación del secreto bancario, si la entidad de crédito hubiera proporcionado una información con conocimiento de que el cliente deseaba mantenerla reservada en el círculo de confianza que le ligaba a la propia entidad. Dicha Sentencia representa, en opinión de COMPORTI, M., "Rischio professionale della banca e responsabilità extracontrattuale", en MACCARONE, S., NIGRO, A. (a cura di), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981, págs. 37-38, la tendencia jurisprudencial francesa en favor de una mejor tutela del cliente bancario, de tal modo que incumbe a la entidad de crédito la prueba de los motivos que han justificado la difusión de informaciones sobre la situación comercial y financiera de sus clientes, y de probar que tales informaciones se han prestado con objetividad y de conformidad con los deberes profesionales, si su difusión ha ocasionado daños.

liquidación de las operaciones. Dichos deberes de información, derivados del principio general de buena fe, cuentan con manifestaciones claras en las normas sobre transparencia, así como en el funcionamiento de determinados contratos bancarios en los cuales las relaciones entre entidad de crédito y cliente estén basadas en la confianza recíproca⁵².

⁵² Ambos aspectos serán objeto de tratamiento, por su importancia y extensión, en los capítulos II y III de esta primera parte.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DEBER DE INFORMAR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL CLIENTE BANCARIO

I. EVOLUCIÓN Y EFICACIA DE LAS NORMAS SOBRE TRANSPARENCIA.

A) EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA.

Si bien, como indicamos, las normas sobre transparencia sirven de forma principal al desarrollo de la libre competencia entre las entidades de crédito, de tal modo que ello posibilite una mayor eficiencia en el mercado, también reconocimos como función indirecta pero esencial de las mismas la protección de los demandantes de servicios de bancarios⁵³. La única vía para permitirles una elección consciente y adecuada a sus necesidades y expectativas es favorecer la existencia de una información completa y uniforme⁵⁴, que, además, será proporcionada por las propias entidades de crédito⁵⁵.

⁵³ Véase *supra* Capítulo I, apartado I.

⁵⁴ Aspecto en el que incide COSTI, R., *L'ordinamento bancario*, op. cit., pág. 481.

⁵⁵ La exigencia de transparencia ha de entenderse, según BUOCONORE, V., "Contratti del consumatore e contratti d'impresa", RDC 1995, pág. 25, nota 88, como "la necesidad de que el potencial "adherente" a un contrato se vea en posición de determinar si concluye el contrato sólo tras haber adquirido de forma simple y lineal todos los elementos y todas las informaciones útiles y necesarias". En el mismo sentido, considerando que la transparencia consiste en proporcionar una información completa y adecuada, que debe además contener las notas de corrección y certeza, NIGRO, A., "La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive", DBMF 1992, pág. 422.

La "normativa sectorial sobre transparencia bancaria"⁵⁶ está compuesta, en consecuencia, por un conjunto de normas que se destinan a regular tanto los aspectos de organización y funcionamiento de las entidades de crédito, especialmente en cuanto a su vigilancia y fiscalización (relación interna), como en sus relaciones externas con los clientes con el fin de lograr su protección⁵⁷.

Cabe pensar, pues, en la necesidad de dicho tipo de normas, no sólo para permitir el buen funcionamiento del sector crediticio, sino también con el fin de favorecer la tutela del cliente bancario, más desprotegido ante el movimiento liberalizador que desde principios de la década de los 80 fue suprimiendo, de forma paulatina, los límites gubernativos a la fijación de tipos de interés y comisiones⁵⁸. Por esta razón, las primeras normas liberalizadoras mantuvieron parte de los controles para posibilitar así una evolución más progresiva en evitación de efectos perjudiciales para la competencia entre las entidades de crédito y para los demandantes de sus servicios, necesitados de tutela ante la profunda modificación operada en las condiciones financieras⁵⁹. Sin embargo, de forma expresa no existía

⁵⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "El ordenamiento crediticio y bancario español: Reflexiones después de la crisis", en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito*, 2ª ed., Madrid, 1991, pág. 20.

⁵⁷ MARCO COS, J. M., "La protección del cliente de la entidad de crédito", CDC 1995.

⁵⁸ Véase al respecto la Orden de 17 de enero de 1981 (B.O.E. de 19 de enero). Dicha Orden pretendía ordenar adecuadamente nuestro sistema financiero, actuando, como señala su Exposición de Motivos, en tres ámbitos: el inicio de la liberalización de tipos de interés y comisiones, impulso a la financiación a largo plazo y liberalización de los dividendos bancarios. Al respecto, véase SANTOS, V., "Operaciones pasivas", RDBB 1981, págs. 336 y ss.

⁵⁹ Dichas medidas protectoras son introducidas en aquella Orden de forma indirecta, como afirma MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, L., "El derecho a la información de la clientela...", op. cit., pág. 766.

una intención por parte del legislador de proteger directamente al cliente bancario.

Dichos controles iniciales fueron eliminados por la Orden de 3 de marzo de 1987⁶⁰, sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las entidades de depósito, que derogó la anterior de 1981. La Orden se muestra, a la vez que partidaria de eliminar las restricciones a la libre competencia entre entidades de crédito, consciente de la tutela que debe prestarse a los intereses de los clientes bancarios⁶¹. Para ello, establece las condiciones de publicidad que estima necesarias, se exigen documentos liquidatorios de los contratos⁶², y se crea además un órgano (el SRBE) ante el cual los clientes puedan presentar sus reclamaciones contra la actuación incorrecta de las entidades de crédito.

⁶⁰ B.O.E. de 5 de marzo. En la Exposición de Motivos de la Orden, en relación con los controles que mantuvo la anterior Orden de 1981, señala: "la evolución posterior del sistema y de los mercados aconseja levantar ya esos controles. La amplia multiplicación y difusión de instrumentos rentables y muy líquidos de colocación de fondos hace inoperantes en la práctica los controles sobre tipos de interés, al tiempo que ha difuminado a lo largo de los últimos años los reajustes en el coste del dinero, que han sido ya absorbidos en su mayor parte, por el sistema".

⁶¹ Dispone la Exposición de Motivos de la Orden de 3 de marzo de 1987, que "la mayor libertad de funcionamiento de los mercados refuerza, por otra parte, la necesidad de asegurar su transparencia y, en particular, de garantizar que la clientela de las entidades de depósito conoce con exactitud las condiciones de las operaciones que concierne con ellas", razón por la cual se establecen las medidas antes enunciadas. La Orden fue desarrollada por Circular del Banco de España 15/1987, de 7 de mayo, sobre tipos de interés, comisiones y normas de actuación con la clientela, y por Circular 24/1987, de 21 de julio, sobre organización y funcionamiento del SRBE, creado por el Consejo Ejecutivo del Banco de España en su sesión de 26 de mayo de 1987.

⁶² El carácter de algunas de las normas que la Orden establece conduce a pensar en sus posibles efectos en el ámbito de la libertad contractual. En este sentido, CUNAT EDO, V., "Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo I, Madrid, 1994, pág. 608.

La evolución y refundición posterior de la normativa sobre transparencia⁶³ nos conduce a examinar el estado actual de la normativa sectorial que impone obligaciones de información a las entidades de crédito. La O.M. de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, refunde el contenido de las disposiciones anteriores y extiende su ámbito de aplicación a todas las entidades de crédito, puesto que con anterioridad se aplicaban únicamente a las entidades de depósito⁶⁴. Tanto la Orden de 1989 como la Circular 8/1990⁶⁵, que la desarrolla, constituyen el "material normativo a cuyo través el legislador persigue realizar -sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas generales en materia de consumo, en particular la LGDCU- la tutela del consumidor en el ámbito bancario o, más correctamente, la tutela del usuario de servicios bancarios, sin perjuicio de que se trate de normas que en último término pretenden

⁶³ Con posterioridad a 1987, se dictó la Orden de 16 de junio de 1988, sobre información que las entidades de depósito deben incluir en sus contratos con clientes (B.O.E. 16 y 17 de junio). Casi inmediatamente, el Banco de España dictó una nueva Circular (Circular 15/1988, de 5 de diciembre, sobre las obligaciones de información de las entidades de depósito a la clientela), que refundía la normativa sectorial anterior, aprovechando, como indica su Exposición de Motivos, las facultades de desarrollo y ejecución de la normativa que le habían sido conferidas por la D.A. 8ª LDIEC (norma en la actualidad derogada por la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España) y las delegaciones contenidas en las órdenes de 3 de marzo de 1987 y 16 de junio de 1988. Sobre dicha Circular, véanse en nuestra doctrina, ILLESCAS ORTIZ, R., "Los contratos bancarios: reglas...", op. cit., págs. 261 a 289; SÁNCHEZ MIGUEL, Mª C., "Modificación de las normas sobre condiciones del crédito y defensa del cliente en Derecho español", RDBB 1989, págs. 329 a 339.

⁶⁴ No obstante, como aprecia MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, L., "El derecho a la información de la clientela...", op. cit., págs. 768 y 769, si bien se amplía el ámbito de la normativa sectorial, ello no implica "un trato igualitario para todas las entidades de crédito, sino sólo en determinadas materias como son, entre otras, las normas de actuación e información a clientes".

⁶⁵ Circular 8/1990, de 7 de septiembre (B.O.E. de 20 de septiembre). La Circular ha sufrido numerosas modificaciones posteriores, por Circulares 13/1993, de 21 de diciembre (B.O.E. de 31 de diciembre), 5/1994, de 22 de julio (B.O.E. de 3 de agosto), 3/1996, de 27 de febrero (B.O.E. de 13 de marzo) y 4/1998, de 27 de enero (B.O.E. de 13 de febrero).

la ordenación y disciplina de las entidades de crédito, siendo a estos efectos la tutela del cliente -y, por tanto, del consumidor o usuario- un medio para la más correcta ordenación y disciplina de la actividad de tales entidades”⁶⁶.

B) LA DISCUTIDA EFICACIA JURÍDICA DE LAS CIRCULARES.

No obstante los efectos beneficiosos de las obligaciones de información impuestas en las Circulares del Banco de España, no es unánime la doctrina respecto a su eficacia jurídica. La cuestión de su naturaleza parece haber sido finalmente resuelta por el art. 3 de la Ley de Autonomía del Banco de España. Dicho precepto le permite dictar las normas que sean precisas para el ejercicio de las competencias relativas a la política monetaria y a los medios de pago, estableciendo también los requisitos formales de publicación de las Circulares. Su naturaleza reglamentaria está, por tanto, fuera de duda, reconociéndose además la posibilidad de impugnar dichas

⁶⁶ GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España sobre protección de la clientela, su posición ordinamental”, en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo II, Madrid, 1994, pág. 883. En esta línea, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “La protección de la clientela en el ordenamiento sectorial de la banca (Consideraciones en torno a la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y la Circular 8/90)”, RDBB 1992, págs. 420 y 421, considera que, conforme a lo dispuesto en el art. 13, 1º LGDCU, que reconoce al consumidor el derecho a obtener “una información veraz, eficaz y suficiente”, y su párrafo 2º, que establece que las exigencias concretas de información para cada producto o servicio se determinarán a través de las reglamentaciones o normativas aplicables en cada caso”, la Orden de 1989 y la Circular 8/90 pueden considerarse “normativa especial de información en favor del consumidor”, cuyo “fundamento jurídico descansa en el derecho a la información reconocido a todo consumidor en nuestro sistema de Derecho Privado”.

disposiciones de forma directa ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional⁶⁷.

Por lo tanto, salvo en aquellas parcelas correspondientes a la política monetaria, en las cuales se otorgan poderes reglamentarios directamente al Banco de España por el art. 3 de su Ley de Autonomía, en el resto de materias relativas al ejercicio de sus competencias, no cabe una habilitación genérica, por cuanto, al menos, en materias reservadas a la ley, no cabe la deslegalización, sino que se precisan habilitaciones legales expresas⁶⁸.

El carácter reglamentario de las normas sectoriales plantea como problema esencial el de la posible eficacia jurídico-privada de las normas sobre transparencia cuando se trate de materias relativas a la contratación bancaria que no son competencia del Banco de España. Las posiciones mantenidas por nuestra doctrina oscilan entre reconocer eficacia jurídico-privada únicamente de forma indirecta, a través de los preceptos contenidos en la LGDCU y de la aplicación del principio general de buena fe en el cumplimiento de los contratos⁶⁹, o

⁶⁷ ARAGÓN REYES, M., "Las fuentes. En particular los Estatutos de los Bancos y Cajas de Ahorros y las Circulares del Banco de España", en ALONSO UREBA, A., y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., (Dir.), *Derecho del mercado financiero, II, Operaciones bancarias de activo y pasivo*, vol. 1, Madrid, 1994, págs. 18 y 19.

⁶⁸ PARADA VÁZQUEZ, J. R., "Valor jurídico de la Circular", RDBB 1981, pág. 316; ARAGÓN REYES, M., "Las fuentes. En particular los Estatutos de los Bancos y Cajas de Ahorros y las Circulares del Banco de España", en GARCÍA VILLAVERDE, R., (Dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, pág. 34 y en *Derecho del mercado financiero...*, op. cit., pág. 19.

⁶⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Contratación bancaria y protección de los consumidores. El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del Banco de España", en GARCÍA VILLAVERDE, R., *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, pág. 953, y en ALONSO UREBA, A., y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., (Dir.), *Derecho del mercado financiero, II, Operaciones bancarias de activo y pasivo*, vol. 1, Madrid, 1994, págs. 121 y 122; GALÁN CORONA, E., "Las Órdenes Ministeriales y Circulares...", op. cit., págs. 892 a 896; CUÑAT EDO, V., "Las fuentes

bien reconocerles eficacia jurídico-privada directa cuando se limiten a desarrollar normas de rango de superior⁷⁰.

Parece, por tanto, que las Circulares del Banco de España, bien dictadas en ejercicio de las competencias que su Ley de Autonomía le ha atribuido, bien en ejercicio de competencias delegadas por medio de habilitación legal expresa, son normas reglamentarias que no pueden referirse más que a aspectos adjetivos o de detalle⁷¹. La infracción por las entidades de crédito de las normas dictadas respetando los requisitos anteriores estará sometida a sanciones administrativas.

reguladoras...", op. cit., pág. 609; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "La protección de la clientela...", op. cit., pág. 419, para quien "la normativa sectorial sólo permite soluciones parciales y, en todo caso, la calificación de una práctica como buena o mala práctica bancaria. Pero nada más. Las consecuencias jurídico-privadas vendrán determinadas, fundamentalmente, por otras normas de rango superior" (pág. 417), si bien podrían reconocerse ciertos efectos por vía indirecta a las Circulares del Banco de España, por suponer su incumplimiento el quebrantamiento de principios contractuales básicos, como la buena fe o el justo equilibrio de las contraprestaciones.

⁷⁰ En este sentido, ILLESCAS ORTIZ, R., "Los contratos bancarios: reglas...", op. cit., pág. 269, quien afirma los efectos de la normativa contenida en las Circulares en la tutela del contratante débil, si bien "la circular no establece sino vías reguladoras o administrativas -de índole jurídico-público- en orden a exigir su observancia, sin que la inobservancia trascienda apriorísticamente al ámbito de las relaciones jurídico-privadas que se hayan podido establecer en defectuosas condiciones de información o documentación por parte del mencionado contratante débil"; PETIT LAVALL, M^a V., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Valencia, 1996, págs. 189 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 10^a ed., Valencia, 1997, pág. 656, quien mantiene su naturaleza de normas de Derecho privado, señalando que regulan materias de "legislación bancaria" de naturaleza privada..., si bien reforzadas con medios de control y sanciones administrativas; pero tienen muy directa influencia en la contratación privada, en especial en la documentación e información a la clientela".

⁷¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1988, págs. 783 y ss.; BAÑO LEÓN, J. M^a., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991, págs. 86 y ss.; ARAGÓN REYES, M., "Las fuentes...", op. cit., pág. 41; GALÁN CORONA, E., "Las Órdenes Ministeriales y Circulares...", op. cit., pág. 889.

II. EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN LAS NORMAS SOBRE TRANSPARENCIA.

Para lograr una efectiva competencia en el mercado se han de establecer unas condiciones correctas para su ejercicio, que pasan, como señalamos⁷², por establecer normas que aseguren la uniformidad del lenguaje informativo, a la vez que un mínimo de formalidades y de obligaciones de información que, sin perseguir de manera directa la protección del cliente bancario, la hagan efectiva.

Las normas sobre transparencia son aplicables por igual a todas las entidades de crédito, en lo que respecta a su actuación y obligaciones con sus clientes. Con ello se quiere resaltar la necesidad de garantizar un nivel mínimo de información entre la clientela que ayude a mitigar la fuerte asimetría⁷³ que caracteriza al mercado financiero.

Una consideración atenta de dicha asimetría informativa obliga a adoptar una nueva perspectiva de análisis de la situación jurídica y económica del sector. La intensidad en la relación de clientela aparece de este modo como el determinante, en numerosas ocasiones, de obligaciones de información más estrictas de la entidad de crédito respecto de los clientes que ostentan cierta antigüedad como demandantes de sus servicios. La relación duradera mantenida entre la entidad de crédito y dichos clientes beneficia a ambas partes, puesto que permite a la entidad de crédito adquirir una información específica sobre su cliente⁷³, quien a su vez tendrá buena reputación

⁷² Vid *supra* Capítulo I, apartado II.

⁷³ La información puede incluso desempeñar un importante papel en el ámbito de las garantías. Como afirma SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Las declaraciones de*

dentro del ámbito de la clientela. Ello permite a la entidad de crédito, considerando este factor de relación, ofrecer a este cliente sus servicios más cualificados⁷⁴ e incluso especiales condiciones en las operaciones que celebre⁷⁵. Todo ello, por el conocimiento que la entidad ostenta de la trayectoria económica del cliente y de su experiencia financiera⁷⁶. Y del mismo modo, ello obliga a la entidad de crédito a adoptar una

*patrocinio. Estudio sobre las denominadas "cartas de confort", Madrid, 1994, págs. 17 y 18, a la vez que se aprecia una evolución de las garantías reales hacia otras formas de garantía de menor coste y más flexibilidad, "se observa un desplazamiento de las garantías en sentido estricto o técnico jurídico hacia otras formas de seguridad, que los Bancos aprecian, sobre todo cuando se trata de créditos dirigidos a la actividad empresarial. Se trata, en estos casos, de examinar el destino del crédito, de tal manera que si aparece dirigido hacia una actividad que se considera rentable, puede, con fundamento, pensarse que el crédito será devuelto puntualmente permitiendo, incluso, una relación crediticia duradera, pues no olvidemos que la actividad bancaria no se agota en una sola operación; la garantía está constituida, por tanto, por la propia solvencia moral del destinatario y por la actividad a la que va destinado el crédito, y ello supone, por parte de la entidad crediticia, un examen previo, tanto de las circunstancias del peticionario, en definitiva de su solvencia económica y moral, como un examen de la actividad que se propone desarrollar. La información se constituye, así, en una forma de garantía que se aparta de las figuras jurídicas típicas". A la evolución descrita se refiere igualmente SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, 1995, pág. 93, quien afirma que "en los últimos años se han venido desarrollando nuevas formas de garantía dentro de las relaciones de los bancos con sus clientes, tanto para asegurar obligaciones de éstos frente a aquéllos, como en sentido inverso. En este contexto, la realidad bancaria va por delante del propio Derecho, introduciendo figuras inéditas o que suponen una importante evolución respecto de los tipos contractuales tradicionales".*

⁷⁴ Así, servicios de información y asesoramiento, o incluso, prestación de informes comerciales bancarios, a los que nos referiremos en la segunda parte de nuestro trabajo.

⁷⁵ Cabe plantear al respecto la compatibilidad de un distinto trato a los clientes con el único fundamento de la duración de las relaciones que mantengan. Indudablemente, la entidad de crédito confía en el sujeto que ha sido su cliente durante un período de tiempo más bien prolongado, durante el cual ha tenido oportunidad de conocer su situación económica y seriedad comercial. Por lo tanto, estaría justificado, a nuestro juicio, un diferente trato, debido a que las condiciones subjetivas de ambos clientes no son de partida idénticas. Otra cosa sería que se tratara de dos nuevos clientes de idénticas características y capacidad económica, a los cuales se establecieran, por ejemplo, diferentes condiciones de coste de crédito. Se vulneraría en este supuesto el principio de igualdad de trato. Véase al respecto, en la doctrina italiana, ALPA, G., "La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo", *Giur. it.* 1992-IV, cols. 409 y ss.

⁷⁶ LOBEZ, F., *Banques et marchés du crédit*, op. cit., págs. 20 y 21.

especial diligencia en relación con este tipo de clientes⁷⁷, respecto de los cuales estará sujeta a obligaciones de información, consejo y advertencia en relación con posibles situaciones perjudiciales para sus intereses.

A) LA RELACIÓN DE CLIENTELA.

Las obligaciones de información contenidas en la normativa sectorial sobre transparencia bancaria resultan de aplicación a todo sujeto que demande servicios bancarios. No se establece, por tanto, una discriminación entre clientes según su nivel económico, su carácter empresarial, o su experiencia profesional en materia financiera. Por el contrario, se entiende que las obligaciones impuestas constituyen un mínimo imprescindible para posibilitar que las entidades de crédito puedan participar en condiciones de igualdad y libertad⁷⁸ en el mercado crediticio. Desde la perspectiva de los clientes protegidos por dichas normas, constituyen una garantía de que su elección de servicios en el mercado ha estado precedida de una adecuada información y de que el contenido contractual se ajusta a la utilidad y ventajas que de la operación bancaria pretenden obtener⁷⁹.

⁷⁷ El conocimiento que la entidad de crédito hubiese adquirido sobre el cliente y, en concreto, sobre su actividad bancaria, se ha considerado como variable a tener en cuenta a la hora de determinar su adecuación al nivel exigible de diligencia que, conforme a lo dispuesto en el art. 1104 Cc. deberá acomodarse a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Al respecto, véase *infra*, Capítulo II de la segunda parte.

⁷⁸ Este aspecto de la libertad como contenido esencial de la libertad de empresa es destacado por ARAGÓN REYES, M., "Constitución económica y libertad de empresa", op. cit., págs. 178 y ss.

⁷⁹ En este sentido, si bien refiriéndose al crédito a los consumidores, afirman ALPA, G. y BESSONE, M., "Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni

No obstante, muchas de las obligaciones de información impuestas por la normativa sectorial van dirigidas al público en general, potencial demandante de servicios bancarios. Ello denota que el concepto de cliente utilizado normalmente es amplio, comprensivo de todo demandante efectivo o potencial de servicios bancarios. Sin embargo, una acepción más estricta del concepto parece calificar como cliente únicamente a aquel sujeto que concluye alguna operación con la entidad⁸⁰.

El cliente se convierte, por tanto, en el referente necesario cuando se habla de obligaciones de información impuestas a las entidades de crédito. Éstas se dirigen principalmente a favorecer la transparencia contractual, que permite al cliente, como hemos dicho ya, realizar la elección más oportuna y conocer en todo momento el contenido de la relación negocial y sus efectos. Del mismo modo, la entidad de crédito deberá ajustarse a las exigencias del principio de buena fe en la ejecución y finalización del contrato. Deberá cumplir

di "credito al consumo", Riv. Soc. 1975, pág. 1366, que "el nexo entre información y contrato por parte del consumidor es tan estrecho que comporta una modificación del contenido del contrato en el caso en el cual la información no haya consentido al aceptante calcular con exactitud la utilidad y ventajas de la operación económica realizada".

⁸⁰ En Italia, la Corte di Cassazione, en Sentencia de 15 de enero de 1992, n. 408, BBTC 1992-I, págs. 26 y ss., también publicada en Giust. civ. 1992-I, pág. 1221, se refirió al concepto de cliente bancario, afirmando que para conceder dicha calificación a quien presente un cheque cruzado para su pago debe mantener relaciones habituales de negocios típicos bancarios, que precedan a la relación que surge con la presentación del cheque. Reitera, por tanto, la opinión ya expresada en diversas instancias jurisdiccionales, relativa a que el cliente ha de ser una persona conocida que haya mantenido con la entidad relaciones habituales y relevantes, de tal modo que pueda reputarse solvente (al respecto, Sentencia de la Corte di Appello di Bari de 17 de febrero de 1961, BBTC 1962-II, pág. 243, con nota de ARE, M., "Cliente del banchiere e titolare di deposito a risparmio"; Sentencia del Tribunale di Milano de 16 de septiembre de 1991, Giur. it. 1992-I, 2, col. 106; y Sentencia del Tribunale di Milano de 14 de diciembre de 1992, BBTC 1994-II, págs. 172 y ss.).

con los deberes de protección e información que dicho principio le exige en favor de sus clientes.

De lo expuesto se deduce, por tanto, que la relación de clientela será la determinante a la hora de delimitar las obligaciones de información a que deberá sujetarse la entidad de crédito, teniendo en cuenta diversos aspectos como la intensidad de las relaciones mantenidas entre la entidad y el cliente, su duración o las especiales características de la operación (coste, riesgo, etc.). Estas circunstancias podrán, incluso, imponer a la entidad de crédito un reforzamiento de las obligaciones de información derivado del principio de la buena fe, que se consagra en los arts. 7,1º y 1258 Cc., y 57 C. de co., y que adquiere especial relevancia en contratos, como los bancarios, que se caracterizan por un considerable carácter fiduciario.

B) NORMAS PROTECTORAS DE LA CLIENTELA QUE IMPONEN OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN.

Las normas sobre transparencia imponen obligaciones de información en las diferentes fases del contrato. En la fase precontractual se establecen normas dirigidas a su correcta formación, de modo que no se induzca a error al contratante sobre las características, coste o beneficios de la operación que celebra. Por otra parte, en la fase de ejecución del contrato, las normas se refieren fundamentalmente a la documentación por escrito del contrato, con el fin de facilitar la prueba de su existencia y contenido, así como a la puesta en conocimiento del cliente de las circunstancias que afecten o

puedan afectar a su relación contractual. Por último, se establecen también obligaciones de información a cargo de las entidades de crédito en la fase de liquidación contractual, subrayándose el interés del cliente en conocer el balance o resultado final de la operación que celebró con la entidad de crédito, única forma de que dispone para comprobar la actuación correcta de ésta, y de no ser así, en su caso, entablar la reclamación correspondiente.

Las normas sobre información precontractual imponen a la entidad de crédito la obligación de procurar al cliente actual o potencial un conocimiento general sobre las condiciones que aplica en las operaciones bancarias, con el fin de que aquél pueda optar por la entidad que mejor sirva a sus intereses⁸¹. La información puede entenderse en este ámbito como publicidad interna de las entidades de crédito y se refiere básicamente a tipos de interés, comisiones y gastos repercutibles, así como a las normas sobre fechas de valoración.

Las normas sobre tipos de interés⁸² pretenden limitar el ámbito de actuación de las entidades de crédito tras la liberalización iniciada por la Orden de 3 de marzo de 1987, en aras de la protección de la clientela bancaria, para la que resulta primordial conocer el coste

⁸¹ En este sentido, MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, L., "El derecho a la información de la clientela...", op. cit., pág. 773.

⁸² Véanse art. 3º de la O.M. de 12 de diciembre de 1989, así como las Normas Primera y Segunda de la Circular 8/90, de 7 de septiembre. Tanto la Orden como la Circular que la desarrolla se refieren a la necesidad de publicar el tipo de interés preferencial, los tipos aplicables a descubiertos en cuenta corriente y los tipos aplicables en los excedidos en cuenta de crédito. Señala, no obstante, ANDREU MARTÍ, Mº del M., *La protección del cliente bancario*, op. cit., pág. 218, que la publicación del tipo de interés preferencial tiene escasa utilidad para la clientela, no sólo por la poca frecuencia con que se contrata este tipo de operaciones, sino sobre todo por la calidad del cliente que se beneficia del mismo, que dado su potencial económico no estará tan necesitado de tutela.

económico efectivo de las operaciones que va a realizar con la entidad de crédito por él escogida. Para ello, la información debe ser proporcionada de forma semejante por todas las entidades de crédito, puesto que sólo de este modo podrá realizarse una comparación efectiva, finalidad a la que sirven igualmente estas normas sobre tipos de interés.

Respecto a las comisiones y gastos repercutibles, su establecimiento, si bien es libre, está sometido a una serie de controles. El primero de ellos hace referencia al registro de sus tarifas en el Banco de España⁸³, el segundo es un control de licitud, que impide la imposición de comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente⁸⁴. Como ha tenido ocasión de señalar el SRBE, la aplicación de las comisiones y gastos repercutibles no puede ser automática e indiscriminada por parte de las entidades de crédito, que por el contrario son responsables de "procurar que la repercusión de comisiones responda a servicios solicitados o aceptados por sus clientes y efectivamente prestados o a gastos habidos"⁸⁵, con el fin de evitar su imposición abusiva.

Por último, las entidades de crédito deberán establecer las normas de valoración de los cargos y abonos de sus cuentas activas y pasivas⁸⁶. La publicación de dichas normas permite que el cliente pueda protegerse de abusos cometidos a través de valoraciones

⁸³ Véase art. 5, 2º de la O.M. de 12 de diciembre de 1989.

⁸⁴ Art. 5º, 3 de la O.M. de 12 de diciembre de 1989 y Norma Tercera, 3 de la Circular 8/90.

⁸⁵ BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1995*, Madrid, 1996, pág. 71.

⁸⁶ Art. 4º de la O.M. de 12 de diciembre de 1989 y Norma Cuarta de la Circular 8/90.

incorrectas. El SRBE se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la posibilidad de una aplicación abusiva de las normas sobre valoración, que obliga a tomar medidas que aumenten la información de los clientes y les permita reaccionar frente a tales abusos⁸⁷.

En relación con estas normas sobre valoración de cargos y abonos, debemos destacar la importancia del momento en el cual se valoran los movimientos, por lo que la obligación de actuar diligentemente que pesa sobre las entidades de crédito se manifiesta sobre todo en la necesidad de que las operaciones se ejecuten y, en consecuencia, se valoren sin demora⁸⁸, evitando a los clientes todo perjuicio por este motivo.

⁸⁷ En efecto, son innumerables las reclamaciones que sobre la forma en que las entidades de crédito aplican las normas de valoración se han dirigido al SRBE. Sólo en los tres últimos años pueden citarse las siguientes: Reclamaciones n° 1108/96, sobre valoración de órdenes simultáneas de compra y venta de acciones que provocan un descubierto en la cuenta del cliente, n° 2235/95 y 2418/95, sobre valoración indebida de apuntes de rectificación, y n° 675/96 y 1683/96, sobre aplicación incorrecta de la fecha valor de transferencia (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1996*, Madrid, 1997, págs. 45, 58 y 62); Reclamaciones n° 106/95 y 1576/95, sobre incorrecta valoración en cancelación anticipada de préstamo, Reclamaciones n° 1379/95, 1966/95 y 1295/95 sobre valoración indebida de abonos efectuados para compensar cargos incorrectos, y Reclamación 1699/95, sobre valoración incorrecta de ingresos para abonar en cuenta (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1995*, op. cit., págs. 44 y 45, y 64); Reclamaciones n° 412/94, sobre incorrecta valoración del abono efectuado en retrocesión de diversos cargos indebidos, y n° 1219/93, sobre valoración indebida de traspasos efectuados entre cuentas del mismo titular, n° 1711/93 y 1896/93, sobre valoración incorrecta o puesta a disposición con retraso de fondos recibidos para clientes, n° 1463/93, sobre valoración incorrecta de anulación de cheque bancario, n° 1488/93, sobre valoración indebida de los adeudos por utilización de cheque carburante, n° 1788/93, 590/94 y 639/94, sobre falta de transparencia en la modificación de la valoración aplicada a los cargos por operaciones con tarjeta (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1994*, Madrid, 1995, pág. 69).

⁸⁸ Al respecto, véase art. 4, 4° de la Circular 8/90, de 7 de septiembre. Señala sobre dicha norma MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, L., "El derecho a la información de la clientela...", op. cit., pág. 776, que no afronta la normativa el viejo problema de la demora en el cumplimiento de las operaciones, puesto que "si se cumplen las normas de valoración dentro de los límites señalados, pero las operaciones no se realizan con la premura debida, se causa un perjuicio evidente al cliente, que, o bien no

No basta, sin embargo, con prestar toda esta información al demandante de un servicio, sino que además la entidad de crédito está obligada a hacerla llegar en el momento, lugar y forma adecuados para que pueda producir los efectos pretendidos con ella⁸⁹. De ahí las normas que imponen la existencia de un tablón de anuncios permanente en cada oficina abierta al público, en el que deberá recogerse toda la información que las entidades de crédito deben poner a disposición de sus clientes, la existencia de folletos de tarifas y normas de valoración, y las medidas que para garantizar el derecho a la información de los clientes deben adoptar las entidades que trabajan en régimen de banca telefónica⁹⁰. Se pretende, por tanto, que llegue

puede disponer, o, si dispone, lo hace provocando un descubierto en su cuenta, por lo que tendrá que pagar los oportunos intereses”.

El SRBE se ha pronunciado en la resolución de numerosas reclamaciones sobre la mencionada obligación de diligencia. En los últimos años pueden citarse las Reclamaciones nº 31/96, sobre demora en la gestión de cobro de cheques ingresados a través de cajero automático, nº 411/96, sobre demora en retroceder las cantidades que exceden del límite de responsabilidad, nº 119/96, sobre demora injustificada en aplicar una garantía a su finalidad (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1996*, op. cit., págs. 70, 85, 89); Reclamaciones nº 865/95, 226/95, 582/95, 130/95, 819/95, 1439/94 y 2064/94, sobre demora en la tramitación de operaciones de préstamo o crédito, nº 502/95 y 1465/95, sobre demora en proceder a la cancelación registral de hipoteca, nº 288/95, sobre demora en la práctica de la cancelación anticipada solicitada por el prestatario, nº 60/95, 497/95, 616/95, 1188/95, 1512/95 y 1368/95, sobre retraso en la corrección de errores (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1995*, op. cit., págs. 38 a 40); nº 1209/94, 1977/94, 508/94, 1043/94, 511/94, sobre demora en la ejecución de instrucciones recibidas de sus clientes, nº 965/94, 1298/94, 937/94, sobre demora en la rectificación de errores padecidos por la entidad, nº 1120/93, 1916/93, 1709/93, 1284/93, 885/94, sobre demora en la ejecución de órdenes de transferencia, y nº 392/94, sobre demora en la retrocesión de transferencias improcedentes (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1994*, op. cit., págs. 62, 63 y 73 a 75).

⁸⁹ MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, L., “El derecho a la información de la clientela...”, op. cit., pág. 782.

⁹⁰ En concreto, conforme a la Norma Quinta de la Circular 8/90, deberán comunicar por escrito a sus clientes, con periodicidad al menos trimestral, los datos que son de obligada inserción en el tablón de anuncios, así como, en su caso, la fecha desde la que tengan vigencia. Sobre los problemas que en sede de información plantea la banca telefónica, véase MATEU DE ROS, R., “La contratación bancaria telefónica”,

realmente la información a su destinatario, siendo indiferente el medio a través del cual se informe al cliente⁹¹.

Llegado, en su caso, el momento de celebrar el contrato, se establecen igualmente determinadas obligaciones de contenido informativo a la entidad de crédito, referidas tanto a los aspectos materiales como al contenido de la propia información que debe contener el documento contractual. Respecto del primero de los aspectos mencionados, la normativa sobre entrega de documentación contractual⁹² y extremos que deberán recogerse en ella, fundamentalmente en los supuestos de operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo, está dirigida de forma primordial a llenar la obligación que pesa sobre las entidades de crédito de informar adecuadamente al cliente, en consonancia con las disposiciones sobre constancia por escrito de los contratos celebrados con consumidores (art. 10, 1, b) LGDCU)⁹³. La entidad de crédito deberá entregar al cliente,

RDBB 1996, págs. 265 y ss., y en AA. VV., *Contratos bancarios*, Madrid, 1996, págs. 25 y ss.

⁹¹ En efecto, este ha sido el parecer del SRBE, que ha manifestado (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1996*, op. cit., págs. 98 y 99), que "las entidades tan sólo deben informar en su tablón de anuncios de la existencia de un folleto de tarifas y normas de valoración, que deberá ser puesto a disposición del cliente cuando éste lo solicite pero no están obligadas a colocar en dicho tablón el folleto en cuestión", permitiendo además que la información contenida en el folleto sea proporcionada al cliente mediante la consulta de un diskette informático, con posterior impresión de las partes del mismo que interesen al cliente.

⁹² La imposición de una obligación de entrega de un ejemplar del documento contractual al cliente no altera en absoluto la naturaleza de los contratos que se estipulen con la entidad, puesto que, como indica ILLESCAS ORTIZ, R., "Los contratos bancarios: reglas...", op. cit., pág. 283, "constituyen reglas impuestas... con ánimo de incrementar la transparencia del mercado y la certeza de la posición jurídica del cliente de la entidad...; en modo alguno son reglas que afectan a la naturaleza jurídica de los contratos bancarios". En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, L., "El derecho a la información de la clientela...", op. cit., pág. 777.

⁹³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "La protección de la clientela...", op. cit., pág. 427. Por otra parte, el artículo 48, 2 de la LDIEC, al habilitar al Ministro de Economía y Hacienda para la regulación de determinadas materias para proteger los

cuando éste lo solicite o en los supuestos especificados en la propia normativa⁹⁴, el correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalice su operación, suscrito por persona con poder para obligar a la entidad.

No obstante, la entrega del documento contractual no sería demasiado eficaz si junto a él no se proporcionaran igualmente al cliente un ejemplar de las condiciones sobre fechas de valoración y tarifas de comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación a la operación concertada. La finalidad de la norma es evidente, puesto que sólo así podrá el cliente conocer el coste efectivo de la operación bancaria que concierte.

De igual modo, se establecen unas menciones contractuales mínimas para las operaciones activas y pasivas en las que intervenga el tiempo, y se fijan determinadas especialidades en los casos en los cuales el interés sea variable. El documento contractual deberá referirse a todos los aspectos relativos a las condiciones de las operaciones y derechos del cliente y de la entidad de crédito, sobre todo

legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, le permite en su letra a) que pueda "establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación". Sin embargo, como afirma NÚÑEZ LOZANO, P. L., "Las entidades de crédito y sus clientes: disciplina de relaciones", DN 1991, pág. 289, "ni en la Orden ni en la Circular se establece, "expressis verbis", la exigencia de que los contratos que realicen las entidades de crédito hayan de celebrarse en forma escrita", aun cuando dicho requisito deba considerarse establecido, al menos en ciertos casos, al someter a la entidad de crédito al deber de entrega del "documento contractual". Lo que parece es que "la imposición de forma escrita para estos contratos ha sido cuestión que ni la Orden ni la Circular han tomado en consideración con propósito deliberadamente normativo, porque lo que en ambas disposiciones se ha hecho es partir de la realidad".

⁹⁴ Véanse, al respecto, art. 7 de la O.M. de 12 de diciembre de 1989 y la Norma Sexta de la Circular 8/90.

los relativos a la posible modificación de condiciones y al reembolso anticipado del importe de la operación por el cliente⁹⁵.

Una vez asegurada la prestación de un consentimiento contractual no viciado por medio de una correcta información del cliente, el desarrollo ulterior de las relaciones con la entidad de crédito se regirá por el contrato que hubiesen celebrado, siempre a la luz del principio general de buena fe en el cumplimiento de los contratos.

Finalmente, la imposición de obligaciones de información en el momento liquidatorio responde a la necesidad de "rendir cuentas"⁹⁶ al cliente del desarrollo del contrato. Llegado este momento, la información que ha debido prestar la entidad de crédito al cliente adquiere toda su importancia, ya que sólo a través de una información clara y adecuada sobre tipos de interés, comisiones, gastos suplidos, impuestos y demás extremos necesarios, podrá el cliente comprobar que la liquidación efectuada es correcta y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación⁹⁷.

Del mismo modo, en disposiciones específicas relativas a préstamos hipotecarios y al crédito a los consumidores, se establecen especiales obligaciones informativas, que además de las mencionadas con anterioridad, resultan aplicables a estos contratos. La razón de un

⁹⁵ Art. 6, 4º de la O.M. de 12 de diciembre de 1989 y Norma Sexta, nº 6 y 7 de la Circular 8/90.

⁹⁶ MARTÍNEZ SALAZAR DE BASCUÑANA, L., "El derecho a la información de la clientela...", op. cit., pág. 780: "la finalidad específica de toda esta información es poder comprobar que la rendición de cuentas de la operación realizada por la entidad se adapta, en cuanto a sus condiciones, a la realidad contractual o, en su defecto, ofertada por la misma".

⁹⁷ Art. 8 de la O.M. de 12 de diciembre de 1989 y Norma Séptima de la Circular 8/90.

especial deber de información respecto de los clientes demandantes de crédito podemos encontrarla en la trascendencia que tienen para su patrimonio y en su elevado coste. En concreto, el capítulo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁹⁸, recoge una serie de instrumentos que facilitarán a los clientes la elección de la entidad oferente de dicho tipo de operaciones activas más conveniente a sus intereses. El folleto informativo, la información sobre gastos y servicios accesorios y la oferta vinculante de contrato constituyen verdaderas garantías en favor del cliente. A ello se unirá la labor de información a desempeñar por el notario autorizante cuando la operación deba formalizarse en escritura pública⁹⁹.

En el ámbito del crédito a los consumidores¹⁰⁰, su Ley reguladora se ocupa, siguiendo los dictados de la Directiva

⁹⁸ Incorporada, junto con la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de préstamos hipotecarios, al texto de la Circular 8/90 por Circular 5/1994, de 22 de julio.

⁹⁹ Art. 7, 3º de la O.M. de 5 de mayo de 1994. El notario deberá, por tanto, y en primer lugar, comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias constatadas y de su derecho a desistir de la operación. No ha de olvidarse, por otra parte, que la actual LCGC (Ley 7/1998, de 13 de abril, publicada en el B.O.E. el 14 del mismo mes) impone, en su art. 23, obligaciones de información a cargo de Notarios, Registradores de la Propiedad y Corredores de Comercio, quienes deberán informar, en el ámbito de sus competencias, sobre la aplicación de la Ley. Sobre la potenciación de la función notarial en la efectividad del derecho de información de los clientes bancarios, véase ANDREU MARTÍ, Mª del M., *La protección del cliente bancario*, op. cit., págs. 270 y ss.

¹⁰⁰ El ámbito subjetivo de la LCC (Ley 7/1995, de 23 de marzo) es más restringido que el propio de las normas sectoriales citadas con anterioridad, que hacen referencia a todo cliente, frente al consumidor, único sujeto protegido en la LCC. La Ley adopta un concepto de consumidor restrictivo, considerando como tal, en su art. 1, 2º, a "la persona física que, en las relaciones contractuales que en ella se regulan, actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional". Ni la LCC española ni la italiana se han apartado de este concepto de consumidor-persona física. Sobre dicho concepto, en la doctrina italiana, entre otros, TIDU, A., "Il recepimento della normativa comunitaria sul credito al consumo (legge 19 febbraio 1992, n. 142, artt. 18-24)", BBTC 1992, págs. 402 y ss.; ALPA, G., Voz "Credito al consumo", *Digesto delle*

comunitaria, de las obligaciones de información de que son acreedores. En efecto, como dispone la propia Exposición de Motivos de la LCC, "la protección de los consumidores se centra, en primer término, en la publicidad, en la información a los mismos, en el contenido, la forma y los supuestos de nulidad de los contratos y en la determinación de conceptos, tales como el coste total del crédito y la tasa anual equivalente, que han de servir no sólo para informar mejor a los consumidores, sino también para dar mayor transparencia al coste de los créditos y permitir el contraste entre las distintas ofertas"

101

discipline privatistiche, Sezione Civile, V, Torino, 1992, págs. 22 y ss.; MANTOVANI, R., *Il credito al consumo*, Milano, 1992, págs. 73 y ss.

Por el contrario, la normativa preexistente en el ordenamiento francés (Ley n° 78-22 de 10 de enero de 1978 (y sus reglamentos de desarrollo), completada con posterioridad por la Ley n° 79-596 de 13 de julio de 1979, relativa a la protección del prestatario en el ámbito inmobiliario), se ocupaba de regular de forma general las operaciones de crédito, siendo aplicable a todas aquellas operaciones concedidas habitualmente a las personas físicas o jurídicas, tanto a título oneroso como gratuito. Sobre la legislación francesa, anterior a la Directiva del Consejo 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986 (modificada por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero), véanse, entre otros, GAVALDA, Ch., "L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (Commentaire de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978)", RD 1978-II, págs. 189 y ss.; ALPA, G., "Credito al consumo e tutela del debitore nell'esperienza francese (appunti sulla legge 10 gennaio 1978, n. 78-22)", Foro It. 1978, págs. 173 y ss.; COSSU, C., "Credito al consumo: appunti in margine ad una recente legge francese", Riv. Soc. 1979, págs. 375 y ss.; CALAIS-AULOY, M.T., "France", en GOODE, R. M., (ed.), *Consumer Credit*, Leyden/Boston, 1978, págs. 219 y ss.; BESSONE, M., "Mercato del credito, credito al consumo, tutela del consumatore", Foro It. 1980-V, págs. 80 y ss.; AYNES, L., "Formalisme et prévention", en FADLALLAH, I. (Dir.), *Le droit du crédit au consommateur*, París, 1982, págs. 63 y ss.; BRÄUNIG, G., *Der Konsumentenkredit im französischen Recht*, Berlín, 1982, págs. 50 y ss.; BARRECA, B., *Prestiti e usura. Prevenzione e tutela del consumatore in Francia e in Italia*, Milano, 1995, págs. 51 y ss.

¹⁰¹ En efecto, subraya CASADO CERVIÑO, A., "El crédito al consumo y la protección de los consumidores", RDBB 1983, pág. 483, que "la principal medida de protección a los consumidores, sin la cual ninguna otra medida o derecho sería efectiva, es la de la información", constituyendo "el mecanismo indispensable para llegar a un mercado transparente y competitivo en el que el consumidor pueda elegir entre las distintas ofertas de crédito que se le ofrecen y superar, de esta suerte, la débil posición que tradicionalmente detenta en la contratación del crédito". En el mismo sentido, en la doctrina italiana, FERRANDO, G., "Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti", RDCom. 1991-I, pág. 595.

La LCC contiene, además de normas sobre aspectos formales y de contenido del documento contractual¹⁰², normas específicas sobre información al consumidor¹⁰³, de tal modo que siempre que lo solicite, el empresario estará obligado a entregarle antes de la celebración del contrato un documento con todas las condiciones del crédito. Con la misma finalidad, en la publicidad sobre ofertas de crédito deberá mencionarse, siempre que se haga referencia al tipo de interés, la tasa anual equivalente, mediante un ejemplo representativo, de modo que se facilite su comprensión al consumidor.

Esencial resulta el art. 19 LCC, relativo a la información al consumidor sobre los anticipos en descubiertos. El empresario concedente del crédito deberá informar por escrito al consumidor del límite del crédito, tipo de interés anual y gastos aplicables desde la celebración del contrato, así como las condiciones de su modificación, y procedimiento de resolución del contrato.

En la fase de ejecución del contrato, deberá comunicarse por escrito al consumidor cualquier variación en el tipo de interés o en los gastos pertinentes en el momento en que se produzca. Asimismo, en el supuesto de que se trate de descubiertos aceptados tácitamente, el consumidor deberá ser informado individualmente, en el plazo y forma establecidos reglamentariamente, del tipo de interés efectivo anual aplicado y de los posibles gastos, así como de sus modificaciones.

¹⁰² Véase al respecto art. 6 LCC. En nuestra doctrina, por todos, véase ROCA GUILLAMÓN, J., "Los contratos de crédito al consumo. Forma y contenido, reembolso anticipado y cobros indebidos (Ley 7/1995, de 23 de marzo)", en NIETO CAROL, U., (Dir.), *Crédito y protección del consumidor*, C.G.P.J., Madrid, 1996, págs. 149 y ss.

¹⁰³ Arts. 16 a 19 LCC.

Todas estas obligaciones responden, como puede apreciarse, a la finalidad común de tutela del consumidor de crédito, sujeto que se presupone carente de información cualificada y que precisa de la colaboración del empresario concedente del crédito. Sin embargo, cabe igualmente pensar que la finalidad de la norma no debe quedar ahí, sino que a través de ella debe imponerse una conducta transparente, en el plano de la información, en la formación y ejecución del contrato, "de modo que el consumidor pueda concluir el negocio *ex informata conscientia*, tras habersele rendido cuentas del importe real del crédito y de los gastos que asumirá en sus relaciones con la contraparte"¹⁰⁴.

Sólo a través del establecimiento de objetivos de corrección en la conducta negocial y de obligaciones de información clara y concluyente acerca de las condiciones practicadas se podrán lograr las finalidades propias de las normas sobre transparencia, esto es, la defensa de la libertad de competencia y la protección de los clientes (o, en su caso, consumidores), en beneficio de una sana actividad crediticia¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Esta es, según DESIDERIO, L., "Credito al consumo e attività bancaria nella prospettiva comunitaria", en CESARINI, F., SCOTTI CAMUZZI, S. (Dir.), *Le Direttive della C.E.E. in materia bancaria. Stati di attuazione e riflessi sulla operatività del sistema italiano*, Milano, 1991, págs. 271 a 273, la misión esencial que tanto la Directiva sobre Crédito al Consumo como las leyes que las transponen en los ordenamientos nacionales deberían cumplir, superando la perspectiva rigurosamente privatística de la tutela del consumidor.

¹⁰⁵ En efecto, como afirma DESIDERIO, L., "Credito al consumo e attività bancaria...", op. cit., pág. 282, el establecimiento de normas de conducta negocial y de obligaciones de información "aumenta la funcionalidad del mercado del crédito, hace correctos los mecanismos de determinación de los precios, orienta a los consumidores para realizar elecciones conscientes, estimula una colocación útil de los recursos financieros, y aparta del juego del mercado a las empresas ineficientes o marginales, en ventaja de la sana actividad empresarial del crédito".

C) OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN DERIVADAS DE LAS NORMAS Y CÓDIGOS DE CONDUCTA EN LOS MERCADOS DE VALORES.

La actividad de intermediación mobiliaria se muestra en la actualidad como uno de los campos en los cuales es más destacada la participación de las entidades de crédito¹⁰⁶. Con ello se completa su tendencia evolutiva hacia la universalidad de los servicios ofrecidos a los clientes¹⁰⁷, si bien, paralelamente, se mantiene la reserva en favor de las entidades de crédito de la actividad típicamente bancaria¹⁰⁸, entendida como la captación de fondos reembolsables del público.

La actividad bancaria en el mercado de valores ha sido objeto de atención por la doctrina, que se ha referido a la misma como actividad parabancaria¹⁰⁹, por constituir "un ámbito inespecífico, secundario y

¹⁰⁶ Al respecto, VEGA PÉREZ, F., "Intervención bancaria en la emisión y colocación de valores negociables", en GARCÍA VILLAVERDE, R. (Dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, págs. 544 y ss.

¹⁰⁷ Subraya dicho proceso de evolución hacia la "banca universal" en la actividad bancaria del continente europeo, COSTI, R., *L'ordinamento bancario*, op. cit., págs. 158 y ss., que en Italia se ha visto confirmado por el art. 10, 3º del T.U. ("los bancos ejercitan, además de la actividad bancaria, cualquier otra actividad financiera, según la disciplina propia de la misma, así como actividades conexas e instrumentales. Quedan a salvo las reservas de actividad previstas por la Ley"). De la norma italiana deduce FERRO-LUZZI, P., "Attività bancaria e attività delle banche", *BISoc.* 1/1996, pág. 12, que "casi cualquier actividad financiera puede constituir una función posible, no separada, accesoria, pero integrante de la propia actividad de la entidad de crédito". También en la doctrina alemana, alude KÜMPEL, S., *Bank- und Kapitalmarktrecht*, op. cit., pág. 10, a la denominada *Allfinanzangebot*.

¹⁰⁸ La actividad típicamente bancaria está vetada a los "establecimientos financieros de crédito", conforme a la DA 1ª de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria, y por la que se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero (B.O.E. del 15 de abril).

¹⁰⁹ VERDERA Y TUELLS, E., "Las actividades parabancarias. Innovación y desintermediación en el sistema financiero español", en RESTUCCIA, G. (Coord.), *L'attività parabancaria*, Milano, 1987, págs. 143 y ss.; una posición crítica frente a la

compartido por las entidades de crédito con otros intermediarios financieros"¹¹⁰.

En la ejecución de las actividades financieras para las que estén, en cada caso, habilitadas las entidades de crédito, al igual que el resto de operadores, deberán ajustarse a las "normas de conducta"¹¹¹ establecidas principalmente en los arts. 78 a 83 LMV y en el R. D. 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios¹¹². Dichas normas encuentran su fundamento último en el principio de protección al inversor

noción de actividad parabancaria adopta TAPIA HERMIDA, A. J., "Algunos aspectos del régimen jurídico de las actividades parabancarias", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells* Tomo I, Madrid, 1994, pág. 2617.

¹¹⁰ TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración y gestión de valores negociables", en GARCÍA VILLAVERDE, R. (Dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, págs. 610 y 611. No se trata de una actividad tradicional de las entidades de crédito como la captación de fondos o la concesión de crédito, y ello hace que dentro de las actividades del mercado de valores se establezcan algunas restricciones a la participación de entidades de crédito, véanse al respecto los arts. 70, 71 y 76 LMV, que al igual que la Directiva del Consejo 93/22/CEE, de 10 de mayo de 1993 (DSI), relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, realiza una tipificación legal de las actividades fundamentales del mercado de valores.

¹¹¹ Normas de conducta en los mercados de valores existen igualmente en los ordenamientos alemán e italiano. En cuanto al primero, los §§ 31 a 37 WpHG consagran determinadas normas de elaboración jurisprudencial (véase LANG, V., *Aufklärungspflichten bei der Anlageberatung*, Stuttgart, 1995, págs. 54 y 55), que, sin embargo, tienen carácter jurídico-público, de modo que sólo son exigibles por los órganos de vigilancia (GAßNER, O., ESCHER, M., "Bankpflichten bei der Vermögensverwaltung nach Wertpapierhandelsgesetz und BGH-Rechtsprechung", WM 1997, pág. 93; KOLLER, I., "Verhaltensregeln für Wertpapierdienstleistungsunternehmen", en ASSMANN, H.-D., SCHNEIDER, U.-H., (Hrsg.), *Wertpapierhandelsgesetz*, Köln, 1995, vor § 31, Rdn. 17, págs. 407 y 408).

¹¹² El R.D. citado ha sido desarrollado parcialmente por la O.M. de 25 de octubre de 1995. Ambas normas han sido incorporadas al contenido de la Circular 8/90 del Banco de España a través de la modificación operada por la Circular 3/1996, de 27 de febrero.

consagrado en el art. 13,2º LMV, manifestación a su vez del principio constitucional de protección al consumidor¹¹³.

Las normas de conducta constituyen un conjunto de reglas de carácter heterogéneo¹¹⁴ dirigidas principalmente a la imposición de obligaciones a las entidades que desarrollan su actividad en el mercado mobiliario. Dichas obligaciones, y en especial las relativas a la información y el asesoramiento a los clientes, encuentran su origen y fundamento en la naturaleza fiduciaria de la relación que se establece con el cliente¹¹⁵.

Las normas de conducta se basan fundamentalmente en el principio de concesión de absoluta prioridad a los intereses del cliente¹¹⁶. Ello supone, de un lado, la necesaria separación de patrimonios entre el prestador del servicio y los inversores¹¹⁷, así

¹¹³ CACHÓN BLANCO, J. E., "El principio jurídico de protección al inversor de valores mobiliarios: aspectos teóricos y prácticos", RDBB 1994, pág. 643.

¹¹⁴ En este sentido, TAPIA HERMIDA, A. J., "Las normas de actuación en los mercados de valores. (Primeras reflexiones sobre el Real Decreto 629/1993)", RDBB 1993, pág. 320, quien habla de su heterogeneidad subjetiva, por ir dirigidas tanto a los intermediarios en el mercado de valores, como a sociedades cotizadas o a cualquier persona física o jurídica.

¹¹⁵ La doctrina y la jurisprudencia alemanas se han referido a dichas obligaciones de carácter fiduciario con anterioridad a la promulgación de la nueva WpHg. Véanse al respecto HEINSIUS, Th., "Anlageberatung durch Kreditinstitute", ZHR 145 (1981), págs. 186 y ss.; KÜBLER, F., "Anlageberatung durch Kreditinstitute", ZHR 145 (1981), pág. 205; en la jurisprudencia, BGH WM 1986, 904; BGHZ 73, 294= WM 1979, 642= NJW 1979, 1503.

¹¹⁶ En el ordenamiento alemán el § 31, Abs. 1, 1º y 2º WpHg consagra dicho principio, obligando a comunicar al cliente todas las informaciones que sirvan a sus fines, en tanto resulten necesarias para la salvaguarda de sus intereses y conforme a las características del negocio perseguido.

¹¹⁷ Véase al respecto SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La separación del patrimonio de los clientes en los servicios de inversión", en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, *Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la Navegación*, Madrid, 1996, pág. 3445.

como la resolución de los conflictos de intereses entre clientes sin beneficiar a uno de ellos en particular¹¹⁸.

Fundamental resulta igualmente la protección de los datos relativos a las personas y entidades que actúan en los mercados de valores y a las operaciones que celebran¹¹⁹, sin perjuicio de los deberes de comunicación y colaboración con las autoridades judiciales y administrativas. Debe evitarse sobre todo el posible uso abusivo o desleal de la información, prohibiendo la LMV el uso indebido de información privilegiada¹²⁰. Igualmente, se establecen normas que imponen a los emisores de valores informar al público, en el plazo más breve posible, sobre todo hecho o decisión que pudiera influir de

¹¹⁸ Art. 79 LMV; arts. 2 y 3 del R.D. 1416/1991, de 27 de septiembre, sobre operaciones bursátiles especiales y sobre transmisión extrabursátil de valores cotizados y cambios medios ponderados; arts. 1 y 6 del Anexo al R.D. 629/93, de 3 de mayo.

¹¹⁹ Art. 4 R.D. 629/93, de 3 de mayo, relativo a la información sobre la clientela.

¹²⁰ El art. 81, 3º LMV, redactado por la Ley 9/1991, de 22 de marzo, de adaptación a la Directiva 89/592, contiene el concepto de información privilegiada. El tratamiento de la información en el mercado de valores y su uso indebido han preocupado notablemente a nuestra doctrina, por el carácter extremadamente sensible de los datos que contienen y la trascendencia de la gran mayoría de operaciones en este mercado. Al respecto, pueden citarse, entre otros, ESTEVAN DE QUESADA, C., "El problema del insider trading. Materiales para la reflexión", RGD 1995, págs. 13457 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., TAPIA HERMIDA, A. J., "El abuso de información privilegiada (insider trading y operaciones de iniciados)", RDBB 1987, págs. 751 y ss.; VALENZUELA GARACH, F., PEINADO GRACIA, J. I., "La utilización abusiva de informaciones confidenciales y privilegiadas en los mercados de valores. Especial consideración de las disciplinas CEE y española", Noticias CEE 1991, nº 81, págs. 11 y ss.; ZURITA, J., "El régimen español sobre el insider trading y la propuesta de Directiva Comunitaria", en AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, págs. 1251 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Modificación de la Ley del Mercado de Valores en materia de "insider trading" (Noticias), RDBB 1991, pág. 243. Entre los autores alemanes, podemos citar a HOPT, K. J., "Insiderwissen und Interessenkonflikte im europäischen und deutschen Bankrecht", en KÜBLER, MERTENS, WERNER (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991*, Berlín, 1991, págs. 289 y ss.; KÜMPEL, S., "Insiderrecht und Ad-Hoc Publizität aus Bankensicht", WM 1996, págs. 654 y ss.

forma sensible en la cotización (art. 82 LMV), y se consagra el principio de separación de funciones en la organización empresarial, para evitar que la información derivada de operaciones mobiliarias no esté al alcance de personal que trabaje en otro sector de actividad¹²¹.

Junto a estas normas, principalmente dirigidas al funcionamiento de las entidades que actúan en el mercado de valores, se establece otro conjunto de reglas sobre entrega del documento contractual e información a los clientes. De tales normas se desprende que además de las obligaciones periódicas y puntuales de información sobre todos los asuntos concernientes a las operaciones de los clientes, deberán ser éstos informados sobre ellas siempre que lo soliciten¹²². Dicha información deberá ser "clara, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación"; asimismo, deberá incidir en los riesgos inherentes a cada operación, sobre todo en lo que respecta a productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Sólo de este modo la información servirá a su finalidad de permitirles la adopción de decisiones correctas sobre la inversión, dedicando la entidad "a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos"¹²³.

La información, por tanto, no sólo deberá reunir unas condiciones "objetivas" de corrección plasmadas en su claridad,

¹²¹ Arts. 83 LMV y 3 del Anexo al R.D. 629/93.

¹²² Arts. 15 y 16 del R.D. 629/93.

¹²³ Art. 5 del Anexo al R.D. 629/93. A dicha obligación, dirigida a proporcionar al cliente información sobre todos aquellos aspectos relevantes para la operación que desee realizar, o que pudieran acaso hacer fracasar la finalidad del contrato que el cliente estipula, se ha referido la jurisprudencia alemana, véase BGHZ 84, 141= WM 1982, 758= NJW 1983, 2493.

precisión, suficiencia y oportunidad, sino que además habrá de ajustarse a la experiencia y especiales circunstancias del cliente. Este requisito de corrección "subjetiva" de la información en el sector mobiliario responde a la idea de que no todos los clientes estarán necesitados de la misma protección respecto de los deberes de información a cargo de la entidad, puesto que ello dependerá de la experiencia y conocimiento que sobre el funcionamiento y características del mercado mobiliario posea en concreto cada uno de ellos¹²⁴.

Para adecuar su actividad de información y asesoramiento a las circunstancias de cada cliente, la entidad de crédito deberá disponer de sistemas de información adecuados y actualizados¹²⁵, pero simultáneamente deberá recopilar información sobre el mismo, con el fin de poder determinar la extensión de aquellos deberes¹²⁶.

¹²⁴NIEHOFF, H., "Die Pflichten eines Kreditinstituts bei der Anlageberatung", Sparkasse 2/87, pág. 62; BOISSEAU, B., SAYAC, C., *Déontologie et Droit des activités financières au Royaume-Uni*, s. l., 1996, págs. 205 y ss.

¹²⁵ La entidad prestadora de los servicios de inversión deberá negar la operación al cliente si no cuenta con los medios necesarios para realizarla adecuadamente (art. 3, 2º del Anexo al R.D. 629/93). Al SRBE han llegado protestas de clientes en supuestos en los que las entidades de crédito habían invertido sus fondos en productos distintos de los solicitados por ellos, al no encontrarse habilitadas para ofertarlos (así, Reclamación nº 1450/92, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1993*, op. cit., págs. 99 y 100, en la cual se colocó la inversión en un producto mobiliario propio, frente a la solicitud del cliente de adquirir participaciones en un fondtesoro), o bien directamente se aceptó una orden sin advertir al cliente que ya no podía ejecutarse (es el supuesto de la reclamación nº 830/93, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1993*, op. cit., pág. 100, en la que se acepta la orden del cliente de canje de bonos dos días después de la expiración del plazo que la entidad había fijado para ello, por lo que no se pudo proceder a dicho canje, pero tampoco fue advertida dicha circunstancia al cliente).

¹²⁶ En este sentido, el § 31, Abs. 2, 1º WpHg, establece que la empresa que preste servicios de inversión estará obligada a obtener de sus clientes datos sobre su experiencia o conocimientos en negocios que tuvieran por objeto servicios de inversión mobiliaria, sobre los objetivos que pretendan conseguir de los negocios proyectados y sobre sus relaciones financieras, en la medida en que sea necesario para la protección de los intereses de los clientes y teniendo en cuenta las características del negocio

La doctrina alemana ha acuñado, en relación con los requisitos de la información en los mercados de valores, los conceptos de *anlegergerechte Beratung* (asesoramiento dirigido a las características del inversor) y *anlagegerechte Beratung* (dirigido a las características del producto)¹²⁷. Este último implica un correcto análisis y correlativa comunicación al cliente de las características propias del producto y de los riesgos que comporta, aspectos relevantes para la toma de decisiones sobre la inversión¹²⁸. La jurisprudencia ha apuntado igualmente algunos criterios para delimitar los deberes de información y asesoramiento en el sector, y así se ha referido al tipo de operación que se vaya a realizar y los riesgos que ésta comporte; a la propia experiencia del cliente, así como al hecho de quién haya

proyectado. Dicha línea, denominada en Alemania *Kundenorientierung*, a desarrollar en el ámbito general de las operaciones bancarias, constituyó el contenido del documento redactado en la Jornada de Cajas de Ahorros de 1995 (*Sparkassentag 1995*), relativo a los principios para la orientación de clientes y consumidores (*Kunden- und Verbraucherorientierung*). Sobre dicha tendencia, BERNDT, H., "Kunden- und Verbraucherorientierung in der Sparkassenorganisation", WM 1996, págs. 994 y ss.

Se plantea, en relación con dicha obligación de informarse de las condiciones del cliente HORN, N., "Die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken", op. cit., págs. 150 y ss., si la negativa de éste a prestarla permitirá igualmente la existencia de asesoramiento, contestando la pregunta en sentido afirmativo, siempre y cuando esta circunstancia no perjudique la protección del interés del cliente y no sea necesario conocer tal información conforme a las características de la operación proyectada.

¹²⁷ WERNER, H. S., MACHUNSKY, J., *Bankenhaftung für Börsenverluste. Anlageberatung, Vermögensverwaltung, Börsentermingeschäfte-Schadensersatzansprüche von Kapitalanlegern*, Göttingen, 1989, págs. 27 y ss.; LANG, V., *Aufklärungspflichten bei der Anlageberatung*, op. cit., pág. 36. Este último autor se refiere al modelo del sujeto medio menos experimentado en materias económicas (*wirtschaftlich wenig erfahrene Durchschnittsverdiener*), que puede llegar a ser incluso una pequeña o mediana empresa o un comerciante individual inscrito en el Registro Mercantil cuando no está, por su profesión, familiarizado con los nuevos productos financieros (Sentencias BGH WM 1981, 1440, 1441; BGH WM 1991, 127, 129 y ss.; BGH BB 1993, 2108; BGH ZBB 1994, 44, 46).

¹²⁸ LANG, V., *Aufklärungspflichten bei der Anlageberatung*, op. cit., págs. 39 y 40.

tomado la iniciativa del negocio, el cliente solicitándolo a la entidad o ésta recomendándole una determinada inversión¹²⁹.

III. EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y DEL ADHERENTE A CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

La normativa aplicable al usuario de servicios bancarios puede clasificarse en dos grupos de disposiciones claramente diferenciados. De un lado, aquellas normas aplicables a todo cliente bancario¹³⁰, considerando, por tanto, que las obligaciones y derechos en ellas establecidos constituyen el mínimo esencial y necesario para lograr una correcta información y, en consecuencia, una contratación consciente y adecuada a los intereses, no sólo de la entidad de crédito, sino también y con carácter fundamental, de la clientela bancaria. De otro lado, nos encontramos con otro tipo de normas aplicables exclusivamente al consumidor, o, en su caso, al adherente a condiciones generales de la contratación, por entender que en estos supuestos, la posición prepotente del empresario oferente de los servicios impone el establecimiento de normas de tutela especiales para este grupo de contratantes.

¹²⁹ En concreto, la Sentencia BGH WM 1996, 664 señaló que la entidad de crédito no estaba obligada a asesorar a un cliente que disponía de un asesor financiero y que ya poseía conocimientos suficientes sobre la operación a realizar.

¹³⁰ Nos hemos referido a ellas en el apartado II del presente Capítulo, donde puede apreciarse que las normas mencionadas no restringen el ámbito de sus destinatarios, a excepción de la LCC y como señala, a nuestro juicio acertadamente, ANDREU MARTÍ, M^a del M., *La protección del cliente bancario*, op. cit., pág. 255, de la Orden de 5 de mayo de 1994.

En consecuencia, la propia legislación refleja el diferente contenido de los conceptos de cliente bancario y de consumidor. El primero, más amplio y general, incluye como subgrupo el de los consumidores (o, más correctamente, usuarios) de operaciones o servicios bancarios. Del mismo modo, diferencia nuestro ordenamiento la situación del contratante que no se adhiere a condiciones generales de la contratación de aquel que simplemente presta su consentimiento a un contenido contractual previamente redactado por el empresario oferente, sin que exista negociación individualizada del contrato¹³¹.

A) LEGISLACIÓN VIGENTE. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN.

En la actualidad, contamos en nuestro ordenamiento con dos normas que son aplicables con carácter general, en un caso únicamente a los consumidores o usuarios (LGDCU¹³²) y en el otro a los contratos que contengan condiciones generales y se celebren entre

¹³¹ La reciente LCGC incluye dentro de su ámbito objetivo de aplicación (art. 1º), no sólo los contratos integrados por condiciones generales de la contratación, sino que matiza igualmente que "el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión" (art. 1, 2º). En la práctica, por contrato de adhesión deberá entenderse, como estima ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pág. 153, el contrato celebrado sobre la base de condiciones generales. Dicho carácter no queda excluido, conforme al tenor de la norma citada, por el hecho de que algún elemento de una cláusula o ciertas cláusulas aisladas hubieran sido objeto de negociación individual.

¹³² Ley que, además, en lo que atañe a nuestro estudio, ha sido modificada por la LCGC, que reforma el texto del art. 10 LGDCU y le añade un nuevo art. 10 bis, así como una D.A. 1ª con una enumeración ejemplificativa de cláusulas abusivas.

un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente), conforme dispone el art. 2, 1º LCGC¹³³.

Hasta la aprobación de la LCGC, era la LGDCU - y en concreto su art. 10-, la única disposición que abordaba, con pretensiones de generalidad, la figura de las condiciones generales de la contratación¹³⁴. Sin embargo, la aplicación de la LGDCU no se extendía a aquellos sujetos que no podían integrarse en la noción de consumidor adoptada por la Ley. Si bien parecía equitativo ofrecer una protección equivalente al adherente a condiciones generales de la contratación no consumidor¹³⁵, éste únicamente contaba con los denominados "remedios generales" derivados de las normas que en los Códigos Civil y de Comercio consagran el principio de buena fe en su vertiente objetiva¹³⁶.

¹³³ La finalidad de la LCGC es, como señala en su Exposición de Motivos, la transposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, estableciendo una distinción entre el concepto de condiciones generales y el de cláusulas abusivas.

¹³⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "La contratación bancaria y la protección de los consumidores...", op. cit., pág. 921. La tendencia a aplicar de forma general el precepto se apreciaba también en nuestros tribunales, que optaban por una aplicación combinada de la legislación específica aplicable al caso y del art. 10 LGDCU. En materia de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, por ejemplo, se ha aplicado en numerosos pronunciamientos, junto al art. 3 LCS, el art. 10 LGDCU, por contener este último precepto los requisitos formales que deben reunir las condiciones generales. Véanse al respecto, entre otras, SSTs de 31 de mayo y 4 de julio de 1988 [RJ 1988, 4132 y 6464] y 29 de enero de 1996 [RJ 1996, 738], así como las SSAP de Toledo de 4 de abril de 1992 (AC, 92-3, marg. 886 y ss. a 893), de Burgos (Sección 2ª) de 19 de octubre de 1990 (RGD 1991, págs. 9.605 y 9.606), de Badajoz de 11 de julio de 1991 (Sentencias en Apelación A.P. Ministerio de Justicia 1991, núm. 112, págs. 103-104), de Castellón (Sección 1ª) de 28 de diciembre de 1993 (RGD 1994, págs. 7.529 y ss.).

¹³⁵ En este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pág. 181.

¹³⁶ El recurso a la aplicación analógica quedaba, a nuestro juicio, vetado. El art. 4, 1º Cc. permite la *analogia legis*, que, sin embargo, no resultaría aplicable en este supuesto por faltar el requisito de identidad de razón. La legislación protectora del consumidor tiene en su origen, como *ratio iuris* de sus normas, la situación de desigualdad en la que se encuentra el consumidor, situación que no se produce, como regla general, en relación a los no consumidores (en el sentido de la LGDCU). Respecto

Pese a las críticas vertidas contra el Proyecto de LCGC¹³⁷, que inciden sobre todo en el mantenimiento de una dualidad de normativa aplicable, en la LGDCU y la nueva LCGC¹³⁸, se ha mantenido la situación preexistente a este respecto. En consecuencia, deberá considerarse a la hora de examinar cada supuesto concreto si el sujeto, además de consumidor, es adherente a condiciones generales, en cuyo caso resultarán igualmente de aplicación, juntamente con las normas previstas en la LGDCU, las contenidas en la nueva Ley reguladora de las condiciones generales. Igualmente, resultarán de aplicación sólo al contratante consumidor las normas relativas a cláusulas abusivas.

Será, por lo tanto, muy común la aplicación simultánea de ambas leyes en la mayor parte de contratos bancarios, cuando pueda considerarse consumidor el adherente a las cláusulas contractuales bancarias. Éstas suelen ofrecerse prerredactadas a los clientes, con el fin

a la *analogia iuris*, que entraría en juego cuando debiesen ser aplicados los principios generales del Derecho, ésta sólo se admite de forma excepcional, en aras de la seguridad jurídica, por constituir una aplicación directa de aquellos principios. Debemos subrayar, sin embargo, en este sentido, que los principios generales a los que nos referimos podrían igualmente extraerse de las manifestaciones del principio de buena fe objetiva, que tiene una repercusión especial en materia de contratos de adhesión (véanse al respecto SSTs de 26 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2823] y 8 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2424]). En consecuencia, en la situación legislativa anterior, sólo quedaba el recurso a la aplicación de las definiciones normativas contenidas en la LGDCU a efectos puramente interpretativos. En este sentido, véanse ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., págs. 181 y ss.; NIETO CAROL, U., "Condiciones generales en los contratos de crédito y protección del consumidor", en NIETO CAROL, U. (Dir.), *Crédito y protección del consumidor*, C.G.P.J., Madrid, 1996, págs. 411 y ss.

¹³⁷ Proyecto de Ley 121/000079, publicado en el B.O.C.G. Congreso de los Diputados, el 5 de septiembre de 1997.

¹³⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)", DN 1997, págs. 1 y ss.

primordial de racionalizar al máximo la propia gestión empresarial de las entidades de crédito¹³⁹.

B) ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN. CONDICIÓN GENERAL Y CLÁUSULA ABUSIVA.

1. Las condiciones generales y su control.

El concepto de condiciones generales de la contratación lo encontramos, ya no en el art. 10, 2º LGDCU, sino en el art. 1, 1º LCGC, que de alguna manera matiza el concepto que venía siendo utilizado en la legislación sobre consumidores, adaptándolo a la noción de la Directiva 93/13/CEE. No obstante, se mantienen los caracteres definitorios de las condiciones generales, su predisposición por una parte contratante, que las impone a la otra, y un cierto carácter de generalidad, matizado en la nueva Ley¹⁴⁰, pues deben haber sido

¹³⁹ Al respecto, en nuestra doctrina ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pág. 28. En la doctrina italiana, AMOROSO, G., "Contratti bancari e condizioni generali di contratto", en BIANCA, C. M. (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1981, pág. 85.

¹⁴⁰ En efecto, el art. 10, 2º LGDCU establecía, antes de su modificación, que se consideraban condiciones generales "el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éstas celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate". En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, dirigidos por MOTOS y ALBALADEJO, Tomo XXIV, *Ley de Contrato de Seguro*, Vol. 1, Madrid, 1994, págs. 60 y 61, manifestaba que dicho carácter de generalidad respondía simplemente a la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que hubieran de realizarse en masa. Idéntica opinión mantiene DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores", EC 1984, nº 3, págs. 64 y 65.

redactadas "con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"¹⁴¹.

Las especiales características de las condiciones generales obligan a la imposición de controles adicionales¹⁴² con el fin de salvaguardar la libertad del adherente, que se manifiestan en tres momentos distintos: la incorporación de las condiciones generales al contrato (control de inclusión), su interpretación (control de interpretación) y, una vez han sido incorporadas al contrato e interpretadas, el control de validez (control de contenido)¹⁴³.

¹⁴¹ El concepto adoptado por nuestra LCGC se asemeja al contenido en el § 1 de la Ley alemana sobre condiciones generales (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB-Gesetz*), el cual, bajo la rúbrica *Delimitación del concepto*, establece:

"(1) 1.- Son condiciones generales de la contratación todas aquellas condiciones contractuales preformuladas para una pluralidad de contratos, que una de las partes contratantes (transmitente) impone a la otra parte contratante por la estipulación del contrato. 2.- Es indiferente que las condiciones constituyan un elemento esencial extrínseco del contrato o se reflejen en el documento contractual, así como cuál sea su extensión, su forma de expresión, o la forma del contrato.

(2) No existirán condiciones generales cuando las condiciones contractuales hubieran sido negociadas individualmente por las partes contratantes".

¹⁴² En general sobre el control y la interpretación de las condiciones generales del contrato, véanse, en nuestra doctrina, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., págs. 10 y ss.; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo", RDM 1980, pág. 393; RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Pamplona, 1995, pág. 258; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., "Reflexiones sobre las condiciones generales", en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV, *Derecho Civil y Derecho Público*, Madrid, 1996, pág. 4943. En la doctrina italiana, entre otros, ALPA, G., "Condizioni generali di contratto", NGCC 1988-II, págs. 27 y ss.; ROPPO, E., *Contratti standard*, Milano, 1975, pág. 173 y ss.; MAZZONI, M., *Contratti di massa e controlli nel Diritto privato*, Napoli, 1975, págs. 20-21 y 26-29; BIANCA, C. M., *Diritto Civile III, Il Contratto*, Milano, 1984, pág. 373; RIZZO, V., "Condizioni generali di contratto e vessatorietà", en CESARO, E., (a cura di), *Clausole abusive e Direttiva comunitaria*, Atti del Convegno di Studi sul tema Condizioni generali di contratto e Direttiva C.E.E. N. 93/13 del 5 aprile 1993, Milano, 1994, págs. 49 y ss.; FORTUNATO, S., "I contratti bancari: dalla trasparenza delle condizioni contrattuali alla disciplina delle clausole abusive", DBMF 1996-I, pág. 18.

¹⁴³ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., "Reflexiones sobre las condiciones generales", op. cit., pág. 4948.

El primero de los controles se regula en la actualidad en los arts. 5 y 7 LCGC, así como en el art. 10, 1 LGDCU, aplicable a todas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que afecten a los consumidores. La efectiva incorporación de las condiciones generales al contenido contractual, se producirá únicamente cuando conste una prestación expresa del consentimiento por parte de los adherentes, presupuesto del cual será la previa información sobre su existencia y la entrega por el predisponente de un ejemplar de las mismas¹⁴⁴. En todo caso, la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez¹⁴⁵, que conllevarán, en caso de contravención, su no incorporación al contrato¹⁴⁶. No obstante, podrán entenderse incorporadas al contrato aquellas condiciones generales que resulten "incomprensibles", pero que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Art. 5, 1º LCGC. Los párrafos 2º y 3º contienen normas específicas referidas a los contratos que no se documenten por escrito, en cuyo caso deberán anunciarse las condiciones generales en un lugar visible, de tal modo que se garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración; información que deberá garantizarse igualmente cuando la contratación sea telefónica o electrónica. Al respecto, deja a un ulterior desarrollo reglamentario la labor de determinar los términos conforme a los cuales quedarán aceptadas todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En todo caso, deberá enviarse de forma inmediata al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos sus términos.

¹⁴⁵ Arts. 5, 4º LCGC y 10, 1º, a) LGDCU.

¹⁴⁶ Se aprecia en el art. 7 LCGC alguna diferencia respecto del art. 5 del Proyecto de Ley. En efecto, en éste se consideraban igualmente no incorporadas al contrato las condiciones generales "que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia".

¹⁴⁷ Art. 7, b) LCGC. Si entendemos el concepto "incomprensible" en un sentido literal, la norma parece considerar suficiente la adecuación de la cláusula a la normativa sobre transparencia contractual en el ámbito de contratación respectivo, pensando que de este modo quedan suficientemente protegidos los intereses del

Por el contrario, el BGH alemán, en Sentencia de 17 de enero de 1989¹⁴⁸, ha manifestado, respecto de una norma sobre valoración de apunte en libreta de ahorros, que no es suficiente proporcionar al cliente una información veraz y completa sobre las condiciones de la relación contractual, sino que se requiere que el contrato en su conjunto sea formulado de forma clara, de tal modo que el significado y efectos que puedan derivarse de sus cláusulas resulten comprensibles para el cliente medio. La importancia del pronunciamiento reside en que, a pesar de que la información sobre la valoración de las operaciones había sido prestada de forma veraz y

adherente, y sin tener en cuenta que la finalidad directa de dichas normas no es la protección del contratante más débil, sino la de favorecer condiciones de igualdad y libertad para la participación en el sector del mercado de que se trate. Quizá la intención del legislador haya sido la de no imponer excesivas restricciones a la libertad de contratación, y, en definitiva, de competencia en el mercado, sin embargo no puede obviarse que la norma planteará problemas en el ámbito de la contratación bancaria.

Puede, no obstante, realizarse otra interpretación de la norma, en el sentido que permita la existencia de condiciones generales que no son comprensibles de forma directa, en relación con lo dispuesto en el art. 10, 1, a) LGDCU, siempre y cuando se ajusten a lo establecido en la normativa sobre transparencia, remitiendo a ella para su comprensión.

¹⁴⁸ Publicada en BBTC 1990-II, págs. 321 y ss., con nota de PRESTI, G., RÜCKERT, B., "Valuta, trasparenza e tutela del cliente nei contratti bancari: un caso tedesco e la situazione italiana", págs. 324 y ss. Sobre la interpretación del § 9 AGB-Gesetz véanse igualmente, WOLFF, M., "§ 9", en WOLFF/HORN/LINDACHER, *AGB-Gesetz Kommentar*, 3. Auflage, München, 1994, págs. 390 y ss.; WESTERMANN, H.-P., "Das Transparenzgebot -ein neuer Oberbegriff der AGB- Inhaltskontrolle", en BAUR, HOPT, MAILÄNDER (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Berlín, 1990, págs. 817 y ss.; del mismo autor, "Zwecke der AGB-Kontrolle im Bankvertragsrecht", en KÜBLER, MERTENS, WERNER (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991*, Berlín, 1991, págs. 931 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN, J.A., "Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales del contrato [artículo 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato-AGBG]", ADC 1989, págs. 869 y ss.; WIEGAND, W., "Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik", en WIEGAND, W. (Hrsg.), *Aktuelle Probleme im Bankrecht*, Bern, 1994, págs. 129 y ss.; FORSTMOSER, P., "Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr", en FORSTMOSER, P. (Hrsg.), *Rechtsprobleme der Bankpraxis*, Bern, 1976, págs. 11 y ss.

completa al cliente, en la práctica, éste no podía deducir que a través del juego de las valoraciones de los apuntes realizados en su cuenta, pudiera verse obligado a pagar intereses aunque no hubiera disfrutado de un crédito¹⁴⁹.

Debemos subrayar, por tanto, que la finalidad perseguida por el control formal de inclusión no se encuentra simplemente en garantizar un consentimiento libre y consciente del adherente, sino más bien, en consonancia con las nuevas tendencias contractualistas, se trata de una regla derivada de la buena fe, que al dar por supuesto que las condiciones generales de los contratos no se leen ni se incorporan al contrato para ser leídas, tienen necesidad de someterse a un control intenso de esta clase¹⁵⁰.

En el ámbito interpretativo resulta de aplicación con carácter general la regla *contra proferentem*, con el claro objetivo de optar en todo caso por el sentido más favorable al adherente o consumidor¹⁵¹. La LCGC remite en lo no dispuesto en su art. 6 a las normas sobre hermenéutica contractual contenidas en el Cc., estableciendo

¹⁴⁹ La doctrina italiana se ha mostrado favorable a un avance en la interpretación y aplicación de las obligaciones de información. Véanse al respecto, entre otros, REALMONTE, F., "Condizioni generali di contratto e norme uniforme bancarie", en PORTALE, G. B. (a cura di), *Le Operazioni bancarie*, Milano, 1978, págs. 100 y ss.; en la misma obra colectiva, los artículos de CAVALLI, G., "Le clausole vessatorie nei contratti bancari", págs. 128 y ss.; y BENATTI, F., "Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria", págs. 164 y ss.

¹⁵⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La interpretación de las condiciones generales de los contratos", RDM 1987, págs. 12 y 13, y pág. 15; el mismo autor en *Las condiciones generales...*, op. cit., págs. 192 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., BERCOVITZ, A., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pág. 193; EMPARANZA, A., "La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español", RDM 1995, págs. 461-504; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., "Reflexiones sobre las condiciones generales", op. cit., pág. 4949.

¹⁵¹ Arts. 10, 2º LGDCU y 6 LCGC.

simultáneamente el principio de prevalencia de las condiciones particulares específicamente previstas para el contrato sobre las generales, salvo que éstas últimas resulten más beneficiosas para el adherente. A la normas generales del Cc. y al principio de buena fe¹⁵² deberá acudir igualmente cuando la contravención de las normas contenidas en la LCGC determine la no incorporación o la nulidad de las cláusulas, que no supone la ineficacia total del contrato.

Finalmente, el control de validez intenta asegurar que el contenido de las condiciones generales se ajusta a los límites impuestos a la autonomía de la voluntad y a las exigencias derivadas del principio de buena fe. El control de contenido adquiere especial relevancia en el ámbito de la contratación con consumidores, en el que la LGDCU emplea como criterio determinante de la validez de las cláusulas su corrección sustancial de acuerdo con los dictados del principio de la buena fe¹⁵³.

¹⁵² El principio de buena fe podría servirnos también para salvar la antinomia subrayada por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La interpretación de las condiciones generales...", op. cit., pág. 13, en el sentido de que la exigencia de claridad en la redacción como requisito de inclusión establecida en el art. 10, 1, a) LGDCU y la consagración del principio *contra proferentem* parecen normas incompatibles. Llega el autor citado a la conclusión de que se debe reservar la no inclusión y consiguiente ineficacia para los casos más graves de ausencia de claridad, aplicándose por tanto la regla de interpretación más favorable al adherente, o, en su caso, consumidor, a los restantes supuestos. Ello no está exento, como matiza a continuación (nota 10), de problemas, pues puede resultar peor tratado un predisponente que incluya condiciones generales no abusivas poco claras que aquel que imponga en sus contratos condiciones abusivas, puesto que a este último no se le impondrá una interpretación favorable al consumidor, sino que considerando ineficaz la cláusula que contenga la condición general, verá aplicado al contrato las normas de Derecho dispositivo. La posibilidad de integrar el contrato conforme a las exigencias del principio de buena fe permitirá ajustar las condiciones contractuales respetando el necesario equilibrio de las prestaciones, de tal modo que una medida establecida en favor del adherente o consumidor no llegue a perjudicarlo (así, con anterioridad, la ineficacia del contrato podía suponer en operaciones bancarias activas un grave perjuicio para él).

¹⁵³ Este mecanismo no es más que un reflejo del carácter declarativo de las condiciones generales (véase ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales*,

2. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Nuestro legislador ha empleado una doble técnica con el fin de incorporar el contenido de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento interno¹⁵⁴. De este modo, ha dictado una Ley aplicable a la contratación mediante condiciones generales y simultáneamente ha modificado el texto de la LGDCU, incluyendo normas relativas a las cláusulas abusivas¹⁵⁵.

op. cit., págs. 93 y ss.), las cuales, como señala MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., "Reflexiones sobre las condiciones generales", op. cit., pág. 4950, "concretan, desarrollan o explicitan las normas que serían de aplicación por medio de la integración del contrato, esto es, la buena fe, el uso y la ley (art. 1258)".

¹⁵⁴ Con anterioridad a su transposición, tanto la doctrina como la jurisprudencia optaban por considerar aplicables sus normas en determinados supuestos y en todo caso, a efectos interpretativos. En este sentido, véanse en la doctrina española DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo I, Madrid, 1994, pág. 655; en la italiana BUOCONORE, V., "La Direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle "Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori" e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria: (leasing, factoring e credito al consumo)", BBTC 1994-I, págs. 449 y ss. Entre los pronunciamientos de nuestro TS, Sentencias de 23 de julio de 1993 [RJ 1993, 6476], 14 de septiembre de 1996 [RJ 1996, 6715], 8, 20 y 30 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 7954, 8371y 8457], 4 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9044], y 1 de febrero, 12 de mayo, 5 de julio y 11 de octubre de 1997 [RJ 1997, 672, 3840, 6151 y 7072].

¹⁵⁵ En Italia, para transponer la Directiva sobre cláusulas abusivas se han incluido en el Cc. los arts. 1469 bis-sexties por Ley n. 52 de 6 de febrero de 1996 (sobre la reforma véanse, entre otros, LENER, R., "La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori", Foro It 1996-V, cols. 145 a 176; CIAN, G., "Il nuovo Capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del Codice Civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori", SI 1996, págs. 411 a 426; DE NOVA, G., *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, págs. 8 y 9; CARBONE, S., "La tutela del consumatore: le clausole abusive", CG 1996, págs. 460 y ss.).

En Portugal, ha sido el Decreto-Ley 220/95, de 31 de agosto de 1995, el encargado de adaptar a la Directiva la Ley portuguesa sobre condiciones generales de la contratación (Decreto-Ley n° 446/85, de 25 de octubre).

En Francia, la Ley 23/1978, de 10 de enero, sobre protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas, desarrollada por RD 464/1978, de 24 de marzo, y

Conforme a la definición contenida en el nuevo art. 10 bis LGDCU se considerarán cláusulas abusivas "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente¹⁵⁶ que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". Las cláusulas que, "teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa"¹⁵⁷, tengan carácter abusivo, serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas¹⁵⁸.

Se someten, por tanto, las condiciones generales incluidas en contratos con consumidores a un doble control, de carácter formal y material. Conforme al primero, será considerada abusiva toda cláusula que no cumpla el requisito de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa. El segundo se refiere a la adecuación de su contenido a los principios generales de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones¹⁵⁹. La ausencia de

modificada por Ley de 5 de enero de 1988, ha sido adaptada al texto comunitario por Ley n. 95-96 de 1 de febrero de 1995, "concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial".

¹⁵⁶ La carga de la prueba de la negociación individual corresponderá al profesional (art. 10 bis, 1, 3º LGDCU).

¹⁵⁷ Art. 10 bis, 1, 4º LGDCU.

¹⁵⁸ Art. 10 bis, 2 LGDCU.

¹⁵⁹ Con la recepción de la Directiva 93/13/CEE a través de la Ley n. 52 de 6 de febrero de 1996, se ha introducido también en Italia un control de tipo sustancial o material, contenido en los artículos 1469-bis/sexies. En este sentido, FAILLACE, S., "Contratti stipulati con i consumatori", CI 1/1996, pág. 362. El procedimiento para determinar el carácter abusivo de una cláusula será el siguiente: en primer lugar, el control formal del artículo 1341, 2 Cc. italiano; se procederá a continuación a enjuiciar su contenido confrontándola con las cláusulas de los artículos 1469-bis/sexies. En el supuesto de que la cláusula en cuestión se recoja entre las del artículo 1341, 2, pero no en

una información adecuada sobre las vicisitudes que afecten al contrato puede constituir un abuso¹⁶⁰ sancionado con la nulidad de la cláusula, que deberá integrarse, en beneficio del consumidor, conforme a lo dispuesto en el art. 1258 Cc. (art. 10 bis, 2º LGDCU)¹⁶¹. Será considerada abusiva cualquier cláusula que imponga al consumidor una renuncia o limitación de sus derechos¹⁶², incluido, en consecuencia, el derecho de información.

IV. RECAPITULACIÓN.

Condición previa para el establecimiento de una adecuada tutela de los clientes bancarios es que éstos puedan contar con una

las contenidas en los artículos 1469-bis/sexies, deberá determinarse su carácter abusivo por los jueces, aplicando los parámetros de la buena fe y del equilibrio de las prestaciones, restando en vía residual el remedio formal de la doble firma.

¹⁶⁰ A modo de ejemplo, podríamos pensar en una cláusula de compensación convencional incluida en un formulario contractual bancario. Por regla general dichas cláusulas se incluyen en los contratos de cuenta corriente bancaria y depósitos bancarios, a la vista o a plazo, y en las operaciones de crédito, permitiéndose incluso la cancelación anticipada de los depósitos con el fin de facilitar la compensación a la entidad. En el ejercicio de dicha compensación convencional juega un importantísimo papel la obligación de informar al cliente, que se enmarcaría en la ejecución del contrato conforme a la buena fe, por cuanto debería advertírsele inmediatamente de las operaciones a realizar, y, en todo caso, del saldo restante en cada una de sus cuentas tras la compensación efectuada, con el fin de evitarle todo perjuicio. De hecho, ya el SRBE se ha manifestado en el sentido de considerar inadmisibles la falta de información al cliente cuyos crédito y deuda han sido objeto de compensación, señalando que "si bien efectuaron la compensación amparadas en el condicionado de los correspondientes contratos, obviaron, en tal trámite, su deber de información hacia el interesado, puesto que ni notificaron con carácter previo su decisión, a fin de que el titular pudiera ofrecer otras opciones, ni con posterioridad comunicaron las anotaciones contables efectuadas con el necesario detalle sobre el crédito y deuda extinguidos en la parte concurrente" (Reclamaciones números 862/94 y 1122/94, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1994*; reclamación nº 1574/96, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1996*).

¹⁶¹ Un ejemplo de cláusula abusiva por infracción de los deberes de informar en los servicios financieros es la recogida en la D.A. 1ª, apartado I, cláusula 2ª LGDCU.

¹⁶² Apartado II, cláusula 14 de la D.A. 1ª LGDCU.

información clara y completa sobre el carácter, prestaciones y, fundamentalmente, coste, de las operaciones que van a contratar¹⁶³. La necesidad de información se hace todavía más imperiosa en el sector financiero, por la complejidad técnica de las operaciones económicas que se desarrollan y que exigen un conocimiento cualificado del funcionamiento del mercado.

Las normas sobre transparencia y publicidad de las entidades de crédito cumplen la finalidad de favorecer la información de los clientes, si bien indirectamente, pues lo que pretenden es, a través del establecimiento de obligaciones de información, permitir una elección correcta por su parte de los servicios que demandan, y, con ello, la protección de la libre competencia entre las empresas oferentes de servicios bancarios. La finalidad de tutela del cliente se logra sólo de forma indirecta¹⁶⁴.

Las normas contenidas en la LGDCU tienen como fin proteger al consumidor o usuario de los abusos de los que puede ser objeto y la información es uno de los principales medios de los que dicha Ley se sirve para la consecución de su objetivo. De este modo, despliega su eficacia como principio inspirador de la protección del consumidor y

¹⁶³ Destacan el importante papel que juega la información, GÓMEZ SEGADÉ, J. A., "Notas sobre el derecho de información del consumidor", RJC 1980, págs. 700 y 701; BERMEJO VERA, J., "El derecho a la información de los consumidores y usuarios", EC 1984, nº 3, págs. 83 y ss.; PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1990. En la doctrina italiana, ALPA, G., "Il ruolo dell'informazione nella tutela del consumatore", RCDP 1987-II, págs. 815 y ss.; el mismo autor en "L'informazione del risparmiatore", op. cit., págs. 476 y ss.

¹⁶⁴ Véase al respecto Capítulo I, apartado I de esta primera parte.

simultáneamente como derecho de los consumidores. Estamos, por tanto, ante un derecho básico, como señala la propia LGDCU¹⁶⁵.

En el ámbito de la contratación bancaria, el consumidor se verá beneficiado por diversas normas contenidas en la LGDCU, dirigidas principalmente en el aspecto formal a facilitar su acceso a una información clara, sencilla y veraz; de tal modo que ello simplifique el proceso de elección de la empresa que oferta los servicios que más le satisfacen¹⁶⁶. En efecto, señala el art. 8 de dicha Ley que “la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las normas sobre publicidad”. Además, el precepto citado añade que las manifestaciones que en dicha oferta, promoción y publicidad haya realizado el empresario, integrarán el contenido del contrato, aun cuando no figuren expresamente en él¹⁶⁷.

¹⁶⁵ En efecto, conforme al art. 2, 1, letra d) de la LGDCU, es derecho básico de los consumidores y usuarios: “d) La información correcta sobre los diferentes productos y servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”. El capítulo IV de la Ley desarrolla dicho precepto, pudiéndose apreciar tres vertientes del derecho a la información, como son el derecho a una información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los bienes, productos o servicios, las obligaciones de información a cargo de las oficinas y servicios de información al consumidor y de los organismos públicos, y, por último, el papel de los medios de comunicación social de titularidad pública en la información al consumidor, puesto que el art. 17 de la LGDCU establece que dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores.

En este sentido, BERMEJO VERA, J., “El derecho a la información de los consumidores...”, op. cit., págs. 83 y ss., critica que dicha proclamación de la ley no vaya acompañada de una subjetivación de dicho derecho, en el sentido de establecer su correlativo de deberes a cargo de los empresarios.

¹⁶⁶ Estrechamente vinculadas a este aspecto de información precontractual se encuentran las normas sobre publicidad, si bien ellas quedan fuera del ámbito de nuestro estudio.

¹⁶⁷ Siempre a salvo, como señala el párrafo 2, que el contrato contuviese cláusulas más beneficiosas para el consumidor, en cuyo caso prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

La LGDCU se refiere a las obligaciones de información en el ámbito contractual, concretamente respecto del empleo de condiciones generales de la contratación, en su art. 10. En concreto, las letras a) y b) del art. 10, 1 de la Ley se refieren a dos de los requisitos que deben reunir dichas condiciones. En el primer caso, su redacción deberá ser clara, sencilla y concreta, sin remisiones ni reenvíos a otros textos o documentos que previa o simultáneamente no hayan sido proporcionados al consumidor, y a los que "en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual". En el segundo, se contiene un requisito de plasmación documental de la información suministrada al consumidor, de tal modo que se efectuará la entrega, "salvo renuncia del interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación".

Sin embargo, creemos que el derecho a la información no tiene virtualidad exclusivamente en relación con los aspectos de control formal de las condiciones generales. En el aspecto sustancial, es requisito de las condiciones generales de la contratación que respeten la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones y una cláusula que, ante una actuación unilateral del predisponente no conceda al consumidor un derecho a ser informado previamente o notificado con posterioridad, puede resultar por ello abusiva¹⁶⁸.

Las obligaciones de información, por tanto, tienen su reflejo en ambos aspectos del control de las condiciones generales. En el primero, se plasman en la obligación de entregar la documentación contractual, que debe redactarse de forma clara, sencilla y ser susceptible de

¹⁶⁸ Al respecto, véase el art. 10 bis, 1º, 4 LGDCU.

comprensión directa. La ausencia de información determinará igualmente el carácter abusivo de la cláusula cuando, siendo necesaria, conforme a la naturaleza del contrato y las circunstancias que concurren en el consumidor, no sea proporcionada por el profesional, en contravención del principio general de buena fe.

CAPÍTULO TERCERO

EL DEBER DE INFORMAR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO COMO DEBER GENERAL EN LAS RELACIONES CON SUS CLIENTES

I. ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA QUE INCIDEN EN EL DEBER DE INFORMAR.

Las entidades de crédito, como oferentes de servicios cualificados en el mercado están sometidas, como disponen las normas sobre transparencia y protección del adherente o consumidor, a una serie de obligaciones de información, impuestas tanto en el momento previo al contrato (obligaciones de información y publicidad) como en el de su estipulación y posterior ejecución (documentación contractual, información sobre las vicisitudes del contrato, entrega de documentos liquidatorios)¹⁶⁹.

El establecimiento de dichas obligaciones informativas frente al cliente obedece a los especiales caracteres del ámbito de contratación bancario, en el cual la trascendencia económica y la complejidad técnica de las operaciones que se celebran son en muchas ocasiones determinantes de una posición más débil del demandante de servicios bancarios, situación que, además, se presupone en algunos grupos de sujetos.

¹⁶⁹ Véase *supra*, Capítulo II de esta primera parte.

Se pretende, por tanto, que el cliente bancario se convierta en un sujeto informado, de tal modo que, de un lado, pueda efectuar una elección eficiente en el mercado (punto de vista económico) y asimismo preste un consentimiento contractual no viciado (punto de vista jurídico)¹⁷⁰.

A) CARACTERES PROPIOS DE LAS OPERACIONES BANCARIAS.

Por las razones más arriba enunciadas, debemos establecer diferencias cualitativas entre el deber de información que puede ser exigido en el ámbito de la contratación en general respecto del propio de la contratación bancaria, al tratarse en este caso de una información de tipo técnico-jurídico. La información bancaria se caracteriza, y ello la distingue de la general, por ser técnico-jurídica, simple, directa y eficaz¹⁷¹.

¹⁷⁰ No obstante, afirma CLÉMENT, J.-F., "Le banquier, vecteur d'informations", RTDCom. 1997, págs. 206 y 207, que dichas normas no permiten establecer, por sí mismas, la existencia de un deber general de información a cargo de la entidad de crédito. No son, en su opinión, más que "índices que nos pueden indicar el camino hacia la existencia de tal obligación y que traducen la voluntad del legislador de proteger los intereses de los clientes por medio del suministro de informaciones precisas".

¹⁷¹ CORDEIRO, A. Menezes, "Direito Bancario Privado", en *Direito Bancario, Actas do Congresso Comemorativo do 150º aniversário do Banco de Portugal (22-25 Outubro de 1996)*, RFDUL, Coimbra, 1997, págs. 27 y 28, quien señala que "la información bancaria contempla, en general, la situación de especial carencia en que se encuentra el cliente respecto del banquero. Además de ligada, principalmente, a cuestiones jurídicas, dicha información debe atenerse a lo esencial. La entidad financiera tiene conocimientos y experiencia para, frente a cada negocio, reconocer, de inmediato, el punto sobre el cual debe ser "informado" el cliente. Así, en un proceso tendente a la concesión de crédito, se deberá informar, con toda claridad, de que el banco se reserva el "derecho de, además de la conclusión del contrato, no conceder cualquier crédito. De igual modo, en un negocio referido a acciones, el banquero deberá recordarle la posibilidad de bajada de las cotizaciones o, en una operación en moneda extranjera, la posibilidad de modificación de las tasas de cambio".

En consecuencia, la complejidad, novedad y grado de riesgo que implique la operación proyectada conllevarán, por lo general, la imposición de deberes de información a cargo del oferente de la misma, normalmente un experto o profesional, conocedor de las particularidades del contrato o del servicio, en cada caso¹⁷². Las tres notas apuntadas pueden concurrir en los servicios ofertados por entidades de crédito. Las operaciones bancarias suelen ser complejas, atendiendo a su propio contenido (obligaciones de las partes) o a la normativa que les resulta de aplicación. Los deberes especiales de información se incrementarán cuando las reglas derivadas de la autonomía de la voluntad que rijan el contrato se alejen considerablemente de las normas de derecho dispositivo, así como cuando pueda apreciarse en ellas imprevisibilidad o desventaja en perjuicio del demandante de la operación¹⁷³.

En el sector bancario, la complejidad va en numerosas ocasiones unida a la novedad, nota que, salvo raras excepciones, presupone que el demandante de servicios bancarios no esté familiarizado con las nuevas tendencias del mercado y las características de las operaciones más novedosas, las cuales, en su caso, podrían responder mejor a sus expectativas negociales¹⁷⁴.

¹⁷² En este sentido, GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, págs. 94 y ss.

¹⁷³ Al respecto, en la doctrina alemana, BRANDNER, H. E., "Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten", ZHR 153 (1989), pág. 147; SCHUMACHER, R., *Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung erfahrener Vertragspartner*, Bonn, 1979, págs. 106 y 107. Los legisladores nacional y comunitario han advertido dicha circunstancia, para todo tipo de contratos, cuando están integrados por condiciones generales de la contratación (véase *supra*, Capítulo II de la primera parte, apartado III).

¹⁷⁴ SCHUMACHER, R., *Vertragsaufhebung...*, op. cit., págs. 107 y 108.

Por último, si bien la entidad de crédito no estaría en general obligada a informar sobre los riesgos típicos de todo contrato que celebre, al suponerse conocidos por quien pretende estipularlo, puede ocurrir que en ocasiones deba informar de ellos a la contraparte. En consecuencia, cuando se aprecie por la entidad de crédito que la operación comporte para el cliente importantes riesgos patrimoniales o pueda afectar perjudicialmente a su nivel de vida por un largo plazo de tiempo (pensemos en operaciones de préstamo hipotecario, créditos al consumo que se van superponiendo ante la imposibilidad de afrontarlos por el cliente, etc.), la entidad de crédito deberá informarle de dicha circunstancia, sobre todo si considera que la parte que asumiría los riesgos no está en condiciones de comprender o de valorar su trascendencia por sí sola, o se halla en una situación económica especialmente delicada¹⁷⁵. La doctrina y la jurisprudencia alemanas se han ocupado con frecuencia de estos problemas, fundamentalmente en relación con el crédito al consumo¹⁷⁶. En este ámbito han llegado a la conclusión de que, si bien se ha de partir igualmente de la libertad contractual en la estipulación de contratos que impliquen un elevado riesgo, pueden reconocerse excepciones a la misma. De este modo, cuando la operación se muestre objetivamente ruinosa para el contratante o cuando la entidad conociera, o debiera

¹⁷⁵ Véanse, en la doctrina alemana, SCHUMACHER, R., *Vertragsaufhebung...*, op. cit., pág. 108; OTT, C., "Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Recht des Güter- und Leistungsaustausches", en AA.VV., *Ökonomische Probleme des Zivilrechts. Beiträge zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Berlin/Heidelberg, 1991, págs. 158 y ss.

¹⁷⁶ Al respecto, véase OTT, C., "Vorvertragliche Aufklärungspflichten...", op. cit., págs. 158 y ss., y la bibliografía y jurisprudencia allí citadas. Se trata, en definitiva, de la denominada por HORN, N., "Auklärungs- und Beratungspflichten der Banken", op. cit., pág. 140, obligación "de advertencia" o "aviso" al cliente (*Warnpflicht*). En la doctrina francesa, véase CLÉMENT, J.-F., "Le banquier, vecteur d'informations", op. cit., pág. 211.

conocer tal circunstancia, empleando la diligencia exigible y ponderando las situación particular del cliente¹⁷⁷, existirá a su cargo un deber de informar¹⁷⁸.

B) NOTAS CARACTERIZADORAS DE LA RELACIÓN BANCA-CLIENTE.

No obstante, las peculiaridades de la contratación bancaria no se reflejan exclusivamente en el contenido de la información y de las operaciones ofertadas, sino también en la propia relación entre el cliente y la entidad de crédito. La relación de clientela está presidida por las notas de profesionalidad y confianza. De un lado, la entidad de crédito, frente al cliente medio, ostenta una cualificación que la hace acreedora de un deber de informar. Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, dicho deber responde a la necesidad de mitigar la desigualdad informativa característica del sector bancario y, en consecuencia, el fomento de las condiciones de transparencia y competencia en el mercado¹⁷⁹; desde el punto de vista jurídico se pone

¹⁷⁷ En la doctrina alemana, BRANDNER, H. E., "Verhaltenspflichten...", op. cit., págs. 149 y ss.; VON ROTTENBURG, F., "Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten", ZHR 153 (1989), págs. 174 y 175; WESTERMANN, H.-P., "Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten", ZHR 153 (1989), págs. 133 y 134.

¹⁷⁸ Se trata, como afirma GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales...*, op. cit., pág. 96, de que "aun siendo riesgos conscientemente asumidos -lo que limita los deberes informativos ajenos- puede existir en determinados casos el deber de destacar la medida del riesgo o la existencia de riesgos atípicos". En el mismo sentido, MONTEIRO, J. F. Sinde, *Responsabilidade por conselhos, recomendações o informações*, Coimbra, 1989, págs. 363 y ss.

¹⁷⁹ En la doctrina alemana, véanse ADAMS, M., "Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht", AcP 186 (1986), págs. 453 y ss.; el mismo autor en "Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes. Verträge bei asymmetrischer Information", BB 1989, págs. 781 y ss.; KÖNDGEN, J., "Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht", NJW 1989, págs. 946 y 947.

de relieve la existencia de deberes de protección e información derivados del principio de buena fe en la contratación.

De otro lado, el cliente, sobre todo si mantiene una relación de negocios duradera con la entidad, confiará en la entidad de crédito, aspecto que deberá igualmente ser tenido en cuenta a la hora de determinar la diligencia exigible a la entidad. Desde la perspectiva de un no cliente, el hecho de que la entidad de crédito oferte servicios especializados en el sector financiero creará en él la confianza de que se encuentra ante un profesional, un experto, que cuenta con los medios y recursos adecuados para llevar a cabo la operación proyectada¹⁸⁰. En consecuencia, no sólo existirá un deber de información a su cargo cuando efectivamente esté en conocimiento de los datos relativos a la operación o al cliente que pudieran ser relevantes para la contratación, sino también de aquellos que, empleando la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto (art. 1104 Cc.), debiera conocer¹⁸¹.

Las notas de profesionalidad y confianza pueden determinar la existencia de un "deber de hablar" por parte de la entidad de crédito, entendiéndose su silencio como incumplimiento de dicho deber¹⁸². La relevancia de dicho deber de hablar, como veremos, puede llegar hasta

¹⁸⁰ Véase al respecto Capítulo II, apartado correspondiente a las normas sobre conducta en los mercados de valores.

¹⁸¹ "La culpa del obligado a informar puede referirse tanto a la no comunicación de lo que se sabe como a la no obtención de la información que no se tiene" (GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales...*, op. cit., pág. 83; en el mismo sentido, PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada...* op. cit., págs. 236 y ss.).

¹⁸² En este sentido, LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, 1996, pág. 37.

el punto de denotar ineludiblemente la existencia de un consentimiento contractual válido y vinculante¹⁸³.

La imposición de tal deber a la entidad de crédito no exime al cliente de una conducta igualmente diligente, intentando obtener la máxima información por sus propios medios¹⁸⁴.

II. MANIFESTACIONES DEL DEBER DE INFORMAR EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA.

El deber de informar a cargo de las entidades de crédito no sólo impone obligaciones en la fase precontractual o de formación de los contratos que estipulan con sus clientes, sino que dicho deber se extiende a las fases de ejecución y liquidación contractual. La necesidad de delimitar la extensión y condiciones de dicho deber resulta esencial en aquellos contratos que se fundan en la actividad de gestión desempeñada por la entidad de crédito.

La atipicidad legal característica de la mayoría de contratos bancarios no ha permitido la existencia de normas que de forma especial consagren un deber de informar a cargo de las entidades de crédito. A excepción de las reglas establecidas en las normas sobre

¹⁸³ ROPPO, E., *Il contratto*, Bologna, 1977, pág. 88; PINTO, P. Mota, *Declaração tácita e comportamento concludente no negocio jurídico*, Coimbra, 1995, pág. 752. Al respecto, véase *infra*, Capítulo II de la segunda parte, y la bibliografía y jurisprudencia allí citadas.

¹⁸⁴ En otro caso, afirma CIMINO, A., "La clausola generale di buona fede nell'esperienza francese", RDCom. 1995-I, pág. 798, si se permitiera al contratante una actitud totalmente pasiva no se haría más que estimular la impericia y la falta de lealtad contractual.

transparencia bancaria y las comunes derivadas de la aplicación de las leyes de condiciones generales y de defensa del consumidor, sólo se encuentran ejemplos puntuales de dicho deber en la regulación de contratos mercantiles a cuyo esquema pueden reconducirse numerosas operaciones bancarias. Así, en el contrato de comisión, el comisionista tiene a su cargo una obligación de comunicar permanentemente las incidencias del negocio encargado a su comitente¹⁸⁵. Por otra parte, en el contrato de agencia¹⁸⁶, el agente está obligado, en el ejercicio de su actividad profesional, a actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios

¹⁸⁵ Art. 260 C. de co.: "El comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación, participándole por el correo del mismo día, o del siguiente, en que hubieren tenido lugar, los contratos que hubiere celebrado". A las obligaciones de información en el contrato de comisión se refiere PEINADO GRACIA, J. I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto. [La comisión de garantía]*, Madrid, 1996, en especial págs. 35 y ss.; y GARRIDO, J. M., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1995, págs. 105 y ss., quien afirma además que "el criterio último a la hora de integrar y completar la obligación informativa del comisionista es el de la diligencia debida. El comisionista debe emplear la diligencia propia de un ordenado comerciante en el análisis de cuáles son las noticias y los cambios de circunstancias acaecidos que tienen trascendencia a efectos del negocio que ha de realizar, y, sobre todo, cuáles son los acontecimientos y circunstancias que podrían provocar la emisión de nuevas instrucciones o un cambio de las instrucciones ya emitidas. Cuando se encuentre ante una de estas circunstancias, deberá informar de modo inmediato al comitente. A la misma conclusión se llega mediante la aplicación del principio general de la buena fe en la ejecución de las obligaciones".

¹⁸⁶ En general sobre dicho contrato, véanse LLOBREGAT HURTADO, M. L., *El contrato de agencia mercantil: comentario sistemático de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia*, Barcelona, 1994; MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Madrid, 1995; VÉRGEZ, M., "Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente", en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a l profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, *Contratos mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la Navegación*, Madrid, 1996, págs. 3053 y ss.; EMBID IRUJO, J. M., "Notas sobre la regulación del contrato de agencia en el Derecho español", en AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, Vol. 2, Padova, 1997, págs. 623 y ss. En concreto, sobre la figura del agente de entidades de crédito, ALBELLA AMIGO, S., "La nueva figura del agente de las entidades de crédito", en AA.VV., *Contratos bancarios*, Madrid, 1996, págs. 9 y ss.

por cuya cuenta actúe¹⁸⁷; correlativamente, el empresario deberá actuar en sus relaciones con el agente lealmente y de buena fe, lo cual implica obligaciones de información y advertencia respecto de la ejecución y circunstancias del propio contrato¹⁸⁸. En ambos casos, las obligaciones de información se refuerzan en el momento liquidatorio, donde la rendición de cuentas aparece como elemento esencial del contrato¹⁸⁹.

Se trata, como puede apreciarse de las obligaciones que derivan para las partes, de contratos en los que el elemento de confianza entre ellas adquiere gran relevancia, imponiendo un deber de lealtad en su ejecución y finalización¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Dicha obligación conlleva, conforme al tenor del art. 9, 2º, letra b) LCA, la de "comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución".

¹⁸⁸ Dispone el art. 10, 2º, letra b) LCA que el empresario deberá procurar al agente "todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar". Del mismo modo, el art. 15 LCA establece a cargo igualmente del empresario, determinadas obligaciones de información sobre las operaciones realizadas y sus comisiones, así como sobre exhibición de la contabilidad para permitirle su comprobación.

¹⁸⁹ Entre otras, SSTS de 23 de noviembre de 1973 [RJ 1973, 5032] y 27 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9596].

¹⁹⁰ No obstante, la existencia de un elemento de fiducia en los contratos de mediación o colaboración no implica su carácter de negocios fiduciarios en sentido estricto (PEINADO GRACIA, J. I., *El contrato de comisión...*, op. cit., págs. 28 y ss.).

A) EL DEBER DE INFORMAR EN DETERMINADOS CONTRATOS BANCARIOS DE GESTIÓN.

Si bien toda operación bancaria, atendiendo a su naturaleza y objeto, conlleva ciertas obligaciones de información a cargo de las entidades de crédito, es en los contratos caracterizados por la gestión de los intereses del cliente donde con más claridad se aprecia la extensión y contenido de dichas obligaciones.

Tomamos como modelo los contratos de cuenta corriente bancaria y de depósito administrado y gestión de valores mobiliarios. Ambos reúnen una serie de notas que permiten un análisis paralelo de su contenido, con el fin de determinar cuáles son las principales manifestaciones del deber de informar de las entidades de crédito. Se trata de contratos carentes de regulación específica en nuestro ordenamiento, que suelen reconducirse por la doctrina a las figuras generales de la comisión o el depósito. En definitiva, su "tipicidad" deriva de la práctica contractual y la labor jurisprudencial.

Ambos son, por lo general, contratos cuya duración se prolonga en el tiempo, de tal modo que propician, de un lado, la adquisición por la entidad de un mayor volumen de información sobre el cliente, con la consiguiente obligación de tenerla en cuenta en las operaciones sucesivas que celebren; de otro, el cliente ve reforzada su confianza en la entidad a la vez que como cliente adquiere una cierta reputación. Puede, por ello, verse beneficiado por un trato más favorable, que no supondrá vulneración del principio de igualdad, sino mera atención a las condiciones subjetivas del cliente. Una mayor y mejor información

(más bien estaríamos ya hablando de asesoramiento en este caso) puede constituir un ejemplo de trato más favorable¹⁹¹.

Por último, se trata de contratos que se encuentran de alguna forma relacionados. En la práctica bancaria el servicio de caja prestado por las entidades de crédito a sus depositantes o cuentacorrentistas implica la ejecución de otro tipo de operaciones siguiendo las órdenes o instrucciones del cliente. Desde el pago de un cheque hasta la compra de pagarés, estamos ante operaciones que, aunque puedan poseer carácter autónomo, se encuentran insertas en el marco general del servicio de caja¹⁹².

1. El deber de informar al cuentacorrentista.

a) *Naturaleza y caracteres del contrato de cuenta corriente bancaria.*

La naturaleza de contrato de gestión¹⁹³ propia de la cuenta corriente bancaria nos permite definirla como aquel contrato en

¹⁹¹ Ello, claro está, con los límites que imponen, por ejemplo, el deber de secreto bancario, o la prohibición de uso de información privilegiada en los mercados de valores. Véanse, respectivamente, capítulo I, apartado II y capítulo II, apartado II, C) de esta primera parte.

¹⁹² En la doctrina alemana se ha llegado a hablar de la existencia de un contrato general bancario (*allgemeiner Bankvertrag*) por el mero hecho de la apertura de una cuenta. En este sentido, GAEDE, B., "Die vertragliche Haftung der Banken für Kreditauskünfte", NJW 1972, págs. 926 y 927; SCHRAEPLER, H.-J., "Kreditauskunft - Einschränkung des Bankgeheimnisses", op. cit., págs. 1236 y 1239. Otro sector doctrinal representado principalmente por CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, op. cit., págs. 7 y ss., defiende la existencia de una relación obligatoria derivada de la ley, generadora de especiales deberes de protección y confianza respecto del cliente bancario.

¹⁹³ EMBID IRUJO, J.M., "Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las

virtud del cual el Banco se compromete a realizar por cuenta de su cliente cuantas operaciones son inherentes al servicio de caja, efectuando las correspondientes anotaciones contables¹⁹⁴.

De este modo, el cumplimiento de las órdenes del cliente¹⁹⁵, lo que se ha venido en llamar "servicio de caja", tiene una gran

prestaciones: El llamado "servicio de caja". El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad", en GARCÍA VILLAVERDE, R., (Dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, pág. 103, y en ALONSO UREBA, A., MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., (Dirs.), *Derecho del mercado financiero*, Tomo II, Vol. 1, Madrid, 1994, pág. 201. Como afirma SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", RDBB 1986, pág. 640, "esta concepción de la cuenta corriente como un contrato esencialmente de gestión se encuentra especialmente arraigada en el Derecho alemán, en donde existe absoluta unanimidad a la hora de considerar que el "Girovertrag" es un "Geschäftsbesorgungsvertrag", o contrato de gestión de negocios". En este sentido, CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, op. cit., págs. 161 y ss.; WOSNITZA, R., *Das Recht auf Auskunft im bankvertraglichen Dauerschuldverhältnis*, Baden-Baden, 1991, pág. 84. En la doctrina italiana, MOLLE, G., DESIDERIO, L., *Manuale di Diritto bancario...*, op. cit., págs. 170 y 171; BORRONI, M., ORIANI, M., *Le operazioni bancarie*, Bologna, 1997, pág. 34.

¹⁹⁴ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, op. cit., págs. 122 y 158; BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 8ª ed., Madrid, 1990, pág. 474. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., "La cuenta corriente bancaria en descubierto y los contratos de crédito: criterios para una interpretación legal y contractual. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1983)", RDBB 1985, págs. 416 y 417, considera insuficiente la definición de las cuentas corrientes bancarias como "contratos que -sirviéndose de la utilización de un soporte contable- tienen por objeto facilitar la rápida y flexible liquidación de las relaciones recíprocas de crédito y deuda entre los bancos y sus clientes por medio de un sistema de compensación escalar o continuada", es decir, como meros contratos de compensación, debido a que estos contratos se caracterizan por otro elemento que, al contrario que la compensación es exclusivo de ellos, como es el "servicio de caja", "en virtud del cual el banco asume la obligación de realizar cobros y pagos por cuenta de su cliente y de acuerdo con sus instrucciones".

¹⁹⁵ La entidad de crédito sólo deberá cumplir las órdenes expresas que le dé su cliente; en este sentido se pronuncia la STS de 15 de junio de 1989 [RJ 1989, 4636], que en relación a la domiciliación de recibos, reconoce que la entidad de crédito actuó correctamente al rechazar el pago de los recibos, por no existir orden expresa del cliente para atender dichos pagos.

La actuación de la entidad de crédito sin previa orden del cliente o el cumplimiento defectuoso de dichas órdenes, la harán incurrir en responsabilidad. En este sentido, la STS de 15 de julio de 1988 [RJ 1988, 5717] se refiere a un supuesto de transferencia sin previa orden del titular. En las SSAP Murcia (Sección 4ª) de 30 de abril de 1994 (RGD 1995, págs. 9469 a 9471) y Valencia (Sección 5ª) de 12 de abril de

relevancia a la hora de delimitar la figura y sus principales caracteres¹⁹⁶, apareciendo incluso, como se ha llegado a afirmar, como la "causa del contrato de cuenta corriente bancaria"¹⁹⁷.

Por los caracteres de contrato de gestión que reúne, optan parte de la doctrina¹⁹⁸ y algunos pronunciamientos jurisprudenciales¹⁹⁹ por

1996 (RGD 1996, págs. 5908 a 5910), no se admite la validez de una cláusula de exoneración de responsabilidad fijada en el condicionado general del contrato en un supuesto de sustracción de libreta de ahorros de un cliente y sucesiva imitación de su firma para obtener los fondos depositados, puesto que la entidad tiene una obligación de diligencia en la comprobación de la identidad del presentante de la libreta, que tiene carácter de intransferible. La misma obligación de diligencia en la comprobación de la autenticidad de las órdenes de pago se proclama en relación a un supuesto de sustracción del talonario de cheques en la SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1ª) de 19 de enero de 1993 (RGD 1994, págs. 13554 a 13556).

El SRBE ha resuelto numerosas reclamaciones de clientes sobre el incumplimiento de sus instrucciones, o el cumplimiento defectuoso de las mismas. Así, Reclamaciones nº 1/96, 1300/96, 199/96, sobre adeudos en cuenta corriente contraviniendo la orden expresa de su titular, y nº 2421/95, 2396/95, 608/96, 1160/96, 1337/96, 244/96 y 2136/96, sobre cargos en cuenta no autorizados por el cliente, nº 1687/96, 369/96, 1270/96, 1901/95, 1824/95, 2009/95 y 1806/96, sobre incumplimiento de órdenes de clientes (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1996*, págs. 48, 49 y 52).

¹⁹⁶ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., "La cuenta bancaria en descubierto...", op. cit., pág. 416.

¹⁹⁷ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, op. cit., pág. 122. La SAT de Zaragoza de 28 de octubre de 1982 (RGD 1983, págs. 2253 y 2254) afirma en el mismo sentido que "la cuenta corriente bancaria no es un pacto accesorio que se añade al previo depósito de dinero, efectos o apertura de crédito, sino un contrato autónomo con disciplina propia fundado en una realidad económica, que en la doctrina alemana se llama "contrato de giro", en cuya virtud el Banco y el cliente tienen interés en crear una relación distinta de los demás contratos que permita una casi continua movilización de los fondos; de donde se deduce que la causa contractual no reside en el previo depósito o apertura de crédito, sino en los pagos y cobros que ha de realizar el Banco por cuenta del cuentacorrentista". En el mismo sentido se pronuncia la SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2ª) (RGD 1994, págs. 13545-13548), que en relación a la finalidad del contrato de cuenta corriente declara: "...la finalidad del contrato no es -pese a consistir básicamente en un depósito- de custodia del numerario recibido por la entidad de crédito, sobre el que ésta adquiere la propiedad y, por ende, su disponibilidad, sin que esta circunstancia comporte tampoco un propósito del "depositante" de realizar una inversión, por la reducida cuantía -cuando no la inexistencia- de intereses retributivos de la indicada facultad de disposición, por parte de la entidad de crédito, de los fondos depositados.

El objetivo del contrato, caracterizador del mismo, es el de obtener los servicios de caja de la entidad de crédito, concretado en el derecho del titular a ordenar el abono de su nómina, el pago de recibos, y operaciones muy similares".

considerar la cuenta corriente como una modalidad del contrato de comisión²⁰⁰. Por lo tanto, la entidad de crédito incurrirá en la responsabilidad propia de un comisionista cuando incumpla las instrucciones de su cliente. Su responsabilidad deberá, por tanto, enjuiciarse a la luz de los preceptos que regulan la comisión en el C. de co. y podrá ajustarse a las circunstancias de cada supuesto conforme al clausulado contenido en el contrato²⁰¹.

¹⁹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 20ª ed., Madrid, 1997, pág. 303; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., "Contrato de descuento y cuenta corriente bancaria: condiciones y consecuencias de una interconexión", RDBB 1984, pág. 177; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", op. cit., pág. 640; EMBID IRUJO, J.M., "Contrato bancario y cuenta corriente...", op. cit., pág. 103.

¹⁹⁹ SSAT de Cáceres, de 8 de febrero de 1985 (RGD 1986, pág. 2737) y de Zaragoza de 19 de julio de 1985 (RGD 1986, pág. 1693), ambas comentadas por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", op. cit., págs. 633 y ss.

²⁰⁰ SSTs de 15 de julio de 1988 [RJ 1988, 5717] y 10 de diciembre de 1992 (Sala 2ª) [RJ 1992, 10206]. La SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2ª) de 17 de julio de 1993 (RGD 1994, págs. 13545-13548), afirma en este sentido, con cita de la STS de 15 de julio de 1988, que "las obligaciones asumidas por la entidad de crédito frente al cuentacorrentista son las propias de un gestor, en el específico campo señalado, con lo cual la figura contractual es encuadrable en el mandato o comisión, con el consiguiente deber de diligencia, y de cumplir las órdenes del mandante o comitente".

²⁰¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", op. cit., pág. 642; EMBID IRUJO, J.M., "Contrato bancario y cuenta corriente bancaria...", op. cit., págs. 103-104.

Las instrucciones dadas por el cliente constituyen el marco de la diligencia exigible a la entidad de crédito, que será, conforme dispone la STS de 15 de julio de 1988 [RJ 1988, 5717], no la de un buen padre de familia, "sino la que corresponde al demandado como Banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos". En el mismo sentido se pronuncia la SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1ª) de 19 de enero de 1993 (RGD 1994, págs. 13554 a 13556), que afirma que "en virtud del contrato de cuenta corriente bancaria, el banco se obliga a verificar la autenticidad de las órdenes de pago recibidas contra los fondos depositados en la cuenta (con independencia de la vía que para ello se utilice, ya sea cheque, domiciliación, pagaré, etc...) y desde ese punto es responsable contractualmente por incumplimiento de esta obligación de verificación... Aun cuando no hubiera habido culpa por ninguna de las partes la responsabilidad debe imputarse al Banco, al cual como "comerciante experto" se le exige, de conformidad con los artículos 255 y 307 del Código de Comercio un cuidado especial en sus funciones de vigilancia más aún cuando

El contrato impone, por su propia naturaleza, obligaciones específicas al gestor, en este caso, la entidad de crédito, en el sentido de desempeñar en favor de su cliente cuentacorrentista un servicio de caja. El cliente, por su parte, deberá proveer de fondos a la entidad comisionista. En el contrato de cuenta corriente bancaria tal provisión puede proceder de un depósito, préstamo o apertura de crédito previos, entre otros mecanismos posibles²⁰². De dicha provisión podrá el cuentacorrentista disponer dentro del ámbito del servicio de caja, de modo que la entidad de crédito no podrá liberarse de su obligación cuando lo estime oportuno, sino que tiene la obligación de conservar los fondos a disposición de su cliente durante todo el tiempo de duración del contrato, cumpliendo las instrucciones ("órdenes") que éste le dirija²⁰³. La entidad de crédito cobra, a su vez, como

se lucra con tales cometidos". Sobre la diligencia exigible a la entidad de crédito y el ámbito de su responsabilidad, sobre todo en relación al pago de cheques y talones contra el saldo de la cuenta corriente de sus clientes, pueden verse las SSTs de 18 de mayo, 7 de junio y 9 de julio de 1984 [R] 1984, 2462, 3217 y 3802] y de 31 de julio de 1995 [R] 1995, 5924], esta última comentada por VAREA SANZ, M., CCJC 1996, nº 40, págs. 139 a 150. En cuanto a la jurisprudencia de las Audiencias, SAP Murcia (Sección 4ª), de 30 de abril de 1994 (RGD 1995, págs. 9469 a 9471) y SAP Valencia (Sección 5ª) de 12 de abril de 1996 (RGD 1996, págs. 5908 a 5910).

²⁰² GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, op. cit., pág. 159; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", op. cit., pág. 642.

²⁰³ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, op. cit., pág. 159; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", op. cit., pág. 642, quien justifica este supuesto por la insuficiencia del primero de ellos, ya que puede existir saldo en favor del cuentacorrentista, pero no estar disponible por multitud de causas, entre las que cita: "por embargo judicial o administrativo de ese saldo; porque el saldo existente haya quedado afecto a la satisfacción de un cheque confirmado, con lo que el banco está obligado a congelar esa cantidad hasta el vencimiento del plazo de presentación al pago del cheque, art. 110 Ley Cambiaria en relación con el art. 135; porque el banco ejerza un derecho de prenda derivado de otra operación, etc." (nota 12).

contrapartida por sus servicios, una comisión específica por cada una de las prestaciones que realiza²⁰⁴.

b) *Deber de información de la entidad de crédito en el contrato de cuenta corriente bancaria.*

La doctrina afirma de forma unánime la existencia de un deber de información²⁰⁵ a cargo de la entidad de crédito en el ámbito del contrato de cuenta corriente bancaria. En este sentido, se puede observar como integrante del contenido del contrato una obligación de la entidad de crédito de informar periódicamente sobre la marcha de la cuenta²⁰⁶. Como ha manifestado la jurisprudencia²⁰⁷, dicha obligación

²⁰⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", op. cit., pág. 642, quien afirma que debe separarse claramente dicha remuneración de la obtenida por la entidad de crédito como consecuencia de otros contratos subyacentes a la cuenta corriente bancaria.

²⁰⁵ Dicho deber es, para EMBID IRUJO, J. M., "Contrato bancario y cuenta corriente bancaria...", op. cit., pág. 104, un deber general del banco en su actividad, junto con el secreto bancario y la responsabilidad de las propias entidades por su actuación. En la doctrina extranjera, RIVES-LANGE, J. L., y CONTAMINE RAYNAUD, M., *Droit bancaire*, 5ª ed., París, 1990, págs. 207 y ss.; CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, op. cit., págs. 19 y ss.

²⁰⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. II, op. cit., 1997, pág. 304. En el mismo sentido, EMBID IRUJO, J. M., "La cuenta corriente bancaria", RDBB 1997, pág. 137. E incluso, como afirma MUÑOZ-PLANAS, J. Mª., *Cuentas bancarias con varios titulares*, Madrid, 1993, pág. 171, en el seno de las cuentas indistintas, "el Banco, por otro lado, está obligado respecto a todos y cada uno de los titulares -aun siendo la cuenta conjunta- a facilitarles cuanta información requieran sobre el estado de la cuenta y los movimientos que en ella se hayan producido. Y ello con independencia de la comunicación periódica de los extractos de cuenta con indicación de los asientos de cargo y abono y de las liquidaciones semestrales de intereses y comisiones que efectúa normalmente todo Banco en cada cuenta".

²⁰⁷ SSTs de 11 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2170] y 15 de julio de 1993 [RJ 1993, 5805], conforme a la cual a través del servicio de caja se realizan transferencias y pagos a terceros, "mediante las correspondientes órdenes de los titulares, lo que obliga a las entidades, en cumplimiento de la Orden de 12-12-1989 (RCL 1989, 2700), a facilitar a los clientes información adecuada, extractos de las operaciones que son realizadas en su cuenta y los cargos de gastos por intereses devengados, en favor o en contra, comisiones y

no puede limitarse al mero envío de unos extractos de cuentas con una periodificación determinada y recogida normalmente en el documento contractual. Por el contrario, el deber de mantener informado al cuentacorrentista que pesa sobre la entidad de crédito se extiende a la obligatoria comunicación de los saldos y envío de extractos cuantas veces y en los momentos en que el cliente lo solicite²⁰⁸.

Normalmente, al extracto semestral se añaden hojas informativas sobre el "movimiento" de la cuenta hasta el día de la fecha de la hoja, de tal modo que se notifique al cliente la incidencia que sobre el saldo tiene toda operación a los pocos días de haberla realizado²⁰⁹. El cliente deberá manifestar su conformidad o

demás autorizados".

²⁰⁸ La obligación de información se extiende durante un plazo razonable de tiempo, que bien podría ser el de conservación de los libros del comerciante, cinco años. En otro caso, como ocurrió en el supuesto que dio lugar a la SAT Cáceres de 8 de febrero de 1985 (RDG 1986, pág. 2737), el cliente podrá recibir de nuevo la información solicitada, pero probablemente abonando los gastos que su prestación haya acarreado a la entidad informante.

La jurisprudencia alemana ha manifestado, en el mismo sentido, que la entidad de crédito deberá proporcionar de nuevo la información al cliente si éste ya no la posee, obligación que hace derivar del principio de buena fe contenido en el § 242 BGB (BGH NJW 85, 2699, BGH NJW-RR 88, 1702). En la doctrina, véase WOSNITZA, R., *Das Recht auf Auskunft...*, op. cit., págs. 86 y 87. A la inversa, la jurisprudencia alemana (BGH NJW 85, 2699) ha establecido límites también derivados del principio de buena fe a la obligación de informar sobre el estado de la cuenta a los clientes, así ante la petición de un extracto global de la cuenta desde su apertura. La obligación de suministrar dichas informaciones derivará, en todo caso, conforme ha señalado la jurisprudencia alemana, de las circunstancias del caso concreto. No habrá obligación de prestarla cuando no exista por parte del solicitante una razón justificativa para ello.

²⁰⁹ En opinión de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", op. cit., pág. 644, dicha obligación a cargo de la entidad de crédito encuentra una doble justificación: "de un lado, no debe olvidarse que la cuenta corriente en particular, y las cuentas bancarias en general, son el reflejo o manifestación aritméticos de las distintas operaciones y contratos concluidos entre el banco y el cliente... Pero además de la necesidad de información que conlleva el que la cuenta exponga la situación del saldo, no debe olvidarse que muchos de los elementos que esa información reflejará se referirán a actuaciones del banco en razón de órdenes de su cliente. Es decir, ya no se trata simplemente de que el cliente

disconformidad con las partidas de los extractos que le sean aportados en el plazo que se haya pactado. De no hacerlo así, se presumirá su aceptación del saldo y la liquidación de la cuenta²¹⁰.

La información en la cuenta corriente bancaria resulta esencial para el cliente, por cuanto al carecer de un soporte documental como el depósito instrumentado en libreta de ahorro, que le permita una actualización incluso directamente a través de los cajeros automáticos, el cliente se ve necesitado de comprobar el estado de sus cuentas y el efectivo cumplimiento por la entidad de crédito de las órdenes por él dictadas²¹¹. Por ello, la rendición de cuentas que efectúa la entidad de crédito²¹², será la vía para permitirle dicha comprobación²¹³.

conozca la compensación de los abonos y adeudos inscritos en su cuenta, sino de la corrección con que éstos se han realizado”.

²¹⁰ SSTs de 14 de junio de 1985 [RJ 1985, 3270] y 14 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2182].

En concreto, señala en relación a la información por extractos en un contrato de depósito en cuenta corriente la SAP Segovia de 6 de mayo de 1996 (RGD 1997, págs. 4938 a 4940), que “la remisión de extractos tiene en el uso bancario relevancia jurídica, por cuanto en ellos se solicita la conformidad del cliente al saldo remitido y se prevé su silencio como prestación tácita de tal conformidad una vez transcurrido determinado plazo. Cuando se produce la aprobación, expresa o tácita, goza el banco a su favor de una confesión que hace prueba contra quien la hizo, sin perjuicio de que éste pruebe el error en la conformidad acreditando la incorrección del asiento, anotación o cálculo” (el mismo pronunciamiento se contiene en la SAP Valencia de 10 de febrero de 1997 (RGD 1997, págs. 6491 a 6493). E igualmente, podrá la entidad de crédito reclamar con posterioridad a la aceptación del saldo una cantidad mayor cuando el importe inferior determinado se debía a la actuación del cliente, que finalmente no pagó unos cheques (STS de 4 de marzo de 1996 [RJ 1996, 2158]).

²¹¹ Por lo tanto, la información deberá ser clara, comprensible y suficiente para permitir al cliente realizar dicha comprobación. En este sentido, las Reclamaciones nº 269/94, 1483/93, 1269/93, 1169/93, 789/94, 694/94, 979/94 y 875/94 (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1994*, págs. 66 y 67), se refieren a supuestos en los cuales las entidades de crédito proporcionaron una información deficiente sobre los apuntes efectuados en las cuentas de sus clientes; las Reclamaciones nº 26/91, 1026/91 y 1106/91 (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1992*, pág. 41) resuelven situaciones de falta de comunicación de las liquidaciones practicadas.

²¹² GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, op. cit., pág. 163; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 303; y EMBID IRUJO, J. M., “Contrato bancario y cuenta corriente bancaria...”, op. cit., pág. 110, encuentran el

Por otra parte, en el ámbito de la información debida al cuentacorrentista, resultaría igualmente de aplicación la norma del art. 255 del C. de co., conforme a la cual el comisionista, en caso de considerar arriesgado o perjudicial para el comitente el cumplimiento de la comisión, deberá suspender su cumplimiento²¹⁴.

Cabe pensar además en supuestos que exijan una notificación inmediata al cliente con el fin de evitarle todo perjuicio. Así ocurrirá cuando la entidad proceda a compensar saldos negativos con los fondos existentes en otras cuentas o autorice un descubierto en cuenta corriente. Es la jurisprudencia, debido a la falta de tipicidad del contrato, la que básicamente se ha encargado de delimitar e intensificar dicho deber de información²¹⁵. Así, ha reconocido en

fundamento del deber de información de las entidades de crédito en el ámbito de la cuenta corriente bancaria en su carácter de contrato de gestión cercano a la comisión mercantil, considerando aplicables los preceptos que a la misma dedica nuestro C. de co. y concretamente su art. 263, conforme al cual "el comisionista estará obligado a rendir, con relación a sus libros, cuenta especificada y justificada de las cantidades que percibió para la comisión, reintegrando al comitente en el plazo y forma que éste le prescriba, del sobrante que resulte a su favor". Igualmente serán de aplicación, como afirma GARRIGUES, los arts. 254 a 256 del C. de co.

²¹³ De este modo podrá comprobar el cliente si la entidad de crédito ha actuado como un diligente comisionista (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Consideraciones en torno de algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", op. cit., pág. 644).

²¹⁴ En este sentido, ZUNZUNEGUI PASTOR, F., *Derecho del mercado financiero*, op. cit., pág. 369. Se trataría, por tanto, de una clara manifestación de lo que la doctrina alemana ha denominado obligación de advertencia o de aviso (*Warnpflicht*) de peligros o riesgos para los intereses del cliente (véase HORN, N., "Die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken", op. cit., pág. 140).

²¹⁵ Sin olvidar que las normas "sectoriales" imponen obligaciones de información precontractual, contractual y en el momento de la liquidación a las entidades de crédito en relación con el contrato de cuenta corriente bancaria. Véanse al respecto el art. 8º de la O.M. de 12 de diciembre de 1989 y la Norma Sexta de la Circular del Banco de España, 8/1990, así como el nuevo primer párrafo de la nota incluida en el tercer guión del punto relativo a las cuentas corrientes del anexo VI, que ha sido modificado por la Circular 4/1998, de 27 de enero. En él se establece que "las entidades de crédito entregarán a sus clientes extractos de cuenta, con la periodicidad que convenga según el movimiento de las cuentas. La entrega de extractos mensuales o por plazos superiores será en todo caso gratuita".

Entiende SÁNCHEZ CALERO, F., "Contrato de cuenta corriente mercantil, el

algún supuesto la existencia de un derecho del cliente a recibir la información solicitada aun cuando se tratase de datos muy alejados en el tiempo, y que ya en su día le habían sido suministrados²¹⁶.

2. El deber de informar en los contratos de depósito, administración y gestión de valores negociables.

de cuenta corriente bancaria y rendición de cuentas", RDBB 1992, pág. 554, que por aplicación del art. 259 del C. de co. que impone a todo comisionista el "observar lo establecido en las Leyes y Reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado", "si el banco gestiona los intereses del cliente, ha de entenderse que el operar del banco ha de hacerse dentro de las normas que directamente tienden a la tutela de los clientes en su condición de "consumidores".

²¹⁶ SAT de Cáceres de 8 de febrero de 1985 (RGD 1986, pág. 2737). Se trata, como ha afirmado la doctrina, de un deber de información excepcional, por cuanto "no se trata de que los avances o extractos de cuenta no hubieran llegado a poder del titular, sino de que con posterioridad a su recepción y tácita aprobación por el cliente, su desaparición le impide "verificar las cuentas" relativas a los contratos celebrados con terceros" (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", op. cit., pág. 644). Como afirma dicho autor, la resolución de la Audiencia en este caso se debe a la consideración de contrato basado en la confianza que el de cuenta corriente, al igual que los demás contratos bancarios, recibe (pág. 645).

En el mismo sentido, e incluso antes de la promulgación de la Orden de 12 de diciembre de 1989 y de la Circular 8/90, que la desarrolla, el SRBE estimaba que si bien era posible la negativa de la entidad a proporcionar informaciones generales sobre la cuenta de los últimos años a sus titulares, "se ha estimado de mejor práctica bancaria acceder a la solicitud del cliente, en atención a los principios de claridad y transparencia así como de mutua confianza y buena fe que han de presidir las relaciones banco-cliente. La entidad podrá adeudar la correspondiente comisión por ese Servicio, siempre que se halle recogida en las tarifas y haya sido comunicada al Banco de España" (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1988*, pág. 37). En el mismo sentido, con ocasión de la reclamación nº 1468/1989, el Servicio estimó que "aunque no existiera imperativo en cuanto a la entrega de informaciones generales ante peticiones puntuales de los clientes, se considera contrario a las buenas prácticas bancarias la negativa injustificada y sin fundamento a proporcionar tal información, considerándose un obstáculo a la claridad y transparencia que debe presidir la actividad bancaria" (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1990*, pág. 34).

a) *Contenido de los contratos de depósito de títulos valores y de administración de títulos representados mediante anotaciones en cuenta.*

La contratación bancaria en el ámbito del mercado mobiliario se despliega fundamentalmente a través de tres contratos, cuales son el contrato de depósito de títulos-valores, el contrato de administración de títulos representados mediante anotaciones en cuenta, y el contrato de gestión de carteras de valores negociables. El primero de los contratos citados, de depósito de títulos-valores²¹⁷, queda relegado en la actualidad a los títulos valores no admitidos a negociación en los mercados secundarios oficiales de valores, esto es, a aquellos que no se encuentran representados mediante anotaciones en cuenta²¹⁸. Por ello, la doctrina ha manifestado la conveniencia de mantener la concepción tradicional del contrato como depósito, por cuanto en él la función

²¹⁷ El art. 71, 1º, letra k) alude a dicho contrato, diferenciándolo simultáneamente del de administración de títulos valores representados mediante anotaciones en cuenta.

²¹⁸ Como afirma el art. 5, 3º LMV, la representación por medio de títulos es reversible, de tal modo que podrán pasar al sistema de anotaciones en cuenta a medida que los titulares consientan la transformación.

En concreto, el R.D. Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el cual se aprobó el TR de la LSA, dispuso en su D. A. 1ª, 5, que "las acciones y las obligaciones que pretendan acceder o permanecer admitidas a cotización en un mercado secundario oficial, necesariamente habrán de representarse por medio de anotaciones en cuenta.

Tan pronto como los valores indicados en el párrafo anterior se representen por medio de anotaciones en cuenta, los títulos en que anteriormente se reflejaban quedarán amortizados de pleno derecho, debiendo darse publicidad a su anulación mediante anuncios en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil", en los correspondientes de las Bolsas de Valores y en tres diarios de máxima difusión en todo el territorio nacional.

El Gobierno, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, fijará los plazos y procedimiento que habrán de presidir la representación por medio de anotaciones en cuenta de las acciones cotizadas a las que se refiere el párrafo anterior".

Del proceso de transformación de los títulos valores admitidos a negociación en las Bolsas de Valores se ocuparon las Disposiciones Transitorias Primera a Cuarta del Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles.

económico-social "será primordialmente de custodia de los mismos, junto a una administración "conservadora" o "estática", prestaciones ambas que tienen un acomodo adecuado en el marco del contrato de depósito al que alude el art. 308 de nuestro C. com."²¹⁹.

De su caracterización como contrato de depósito, se derivan importantes consecuencias en el ámbito de las obligaciones de información, puesto que el depositario se encuentra, conforme al tenor del art. 308 C. de co., sujeto a la obligación de "practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y los derechos que les correspondan con arreglo a las disposiciones legales", lo cual no resulta en ningún modo contradictorio con su obligación de no servirse de los títulos depositados²²⁰.

²¹⁹ TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración y gestión...", op. cit., pág. 628. Para el autor citado, mantener esta concepción tradicional facilita además la diferenciación del contrato respecto de los de administración de títulos valores representados mediante anotaciones en cuenta y de gestión de carteras de valores, y define el contrato como "depósito cualificado por la actividad de gestión a cargo del depositario, siendo la administración una ampliación o intensificación de la obligación de custodia, armónica tanto con los deseos del cliente como, fundamentalmente, con la naturaleza esencialmente fructífera de los títulos-valores depositados".

En el ordenamiento jurídico italiano, al depósito de títulos en administración se refiere el art. 1838 de su Cc. Al respecto, véanse MOLLE, G., DESIDERIO, L., *Manuale di Diritto bancario...*, op. cit., pág. 188, quienes resaltan su naturaleza de contrato de gestión.

²²⁰ TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración...", op. cit., pág. 632, quien aduce como fundamento de dicha opinión que "cuando el banco realiza los actos de conservación del valor económico de los mencionados títulos no se está sirviendo de ellos sino que está realizando una prestación en favor del titular de los valores".

El SRBE, en relación a un supuesto en el que concurrían, además de demora en el cobro de los dividendos, falta de información al cliente de la posibilidad de suscribir una ampliación de capital (reclamación nº 1068/91, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1992*, Madrid, 1993, pág. 49), señaló que "siendo el de valores un depósito administrado que implica, no sólo la ejecución de operaciones materiales, sino también una especial diligencia por parte del banco, su actuación no se consideró conforme a las buenas prácticas bancarias al no prestar la debida diligencia a la hora

La entidad depositaria, en su calidad de tal, estará obligada a facilitar información, tanto al titular como, en su caso, a sus causahabientes, sobre las operaciones realizadas en ejecución del depósito²²¹. Así, cuando se trate de acciones, la entidad estará obligada a informar sobre el cobro de dividendos o sobre las eventuales ventas de derechos de suscripción preferente que hubieran podido realizarse²²².

En concreto, una importante aplicación de los deberes de información se plantea en los supuestos de depósito administrado de acciones de sociedades anónimas. La doctrina ha considerado, en efecto, inaplicable a las entidades de crédito en dichos casos el contenido del art. 72, 2º LMV, al contrastar dicha norma con el contenido del art. 107 LSA, relativo a la solicitud pública de representación²²³. Dicho precepto impone a las entidades depositarias

de procurarse la información necesaria para la buena administración de los títulos". A esta obligación de la entidad depositaria no obsta que la sociedad fuera de reducido capital, que no cotizara en Bolsa y el hecho de que sus acuerdos tuvieran una publicidad restringida.

²²¹ En concreto, la entidad estará obligada a comunicar a su cliente los resultados de sus instrucciones, fundamentalmente de sus órdenes de compra y venta (Reclamación nº 1137/91, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1992*, op. cit., pág. 50). En este sentido, en la doctrina francesa, GAVALDA, Ch., STOUFFLET, J., *Droit de la Banque*, op. cit., pág. 795, autores que junto al deber de información reconocen la existencia también en este contrato de un deber de consejo, que sin embargo no se identifica con la gestión de los títulos.

²²² Reclamación nº 334/95, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1995*, op. cit., pág. 83. En realidad, el servicio que debe encargarse de las reclamaciones realizadas en relación con el mercado de valores mobiliarios es el SRCNMV, si bien el SRBE atiende igualmente tales reclamaciones, pero exclusivamente en sus aspectos bancarios. Corresponde al SRCNMV comprobar la ulterior tramitación y vicisitudes que hayan podido sufrir las órdenes en los correspondientes mercados de valores.

²²³ TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración...", op. cit., págs. 632 y 633.

Conforme al tenor del art. 107, 3º LSA, "se entenderá que ha habido solicitud pública cuando una misma persona ostente la representación de más de tres accionistas". En este sentido, pueden consultarse GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, págs. 293 y 294; POLO, A., *Ante una nueva*

de los títulos o a las encargadas del registro de anotaciones en cuenta, cuando soliciten la representación para sí o para otro, y, en general, siempre que la solicitud se formule de forma pública, que el documento en que conste el poder contenga o lleve anejo "el orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votará el representante en caso de que no se impartan instrucciones precisas". El representante podrá, conforme al párrafo 2º del precepto, votar en sentido distinto "cuando concurren circunstancias ignoradas en el momento del envío de las instrucciones y se corra el riesgo de perjudicar los intereses del representado", pero imponiendo a cargo del representante una obligación de informar inmediatamente al representado, "por medio de escrito en que explique las razones del voto".

Se trata, efectivamente, de un control establecido por la propia LSA para evitar el ejercicio por la entidad de crédito, en su propio interés, del derecho de voto en Junta General correspondiente al accionista, abusando de la representación que le ha sido otorgada²²⁴.

reforma de la Sociedad Anónima, Madrid, 1974, pág. 16; VELASCO ALONSO, A., *La Ley de Sociedades Anónimas*, 5ª ed., Madrid, 1982. En la doctrina más moderna, véanse RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La representación del accionista en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1990, pág. 28; el mismo autor en "Sobre la denominada solicitud pública de representación de los accionistas en la Junta General de las sociedades anónimas", en AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pág. 819; RONCERO SÁNCHEZ, A., "Admisibilidad en Derecho español de los "poderes en blanco" para la representación del accionista en la Junta General de la Sociedad Anónima", *RdS* 1996, nº 6, págs. 69 y ss.

²²⁴ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., págs. 591 y 592. Sobre la situación de abuso protagonizada por las entidades de crédito, véanse, entre otros, los ya clásicos trabajos de GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1933, págs. 97 y ss.; y URÍA, R., "El derecho de voto del accionista", *RCDI* 1943, págs. 177 y ss.

De mayor relevancia en la contratación bancaria actual es el contrato de administración de títulos valores representados mediante anotaciones en cuenta, al que alude el art. 71, 1º, letra k) LMV. El contrato, por la propia naturaleza de las anotaciones en cuenta²²⁵, se aleja de la figura general del depósito para aproximarse al tipo contractual de gestión de intereses ajenos, y, en concreto, en el ámbito mercantil, de la comisión, si bien sin perder la finalidad de custodia propia del primero²²⁶. Ello ha llevado a algún autor a defender su calificación como contrato mixto de depósito y comisión mercantil²²⁷.

La obligación de administrar que pesa sobre la entidad de crédito tiene, en efecto, un alcance análogo al propio del art. 308 C. de co. para los depósitos de títulos. De este modo, deberá cobrar los intereses y dividendos de los valores anotados y abonarlos a su titular, así como realizar todos los actos necesarios para que los valores anotados conserven los derechos que les correspondan.

²²⁵ Al respecto, entre otros, véanse ZUNZUNEGUI PASTOR, F., "El valor anotado en cuenta y su régimen jurídico", RDBB 1994, págs. 825 y ss.; y RECALDE CASTELLS, A., "En torno a la pretendida nominatividad de las anotaciones en cuenta y a su régimen de publicidad", RDBB 1993, págs. 361 y ss.

²²⁶ Se trata, como afirma TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración...", op. cit., pág. 645, de que "el hecho de que la causa de custodia (entendida en sentido amplio) se refiera a valores anotados modifica la tradicional denominación de "depósito" por la de "administración" y determina el contenido obligacional de este contrato". Las obligaciones de la entidad de crédito administradora se corresponderán básicamente con las propias de la depositaria de valores representados mediante títulos, siendo igualmente de aplicación a las mismas lo dispuesto en el art. 107 LSA sobre la solicitud pública de representación, aun cuando no se mencione de forma expresa. En este sentido, TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración...", op. cit., págs. 647 y 648.

²²⁷ TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración...", op. cit., pág. 640. Sin embargo, habla simplemente de depósito, al igual que en sede de depósito administrado de valores representados mediante títulos, NIETO CAROL, U., "Préstamos y depósito sobre acciones", en GIL DEL MORAL, F., MOREU SERRANO, G., PASCUAL DE MIGUEL, A., (Dirs.), *Contratos sobre acciones. En homenaje a Federico Pérez Padilla y Yanci*, Madrid, 1994, pág. 684.

En el documento contractual se deberán concretar las actuaciones comprendidas en la obligación de administrar, sobre todo las relativas al pago de dividendos pasivos, de ejercicio del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital social²²⁸ y de emisiones de obligaciones convertibles²²⁹.

b) *Actividades de asesoramiento en el contrato de gestión de carteras de valores.*

El tercero de los contratos es el de gestión de carteras de valores, mencionado en la letra j) del art. 71, 1º LMV, y que normalmente

²²⁸ En estos supuestos, la entidad de crédito deberá estudiar atentamente el contenido del folleto informativo de la emisión (arts. 26, d), 28 y 92 LMV). Sobre la responsabilidad derivada de las inexactitudes u omisiones detectadas en dicho folleto, entre otros, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La responsabilidad derivada del folleto informativo en la jurisprudencia alemana" (Noticias), RDBB 1993, págs. 217 y ss.; ALONSO UREBA, A., "Inexactitudes u omisiones en el contenido del folleto informativo con motivo de una emisión/oferta de valores (en torno a los arts. 20 y 21 RD 291/1992)", en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. III, *Contratos mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la navegación*, Madrid, 1996, págs. 3077 y ss. Se trata de una cuestión que ha preocupado extensamente a la doctrina alemana, por lo que podemos citar, entre otros trabajos, los de ASSMANN, H.-D., *Prospekthaftung*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, en particular, sobre la responsabilidad de las entidades de crédito, págs. 357 y ss.; el mismo autor en "Entwicklungstendenzen der Prospekthaftung", WM 1983, págs. 138 y ss.; HOPT, J., "Emission, Prospekthaftung und Anleihetruhand im internationalen Recht", en PFISTER, B., WILL, M. R., (Hrsg.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1991, págs. 413 y ss.; ROLLER, H., *Die Prospekthaftung im Englischen und im Deutschen Recht*, Berlin, 1991, págs. 62 y ss. y 177 y ss.; GRUSON, M., "Prospekterfordernisse und Prospekthaftung bei unterschiedlichen Anlageformen nach amerikanischem und deutschem Recht", WM 1995, págs. 89 y ss.; GRUNDMANN, S., SELBHERR, B., "Börsenprospekthaftung in der Reform. Rechtsvergleichung, Europarecht, Interessenbewertung mit ökonomischer Analyse", WM 1996, págs. 985 y ss.

²²⁹ Véase al respecto, RONCERO SÁNCHEZ, A., "Admisibilidad en Derecho español de los poderes en blanco...", op. cit., págs. 69 y ss.

aparece en el tráfico negocial acompañado de prestaciones de asesoramiento financiero.

En Derecho comparado se muestran como contratos caracterizados por una gestión de intereses ajenos amplia y dinámica, lo que los califica como contratos bancarios neutros, referidos a un patrimonio mobiliario integrado tanto por valores como por otros bienes muebles²³⁰.

La doctrina española lo ha definido como "contrato mercantil de gestión de negocios ajenos, que se desarrolla en el ámbito del Mercado de Valores y en virtud del cual una entidad de crédito legalmente habilitada presta un servicio de gestión personalizada, profesional y extraordinaria de un conjunto de valores negociables por cuenta y encargo de su propietario, el cual se obliga a remunerar aquella gestión, estableciéndose entre ambos sujetos una relación duradera y basada en la recíproca confianza"²³¹.

²³⁰ El Derecho alemán reconoce en el contrato de gestión de patrimonios (*Vermögensverwaltungsvertrag*), la asunción por la entidad de crédito de la gestión del patrimonio del cliente, que se integra tanto por valores como por otros bienes. (Sobre su concepto y la delimitación respecto del mero asesoramiento, véase ROLL, H.-A., *Vermögensverwaltung durch Kreditinstitute*, Berlín, 1983, págs. 33 y ss.). Se suele calificar, por tanto, como contrato de gestión de negocios que tiene por objeto una prestación de servicios (en la jurisprudencia alemana, BGH WM 1962, 675; BGH ZIP 1994, 693= WM 1994, 834; BGHZ 46, 268; BGHZ 45, 223). En este sentido, véase SCHÄFER, F. A., *Haftung für fehlerhafte Anlageberatung und Vermögensverwaltung*, Köln, 1994, págs. 107 y ss.

El ordenamiento italiano conoce también el contrato de *gestione bancaria di patrimoni mobiliari*, considerándolo como operación accesorio articulada a través de un contrato bancario. En este sentido se pronuncia CAPRIGLIONE, F., "Le gestione bancarie di patrimoni mobiliari", en Banca d'Italia. Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale, 1986, n° 9, págs. 30 y ss., también publicado en BBTC 1987-I.

²³¹ TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración...", op. cit., pág. 655.

Dentro del más amplio tipo de contratos de gestión de carteras puede a su vez realizarse una distinción entre el contrato de administración asesorada, en el que la entidad de crédito se limita a proponer al inversor una serie de operaciones, siendo este último el que adoptará la decisión sobre su inversión²³²; y el de gestión discrecional de carteras de valores, en el que la entidad de crédito administradora goza de amplias facultades de actuación, pudiendo realizar todas las operaciones que considere convenientes, sin previo aviso ni consulta al titular²³³.

El primero de dichos contratos, esto es, el contrato de asesoramiento en el mercado de valores, se caracteriza por la existencia de una "relación directa entre inversor y asesor, solicitando aquél a éste determinados servicios profesionales, pero conservando aquél la capacidad última de decisión e implicando la obligación de pago de un precio por parte del inversor-cliente"²³⁴.

²³² Los tribunales alemanes han estimado en alguna ocasión que la entidad de crédito no incurre en estos casos en responsabilidad por los daños que la operación pueda causar con posterioridad al cliente, siempre que le advirtiera de los posibles riesgos, ya que la decisión final es suya (LG München I, WM 1996, 1907).

²³³ La distinción tiene, en opinión de TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración...", op. cit., pág. 657, una gran importancia, por cuanto en caso de considerar la administración asesorada como contrato de simple asesoramiento, estaríamos ante una actividad "liberada" conforme al tenor del art. 77 LMV.

²³⁴ CACHÓN BLANCO, J. E., "La relación jurídica de asesoramiento del mercado de valores. Especial referencia al contrato de asesoramiento del mercado de valores", CDC 1994, nº 3, pág. 106. Para el citado autor estamos ante un contrato carente de regulación expresa que se calificaría de contrato de prestación de servicios, y en el cual la mera existencia de un contrato o relación jurídica de asesoramiento no elimina los riesgos propios del mercado de valores, esto es, "el riesgo de la decisión incorrecta no se traslada al asesor por el mero hecho de haber intervenido, con independencia de que hubiere podido existir negligencia o falsedad en la información o asesoramiento facilitado" (pág. 107). Además, dicho asesoramiento implica un elemento adicional a la simple difusión de información, consistente en la valoración personal que el asesor efectúa de las necesidades del inversor y la formulación de las recomendaciones de inversión ajustadas a sus necesidades (pág. 108).

Por lo tanto, parece que en el seno de estos contratos será donde adquieran mayor importancia las obligaciones de información y asesoramiento a los clientes por parte de las entidades de crédito²³⁵. La gestión de carteras de valores, podría calificarse de contrato de comisión mercantil, siendo, por tanto de aplicación los arts. 244 y ss. del C. de co. (y, en concreto, en lo que nos interesa, los arts. 255, 260 y 263 de dicho cuerpo legal). Sin embargo, en la actualidad la creciente ampliación de los servicios incluidos en este tipo de contratos, con la consecuente complejidad y especificidad de los mismos, plantea dudas sobre la adecuación de este tipo contractual²³⁶.

El contrato se caracteriza por una mayor libertad del gestor para desarrollar la administración de la cartera. Se trata, por tanto, de una administración dinámica, tecnificada e individualizada, superando los límites de la administración tradicional y estática que caracterizaba a las otras dos figuras contractuales a las cuales nos hemos referido. El gestor asume, en los contratos de gestión de cartera de valores, una obligación básica, que además es de medios, no de resultado²³⁷. De ello se deriva que la medida de responsabilidad de la entidad de crédito

Sobre la responsabilidad de la entidad de crédito por asesoramiento en materia de inversiones, RECALDE CASTELLS, A., "Responsabilidad del banco por los daños causados con motivo del asesoramiento a un cliente en materia de inversiones" (Noticias), RDBB 1993, págs. 892 y ss.

²³⁵ Para TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración...", op. cit., pág. 664, al ser los valores bienes de segundo grado cuyo valor económico se puede establecer sobre la base de relaciones informativas con su emisor, con el mercado, etc, "la gestión de valores implica, fundamentalmente, una "gestión de información".

²³⁶ TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración...", op. cit., pág. 659.

²³⁷ Al respecto, en la doctrina alemana, véase SCHÄFER, F. A., *Haftung für fehlerhafte Anlageberatung und Vermögensverwaltung*, op. cit., págs. 107 y 108. La jurisprudencia alemana se ha referido igualmente a dicha naturaleza de las obligaciones asumidas por la entidad asesora (BGH ZIP 1994, 693= WM 1994, 834).

vendrá determinada por su actuación diligente, la cual habrá de enjuiciarse conforme a los criterios de profesionalidad²³⁸, onerosidad y funcionalidad²³⁹.

Sobre el asesor recae una obligación de información y advertencia previa al cliente, que le obliga a proporcionarle una información general sobre la conveniencia de efectuar operaciones en el mercado de valores y una información más concreta sobre el interés que tiene para el cliente realizar determinado tipo de operaciones solicitadas a la entidad asesora. Igualmente, sobre el asesor pesa una obligación de informar con posterioridad al cliente, manifestación del cumplimiento de los contratos conforme al principio de buena fe, y que debe contener una referencia al nivel de prestación del encargo efectuado, así como información sobre cualquier circunstancia que sea susceptible de afectar al asesoramiento en curso²⁴⁰.

En la práctica, el comportamiento diligente de las entidades de crédito vendrá determinado por las normas y códigos de conducta vigentes en el ámbito de la contratación en el mercado de valores, aplicables a las tres figuras contractuales comentadas. La medida de la diligencia que dichas normas aportan resulta esencial en el contrato de gestión de carteras de valores, para encontrar el equilibrio necesario entre la obligación de acatar las instrucciones del inversor y la libertad

²³⁸ Criterio que en opinión de CAPRIGLIONE, F., "Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari", op. cit., pág. 22, es elemento integrante de la misma causa del contrato.

²³⁹ TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración...", op. cit., pág. 670.

²⁴⁰ CACHÓN BLANCO, J. E., "La relación jurídica de asesoramiento...", op. cit., págs. 122 y 123, y págs. 128 y 129.

de actuación que caracteriza al gestor, condición para el desarrollo de las actividades que implican la celebración de dicho contrato.

No obstante, la mayor libertad de actuación de que goza la entidad de crédito gestora se corresponde con la responsabilidad de la misma por su gestión, que deberá ir siempre encaminada a la obtención de una superior eficacia en favor de los intereses de su cliente²⁴¹.

La entidad gestora está obligada a mantener informado al inversor²⁴², comunicándole todos los datos relevantes de la gestión y, en particular, la conclusión de operaciones sobre los valores²⁴³. En la práctica, la gran mayoría de los contratos contemplan expresamente dicha obligación, imponiendo a la entidad gestora la carga de informar inmediatamente de las operaciones realizadas, y de forma periódica

²⁴¹ En este sentido, la jurisprudencia alemana se ha ocupado de resaltar de forma expresa la especial relación de confianza que asume la entidad de crédito en su actividad de asesoramiento mobiliario, cuando aparece como referencia en un folleto de emisión. En estos supuestos, la entidad asume la responsabilidad, frente al inversor, de supervisar, en la medida de sus posibilidades (con arreglo a la diligencia que como entidad de crédito le es exigible) la solvencia de los promotores y de informar sobre las posibles dudas que planteen. Tales referencias transmiten al inversor una sensación de seriedad, que hacen superflua cualquier otra investigación por su parte. Pueden citarse al respecto, entre otros, los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales del BGH alemán: BGH ZIP 1993, 1467= WM 1993, 1787; BGHZ 79, 337= ZIP 1981, 518= WM 1981, 483; BGHZ 77, 175; BGHZ 74, 103; BGHZ 72, 382= WM 1979, 141; BGHZ 71, 284= WM 1978, 705; BGH NJW 1973, 1604, 1605.

²⁴² Igualmente, pesa sobre el titular de la cartera, una obligación de mantener informado al gestor, dándole noticia de todas aquellas circunstancias que puedan tener relevancia para el contrato. Señala al respecto TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración...", op. cit., pág. 677, que adquiere especial importancia en esta sede "el deber del titular de informar al banco gestor de las operaciones que eventualmente realice sobre su cartera en uso del poder de disposición que puede mantener".

²⁴³ Dicha operación encuentra, en opinión de TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración...", op. cit., pág. 672, fundamentos objetivos, en el principio de ajenidad de la actividad gestora, y subjetivos, en la relación de confianza que vincula a las partes.

sobre la composición, valoración y modificaciones experimentadas por la cartera.

Si bien en nuestro país no existe una doctrina jurisprudencial sobre el asesoramiento en el mercado mobiliario, la jurisprudencia alemana se ocupó en profundidad del tema a partir de la quiebra de la sociedad *Bond-Finance Ltd., Canberra/Australia*. La sentencia del BGH de 6 de julio de 1993 (*Bondentscheidung*)²⁴⁴ -sobre la responsabilidad de las entidades de crédito que recomendaron a sus clientes la compra de obligaciones del grupo de empresas australiano Bond-, constituye un hito en la doctrina jurisprudencial alemana sobre la responsabilidad por un mal asesoramiento en las operaciones sobre títulos valores. En efecto, dicha sentencia sirvió para unificar los criterios de los tribunales inferiores que fundaron las resoluciones dictadas sobre el mismo asunto.

Sin detenerse demasiado en consideraciones estrictamente dogmáticas, el BGH llegó a la conclusión de que en estos supuestos la entidad de crédito había estipulado con sus clientes un contrato tácito de asesoramiento²⁴⁵, de tal modo que la entidad aceptó asesorarles,

²⁴⁴ Publicada en WM 1993, 1455= WuB I G 4.- 9.93, con nota de SCHWARK= NJW 1993, 2433= EWiR 1993, pág. 857. Sobre dicho pronunciamiento véanse, entre otros, GAßNER, O., ESCHER, M., "Bankpflichten bei der Vermögensverwaltung...", op. cit., pág. 93; LANG, V., *Aufklärungspflichten bei der Anlageberatung*, op. cit., págs. 29 y ss.; extensos comentarios sobre la sentencia realizan VORTMANN, J., "Anlegergerechte Beratung...", op. cit., págs. 579 y ss.; y ARENDTS, M., "Beratungs- und Aufklärungspflichten über das einem Wertpapier erteilte Rating. -Zugleich eine Besprechung der Gerichtsentscheidungen zu den Bond-Anleihen", WM 1993, págs. 229 y ss. En nuestra doctrina se refiere concretamente a dicha sentencia y a las importantes conclusiones a las que en ella llega el BGH RECALDE CASTELLS, A., "Responsabilidad del banco por los daños causados...", op. cit., págs. 892 y ss.

²⁴⁵ La existencia de dicho contrato tácito no era pacíficamente aceptada por la doctrina. En este sentido, véase CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, op. cit., Rdn. 88 y 100, quien señala que el contrato es una "ficción" y que la información en que se refleja el asesoramiento no constituye una auténtica declaración de voluntad vinculante, sino

sabiendo que ello les condicionaría en orden a una determinada actuación.

Se condenó²⁴⁶ a las entidades de crédito asesoras por haber infringido sus obligaciones. En concreto, dichas entidades omitieron, al indicar que con los bonos no se corría el riesgo de una caída de la cotización, toda referencia al riesgo de insolvencia del emisor, lo cual inducía a confusión al inversor. En segundo lugar, normalmente las entidades asesoras recomendaron la adquisición de dichos productos financieros a inversores que únicamente confiaban sus ahorros a formas seguras de inversión. En tercer lugar, se les condenó igualmente por haber omitido a los clientes información sobre los valores y el emisor muy relevante para la inversión y que además era pública, por haber aparecido en periódicos de economía.

A la vista de la experiencia alemana y de nuestra propia realidad, podemos concluir que sobre las entidades de crédito recae, por tanto, un especial deber de información con suficiente claridad al cliente. En Alemania se ha llegado incluso a presumir la existencia de un nexo causal entre la falta de información o, en su caso, una información inexacta y el daño causado al cliente, debiendo ser la

de mero conocimiento. HOPT, K. J., *Aktuelle Rechtsfragen der Haftung für Anlage und Vermögensberatung*, Köln, 1980, págs. 10 y ss., destaca que la jurisprudencia, al admitir un específico fundamento contractual de la responsabilidad de la entidad de crédito, rechaza otras posibilidades, que podrían deducirse, como apunta RECALDE CASTELLS, A., "Responsabilidad del banco por los daños causados...", op. cit., pág. 893, de derivar dicha obligación del contrato general o marco bancario, en una responsabilidad por la apariencia, como apunta CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, op. cit., Rdn. 89, en la responsabilidad extracontractual o en una responsabilidad de carácter legal.

²⁴⁶ La cuantía de la indemnización fue determinada considerando los intereses que el cliente habría obtenido de haber adquirido otros "bonos" en caso de un asesoramiento correcto en una situación similar.

entidad de crédito, por tanto, la que deba probar que los daños se hubiesen producido igualmente aun cuando ella hubiera actuado de forma correcta²⁴⁷.

La obligación de informar se ve complementada, finalmente, con la rendición de cuentas de la gestión realizada, que cumple, como señaló la STS de 27 de diciembre de 1973²⁴⁸, una doble función, de información y de imputación de responsabilidad.

Dicha rendición de cuentas está compuesta, a su vez, por diversas fases, como son la realización del inventario o valoración inicial de la cartera, la realización periódica de balances de comprobación de saldos y operaciones, y la liquidación final.

III. EL FUNDAMENTO DEL DEBER DE INFORMAR DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO.

A) DEBER DE INFORMACIÓN Y DEBER DE CONSEJO.

La doctrina se ha planteado si el deber de informar pudiera abarcar también deberes de consejo, sobre todo porque muchas veces resulta difícil delimitar su contenido²⁴⁹. Como criterio diferenciador se ha señalado que mientras las informaciones son proporcionadas de forma más o menos objetiva, sin tener en cuenta su comprensión por

²⁴⁷ ARENDTS, M., "Beratungs- und Aufklärungspflichten über das einem Wertpapier...", op. cit., pág. 895.

²⁴⁸ RJ 1973, 4981.

²⁴⁹ Al respecto, véase GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales...*, op. cit., pág. 119; MONTEIRO, J. F. Sinde, *Responsabilidade por conselhos...*, op. cit., pág. 364.

el destinatario, el consejo supone un tratamiento de la información *stricto sensu* con el fin de transmitirla al cliente tras un proceso de análisis y adecuación a su nivel de experiencia y conocimiento. Desde esta perspectiva, el deber de informar constituye únicamente una parte de la obligación que incumbe a la entidad de crédito, puesto que la información debe ser adecuada a las circunstancias de su destinatario y ello implicará una actividad adicional por su parte, que podemos calificar como deber de consejo²⁵⁰.

B) EL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE COMO FUNDAMENTO DEL DEBER DE INFORMAR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.

Si bien ciertas normas imponen a las entidades de crédito obligaciones de información en las relaciones jurídico-privadas, principalmente cuando el ordenamiento estima que el cliente está necesitado de un nivel de protección más elevado²⁵¹, no contamos en nuestro ordenamiento con un precepto que imponga, de forma general, un deber de informar en el ámbito contractual privado²⁵².

²⁵⁰ En este sentido, CLÉMENT, J.-F., "Le banquier, vecteur d'informations", op. cit., pág. 215.

²⁵¹ Podemos pensar en las normas contenidas en la LCC, o en la LGDCU, relativas al derecho de información de los clientes o, en su caso, consumidores.

²⁵² A diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en Portugal, donde el art. 573 Cc. declara existente una obligación, general y legal, de información, siempre que el titular de un derecho tenga una duda fundada acerca de la existencia o contenido de dicho derecho y otro esté en condiciones de prestar las informaciones necesarias. Sobre dicha obligación, véase HERZFELDER, F., "L'obligation de renseigner et de rendre des comptes. Étude comparative", RIDC 24 (1972), págs. 563 y ss. El ordenamiento jurídico alemán, al igual que el español, no contiene una norma expresa que contenga un deber de información en tal sentido, sino que dicho deber se ha de entender derivado del principio de buena fe regulado en el § 242 BGB. En este sentido se pronuncian SCHMELZ, K.-J., *Der Verbraucherkredit*, München, 1989, págs. 241 y 242; VORTMANN, J., "Aufklärungs- und Beratungspflichten bei grenzüberschreitenden

Entendemos que dicho deber, a falta de norma expresa, podrá derivarse de las normas generales contenidas en los Códigos Civil y de Comercio que consagran el principio de buena fe como norma objetiva que debe presidir la ejecución de los contratos²⁵³. En concreto, dicho principio adquiere gran relevancia en el sector bancario, pues no hemos de olvidar que el ámbito de la contratación bancaria se caracteriza, al igual que los otros dos sectores integrantes del mercado financiero (mobiliario y asegurador), por la existencia de relaciones de confianza que posibilitan dicha contratación²⁵⁴.

Bankdienstleistungen", WM 1993, pág. 581, autor que entiende dicho deber como "la obligación de las partes contratantes de informar a la contraparte de circunstancias que sean relevantes para la decisión que va a adoptarse, que supondrá su vinculación y la aparición de consecuencias jurídicas para ambos". El § 242 sirve además, en opinión de WOSNITZA, R., *Das Recht auf Auskunft...*, op. cit., págs. 61 y 62, para permitir que el § 666 BGB sobre obligaciones de información y rendición de cuentas del mandatario, sea aplicable a otro tipo de contratos (así, la Sentencia publicada en RGZ, 98, 306), entre ellos los bancarios, que reúnan el carácter de un contrato de gestión de negocios, a través a su vez, de la disposición contenida en el § 675 BGB. Consideran también aplicables dichas normas a la actividad desarrollada por las entidades de crédito en el mercado mobiliario, VORTMANN, J., *Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken*, Köln, 1995, pág. 128; SCHÄFER, F. A., *Haftung für fehlerhafte Anlageberatung...*, op. cit., pág. 111. En la jurisprudencia alemana, puede citarse la sentencia BGH ZIP 1994, 693= WM 1994, 834= WuB I G 5.- 5.94 con nota de SCHÄFER.=EWiR 1994, pág. 563. En Italia, entiende igualmente la doctrina que las obligaciones de advertencia e información se derivan de la cláusula general de buena fe contenida en el art. 1337 Cc. italiano, al señalar que las partes, "en los tratos preliminares y en la formación del contrato, deben comportarse de buena fe" (en este sentido, REALMONTE, F., "Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare", BBTC 1994-I, págs. 624 y 625), así como en el art. 1375 del mismo cuerpo legal, el cual consagra el principio de buena fe en la ejecución de los contratos. Sobre dicha obligación de informar en el ámbito contractual en la doctrina francesa, puede verse el ya clásico trabajo de DE JUGLART, M., "L'obligation de renseignements dans les contrats", RTDC 1945, págs. 1 y ss.

²⁵³ En este sentido, GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales...*, op. cit., págs. 16 y ss.; LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información...*, op. cit., págs. 38 y ss.; CLÉMENT, J.-F., "Le banquier, vecteur d'informations", op. cit., pág. 207.

²⁵⁴ A la confianza como fuente de obligaciones de información alude HORN, N., "Die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken", op. cit., pág. 143, cuyas manifestaciones inmediatas son el deber de secreto de las entidades de crédito sobre los datos relativos a los depósitos de sus clientes, así como las obligaciones de información sobre las operaciones a desarrollar, y, en su caso, la obligación de advertir al cliente sobre la existencia de un peligro para sus intereses. Resaltan en nuestra doctrina el

En los capítulos precedentes nos hemos referido al principio de buena fe como medio, según algunos autores, para dar eficacia jurídico-privada a las normas sectoriales, ya que éstas imponen para el caso de contravención únicamente sanciones administrativas²⁵⁵. En efecto, las que el SRBE denomina "buenas prácticas bancarias" no son, en muchas ocasiones, más que manifestaciones del principio de buena fe en el cumplimiento de los contratos bancarios.

El principio de buena fe aparecía, por otra parte, en el ámbito de la contratación, como elemento clave en el control de las condiciones generales de la contratación. Además de servir para determinar el cumplimiento de las exigencias formales de inclusión de las mismas, se muestra como uno de los requisitos -junto con el justo equilibrio de las contraprestaciones- que deben reunir dichas condiciones para no ser calificadas como abusivas (control de contenido)²⁵⁶.

componente de confianza ínsito en todo contrato bancario, GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, op. cit., págs. 44 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", op. cit., pág. 645. También el SRBE se refiere reiteradamente al elemento de confianza intrínseco a las relaciones de las entidades de crédito con la clientela, elemento que inspira la actuación de las partes en sus relaciones negociales. En este sentido, ya en la Memoria de dicho Servicio correspondiente al año 1988, se afirma que los principios de mutua confianza y buena fe han de informar, necesariamente, las relaciones banco-cliente (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1988*, Madrid, 1989, pág. 37). Dicha confianza mutua trae como consecuencia que las entidades de crédito, en el ejercicio de sus actividades, deban actuar de forma competente, cuidadosa y diligente (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1991*, Madrid, 1992, pág. 62). Simultáneamente, es lógico esperar una conducta en el mismo sentido por parte del cliente, por lo que no puede admitirse que obtengan "beneficio injustificado aprovechándose de la confianza en ellos puesta por las entidades de depósito" (*Memoria del SRBE correspondiente al año 1991*, op. cit., pág. 82).

²⁵⁵GALÁN CORONA, E., "Las órdenes ministeriales y circulares del Banco de España...", op. cit., págs. 892 a 896. En el mismo sentido, MARCO COS, J. M., "La protección del cliente...", op. cit., pág. 123; CUÑAT EDO, V., "Las fuentes reguladoras...", op. cit., pág. 609; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "La protección de la clientela...", op. cit., pág. 419.

²⁵⁶ Dicha aplicación del principio de buena fe se aprecia claramente en el

La diversidad de aplicaciones del principio de buena fe deriva de la labor doctrinal, que ha destacado dicho principio en un triple aspecto²⁵⁷: como lealtad y corrección que el intérprete debe suponer en el contratante; como desenvolvimiento leal que objetivamente debe darse mediante la interpretación a las relaciones contractuales; y como protección a la confianza del destinatario en el sentido objetivo de la declaración e imposición de la correspondiente responsabilidad al declarante²⁵⁸.

ordenamiento jurídico alemán. El § 9 de la *AGB-Gesetz* ha plasmado en su contenido dicho principio, al establecer: "(1). Las determinaciones que se realicen en las condiciones generales de los contratos serán ineficaces cuando, de forma contraria a la buena fe, perjudiquen desproporcionadamente a la contraparte del predisponente.

(2) En caso de duda, se estimará que se ha producido un perjuicio desproporcionado cuando una determinación

1. contravenga los principios generales esenciales de las normas legales de las cuales derive, o

2. limite de tal modo derechos u obligaciones surgidos de la naturaleza del contrato que ello impida la consecución de la finalidad del mismo". De este modo, y como opina la doctrina, se ha plasmado en una ley dicho principio, lo cual puede igualmente facilitar su aplicación a los órganos jurisdiccionales (en este sentido, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., "Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana...", op. cit., pág. 869; HORN, N., "Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde", en WIEGAND, W., (Hrsg.), *Aktuelle Probleme im Bankrecht*, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern, 1994, pág. 97). Del mismo modo, en nuestro ordenamiento, el art. 10, 1º c) LGDCU establece que son requisitos que deben cumplir las condiciones generales de los contratos los de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, estableciéndose en la D.A. 1ª una enumeración, meramente ejemplificativa, de cláusulas abusivas.

²⁵⁷ Sobre las funciones de la buena fe, véase MIQUEL GONZÁLEZ, J. Mª., "Comentario al art. 7, 1º", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo I, Madrid, 1991, págs. 47 y ss. Entre ellas subraya VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, pág. 91, la función integradora de la autonomía privada que ha desarrollado a través de la labor jurisprudencial. El concepto de buena fe en su sentido objetivo ha servido para fundar los denominados deberes de protección e información a cargo de las partes.

²⁵⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., "La regulación contractual", en LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 2º, *Teoría general del contrato*, 2ª ed., Barcelona, 1987, pág. 302. Es en este último elemento donde la doctrina encuentra una aplicación del principio de buena fe de gran importancia para nuestro estudio, como veremos al referirnos a la naturaleza

Sin embargo, el aspecto del principio de buena fe que en esta sede nos interesa destacar es su función de norma objetiva, como "conjunto de normas, que carecen de una formulación explícita, pero que hacen referencia a unos deberes de conducta diligente, no abusiva y razonable de las partes contratantes, en relación con la determinación y ejecución de sus respectivas prestaciones"²⁵⁹.

Dicho principio encuentra una de sus principales manifestaciones en el reconocimiento, en determinados casos, de un deber de informar a cargo de los contratantes²⁶⁰. Y decimos a cargo de

contractual de la prestación de informes comerciales bancarios. Sobre la protección de la confianza de los destinatarios de las declaraciones de voluntad y en concreto, en el desarrollo de la teoría de la vigencia o de la validez de la declaración (conforme a la cual ésta aparece, no como una declaración de voluntad, sino como una declaración de que algo debe tener vigencia entre las partes), véase DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, 1996, págs. 155 y 156.

²⁵⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., "El contrato", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a. R., (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994, págs. 313 y 314. Como afirma DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Comentario al art. 1258", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 437, "en su aplicación al régimen de una relación contractual la buena fe constituye un criterio de determinación del alcance de las prestaciones contractuales y de la forma y modalidades del cumplimiento, y una fuente de creación de deberes accesorios del deber principal de prestación".

La STS de 26 de octubre de 1995 [RJ 1995, 8349], declaró que "la buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento objetivamente justo, leal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar... queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; así, quien contrata o emite un consentimiento cual promitente u oferente queda obligado, por un principio de normalidad instaurado en el art. 1258 del Código Civil, a todas las consecuencias que, según la manifestación de voluntad y su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley". En el mismo sentido, SSTs de 17 de febrero y 21 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 1408 y 9195], entre otras.

²⁶⁰ En este sentido, MONTEIRO, J. F. Sinde, SÁ, J. Almeno de, "Concessão de crédito e deveres de informação do banco", ROA 1996, págs. 748 y ss. En el supuesto de hecho de la sentencia comentada por dichos autores, se produjo una variación en la ejecución del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, al solicitar la entidad

los contratantes, porque si bien el presente trabajo está especialmente dedicado a las informaciones prestadas por las entidades de crédito, los clientes están igualmente sujetos a importantes obligaciones de información²⁶¹. El deber de informar puede ser considerado igualmente como un elemento de protección de la libertad de contratar del cliente²⁶².

autorización para traspasar fondos entre las cuentas del cliente, para así evitar el uso del crédito y el pago de intereses, conducta que iba siendo observada por el cliente desde el inicio de la operación. De este modo, la entidad podría proceder directamente a efectuar las transferencias de fondos necesarias en beneficio del cliente. Sin embargo, la situación que se origina a raíz de dicha solicitud de autorización es cabalmente la contraria, puesto que la entidad de crédito no procede a la transferencia entre cuentas, lo que obliga al cliente a disponer del crédito concedido y al pago de intereses, que notablemente eran superiores a la comisión por inmovilización que venía abonando. El Tribunal de la Comarca de Porto estimó en el supuesto que la entidad de crédito venía obligada, por el carácter del contrato celebrado, a informar al cliente del cambio en su actuación o, al menos, de la existencia de cargos en la cuenta que garantizaba el crédito. Aun cuando dicha obligación de la entidad de crédito no hubiese derivado directamente del tipo de contrato estipulado -lo que lleva a la estimación de la demanda del cliente, por incumplimiento contractual de la entidad de crédito-, en opinión de dichos autores resultaría igualmente exigible por aplicación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos, consagrado en el art. 762, 2 Cc. portugués.

²⁶¹ A las obligaciones recíprocas de información entre la entidad de crédito y sus clientes se refiere SCHÜTZ, W., "Die Sorgfaltspflicht des Bankkunden", JR 1960, pág. 444, como derivadas del principio de buena fe.

Cabe pensar, por ejemplo, en la información que las entidades de crédito solicitan a sus clientes con anterioridad a la concesión de préstamos o créditos, o en relación con cualquier otro tipo de contrato, la información económica esencial del cliente que la entidad de crédito precise conocer. Será también fundamental en este ámbito el papel de los informes comerciales solicitados a otras entidades de crédito y el recurso a las informaciones de registros autorizados de morosos o de efectos impagados, así como las denominadas informaciones interbancarias, sobre todo la información solicitada a la CIR.

²⁶² En el ámbito de la contratación de valores resulta de gran relevancia la información prestada tanto por los clientes, como por las entidades emisoras o intermediarias. La información prestada por el cliente sirve para que la entidad de crédito pueda apreciar su nivel de conocimientos sobre el funcionamiento del sector, y de este modo, delimite la extensión de sus obligaciones de asesoramiento e información. Véanse al respecto CACHÓN BLANCO, J. E., "La relación jurídica de asesoramiento...", op. cit., págs. 122 y ss., así como el capítulo II, apartado II, B) de esta primera parte, y, en la doctrina alemana, SCHIMANSKY, H., "Bankvertragsrecht und Privatautonomie", WM 1995, pág. 464.

Cabría, por tanto, plantear la cuestión de la posible existencia de un deber general de informar²⁶³ a cargo de las entidades de crédito. Los servicios cualificados que ofertan y el carácter normalmente poco profesional en materias económicas y financieras de la gran mayoría de los clientes podrían apoyar dicha postura. No obstante, el deber de informar no debería concebirse de un modo excesivamente amplio, sino estableciendo sus necesarios límites, tarea que, como ha señalado la doctrina, implicaría "aclarar dos elementos básicos: de una parte, la necesidad de que el Banco precise las particularidades técnicas de la operación sobre la que se pide el informe y no se contente con aludir a extremos derivados directamente del propio contrato que se pretende concluir; de otra, la exigencia de adaptar el contenido de la información a la propia experiencia del cliente, así como a su competencia técnica"²⁶⁴.

Entendemos que dicho deber de informar se insertaría en el seno de los denominados por la doctrina deberes de protección (*Schutzpflichten*), que, a diferencia de los deberes de prestación (*Leistungspflichten*), que tienden a la realización del interés primario del acreedor, se dirigen a preservar a las partes del daño que les pueda derivar del cumplimiento de la obligación²⁶⁵. La responsabilidad por la

²⁶³ Deber que es reconocido por CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, op. cit., pág. 44.

²⁶⁴ EMBID IRUJO, J. M., "La cuenta corriente bancaria", RDBB 1997, pág. 136. También JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 142 y ss., manifiesta la necesidad de la limitación de los deberes de protección susceptibles de originar responsabilidad contractual, debido a que encuentran su fundamento en una cláusula general como es la buena fe. De un lado, la violación productora del daño tiene que haber sido causada por una actividad esencialmente ligada a la ejecución de la relación obligatoria de que se trate; de otro, debe tratarse de intereses distintos al de la realización de la prestación.

²⁶⁵ Sobre los deberes de protección en la doctrina alemana, véanse los ya clásicos trabajos de STOLL, H., "Abschied von der Lehre von der positiven

infracción de dichos deberes será contractual, pues se trata de la violación de una obligación, de cautela o prudencia, que encuentra su origen en la buena fe, la corrección y la lealtad hacia la contraparte, lo que constituye una ampliación de la noción de responsabilidad contractual²⁶⁶.

Podemos concluir, finalmente, con HORN²⁶⁷, que dentro de las obligaciones de información y asesoramiento puede establecerse una ulterior distinción, que sirva igualmente para delimitarlas. En este sentido, sobre la entidad de crédito pesará una obligación de informar al cliente sobre el carácter de las operaciones a realizar (*Aufklärungspflicht*), con el fin de que ello le permita valorar los riesgos que conllevan; igualmente la entidad deberá prestar al cliente su asesoramiento (*Beratungspflicht*), manifestado tanto en forma de noticias sobre hechos concretos como en una recomendación en orden a las operaciones proyectadas. Fundamental, como hemos visto, resulta la obligación de informarse sobre el cliente (*Erkundigungspflicht*), de tal modo que ello permita a la entidad delimitar sus propias obligaciones de información. Por último, la obligación de advertencia o aviso (*Warnpflicht*) al cliente impone a la entidad de crédito comunicarle toda situación de peligro para sus

Vertragsverletzung", AcP 136 (1932) y *Die Lehre von der Leistungstörungen*, Tübingen, 1936. La construcción teórica de los deberes de protección constituye el primer camino de relevancia de la buena fe en materia contractual (en este sentido, en nuestra doctrina, véase JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 141 y ss.).

²⁶⁶ En este sentido, JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 142 y ss.

²⁶⁷ HORN, N., "Die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken", op. cit., pág. 140. De las manifestaciones expuestas del deber de informar diferencia el autor citado los informes comerciales bancarios (*Bankauskünfte*), informaciones sobre solvencia y situación patrimonial prestados por las entidades de crédito en ejercicio de su libertad de contratar.

intereses, si le consta que el cliente la desconoce o simplemente es razonable pensar que así sea.

SEGUNDA PARTE:

INFORMES COMERCIALES BANCARIOS

INTRODUCCIÓN

En la primera parte de la tesis nos hemos ocupado del análisis de las diferentes manifestaciones del deber de informar en la contratación bancaria, así como del posible reconocimiento de un deber general a cargo de la entidad de crédito, fundado en el principio de buena fe en el cumplimiento de los contratos y motivado por las notas características de la relación banca-cliente como son la profesionalidad y la confianza.

En esta segunda parte nos referiremos a la otra vertiente de la información bancaria que podría considerarse también manifestación del deber general de informar desde el punto de vista del solicitante de informes que fuera ya con anterioridad cliente de la entidad de crédito, así como desde la perspectiva de los intereses del propio cliente sobre el cual se informa. La emisión de este tipo de valoraciones se convierte, de este modo, en un servicio accesorio y cualificado que integran las entidades de crédito en su oferta de operaciones a la clientela.

Son muchas las dificultades que entraña el análisis de dicha práctica bancaria en nuestro sistema. De un lado, la ausencia de estudios sobre su naturaleza y sobre la responsabilidad en que incurren las entidades de crédito por su emisión. De otro, el carácter normalmente gratuito de la prestación, que ha conducido a gran parte de los autores a considerarlos meros actos de cortesía. No obstante, los escollos no se presentan únicamente al intérprete, sino igualmente al solicitante de la información o al sujeto sobre el cual versa el informe, cuando hubieran sufrido algún perjuicio por la emisión negligente del informe comercial bancario.

Entendemos que en la prestación de informes comerciales bancarios concurren los elementos que permiten reconocer en nuestro ordenamiento la existencia de un contrato. La entidad de crédito y el solicitante del informe quedan vinculados por un pacto dirigido a la obtención de la información por quien la solicita, el cual, por lo común, no asume como contraprestación el pago del servicio a la entidad de crédito. El carácter gratuito de la prestación ha sido utilizado como argumento en contra de la contractualidad de los informes comerciales bancarios, ocupándose en profundidad la doctrina italiana de la delimitación entre contrato gratuito y acto de cortesía.

La segunda parte de la tesis se inicia, pues, con una exposición de dos supuestos de informes comerciales bancarios que resultan comunes en la práctica bancaria. De un lado, abordaremos brevemente el análisis de la confirmación telefónica de cheques, que, a pesar de la supresión de las conformidades vinculantes, continúa practicándose con efectos meramente informativos. De otro lado, los informes sobre solvencia o informes comerciales bancarios en sentido estricto, para cuyo estudio resulta referente imprescindible la regulación existente en Alemania, así como los numerosísimos estudios doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia en aquel país.

Partimos, por tanto, de una exposición general del concepto y caracteres generales de la prestación de informes comerciales bancarios para adentrarnos en la cuestión de su naturaleza. En una primera aproximación cabría pensar que son más fuertes los argumentos en contra de la contractualidad de la figura. Entre ellos podemos citar el carácter gratuito del servicio y la inclusión de cláusulas de exoneración

por parte de la entidad de crédito. Sin embargo, dichos argumentos son fácilmente rebatibles. El primero por la existencia en nuestro sistema de contratos gratuitos que no tienen por qué constituir actos de liberalidad, sino que cabe reconocer la existencia de un interés contractual en ambas partes. El segundo, porque precisamente la inclusión de dichas cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad constituye un indicio de contractualidad de la figura. La entidad de crédito es consciente de la relevancia que tienen para el solicitante las observaciones generales que le proporciona, y ello le hace temer una posible demanda de responsabilidad.

El segundo capítulo, por tanto, se refiere exclusivamente a la justificación del carácter contractual de la figura y a la determinación de las obligaciones de las partes, sobre todo de la entidad de crédito. Ésta no se compromete a garantizar la solvencia del sujeto sobre el cual informa, sino simplemente está obligada a un actuar diligente en la búsqueda de la información y en la realización de las observaciones en que consiste el informe.

No se ha de olvidar, por otra parte, que la calidad de los datos que manejan las entidades de crédito cuando emiten informes comerciales bancarios hace pensar en la posibilidad de su uso indebido en perjuicio del propio sujeto sobre el cual se informa. Dicho riesgo se hace especialmente patente en relación con personas físicas, en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad. Por ello, se analiza la aplicación de la LORTAD a los ficheros existentes en el sector bancario, sobre todo atendiendo a los ficheros sobre solvencia y sobre cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Sin embargo, el aspecto de mayor importancia viene determinado por el ámbito de responsabilidad de las entidades de crédito en la emisión de informes comerciales bancarios. Frente al solicitante de la información la responsabilidad será contractual, respondiendo en todo caso la entidad de crédito por una actuación negligente, a salvo la posibilidad de incluir cláusulas limitativas de responsabilidad con los límites que a las mismas se establecen en nuestro ordenamiento. Frente al sujeto sobre el cual versa el informe comercial bancario, por no encontrarse dentro de la órbita del contrato que une al solicitante y a la entidad de crédito, pensamos que en el supuesto general podrá acudir a la vía extracontractual para conseguir su resarcimiento. Sin embargo, en determinados casos, cabría pensar en la existencia de un deber de hablar o, por el contrario, de ser prudente o de callar derivado del propio contrato estipulado entre el sujeto sobre el cual versa el informe y la entidad de crédito. El incumplimiento de dicho deber accesorio podría determinar la naturaleza contractual de la responsabilidad frente a dicho sujeto.

En todo caso, la prestación de informes comerciales bancarios constituye una práctica común de las entidades de crédito, aun cuando no goce de mucha publicidad y ni siquiera se recoja en formularios contractuales. Dichas circunstancias están motivadas, de un lado, por el intento de evitar cualquier tipo de responsabilidad por su emisión, de otro, por la necesidad de considerar las condiciones del solicitante (en caso de ser cliente de la entidad con anterioridad) y las circunstancias de la operación proyectada a la hora de realizar las observaciones generales sobre solvencia en que el informe consiste.

CAPÍTULO PRIMERO

SUPUESTOS BÁSICOS DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS

La temática relativa a los informes comerciales ha de ser abordada no de un modo general, sino haciendo referencia a los casos que se presentan en la práctica bancaria²⁶⁸. Nos centraremos, por ello, en dos supuestos, como son, de un lado, la confirmación (también llamada conformidad) telefónica de cheques por la entidad de crédito librada²⁶⁹, y, de otro, la prestación de informaciones sobre solvencia por las entidades de crédito (informes comerciales bancarios).

²⁶⁸En este mismo sentido se pronuncia BILE, F., "In tema di benessere telefonico per il pagamento di assegno bancario", nota a las Sentencias de la Corte di Cassazione de 30 de octubre de 1963, n. 2909 y de la Corte di Appello di Bologna, de 28 de julio de 1961, BBTC 1963-II, pág. 518, quien en relación con las conformidades telefónicas a cheques dadas por las entidades de crédito libradas, destaca "la imposibilidad de reconducir la conformidad telefónica a un único esquema abstracto, ya que puede presentarse de formas variadas en la práctica; de cada una de las configuraciones que asume surgen a cargo de las partes derechos y obligaciones de diverso alcance, ya que cada uno de los tipos de conformidad sirve a la satisfacción de un cierto interés mejor que otro, según un criterio de elección reservado a la libre valoración de las partes, en el ejercicio de la autonomía contractual".

²⁶⁹Esta práctica ha perdido, sin embargo, gran parte de su utilidad al haberse suprimido el régimen de la conformidad telefónica vinculante por Circular 6/94, de la Asociación Española de la Banca Privada. La doctrina había puesto de relieve los problemas derivados de dicha práctica, ya que la entidad librada no podía comprobar la regularidad formal del título hasta el momento en el cual lo recibía, y no en el momento de la presentación al cobro (así, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 735). No obstante compartir la opinión del autor citado, creemos que en la actualidad dichos problemas se ven considerablemente disminuidos con los avances en esta materia ofrecidos por los modernos sistemas electrónicos de comunicación que permitirían realizar dicha comprobación en tiempo real.

De ambos supuestos es posible deducir notas comunes, que nos permiten englobarlos bajo el epígrafe general "informes comerciales bancarios". No sólo la ausencia de regulación legal²⁷⁰, sino también el hecho de que intervenga una entidad de crédito en la prestación de la información, así como el contenido de ésta, relativa a la solvencia económica o, en su caso, a la existencia de fondos suficientes a disposición del cliente, constituyen elementos característicos de los ejemplos mencionados.

Del mismo modo, y desde el punto de vista de su estudio, es también común a los dos supuestos enunciados la escasa atención que les ha dedicado nuestra doctrina, a diferencia de lo ocurrido en otros países, principalmente en Alemania e Italia, donde, con distinta intensidad, son objeto de estudio y análisis por la doctrina y jurisprudencia²⁷¹.

²⁷⁰ El procedimiento de concesión de conformidades vinculantes de cheques fue establecido por la Circular LV/86 del Consejo Superior Bancario. Con posterioridad, dicho procedimiento se suprimió por Circular 6/94.

A la prestación de informes comerciales bancarios alude nuestro ordenamiento en la LDIEC (véase art. 52, letra m)), y en la LORTAD (art. 28, "Prestación de informaciones sobre solvencia patrimonial y crédito").

²⁷¹ En efecto, se realizan breves referencias a la confirmación telefónica de cheques en obras especializadas sobre títulos valores. Se refieren a ella BALDÓ DEL CASTAÑO, V., CALAVIA MORENO, J. M., *El cheque. Estudio sistemático de la Ley del Cheque de 16 de julio de 1985*, Barcelona, 1987, pág. 495, indicando que debe diferenciarse de la conformidad regulada en el art. 110 LCCh; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *El cheque garantizado*, Sevilla, 1973, pág. 117, la menciona como medio de asegurar al tomador la existencia de fondos para su pago; VÁZQUEZ BONOME, A., *Tratado de Derecho cambiario. Letra, pagaré y cheque*, Madrid, 1993, aludía a la entonces existente conformidad vinculante; DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., "El cheque y su vigente configuración legal", en AA.VV., *Títulos-valores: la letra de cambio, el pagaré y el cheque*, Granada, 1993, pág. 199, donde se refiere brevemente a la conformidad vinculante y a la simple información sobre la existencia de saldo. Por otra parte, la menciona VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo II, 3ª ed., Barcelona, 1990, pág. 780, refiriéndose a la conformidad telefónica vinculante regulada por normas interbancarias. En la última edición de su manual, *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 735, simplemente alude a la conformidad telefónica de cheques como medio para asegurar el pago del cheque a su

El SRBE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la confirmación telefónica de cheques en la resolución de algunas reclamaciones. Dicho Servicio ha estimado que la confirmación del cheque genera en el cliente que presenta el cheque para su cobro "una serie de expectativas que más tarde se vieron infundadas, al devolverse el cheque impagado, quebrantando de este modo las buenas prácticas y usos bancarios. En efecto, la responsabilidad de las entidades debe ser apreciada respecto a la relación de confianza que debe existir entre el cliente y su banco, habiendo vulnerado la entidad dicha relación al no haber advertido a su cliente del alcance de la información facilitada sobre la conformidad así como que la misma podría verse afectada por diversas eventualidades"²⁷².

tenedor, señalando que ha perdido utilidad por los problemas que comporta (concretamente no permite al librado examinar la regularidad formal del título en el momento de su presentación al cobro). Con detalle se refiere a dicha práctica bancaria GÓMEZ SEGADÉ, J. A., "La confirmación telefónica de cheques", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo II, Madrid, 1994, págs. 1197 y ss.

A los informes comerciales entendidos como prestación de informaciones sobre solvencia se alude en los manuales de una forma puntual. Así, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 665, los menciona entre los contratos bancarios neutros o de gestión. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., págs. 328 y 329, alude simplemente a ellos dentro del epígrafe "Otras operaciones bancarias", sin aludir expresamente a su posible naturaleza contractual, si bien se refiere a ellos en el mismo epígrafe en que trata del depósito de títulos, el alquiler de cajas de seguridad y la mediación de los bancos en la emisión de valores y otros servicios financieros. Con más detalle, se han referido a tales informes SÁNCHEZ MIGUEL, M^a. C., "La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo III, Madrid, 1994, también publicado en RDBB 1990, n^o 38; y FERNÁNDEZ COSTALES, J., "Aspectos de la responsabilidad del banquero por las informaciones a los clientes y de los clientes", en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, *Contratos mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la Navegación*, Madrid, 1996, págs. 3225 y ss.

²⁷² Reclamación n^o 1349/91, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1992*, Madrid, 1993.

I. LA CONFIRMACIÓN TELEFÓNICA DE CHEQUES POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO LIBRADA

El cheque, como mecanismo de pago²⁷³, responde perfectamente a la actividad desarrollada por las entidades de crédito, dirigida, como finalidad principal, a la captación de fondos del público para su posterior restitución de diversas formas, entre ellas la concesión de crédito.

Como dispone el artículo 134 LCCh, "el cheque es pagadero a la vista", reputándose como no escrita cualquier mención contraria. En consonancia con dicha norma, el artículo 135 LCCh establece breves plazos de presentación al pago, de tal modo que el crédito del librador frente al librado aparece inmediatamente exigible. El cheque se muestra así como un sistema simple para la extinción de los créditos, desde ambas perspectivas, activa y pasiva de la obligación²⁷⁴.

²⁷³Afirmación compartida por nuestra doctrina, entre cuyos representantes podemos citar a DÍAZ MORENO, A., "El cheque", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Derecho Mercantil*, t. II, 2ª ed., 1ª reimpr., Barcelona, 1995, pág. 128; SÁNCHEZ CALERO, M., *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 107; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 21ª ed., Madrid, 1994, pág. 938. En el mismo sentido, GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, op. cit., pág. 479; BALDÓ DEL CASTAÑO, V., y CALAVIA MOLINERO, J. M., *El cheque...*, op. cit., pág. 6; CARLÓN SÁNCHEZ, L., "El cheque", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.), *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1986, págs. 777 y ss.

En la doctrina italiana, CARNELUTTI, F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, pág. 231; VITALE, P., "Fondamento e limiti della "libertà" del banchiere nel pagamento degli assegni bancari", BBTC 1959-I, pág. 514; BUTTARO, L., "Informazioni sulla provvista e benessere del trattario dell'assegno bancario", BBTC 1960-I, pág. 371; MARTORANO, F., *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, pág. 118. Sin embargo, no comparten esta opinión MESSINEO, F., *I titoli di credito*, I, Padova, 1933, pág. 77; PELLIZZI, G. L., *Contributi allo studio dell'assegno bancario*, Padova, 1955, págs. 108 y ss.

²⁷⁴Dicha simplificación favorecida por el empleo masivo del cheque como instrumento de pago se ha acrecentado con la aparición de las Cámaras de Compensación, inicialmente reguladas por la Orden de 2 de febrero de 1949. Sin embargo, ante las nuevas necesidades del tráfico mercantil se creó el Sistema Nacional de Compensación Electrónica por el R.D. 1369/1987, de 18 de septiembre (B.O.E. nº 271,

A pesar de sus innumerables ventajas, la utilización de cheques conlleva también el riesgo de inexistencia de provisión en el momento de su presentación al cobro, ya que el art. 109 LCCh impide su aceptación²⁷⁵. Queda igualmente prohibido según el art. 131, 2º LCCh el aval del cheque por el librado²⁷⁶. En consecuencia, para paliar estos inconvenientes se han difundido modalidades de cheques que, como el cheque garantizado²⁷⁷ o el cheque conformado²⁷⁸, pretenden

de 12 de noviembre), con el fin de que a través del mismo, como señala el artículo 1º del R.D., se lleve a cabo "la compensación de documentos, medios de pago y transmisiones de fondos que, mediante sistemas y procedimientos electrónicos, presenten al mismo las Entidades miembros", correspondiendo su administración y gestión al Banco de España. Con posterioridad, la Orden de 29 de febrero de 1988 amplió el elenco de documentos, medios de pago y transmisiones de fondos compensables en dicho Sistema, incluyendo también las transferencias, órdenes de pago, adeudos por domiciliaciones, recibos que cumplen funciones de giro, pagos efectuados mediante tarjeta, disposiciones en efectivo en equipos automáticos, reembolso de cuentas interbancarias y cheques de uso específico.

A pesar de la creación del Sistema Nacional de Compensación Electrónica, subsisten todavía numerosas Cámaras de Compensación, si bien se prevé su paulatina desaparición voluntaria o su eventual reorganización por sus entidades miembros. Por este motivo, la Orden de 26 de febrero de 1996 (B.O.E. nº 58, de 7 de marzo), realiza una simplificación del régimen administrativo al que se encuentran sujetas las actuales Cámaras de Compensación bancaria. Sobre las Cámaras de Compensación en nuestra doctrina pueden verse, entre otros, ARRILLAGA, J. I., "Cámaras de Compensación bancaria", RDM 1949, págs. 357 y ss.; VEGA PÉREZ, F., "La compensación bancaria", en GARCÍA VILLAVERDE, R., (Dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, págs. 575 y ss.; SANTOS MARTÍNEZ, V., "Tratamiento informático de los efectos cambiarios a través de la banca", *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo III, Madrid, 1994, págs. 2468 y ss. En la doctrina italiana, OLIVIERI, G., "Compensazione plurilaterale e contratto di riscontro", BBTC, 1991-I, págs. 301 y ss.

²⁷⁵En el mismo sentido se pronuncia, en el ordenamiento italiano, el art. 4, 1º del R. D. de 21 de diciembre de 1933, n. 1736, conforme al cual se prohíbe igualmente la aceptación del cheque bancario, considerándose como no escrita cualquier mención de aceptación incluida en el mismo.

²⁷⁶Del mismo tenor es, en el ordenamiento italiano, el art. 28, 2º del R. D. de 21 de diciembre de 1933, n. 1736.

²⁷⁷Esta modalidad de cheque no se encuentra regulada en la LCCh, pero ha alcanzado una gran difusión en la práctica. Sobre el mismo, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *El cheque garantizado*, op. cit., págs. 67 y ss. El carácter garantizado del cheque supone la existencia de una promesa de garantía del pago puesta por el banco librado al dorso del mismo (VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 735;

conseguir la seguridad del mantenimiento de la provisión que permita el ulterior pago del cheque.

Con la misma finalidad de eliminar en la medida de lo posible el riesgo existente sobre la falta de provisión, y de hacer posible el abono de un cheque por una entidad de crédito distinta de la designada como librado²⁷⁹, ha surgido en la práctica bancaria el sistema de confirmación telefónica²⁸⁰ de cheques²⁸¹, con el fin de permitir al

DÍAZ MORENO, A., "Tipos especiales de cheques", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., (Coord.), *Derecho Mercantil*, T. II, op. cit., págs. 155 y 156).

²⁷⁸Por el contrario, esta otra modalidad de cheque se encuentra regulada en el artículo 110 LCCh, que dispone que "el librador o el tenedor de un cheque podrá solicitar del Banco librado que preste su conformidad al mismo.

Cualquier mención de "certificación", "visado", "conforme" u otra semejante firmada por el librado en el cheque acredita la autenticidad de éste y la existencia de fondos suficientes en la cuenta del librador. El librado retendrá la cantidad necesaria para el pago del cheque a su presentación hasta el vencimiento del plazo fijado en la expresada mención o, en su defecto, del establecido en el artículo 135.

La conformidad deberá expresar la fecha y será irrevocable".

Sobre la norma, equivalente a la contenida para el ordenamiento italiano en el art. 4, 2º del R. D. de 21 de diciembre de 1933, n. 1736, véase MOXICA ROMÁN, J., *Ley Cambiaria y del Cheque. Análisis de doctrina y jurisprudencia*, 4ª ed., Pamplona, 1996, págs. 892 y ss. Al cheque "certificado" alude también VÉRGEZ, M., "La responsabilidad del banco frente al tenedor del cheque", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo III, Madrid, 1994, págs. 2731 y 2732, afirmando que será éste el único supuesto en el cual el librado estará obligado a retener en su poder fondos del librador para proceder al pago del cheque, "supuesto éste en el que, además, el tenedor no tendrá que probar, para exigir la responsabilidad correspondiente al impago que en el momento de la presentación del cheque existían dichos fondos en el banco a disposición del librador". En efecto, la posición doctrinal dominante excluye la posibilidad de acción directa del tenedor contra el librado, salvo que se trate de supuestos de cheques especiales, confirmados, certificados, etc. (DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., "El cheque y su vigente configuración legal", op. cit., pág. 195, con cita de la STS de 28 de enero de 1958 [RJ 1958, 553]). Véanse igualmente la SAT Madrid, de 9 de diciembre de 1981 (RGD 1982, págs. 687-688), comentada por SÁNCHEZ MIGUEL, Mª C., "Impago de un talón por conformación de otro", en SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (Coors.), *Comentarios a jurisprudencia de Derecho bancario y cambiario*, Vol. I, Madrid, 1993, págs. 211 y ss.; y la STS de 19 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7616].

²⁷⁹GÓMEZ SEGADE, J. A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1198.

²⁸⁰Sin duda, la confirmación de cheques podrá realizarse por otros medios (fax, etc.), que ofrezcan incluso mayor facilidad de prueba. En este sentido, GÓMEZ SEGADE, J. A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1203. Sin embargo, el

banco tomador el pago del cheque en efectivo en el momento de su presentación al pago. De este modo, la doctrina la ha definido como "la información sobre la provisión de un cheque, que una entidad de crédito (banco librado) proporciona a otra (banco tomador), en la que

medio telefónico continúa siendo el más utilizado por cuanto ello supone, además de una mayor rapidez en la concesión de la información solicitada por la entidad en la que se presenta el cheque para su pago, una correlativa dificultad a la hora de probar la concesión de conformidad, en el supuesto de que se pretenda exigir la responsabilidad de la entidad de crédito librada concedente de la misma.

²⁶¹Nuestra doctrina ha concedido poca atención a esta modalidad de confirmación telefónica de cheques, como ya hemos tenido oportunidad de señalar. En la actualidad, tras la supresión de las conformidades vinculantes, con efectos de 1 de marzo, por Circular 6/94 del Consejo Superior Bancario, ha perdido gran parte de su utilidad. (El Consejo Superior Bancario, por otra parte, se halla hoy disuelto y se ha asumido tanto la representación de los bancos que lo componían como la totalidad de su patrimonio por la Asociación Española de la Banca Privada. Véase al respecto D. A. 11º de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación bancaria y por la que se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, que disuelve el Consejo Superior Bancario; así como la Orden de 13 de mayo de 1994, que publica el acuerdo primero del Consejo Superior Bancario, de fecha 29 de abril de 1994, por el que se designa a la Asociación Española de la Banca Privada como entidad representativa de los bancos que componen el Consejo Superior Bancario y destinataria de la totalidad de su patrimonio).

A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, la doctrina y la jurisprudencia italianas se han ocupado con profundidad de esta materia. Al respecto, pueden citarse, en una primera aproximación y sin perjuicio de los numerosísimos trabajos sobre el tema, BUTTARO, L., "Informazioni sulla provvista...", op. cit., págs. 359 y ss.; VITALE, P., "Fondamento e limiti della "libertà" del banchiere...", págs. 513 y ss.; BORSELLI, E., "La responsabilità bancaria per le informazioni", *Nuovo Dir.* 1971, págs. 112 a 114; ALAGNA, E., "Brevi note in tema di benessere telefonico", *IIP* 1978, n° 3, págs. 55 y ss.; MACCARONE, S., "Problemi in tema di responsabilità della banca per mancato pagamento di assegno", en MACCARONE, S., NIGRO, A. (a cura di), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981. En cuanto a las resoluciones de los tribunales italianos, podemos citar la Sentencia de la Corte di Appello di Bari de 13 de abril de 1959, con nota de BUTTARO, L., "Note in tema di benessere telefonico al pagamento di assegni bancari e di prova della sua concessione", *BBTC* 1961-II, págs. 171 y ss.; Sentencias de la Corte di Cassazione de 30 de octubre de 1963, n. 2909 y de la Corte di Appello di Bologna de 28 de julio de 1961, ambas con nota de BILE, F., "In tema di benessere telefonico...", op. cit., págs. 501 y ss.; Sentencia del Tribunale di Latina, de 28 de abril de 1980, con nota de MARZONA, N., "Banca pubblica e responsabilità civile", *BBTC* 1985-II, págs. 107 y ss.; Sentencia de la Corte di Appello di Milano, de 28 de diciembre de 1984, *BBTC* 1986-II, págs. 185 y ss.; Sentencia de la Corte di Appello di Milano, de 16 de febrero de 1990, con nota de CIRILLO, F., "Giacenza in sospenso" dei titoli presentati all'incasso e configurabilità di un obbligo di informazione alla banca negoziatrice", *BBTC* 1991-II, págs. 368 y ss.

se presenta el cheque para obtener la disponibilidad inmediata de la suma cambiaria²⁸². A pesar de los riesgos que comporta la confirmación telefónica de cheques, se ha desarrollado en la práctica bancaria al amparo de la especial buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos bancarios²⁸³.

La conformidad telefónica de cheques puede manifestarse en la práctica bancaria de diferentes formas, lo que determinará en cada caso los derechos y obligaciones de las partes²⁸⁴. En la actualidad, sin embargo, tras la supresión del procedimiento que, para la concesión de conformidades vinculantes, había establecido la Circular LV/86, de 11 de julio²⁸⁵, únicamente caben tres conductas posibles de la entidad de crédito. Ante la solicitud de confirmación telefónica de un cheque, podrá optar por negarse a prestar dicha información alegando que se

²⁸² GÓMEZ SEGAGE, J. A., "La confirmación telefónica", op. cit., pág. 1202.

²⁸³ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, op. cit., págs. 44 y ss.; GÓMEZ SEGAGE, J. A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1203.

²⁸⁴ BILE, F., "In tema di benessere telefonico...", op. cit., pág. 518.

²⁸⁵ Dicha Circular condicionaba los efectos "vinculantes" de la confirmación telefónica al cumplimiento de determinados requisitos. Desde el punto de vista subjetivo, debía identificarse la persona que prestase dicha conformidad; como requisitos objetivos se apuntaban el no poder pedir confirmaciones telefónicas de cheques por cuantía superior a 1.000.000 de pesetas ni inferior a 50.000 pesetas por día por cada librador (la cifra debía computarse de forma conjunta teniendo en cuenta todas las oficinas bancarias que pudieran solicitar la confirmación). Además, debía comprobarse la autenticidad de la firma del librador. Desde el punto de vista temporal, se requería la solicitud de dicha confirmación vinculante dentro del plazo fijado para la irrevocabilidad del cheque establecido en el artículo 138 en relación con el art. 135 LCCh. Por último, como requisitos formales, se exigía que la entidad librada facilitase el número clave correspondiente al registro oficial de confirmaciones telefónicas otorgadas, que constaba de cinco dígitos, así como que proporcionase los datos del asiento anterior de dicho registro. Por otro lado, todo cheque confirmado telefónicamente debía llevar estampado en su dorso un sello normalizado, en el cual figurase el número clave de conformidades telefónicas otorgadas (véase CONSEJO SUPERIOR BANCARIO, *Conformidad telefónica de cheques de cuenta corriente*, 2ª ed. actualizada, Serie Normas y procedimientos bancarios, núm. 40, Madrid, octubre de 1986, págs. 1 y ss.; véase igualmente el breve comentario que a dichas normas realiza GÓMEZ SEGAGE, J. A., "La confirmación telefónica...", op. cit., págs. 1203 y ss.).

encuentra protegida por el secreto bancario²⁸⁶, bien proporcionar información general sobre la solvencia y conducta empresarial y financiera del librador del cheque, o por último, suministrar a la entidad requirente datos sobre la provisión, comunicación que puede ir o no acompañada de un compromiso de retener saldo en cuantía suficiente para su pago²⁸⁷. Es en estos dos últimos supuestos donde surgen mayores problemas puesto que la entidad de crédito puede incurrir en responsabilidad por la emisión de informaciones falsas o inexactas.

A) NEGATIVA DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO LIBRADA A PRESTAR INFORMACIÓN SOBRE LA PROVISIÓN EN LA CUENTA DEL LIBRADOR.

En cuanto al primer supuesto que hemos apuntado, se ha de tener en cuenta que si bien el secreto bancario protege a los clientes de la difusión de noticias sobre sus datos patrimoniales, con un fin esencial de protección de la confianza y seguridad de los mismos en el funcionamiento del sistema crediticio, esta misma función cumple la transmisión de información sobre la cobertura del cheque²⁸⁸. De este

²⁸⁶ Siempre, se entiende, con desconocimiento por parte del cliente librador del cheque, puesto que en otro caso se entendería que éste ha prestado tácitamente su consentimiento al suministro de dicha información (MOLLE, G., *I contratti bancari*, op. cit., pág. 77; y en el mismo sentido MAIMERI, F., "Note in tema di benessere telefonico", *Bancaria* 1980, pág. 1269).

²⁸⁷ Supuestos que GÓMEZ SEGADÉ, J. A., "La confirmación telefónica...", op. cit., págs. 1203 y 1206, denomina conformidad telefónica con carácter vinculante y conformidad telefónica simple, respectivamente.

²⁸⁸ Los tribunales italianos se han referido a esta práctica como usual en el tráfico bancario, circunstancia que igualmente se produce en nuestro país. La Sentencia de la Corte di Appello di Bologna de 14 de abril de 1956 (BBTC 1956-II, págs. 228 y ss.; Giust. Civ. 1956, I, pág. 1404; Arch. Pen. 1957-II, págs. 264 y ss., con nota de RONCAGLIA, G. C., "Norma ed uso: in tema di segreto bancario") señala que dicha

modo puede el tomador del cheque confiar en su efectividad como mecanismo de pago. Por lo tanto, resulta posible pensar en la existencia de ciertas prácticas interbancarias dirigidas a facilitar el servicio de pago y cobro de cheques a los clientes, sin necesidad de acudir para ello a la oficina en la que el librador abrió la cuenta corriente contra la cual ha emitido el cheque.

No parece, en consecuencia, que el deber de secreto impida a la entidad librada prestar dicha información ante la solicitud planteada²⁸⁹

práctica es considerada un "uso generalísimo, universalmente observado entre entidades de crédito, que les permite darse noticia recíprocamente de la existencia o no de la provisión, de modo que ello les permita comprometerse y hacer honor a la firma". En el mismo sentido, Sentencias de la Corte di Cassazione de 10 de abril de 1961, n. 762, BBTC 1961-II, pág. 171; de 13 de julio de 1967, n. 1742, BBTC 1968-II, pág. 28 y de 29 de noviembre de 1973, n. 3276, Arch. resp. civ. 1974, pág. 62.

²⁸⁹En nuestra doctrina, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *El cheque garantizado*, op. cit., pág. 118, afirma que el campo de dichas confirmaciones debe limitarse a aquellos supuestos en los que la solicitud provenga de una agencia, sucursal, filial o corresponsal de la entidad ante la cual se haya presentado el cheque por una persona legitimada para obtener su negociación o pago. En el mismo sentido, en la doctrina italiana BUTTARO, L., "Informazioni sulla provvista...", op. cit., pág. 360; el mismo autor en "Note in tema di benessere telefonico...", op. cit., págs. 179 a 181; BILE, F., "In tema di benessere telefonico...", op. cit., pág. 503. Más contundente se muestra MAIMERI, F., "Note in tema di benessere telefonico", op. cit., pág. 1270, quien afirma que será perfectamente invocable por la entidad de crédito el deber de secreto para negar la información sobre la existencia de la provisión, conclusión de la cual se derivará la responsabilidad de la misma por su veracidad cuando decida proporcionarla (en este sentido, Sentencias de la Corte di Cassazione de 30 de abril de 1949, n. 1102, Foro it. 1949-I, col. 829; de 10 de abril de 1961, n. 762, BBTC 1961-II, pág. 171; de 30 de octubre de 1963, n. 2909, BBTC 1963-II, pág. 500; de 13 de julio de 1967, n. 1742, BBTC 1968-II, pág. 28; de 29 de noviembre de 1973, n. 3276, Arch. resp. civ. 1974, pág. 62; de 7 de febrero de 1979, n. 820, BBTC 1980-II, pág. 36).

Si bien dicha postura doctrinal y jurisprudencial se refiere únicamente a la posibilidad de que la información sea proporcionada a otra entidad de crédito, ningún obstáculo ve otro sector de la doctrina italiana en proporcionar información sobre la existencia de la provisión a cualquier sujeto legítimo portador del cheque (en este sentido, LUMINOSO, A., "Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni", en AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche* (Banco di Sardegna-CIDIS), Milano, 1986, pág. 245), ya que el secreto bancario protege los datos relativos a las cuentas de los clientes, pero no puede evitar la comunicación de la existencia de cobertura de cheques librados contra dicha cuenta por su titular, puesto que como señala CAVALLI, G., "Segreto bancario e informazioni sui cliente", op. cit., págs. 137 y ss., la existencia de la provisión representa un hecho que,

por la entidad que recibe el cheque en gestión de cobro. En estos casos podrá actuar la entidad de crédito a su discreción, bien pagando el importe del cheque, con el riesgo de ulterior inexistencia de fondos en la cuenta del librador, bien obligando a quien presenta el cheque para su pago a cobrar el importe del mismo mediante abono en una cuenta de su titularidad, siendo retenido por la entidad hasta el pago efectivo del cheque. De hecho es práctica común de las entidades de crédito, en los supuestos en los cuales no existe conformidad, el permitir únicamente el cobro mediante abono en cuenta y no "por ventanilla" (en efectivo), a no ser que se presente el cheque en la oficina de la entidad donde el librador dispone de cuenta, con lo cual se procede de modo inmediato a la extinción del título. De este modo, las entidades impiden disponer a los clientes de dichos saldos hasta que se haya hecho efectivo el pago²⁹⁰.

La entidad de crédito, ante la presentación de un cheque para su cobro por un cliente, tiene dos alternativas: "tomar el cheque en gestión de cobro, abonándolo a su cedente una vez cobrado, o bien, además de gestionar el cobro, abonar su importe en cuenta "salvo

por definición, aparece destinado a ser revelado a terceros desde el mismo momento de la emisión del cheque. En el mismo sentido, entendiendo aplicables a las informaciones sobre la provisión las normas sobre informes bancarios contenidas en las Condiciones generales de los bancos alemanes (si bien en la versión de 1984), HORN, N., "Die Neufassung 1984...", op. cit., pág. 456.

²⁹⁰El SRBE ha tenido ocasión igualmente de manifestarse sobre tal actuación de las entidades de crédito y ha señalado que "dicha retención, amparada exclusivamente en la distinción que hacen las entidades entre fecha valor y fecha de disponibilidad -viniendo esta última dada por el período de protección que aplican a los cheques ingresados por sus clientes y estableciendo así, con carácter general, unos plazos determinados a efectos de disponer de los fondos-, contradice los principios contenidos en la normativa bancaria sobre la materia, que omite expresamente la fijación de plazos concretos a aplicar con carácter general, exigiendo a las entidades, únicamente, la máxima diligencia en su gestión, a fin de facilitar a sus clientes la disponibilidad pronta de los fondos" (Reclamación nº 126/92, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1993*, op. cit., págs. 92 y 93).

buen fin". En este caso, es evidente que desde el momento del abono en la cuenta se producirán iguales efectos que si el abono fuese en firme, dando lugar, en caso de impago del cheque ingresado, a la devolución de su importe por el presentador, pudiendo resarcirse la entidad por medio del correspondiente adeudo en la cuenta de aquél. Si la entidad, habiendo optado por el abono en cuenta "salvo buen fin", quiere mantener indisponible el importe del cheque durante el proceso de cobro -no durante un plazo determinado- habría de advertir de ello a la clientela, haciendo constar en el documento de ingreso de cheques la advertencia de que el abono por el cheque ingresado no surtirá efectos hasta su efectivo cobro"²⁹¹.

Dicha actuación cautelosa de las entidades de crédito obedece a la imposibilidad de exigir la responsabilidad de la entidad de crédito que prestó la confirmación por el impago posterior del cheque, siempre y cuando no existieran fondos en la cuenta del librador²⁹², a

²⁹¹Reclamación nº 1902/93, *Memoria del SRBE correspondiente al año 1994*, op. cit., págs. 90 y 91. Nuestro TS se ha pronunciado de forma ocasional sobre el particular, señalando que actúa de forma negligente la entidad de crédito que permite disponer del importe de un cheque entregado en comisión de cobranza, antes de que el mismo sea pagado por la entidad de crédito librada (en este sentido, STS de 12 de junio de 1994 [RJ 1994, 4811]). En este supuesto, la entidad únicamente podrá dirigirse frente al sujeto que presentó el cheque para su pago, por la acción causal derivada de esa relación de mandato o comisión de cobranza.

En Italia, la Corte di Cassazione, en Sentencia de 13 de mayo de 1991, n. 5325, BBTC 1993-II, págs. 273 y ss., ha estimado que la cláusula "salvo buen fin" debe presuponerse cuando se presenta el cheque a una entidad de crédito para gestión de cobro. En el mismo sentido, en la doctrina italiana se pronuncia BUSSOLETTI, M., "Poteri e responsabilità delle banche nella circolazione interbancaria dell'assegno (ICCRI) falso", nota a la Sentencia del Tribunale di Varese de 29 de abril de 1986, BBTC 1988-II, pág. 107, donde alude al contenido del art. 4 de las Normas Bancarias Uniformes, según el cual en los supuestos en los cuales el tenedor del cheque lo presenta en entidad distinta de la librada para su cobro, se entenderá dicha actuación sujeta a verificación y "salvo buen fin".

²⁹² Ya que la obligación extracambiaria que asume el librado se limita al supuesto de existencia de fondos suficientes en la cuenta del librador, si bien debe realizar también un pago parcial, cuando ello sea posible. Véanse, en nuestra doctrina,

diferencia de lo que ocurre en los supuestos de confirmación, bien ordinaria (regulada en el art. 110 LCCh), bien telefónica una vez que haya sido probada²⁹³. No queremos con ello dar a entender que la entidad de crédito asegure o preste garantía del pago del cheque, puesto que no creemos que asuma dicha obligación por el hecho de informar sobre la provisión. Por el contrario, la entidad de crédito que proceda al pago del cheque confiando en la existencia de provisión podrá dirigir una reclamación por daños y perjuicios contra la entidad librada que no prestó diligentemente²⁹⁴ la información solicitada²⁹⁵.

VÉRGEZ, M., "La responsabilidad del banco frente al tenedor...", op. cit., págs. 2726 y ss.; RAMOS HERRANZ, I., "El pago de cheques como servicio inherente al depósito de fondos", DN 1995, nº 58/59, pág. 7; la misma autora en "Verificaciones que ha de realizar el banco librado con ocasión del pago de cheques", RDBB 1995, pág. 1021. Nuestra jurisprudencia ha tenido igualmente ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre las obligaciones asumidas por el librado en orden a la comprobación de la regularidad del título y a su pago cuando existan fondos en la cuenta, como obligación derivada del servicio de caja, y los supuestos en los que incurre en responsabilidad, pudiendo citar, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo, 7 de junio y 9 de julio de 1984 [R] 1984, 2462, 3217 y 3802], y de 31 de julio de 1995 [R] 1995, 5924], comentada por VAREA SANZ, M., op. cit., págs. 139 y ss. Igualmente, en cuanto a las Audiencias, puede consultarse la SAT de Barcelona (Sala 2ª), de 7 de mayo de 1982 (RJC, 1982, IV, pág. 861), comentada por VEGA PÉREZ, F., "Responsabilidad bancaria por impago indebido de cheque", RDBB 1983, págs. 676 y ss.

²⁹³ Indudablemente la prueba constituye un grave problema al hablar de informes comerciales, y, en este caso en concreto, de conformidad telefónica de cheques (en este sentido, GÓMEZ SEGADÉ, J. A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1209; DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., "El cheque y su vigente configuración legal", op. cit., pág. 199, donde, como supuesto de intento de asegurar el pago del cheque, se refiere a "la información simple sobre el saldo de la cuenta a cuyo cargo esté librado el cheque, que no se hace constar ni en el documento ni en los libros del Banco, y por consiguiente que no impone obligación alguna diferente de la de ser veraz, y ésta de difícil comprobación y prueba"). Sin embargo, la dificultad de prueba no afecta a la naturaleza y efectos de dicha prestación de informes.

Además, como ha tenido ocasión de manifestar la jurisprudencia italiana, para la prueba de la existencia de dicha confirmación deben tenerse en cuenta, no sólo los testimonios, -normalmente contradictorios- de los empleados de ambas entidades, sino también otras circunstancias que permitan reconstruir de una forma razonable el contenido de la solicitud de información y de la respuesta proporcionada (véase al respecto BUTTARO, L., "Note in tema di benessere telefonico...", op. cit., págs. 179 a 181).

²⁹⁴ Pensemos en supuestos como la prestación de un informe falso, negando la

B) INFORMACIONES SOBRE LA SOLVENCIA DEL LIBRADOR

Un segundo supuesto que puede producirse en la práctica surge cuando ante la solicitud de información por parte de la entidad de crédito que recibe el cheque para su cobro, la entidad librada preste simplemente información general sobre la solvencia y conducta empresarial y financiera del librador del cheque.

En este caso, la entidad informante podrá incurrir en responsabilidad por la incorrección, insuficiencia o ambigüedad de aquélla²⁹⁶. Como ya hemos indicado en el apartado anterior, la entidad no garantiza el pago del cheque, por lo cual la responsabilidad en la que incurre por suministrar una información falsa o defectuosa es "totalmente independiente de la suerte que pueda correr el cheque y del pago del mismo en el momento de su presentación"²⁹⁷.

existencia de provisión en la cuenta en el momento en que el cheque se presenta al pago en la entidad solicitante de la misma, o bien en el supuesto contrario. Dichos informes podrían llegar a prestarse en dicho sentido de forma consciente, cuando ante un cliente con problemas de liquidez al cual debe adeudarse un plazo de amortización de un préstamo que mantiene con la entidad, se niega la existencia de la provisión para evitar así la disminución de fondos en la cuenta. Se trataría, en este caso, de una actuación dolosa de la entidad de crédito, que, no obstante, será de difícil prueba por el solicitante de la información.

²⁹⁵No debemos confundir, por tanto, la prestación de una garantía de pago del cheque con la obligación resarcitoria derivada de una acción de responsabilidad.

²⁹⁶GÓMEZ SEGADE, J. A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1202, propone un ejemplo muy gráfico que daría lugar a responsabilidad por parte de la entidad de crédito, como es aquel en el cual se informa de que el librador del cheque ha sido un buen cliente y que en los últimos años ha tenido un saldo medio de varios millones de pesetas, pero no se precisase que en el momento en que se solicita la confirmación carece de fondos en su cuenta.

²⁹⁷GÓMEZ SEGADE, J. A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1202. No obstante, en la práctica únicamente podrá ejercitarse una acción contra la entidad de crédito librada cuando el cheque no llegue a buen fin y la entidad de crédito pagadora hubiese confiado en un informe favorable de la librada, esto es, cuando se

C) CONFIRMACIÓN TELEFÓNICA SOBRE LA EXISTENCIA DE PROVISIÓN.

Aun cuando, como es sabido, el procedimiento de emisión de conformidades telefónicas vinculantes ha sido suprimido por la Circular 6/94 del Consejo Superior Bancario, la obligación de emplear toda la diligencia exigible para el pago del cheque por parte de la entidad librada puede derivar de un pacto establecido entre entidades, por el cual en los supuestos en los cuales se confirmen sus respectivos cheques, queden obligadas²⁹⁸. Este pacto tendrá naturaleza

hubieran ocasionado daños a la entidad de crédito pagadora.

Al tratarse este supuesto de un caso general de información sobre solvencia, nos remitimos al estudio más detallado sobre el mismo que se realizará en los capítulos siguientes.

²⁹⁸ En efecto, con anterioridad, las entidades de crédito podían adherirse al procedimiento establecido en las normas interbancarias aprobadas por el Pleno del Consejo Superior Bancario, y cuyo cumplimiento a todas las entidades fue recomendado a todos los bancos, mediante circular del Consejo Superior Bancario número LV/86, de 11 de julio. El resultado que deriva del cumplimiento de tales normas es, para algún autor, que la entidad de crédito librada que prestaba la confirmación no se obligaba simplemente a bloquear la provisión, sino que quedaba obligada directamente al pago (en este sentido, GÓMEZ SEGADE, J. A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1205). Por el contrario, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico...*, op. cit., pág. 806, y BALDÓ DEL CASTAÑO, V., y CALAVIA MOLINERO, J. M., *El cheque...*, op. cit., pág. 495, optaban por señalar que en este caso la entidad informante quedaba únicamente obligada al bloqueo de saldo suficiente para cubrir el cheque. En el mismo sentido se ha pronunciado alguna resolución de los tribunales franceses, como la Sentencia de 8 de enero de 1991 (Com., Crédit Agricole de l'Ariège c./Benot), con nota de CABRILLAC, M., y TEYSSIÉ, B., RTDCom. 44 (2), 1991, págs. 264 y 265, en la cual se manifiesta que el bloqueo de fondos como resultado del contrato de cheque encuentra una limitación en los cheques emitidos con anterioridad, cuyo pago podría ser exigido por sus tenedores.

En la doctrina italiana, niegan la existencia de una obligación directa de pago por la entidad librada, MACCARONE, S., "Problemi in tema di responsabilità della banca per mancato pagamento...", op. cit., págs. 184 y ss.; SAMPIETRO, L., "Responsabilità della banca per false o erronee...", op. cit., pág. 413; VERZARO, P., "Ammortamento del titolo smarrito e responsabilità della banca", nota a la Sentencia del Tribunale di Napoli de 19 de octubre de 1987, BBTC 1990-II, págs. 128 y 129. No obstante, otros autores defienden la existencia de un pacto extracambiarario por el cual se obligasen al pago del cheque (que sería, en definitiva, el posible efecto de la adhesión a las normas interbancarias dictadas en nuestro país). Entre ellos podemos citar a

extracambiaria²⁹⁹, como se deriva de la norma contenida en el art. 109 LCCh, que prohíbe la aceptación del cheque, y quedará amparado por el principio de libertad de pactos consagrado en el art. 1255 del Cc.

En estos supuestos, en los cuales la entidad se compromete a garantizar el pago del cheque, reteniendo³⁰⁰ saldo en cuantía suficiente para ello en la cuenta del librador, se plantea otro importante problema. Se trata de la posibilidad de impedir con esta práctica el pago de otros cheques librados por el cliente, incluso con anterioridad al

GERACI NERVO, A., "Rapporto interbancario e reperibilità della provvista presso la banca trattaria", en AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, (Banco di Sardegna-CIDIS), Milano, 1986, pág. 203.

²⁹⁹No puede ser de otra manera por cuanto el art. 131 LCCh prohíbe que el aval pueda ser prestado por el librado, lo que supone que éste no puede asumir una obligación cambiaria de pago (MUÑOZ MARTÍNEZ, N., "La irrevocabilidad del cheque", en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. III, *Contratos mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la Navegación*, Madrid, 1996, pág. 128).

En este sentido, pueden citarse, en la doctrina italiana, GERACI NERVO, A., "Rapporto interbancario e reperibilità della provvista...", pág. 203, quien reconoce, en los casos en que la entidad de crédito se obliga a no permitir una disposición sobre el importe de la provisión, obligándose al pago del cheque, la existencia de un contrato de mandato, que ha de distinguirse de las cláusulas de correspondencia sobre intercambio de servicios entre las entidades de crédito, así como de otro tipo de negociaciones entre entidades de crédito, contratos atípicos (pág. 202); y BILE, F., "In tema di benessere telefonico...", op. cit., págs. 510 y ss. Ya aludía a ello en nuestra doctrina GÓMEZ SEGADÉ, J. A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1206, al reconocer que cabía un pacto entre entidades por el cual se reconociera eficacia vinculante también a una conformidad que no llenara los requisitos exigidos por las normas interbancarias. De este modo, cabría pensar en la existencia de pactos de negociación entre entidades de crédito, por los cuales se obligasen a prestar la conformidad de un modo vinculante de los cheques que se les presenten al pago emitidos contra la cuenta que el librador posee en la entidad de crédito confirmante. En estos supuestos, la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación que pesa sobre la entidad de crédito confirmante obligaría a resarcir el daño sufrido a la entidad que, confiando en el bloqueo de la cuenta, haya procedido al pago del cheque (GERACI NERVO, A., "Rapporto interbancario e reperibilità della provvista...", op. cit., pág. 206).

³⁰⁰ Hablamos de retención del saldo y no de bloqueo del mismo, puesto que mientras la primera de las operaciones supone simplemente impedir la disponibilidad de una parte (o, en su caso, de todos los fondos depositados), el bloqueo de la cuenta lo que produce es la inoperatividad de la misma, puesto que no cabrá en dicho caso realizar ingreso ni cargo alguno.

libramiento de aquél que ha sido objeto de confirmación. En realidad, no parece que por el hecho de la existencia de un contrato de cuenta corriente bancaria entre la entidad librada y el librador, que incluye como prestación característica del mismo el servicio de caja, y dentro de éste, el pago de los cheques librados contra dicha cuenta, venga autorizado el librado a realizar el cargo en el momento en el cual presta la conformidad, a no ser que, como hace algún autor, se acepte la existencia en estos supuestos de un contrato mixto, uno de cuyos componentes es el contrato de comisión³⁰¹, que impondría a la entidad el encargo de pagar el cheque.

Para evitar dicho problema, las normas interbancarias que regulaban la conformidad telefónica vinculante establecían la conveniencia de que las entidades de crédito realizaran dicha operación de retención del saldo con el consentimiento del cliente, de tal modo que éste pudiera así conocer esta circunstancia y prever la posibilidad de que algún otro cheque ya emitido no pudiera ser pagado. Dicho consentimiento podía prestarse individualmente para cada supuesto o bien incluirse como condición general en el documento contractual³⁰².

En el supuesto en que, sin contemplar dicha posibilidad en las condiciones generales o particulares del contrato, la entidad librada procediese a la retención del saldo de la cuenta, impidiendo, por caso,

³⁰¹ GÓMEZ SEGADÉ, J. A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1205.

³⁰² No obstante, no era válida la cláusula que permitía realizar dicha retención del saldo necesario para el pago del cheque, por una confirmación concedida fuera del período de irrevocabilidad del cheque establecido en el art. 135 LCCh.

No debe tampoco olvidarse la posibilidad de que por medio de dichas operaciones se causasen perjuicios a los clientes, a través de una incorrecta valoración de los abonos y cargos realizados.

el pago de otros cheques emitidos por el librador, incurría en responsabilidad³⁰³, no sólo por el importe del cheque impagado, sino en concepto de resarcimiento por la devolución del cheque, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad del librador, que conforme al art. 118 LCCh, garantiza el pago³⁰⁴.

Por lo tanto, en los supuestos en los cuales exista dicho pacto entre entidades de crédito, el impago del cheque por inexistencia de cobertura suficiente en la cuenta del librador provocará la responsabilidad de la entidad librada³⁰⁵. La tomadora tendrá derecho a

³⁰³ Por el contrario, GERACI NERVO, A., "Rapporto interbancario e reperibilità della provvista...", op. cit., pág. 207, considera que la entidad de crédito asume una obligación de *non facere*, en tanto debe dirigirse a impedir la disposición de los fondos existentes en la cuenta para finalidades distintas del pago del cheque sobre el cual se ha otorgado la conformidad; en el mismo sentido, BILE, F., "In tema di benessere telefonico...", BBTC 1963-II, op. cit., págs. 515 y 516. Sin embargo, como acertadamente señala BUTTARO, L., "Informazioni sulla provvista e benessere...", op. cit., págs. 383 a 385, esta conclusión no puede ser compartida, ya que no puede justificarse ni por el pacto de cheque ni por las normas sobre mandato aplicables a la misma. Efectivamente, concluye el citado autor que "con la convención de cheque el banco librado asume el encargo de proveer por el cliente-librador al pago de cheques dentro del servicio de caja y de utilizar los fondos que le vendrán enviados por el cliente para pagar las sumas indicadas en los títulos por él emitidos en el orden (al menos como regla) en que le son presentados; de aquí la posibilidad que tiene el banco de obligarse personalmente frente a un tercero a pagar o a dar mandato a otro de pagar por su cuenta y en su nombre siempre que ello sea necesario (o simplemente útil) para el cumplimiento del encargo, pero no aquella de comprometerse frente a un tercero a no pagar los cheques, lo cual supondría una abierta violación del mandato conferido... estaría además en contraste con la función de pago del cheque y con el interés público en su realización...; ello basta, en mi opinión, para afirmar la nulidad de esta obligación por contradicción con los principios generales de nuestro ordenamiento y el orden público". En el mismo sentido, BOZZO, C., "Pagamento di assegni di conto corrente in seguito a conferma telefonica o telegrafica della banca trattaria", BBTC 1949-I, págs. 186 y ss. En general, sobre la obligación asumida por el librador y por la entidad de crédito librada, puede consultarse FERRI, G., "L' assegno bancario come atto di utilizzazione della provvista", BBTC 1960-I, págs. 1 y ss.

³⁰⁴ Dispone el art. 118 LCCh que "el librador garantiza el pago. Toda cláusula por la cual se exonere de la garantía del pago se considerará como no escrita".

³⁰⁵ En este sentido, la Sentencia del Tribunale di Milano de 12 de mayo de 1988, BBTC 1990-II, págs. 544 y ss., considera que la información errónea es causa adecuada para originar la responsabilidad en la entidad de crédito librada, y, en esta línea, añade el Tribunal que "no puede dudarse, de hecho, que tal comportamiento aparezca

ser indemnizada, como mínimo, por el importe del cheque, cuyo pago realizó previa confirmación de la entidad librada. Debe recordarse, no obstante, que dicha responsabilidad no es cambiaria, sino que se trata de responsabilidad contractual, extracambiaria³⁰⁶, pudiendo en todo caso repetir la entidad librada contra el librador, que es el verdadero obligado cambiario al pago del cheque.

Distinto será, por lo tanto, el supuesto en el cual se proporcione simplemente información sobre la existencia o inexistencia de la provisión. Se plantea también aquí una duda sobre la obligación que asume la entidad informante, esto es, si realmente se obliga a retener saldo suficiente para cubrir el importe del cheque. Del tenor de distintas normas de la Ley Cambiaria podría derivarse una respuesta afirmativa a la cuestión planteada³⁰⁷, entendiéndose que, dada la

como causa adecuada y suficiente del daño, siendo presumible, que si la indicación sobre la existencia de provisión en la cuenta corriente hubiese sido negativa (o sólo dubitativa), el pago no se hubiera efectuado".

E incluso en la Sentencia de la Corte di Appello di Milano de 16 de febrero de 1990, BBTC 1991-II, págs. 368 y ss., con nota de CIRILLO, F., "Giacenza in sospeso" dei titoli presentati all'incasso...", op. cit., págs. 377 y ss., se reconoce la responsabilidad de la entidad librada que omite, durante un período prolongado de tiempo, proporcionar información sobre la situación de la cuenta del cliente, el cual devino con posterioridad insolvente. Igualmente, la Sentencia de la Corte di Appello di Venezia de 22 de noviembre de 1991, BBTC 1993-II, págs. 411 y ss., con nota de GUERRERA, F., "Sugli obblighi della banca mandataria per l'incasso nei casi di smarrimento del titolo", págs. 414 y ss., se establece la responsabilidad de la entidad por el retraso en la comunicación a que estaba obligada por el extravío del título; en el mismo sentido, Sentencia de la Corte di Cassazione de 13 de enero de 1993, n. 343, BBTC 1994-II, págs. 258 y ss., con nota de PERRONE, A., "Lo status (professionalità e responsabilità) dell'impresa bancaria in una recente sentenza della Cassazione", págs. 266 y ss.

³⁰⁶ En nuestra doctrina se refieren a las obligaciones de la entidad librada como obligado extracambiario, entre otros, RAMOS HERRANZ, I., "El pago de cheques como servicio inherente...", op. cit., pág. 7; MUÑOZ MARTÍNEZ, N., "La irrevocabilidad del cheque", op. cit., págs. 1312 y 1313.

³⁰⁷ Podrían aportarse como argumentos en favor de esta postura, el artículo 108, 2º LCCh, que obliga al librado a efectuar el pago del cheque si existen fondos a disposición del librador en el momento de la presentación; el art. 138 LCCh, que establece un plazo en el que no surte efecto la revocación; el artículo 110, 2º LCCh, que obliga al librado a bloquear los fondos necesarios para el pago del cheque, cuando

confianza existente entre las entidades de crédito, la presentación al pago del cheque en otra entidad puede asimilarse a la presentación directa del cheque al librado, o, en todo caso, estimando que dicha obligación deriva del respeto al principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones³⁰⁸.

Sin embargo, estimamos que no puede en ningún caso asimilarse la presentación directa del cheque al librado a la presentación a una entidad de crédito distinta, puesto que con carácter previo al pago del cheque el librado debe realizar un examen diligente para determinar la corrección del documento, comprobando en particular la firma del librador³⁰⁹. También debe ser tenido en cuenta

estampa sobre el mismo el visado o confirmación debidamente firmados. A los dos primeros preceptos mencionados alude nuestro TS en Sentencia de 13 de febrero de 1995 [RJ 1995, 848], subrayando que "el artículo 108 de la Ley Cambiaria y del Cheque... impone a la entidad librada la obligación de abonarlo, si tiene fondos del librador en el momento de la presentación. Obligación independiente de las circunstancias que puedan darse entre quien libró el cheque y el tenedor. Con las únicas excepciones de la pérdida o privación ilegal del cheque, haciendo de éste un mandato de pago irrevocable dentro del plazo de quince días (artículo 138 de la Ley Cambiaria y del Cheque)". Dicho mandato de pago no excluye, sin embargo, la posibilidad de que la entidad de crédito ante la cual se presentó el cheque para su pago mediante ingreso en cuenta del tenedor, compruebe con anterioridad a la finalización del plazo de quince días la inexistencia de fondos para el pago del mismo en la cuenta del librador, procediendo en consecuencia a la anotación de un adeudo en la cuenta del tenedor, ante la insatisfacción del título por el librador del mismo (VAREA SANZ, M., "Comentario a la STS de 31 de julio de 1995", op. cit., págs. 144 y ss.).

³⁰⁸En este sentido GÓMEZ SEGADE, J.A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1209, quien además señala que "sea cual fuere el fundamento para exigir responsabilidad al banco librado confirmante, en la mayoría de las ocasiones el problema radicará en proporcionar la prueba de que se ha producido la conformidad telefónica", problema que no se planteaba en los supuestos de conformidad telefónica vinculante acogida a las normas interbancarias.

³⁰⁹Es ésta una de las razones que han motivado la supresión de las conformidades vinculantes, puesto que si bien en las normas que las establecían, se imponía a la entidad tomadora la obligación de comprobar la autenticidad de la firma del librador, no era ésta realizada por la entidad de la cual era cliente, la cual, en determinados casos, podría ser capaz de detectar más fácilmente posibles falsificaciones (véase VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 735).

el comportamiento del cliente en los supuestos en que la firma parezca dudosa; en tal caso, la entidad librada reclamará al propio librador su consentimiento, cuando persistan dudas sobre la legitimidad del documento. No creemos, por tanto, que la entidad de crédito librada quede obligada a retener saldo suficiente para el pago del cheque³¹⁰ por el mero hecho de prestar la conformidad sin realizar manifestación alguna relativa a su intención de asumir dicha obligación³¹¹.

La doctrina italiana ha resaltado la importancia de la comprobación de la regularidad del documento. Véanse, entre otros, ALAGNA, E., "Brevi note in tema di benessere...", op. cit., pág. 70, quien afirma que "la verificación de la autenticidad de la firma es un requisito indispensable para el (legítimo) pago del cheque; por eso, ni la conformidad ni el bloqueo de los fondos pueden ser equiparados a una autorización de pago (incondicionada)"; MAIMERI, F., "Note in tema di benessere telefonico", op. cit., pág. 1276, subraya igualmente la importancia del control de regularidad formal del título, señalando que la imposibilidad por la entidad de crédito librada de proceder a él, aun en el supuesto de que se reconociese la existencia de un mandato extracambiarario de pago, produciría como consecuencia un uso del título no conforme con los principios de la técnica bancaria (en idéntico sentido, BOZZO, C., "Pagamento di assegni di conto corrente...", op. cit., págs. 190-191).

Sin embargo, creemos que este tipo de cuestiones perderán relevancia por cuanto los medios electrónicos de pago hacen cada vez más sencillas estas comprobaciones. (BÜLOW, P., "Scheckprüfungspflicht der Kreditinstitute im Umbruch", WM 1/1997, pág. 12).

³¹⁰ BUTTARO, L., "Informazioni sulla provvista e benessere...", op. cit., pág. 388, quien señala que con la conformidad (vinculante) el banco librado únicamente se compromete a no rechazar el pago del cheque por falta de fondos, de tal modo que así "se reserva el derecho de controlar la regularidad de la legitimación cambiaria del portador y de verificar la validez del título y la autenticidad de la firma del librador y de otra parte, si el título es válido y el portador cambiariamente legitimado, se obliga a pagar la suma indicada en el cheque". En estos casos, sí se procederá por el banco librado al bloqueo de la cantidad suficiente para el pago del cheque, por cuanto ello constituye "una consecuencia del hecho que, tras la asunción por parte de la entidad de crédito librada de la obligación, personal y directa, de pagar, la provisión correspondiente al importe del título se puede en cualquier caso considerar salida y del patrimonio del librador o cuanto menos constituye una medida de autotutela de la entidad de crédito, consentida por la convención de cheque". También BOZZO, C., "Pagamento di assegni di conto corrente...", op. cit., págs. 186 y ss.

³¹¹ Se trata, como afirma MAIMERI, F., "Note in tema di benessere telefonico", op. cit., pág. 1272, de que la obligación de la entidad de crédito librada se limita a la exactitud de la información suministrada, pero no responde, como bien señala MOLLE, G., *I titoli di credito bancari*, Milano, 1972, pág. 231, "de los sucesivos movimientos de la cuenta, que, por orden directa o indirecta del cuentacorrentista disminuyan los

En los supuestos en los cuales la entidad de crédito librada no se obliga ni tan siquiera a la retención de fondos suficientes en la cuenta del librador³¹², se plantea otro problema fundamental como es el de la responsabilidad de la entidad de crédito confirmante por la emisión de informaciones falsas o inexactas.

Cuestión distinta de la obligación que pueda asumir la entidad librada al prestar la confirmación del cheque será, en todo caso, la responsabilidad en que incurra si ha proporcionado datos falsos o erróneos, favoreciendo de este modo en la entidad pagadora del cheque la seguridad, contraria a la verdadera situación del librador, de que existen fondos suficientes para cubrir el importe del cheque en el momento de la solicitud de información³¹³.

fondos declarados existentes por la entidad de crédito informante; ni tampoco responderá por hecho propio, si ha compensado contra dichos fondos créditos que ostentaba frente al librador del cheque, puesto que con el suministro de información sobre la provisión la entidad de crédito no ha querido perjudicar los eventuales derechos que ostente frente al cuentacorrentista". En el mismo sentido, SAMPIETRO, L., "Responsabilità della banca per false o erronee informazioni", en AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche* (Banco di Sardegna-CIDIS), Milano, 1986, pág. 413, nota 6 (con cita de la Sentencia de la Corte di Cassazione de 29 de noviembre de 1973, n. 3276, Arch. resp. civ. 1974, pág. 62); VERZARO, P., "Ammortamento del titolo smarrito...", op. cit., págs. 128-129.

Por el contrario, en los supuestos en que conste expresamente la obligación de la entidad confirmante, ésta se comprometerá frente a la entidad de crédito tomadora del cheque y solicitante de la conformidad, a que no verá rechazado el pago del mismo por falta de fondos en la cuenta del librador. En este sentido, BUTTARO, L., "Informazioni sulla provvista e benessere...", op. cit., pág. 388; GERACI NERVO, A., "Rapporto interbancario e reperibilità della provvista...", op. cit., pág. 203.

³¹² Todos los supuestos a los cuales se está haciendo referencia han sido objeto de pronunciamientos por parte de la jurisprudencia italiana, que subraya la diferenciación existente entre las distintas posibilidades que en la práctica pueden presentarse en relación con la información sobre la existencia de provisión, así entre el reconocimiento de un mandato extracambiario dirigido al pago del cheque; la obligación de no disponer de la provisión; o bien la simple información sobre la existencia de la provisión (en este sentido, Sentencia de la Corte di Appello di Roma de 27 de enero de 1964, BBTC 1964-II, pág. 82).

³¹³ GERACI NERVO, A., "Rapporto interbancario e reperibilità della provvista...", op. cit., pág. 206; GOMEZ SEGADE, J.A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1208. E igualmente surgirá en estos supuestos el problema de determinar si

La doctrina ha considerado que la prestación de informaciones sobre la existencia de la provisión es una práctica de colaboración entre entidades de crédito, permitiendo de este modo la confirmación de la existencia de fondos para el pago del cheque³¹⁴. Para estos autores, la responsabilidad en que incurre la entidad librada que presta una información que no responde a la realidad, es responsabilidad extracontractual o aquiliana³¹⁵. La declaración sobre la existencia de

es necesario para comprometer la responsabilidad de la entidad de crédito que la conformidad telefónica haya sido proporcionada por un sujeto con facultades para vincular negocialmente a la entidad, posición que ha sido mantenida por la Sentencia de la Corte di Cassazione de 12 de noviembre de 1954, n. 4219, pero criticada por la doctrina. A este respecto, señala MAIMERI, F., "Note in tema di benessere telefonico", op. cit., pág. 1273, que dicha cuestión se resolverá finalmente en una relación interna entre la empresa y el trabajador, de tal modo que únicamente se verá exenta de responsabilidad la entidad de crédito cuando la inexactitud de la información se deba a un acto doloso del dependiente, que actúa por fines exclusivamente egoístas y privados, ajenos totalmente a los propios de la entidad (DI AMATO, F., "Natura ed effetti del c. d. "benefondi" bancario", Giust. Civ. 1975-I, pág. 467).

³¹⁴ALAGNA, E., "Brevi note in tema di benessere telefonico", op. cit., pág. 60, quien la considera "mera práctica comercial, adoptada por varias oficinas bancarias por motivos de oportunidad y de comodidad recíproca, pero sin el vínculo de un deber o con una serie de reservas (implícitas o explícitas) de tal modo que convierten en más problemática incluso la simple actuación espontánea de la relación", constituyendo, según el autor citado "una consecuencia del poder de los bancos de intercambiarse informaciones recíprocas".

En la doctrina y jurisprudencia italianas es normal la consideración de la solicitud de información sobre la existencia de provisión no como una relación contractual cuyo objeto es la información solicitada, sino como una mera práctica usual entre entidades de crédito (en este sentido, además de los autores ya citados, MOLLE, G., *I contratti bancari*, op. cit., pág. 80; GERACI NERVO, A., "Rapporto interbancario e reperibilità della provvista...", op. cit., pág. 208). No obstante, en esta línea, matiza SAMPIETRO, L., "Responsabilità della banca per false...", op. cit., págs. 413-414, que, al tratarse de una práctica jurídica consuetudinaria, su violación supondrá el incumplimiento de un deber contractual.

³¹⁵ En la doctrina italiana, BUTTARO, L., "Informazioni sulla provvista e benessere...", op. cit., pág. 374; por su parte, ALAGNA, E., "Brevi note in tema di benessere...", op. cit., págs. 70 y 71, considera que "obligación específica de la entidad de crédito es en realidad aquella de suministrar noticias verdaderas. Las informaciones, en otros términos, aun cuando sean genéricas, no deberán inducir a error a la entidad negociadora o al beneficiario del título. Las noticias deberán, por tanto, referirse a la exacta situación de la cuenta en el momento en el cual se reclame la conformidad (y eventualmente el *bloqueo* de las cuentas), y las falsas declaraciones y

provisión dada por la entidad de crédito, adquiere una gran relevancia para el solicitante de la información a los efectos de decidir el comportamiento a llevar a cabo. Por tanto, no puede negarse el concurso de la conducta de la entidad de crédito librada en el daño ocasionado a la entidad tomadora que paga el cheque, la cual, si hubiese tenido noticias de la falta o insuficiencia de los fondos, hubiera rechazado el cheque o hubiera procurado asegurar sus intereses de un modo más oportuno, estimando que en estos casos se está ante una responsabilidad por el daño o responsabilidad extracontractual. Resulta también evidente para este sector doctrinal que la entidad que ha proporcionado informaciones que no se corresponden con la situación real de la cuenta del librado, responde de la actuación de sus auxiliares, sujetos que han prestado directamente dichas informaciones³¹⁶.

aquellas en cualquier caso erróneas comportarán una precisa responsabilidad ex art. 2043 cod. civ.". En cuanto a los pronunciamientos de los tribunales italianos, Sentencia de la Corte di Cassazione de 30 de octubre de 1963, n. 2909, y Sentencia de la Corte di Appello di Bologna, de 28 de julio de 1961, con nota de BILE, F., "In tema di benessere telefonico...", op. cit., págs. 500 y ss.; Sentencia de la Corte di Cassazione de 7 de febrero de 1979, n. 820, en Resp. civ. e prev. 1979, págs. 487 y ss.; Sentencia del Tribunale di Latina de 28 de abril de 1980, con nota de MARZONA, N., "Banca pubblica e responsabilità civile", op. cit., págs. 107 y ss.; Sentencia de la Corte di Appello di Milano de 16 de febrero de 1990, con nota de CIRILLO, F., "Giacenza in sospenso" dei titoli presentati all'incasso...", op. cit., págs. 368 y ss.; Sentencia de la Corte di Cassazione, sez. un., de 20 de noviembre de 1992, n. 12388, BBTC 1994-II, págs. 10 y ss., con nota de BONOMI, A., "Giurisdizione e responsabilità aquiliana della banca per illegittimo pagamento di assegno non trasferibile", págs. 13 y ss.

Además de esta posibilidad, en nuestra doctrina, apunta GÓMEZ SEGADE, J.A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1207, que la responsabilidad que surge en estos casos es una responsabilidad precontractual, o por *culpa in contrahendo*, "dado que la solicitud de confirmación telefónica por el banco tomador abre el camino para el pago del cheque por parte del librado, con el consiguiente nacimiento de un vínculo negocial entre banco tomador y banco librado en virtud del contrato de entrega del cheque".

³¹⁶ GÓMEZ SEGADE, J.A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 121; en la doctrina italiana, véase GERACI NERVO, A., "Rapporto interbancario e reperibilità della provvista...", op. cit., pág. 209. DI AMATO, F., "Natura ed effetti del c.d. "benefondi" bancario", op. cit., pág. 467, defiende la idea de que "para que sea

En nuestra doctrina se ha defendido la existencia de responsabilidad por *culpa in contrahendo* de la entidad librada en estos casos³¹⁷. No obstante, no creemos que al supuesto objeto de análisis le resulte de aplicación dicho instituto, puesto que, si bien la información sobre la provisión tendrá efectos sobre las relaciones posteriores entre la entidad librada y la que recibe el cheque para su cobro, lo que se establece entre ellos es un contrato de prestación de informes comerciales.

No parecería descabellado pensar que en los supuestos en los cuales se presta simplemente información sobre la existencia de provisión nos encontramos ante un contrato de prestación de informes comerciales³¹⁸. De hecho, parte de la doctrina defendía la existencia de una relación contractual en los casos en que era prestada una confirmación telefónica vinculante acogida a las normas interbancarias³¹⁹, y la consideraba un contrato mixto (de "suministro"

responsable la entidad librada, es necesario, como se desprende implícitamente de la motivación de la decisión anotada, que la inexactitud de la información no se deba a acto doloso del dependiente, que actúe por fines exclusivamente egoístas y privados, extraños a aquellos propios de la entidad". En idéntico sentido, FERRARA, F., *Le persone giuridiche*, Torino, 1958, pág. 341.

³¹⁷ En este sentido, GÓMEZ SEGADE, J. A., "La confirmación telefónica...", op. cit., págs. 1202 y 1207, quien señala que "la información solicitada va a tener efectos sobre relaciones negociales que van a establecer en el futuro con ocasión del cobro del cheque el banco tomador y el banco librado". Como apoyo a su argumento cita la opinión de CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, op. cit., págs. 577 y ss. En Alemania, la Sentencia del BGH WM 1980, 586 entendió que la confirmación usual en el tráfico bancario implica que el cheque sería pagado si se presentase en el momento de la información, por lo que la declaración se hace, por tanto, con la reserva de que el librador mantenga saldo en la cuenta y de que se compruebe la regularidad formal del cheque.

³¹⁸ Véase *infra* Capítulo II de esta segunda parte.

³¹⁹ Aprobadas por el Pleno del Consejo Superior Bancario el 30 de junio de 1986, recomendándose la adhesión de todas las entidades de crédito mediante Circular LV/86. El procedimiento fue suprimido por Circular 6/94 del, como es sabido, hoy disuelto Consejo Superior Bancario.

de informes comerciales y de comisión), reconociendo además que dicha entidad queda obligada al pago del cheque³²⁰.

La importancia de precisar la naturaleza de la relación reside en que tal extremo condiciona el tipo de responsabilidad en que incurrirá la entidad confirmante. La determinación de la responsabilidad en la que puede incurrir la entidad de crédito adquiere gran relieve, por cuanto en la práctica de ello dependerán las consecuencias en relación a la capacidad, a la extensión de los daños resarcibles, a la prescripción y especialmente a la carga de la prueba³²¹. Si, como nosotros, se acepta la existencia de un contrato de prestación de informes comerciales bancarios, la responsabilidad tendrá naturalmente carácter contractual.

³²⁰En este sentido, GÓMEZ SEGADE, J.A., "La confirmación telefónica...", op. cit., pág. 1205, quien estima que en el primer caso "el Banco librado, al realizar la confirmación, emite una declaración de voluntad por la que queda vinculado contractualmente con el banco tomador. Nos encontramos ante un contrato mixto de suministro de informes comerciales y de comisión, que vincula a ambas partes desde el momento en que se han adherido a las normas interbancarias sobre conformidad telefónica vinculante". Si en este caso se reconocía la existencia de un contrato mixto entre el de prestación de informes comerciales y el de comisión (porque se obliga al pago del cheque) no parece aventurado pensar que en los supuestos en los cuales se preste únicamente la información sobre la provisión, sin ulteriores manifestaciones sobre la retención de los fondos o el pago del cheque, va a ser posible igualmente hablar de un contrato de prestación de informes comerciales.

³²¹RANIERI, F., "La responsabilità da false informazioni", en PORTALE, G. B., (a cura di), *Le Operazioni bancarie*, Vol. I, Milano, 1978, pág. 259. En efecto, dado que en el sistema de responsabilidad propio del ordenamiento italiano, al igual que en el nuestro, quien ha sufrido daños indemnizables por la vía de la responsabilidad extracontractual deberá probar, tanto el daño como la culpa del agente, la jurisprudencia italiana se ha referido a supuestos de relaciones entre dos entidades de crédito, en los cuales la entidad que ha sufrido los daños derivados de la falsa información sobre la provisión ha encontrado dificultad en la prueba de la culpa de la entidad librada. Pueden consultarse Sentencia de la Corte di Appello di Bari de 13 de abril de 1959, con nota de BUTTARO, L., "Note in tema di benessere telefonico...", págs. 171 y ss.; Sentencia del Tribunale di Roma, 14 de febrero de 1962, RDCom., 1963-II, pág. 377; Sentencia de la Corte di Appello di Roma, 27 de enero de 1964, BBTC 1964-II, pág. 82. No obstante, dichos obstáculos es cierto que se ven casi eliminados en la práctica por la aplicación por parte de la jurisprudencia de recursos que, como las presunciones de culpa, suponen una inversión de la carga de la prueba.

Los supuestos que se pueden presentar en la práctica son muy diversos. Desde la negligencia en la prestación de la información, a la emisión consciente de un informe que no coincide con la realidad para salvaguardar las expectativas de cobro de un crédito que la entidad librada ostentaba frente a su cliente-librador, nos encontramos ante casos en los cuales claramente el banco librado debe responder³²².

II. LA PRESTACIÓN DE INFORMES SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar con anterioridad³²³ la posición relevante de las entidades de crédito en la economía moderna las convierte en depositarias de un gran volumen de informaciones, que resultan además muy útiles para otros sujetos que operan en el mercado³²⁴. A esta circunstancia hay que añadir que a la entidad de crédito le resulta mucho más fácil saber, en el supuesto de que el solicitante de la información sea cliente suyo, en qué puntos se encuentra más necesitado de asesoramiento.

³²²En efecto, como señala SAMPIETRO, L., "Responsabilità della banca per false o erronee informazioni", op. cit., pág. 413, nota 6, es suficiente para generar la responsabilidad de la entidad de crédito que la conformidad ("benefondi") haya sido comunicada, incluso telefónicamente, por un empleado de la entidad, considerando por ello responsable a la misma conforme a lo dispuesto en el art. 2049 del Cc. italiano.

³²³Véase supra, Capítulo I de la primera parte.

³²⁴Como afirma LOCHER, T. H., *Grundlagen der Haftung einer Bank für Kreditauskünfte*, Dissertation, Universität Mannheim, 1970, pág. 1, los sujetos que contratan con una entidad de crédito no gozan en la mayor parte de las ocasiones de una visión tan completa del contexto económico, de modo que, depositando su confianza en ella, le solicitan consejo, bien para la ejecución y preparación de sus negocios individuales, bien para obtener información sobre la situación económica en general o sobre la situación patrimonial actual o pasada de su futuro contratante. De este modo, la prestación de informaciones por los bancos se convierte, más que en un servicio de empresa, en una prestación basada en la confianza.

No queremos confundir, sin embargo, los planos de asesoramiento sobre servicios ofrecidos por las entidades de crédito, que bien pueden ser calificados como prestaciones accesorias de otros contratos, como verdaderos contratos de asesoramiento o como tratos preliminares que pueden dar lugar a responsabilidad precontractual, con los informes comerciales bancarios. Igualmente, debe diferenciarse el supuesto de informes comerciales de la prestación de referencias bancarias, en las cuales un cliente solicita a su banco que proporcione dichas referencias, bien a cualquiera que las solicite, bien a sujetos determinados. En estos casos, entendemos que si la entidad ha adquirido tal compromiso con su cliente, estará obligada a prestar dichas informaciones.

Centrándonos, sin embargo, en el supuesto de informes comerciales bancarios en sentido estricto, esto es, aquellos solicitados para conocer la solvencia patrimonial y económica de otro sujeto, bien sea éste cliente o no de la entidad ante la cual se solicita la información, conviene especificar los supuestos que pueden presentarse en la práctica, destacando asimismo qué problemas de responsabilidad pueden plantearse³²⁵.

Cabe realizar inicialmente una clasificación de los supuestos. Es posible que el destinatario de la información sea quien directamente la utilice para, basándose en la misma, realizar o no disposiciones

³²⁵Como afirma BREINERSDORFER, S., *Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte...*, op. cit., pág. 20, se plantean en relación con los informes bancarios numerosas cuestiones, como son los criterios de corrección de los informes, la imputación del daño originado por los mismos, la posición de la entidad de crédito frente a la actuación de sus empleados, así como la posible concurrencia de culpa del usuario de los informes. Como trasfondo de todos estos problemas aparece siempre la determinación del fundamento de la responsabilidad por la emisión del informe falso o inexacto.

patrimoniales. De este modo, puede prestarse el informe comercial bancario a un cliente de la entidad informante, o bien, a otra entidad de crédito o sujeto que no sea cliente de aquélla. Igualmente, cabe el supuesto de que un representante de la entidad de crédito acompañe a uno de sus clientes a unas negociaciones contractuales, de tal modo que informe a la contraparte sobre la solvencia del mismo³²⁶.

En los demás casos existe un tercero, distinto al destinatario de la información, que será quien la utilice para adoptar una decisión que pueda tener consecuencias patrimoniales. Se trata de aquellos supuestos en los cuales una entidad de crédito requiere de otra un informe para uno de sus clientes³²⁷, incluyéndose igualmente aquí por algunos autores³²⁸ el supuesto en el cual el cliente pide a su banco que proporcione una certificación sobre sus relaciones financieras, con el fin de que dicha certificación circule entre aquellos sujetos, terceros, que pueden convertirse en futuros contratantes³²⁹.

Distinto será también el supuesto en el cual nos encontremos con un representante o dependiente de la entidad de crédito que en un

³²⁶ Son supuestos de informes comerciales que cita BREINERSDORFER, S., *Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte...*, op. cit., pág. 20.

³²⁷ Supuesto denominado por la doctrina alemana "informe de banco a banco en interés del cliente" (*Bank-zu-Bank-Auskunft im Kundeninteresse*). Sobre el mismo, véase BREINERSDORFER, S., *Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte...*, op. cit., pág. 20.

³²⁸ Véase BREINERSDORFER, S., *Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte...*, op. cit., pág. 20.

³²⁹ Si bien nosotros dejaremos, en principio, fuera de nuestro estudio este supuesto de hecho, en el cual se puede apreciar claramente la vinculación jurídica existente entre el cliente y la entidad de crédito específicamente con el fin de proporcionar dicha información. No obstante, queremos resaltar el aspecto del interés contractual de la entidad de crédito que proporciona la información, no sólo en este supuesto, sino en todos aquellos en los cuales la entidad de crédito procura ofrecer un máximo de servicios cualificados con el fin de aumentar sus posibilidades de atraer clientela y de mantener aquella que ya es destinataria de sus servicios.

ámbito ajeno al ejercicio de la actividad bancaria, proporcione informes comerciales a otro sujeto, por motivos de amistad, interés, o cualesquiera otros motivos lícitos³³⁰.

Fundamental será, pues, intentar delimitar las figuras que pueden presentarse en la práctica en orden a la determinación de su naturaleza, así como de la responsabilidad de ellas derivada.

No obstante, dada la falta de una regulación e incluso de normas interbancarias relativas al procedimiento y caracteres de la prestación de informes comerciales, resulta interesante realizar una breve exposición de la forma en que dicha práctica se desarrolla en otros países de nuestro entorno, para después proceder a un análisis más exhaustivo de la naturaleza de dichos informes comerciales y de la responsabilidad que por ellos contrae la entidad de crédito, aspectos que serán abordados en los capítulos siguientes. Sobre todo, nos centraremos en el ordenamiento alemán, donde existe una regulación

³³⁰Surgirá en estos casos el problema de dilucidar ante qué tipo de figura nos encontramos, esto es, si se trata en realidad de un contrato de informes comerciales que vincula a la entidad de crédito y origina su responsabilidad cuando el informe sea falso o inexacto, o si simplemente se trata de una información proporcionada a título de favor, que no originaría responsabilidad de la entidad, a salvo, claro está, la responsabilidad extracontractual que pueda derivarse para quien proporciona la información por los daños que la misma ocasione en su destinatario. Podemos plantear un ejemplo: imaginemos que un director de sucursal de una entidad de crédito se encuentra en una cena entre amigos. Uno de ellos le comenta que no sabe si es conveniente contratar con un determinado sujeto, que resulta a su vez cliente de la sucursal en cuestión. El empleado de la entidad de crédito tranquiliza a su amigo y le comenta que su posible cliente es un empresario de total fiabilidad, solvente y con liquidez. Distinto resultaría el supuesto si el director de la sucursal le comentara a su amigo que puede solicitar un informe a su entidad sobre dicho empresario, presentándose al día siguiente el interesado en la sucursal bancaria con el fin de solicitar el informe comercial. Estaría claro en este segundo supuesto que se compromete la responsabilidad de la entidad de crédito. En el primero resultará mucho más difícil demostrar la existencia de una actuación vinculante para la entidad (a diferencia de la prestación de un informe comercial en una comida de trabajo, por ejemplo, en la que el sujeto informante participa como director de sucursal, representando a la entidad de crédito).

de la forma, contenido y procedimiento de emisión de los informes, tanto en las Condiciones generales de los Bancos (*AGB der Banken*) y de las Cajas de Ahorros (*AGB der Sparkassen*), como en normas dictadas en colaboración por las entidades de supervisión en materia de protección de datos personales y los órganos de vigilancia del sector bancario³³¹.

A) CARACTERIZACIÓN INICIAL DE LA PRESTACIÓN DE INFORMES SOBRE SOLVENCIA.

En la práctica bancaria española es común la prestación de informes sobre solvencia, si bien no se trata normalmente de un servicio que goce de publicidad, ni que, en la mayoría de supuestos, constituya la función específica de un departamento dentro de la organización bancaria. A ello se une la forma en que son prestados dichos informes, sin constancia escrita en muchos casos, favoreciéndose de este modo la irresponsabilidad de las entidades de crédito ante las dificultades que presenta la prueba de su emisión y, sobre todo, de su contenido.

La práctica de los informes comerciales bancarios o informes sobre solvencia se desarrolla normalmente en las oficinas o sucursales de las entidades de crédito, de forma personalizada. Es común, por otra parte, su prestación sobre todo a los clientes de las mismas, por la relevancia que en las operaciones bancarias adquiere la confianza

³³¹*Gemeinsames Kommuniqué der Kreditwirtschaft und der Datenschutzbehörden zum Bankauskunftsverfahren* de fecha 17 de octubre de 1984.

entre entidad de crédito y cliente. No obstante, cabe igualmente su prestación a otros sujetos, aun cuando no se trate de clientes de la entidad informante, ya que ésta ostenta también un interés en el suministro de dichas informaciones. Se convierte, de este modo, la prestación de servicios de información comercial en un servicio accesorio, pero cualificado, de la entidad de crédito, que redundará en una mayor satisfacción del cliente, el cual necesita en determinados supuestos conocer la situación económica de otros sujetos con quienes desea contratar, a quienes pretende conceder crédito o avalar.

A la prestación de informes comerciales bancarios recurren no sólo empresarios o profesionales, incluidas las agencias de informes comerciales, sino también particulares, entre otras cosas porque la cualificación que se presume en las entidades de crédito a la hora de analizar los datos económicos, hace nacer en ellos la confianza de que serán correctos y les proporcionarán una imagen real de la conducta económica del sujeto sobre el cual versa el informe. A ello hay que añadir que los informes son prestados normalmente de forma gratuita. Simplemente en aquellos casos en los cuales la entidad realice en favor del solicitante gestiones adicionales para obtener datos concretos de registros públicos o la búsqueda de la información le hubiera originado gastos extraordinarios, el cliente podrá verse obligado a abonarlos, pero tal cosa no modifica la calificación del servicio como gratuito, puesto que no constituye una contraprestación por el servicio prestado.

A pesar de la importancia que normalmente tienen las informaciones proporcionadas para el destinatario de las mismas, el tema de los informes comerciales bancarios no ha sido analizado por

nuestra doctrina, salvo algunas excepciones ya mencionadas. Paralelamente, tampoco existen pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, a excepción de los supuestos de responsabilidad por pago de cheques, si bien normalmente las sentencias se refieren en estos casos a la responsabilidad de las entidades de crédito por pago de cheques falsos o falsificados³³².

Por el contrario, en Alemania, doctrina³³³ y jurisprudencia se han ocupado desde antiguo de la emisión de informes comerciales o informes sobre solvencia por las entidades de crédito, y ya las primeras condiciones generales³³⁴ de los bancos alemanes contenían, desde 1937, en su Nr. 10, normas específicas sobre los informes bancarios.

³³² Entre otras, SSTS de 1 de marzo de 1994 [RJ 1994, 1636]; 18 de julio de 1994 [RJ 1994, 6446]; 9 de marzo de 1995 [RJ 1995, 1847], y 26 de abril de 1996 (Sala 2ª) [RJ 1996, 2999], entre las más recientes. En nuestra doctrina, véanse, BATLLE SALES, G., *Pago del cheque falso: responsabilidad del banco*, Madrid, 1991; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Á., *La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado*, Valladolid, 1993; el mismo autor en "La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado: el artículo 156 LCCH a la luz de algunas resoluciones judiciales", RDBB 1996, págs. 1083 y ss.

³³³ Puede citarse, como uno de los primeros trabajos que se ocupó de la materia, el artículo de CORDES, V., "Die Kreditauskunft der Banken", BB 1949, pág. 90, quien inicia su breve nota sobre esta cuestión con la frase "un banco no es una agencia de información", afirmando a continuación que la solicitud de un informe a la entidad de crédito le supone un dilema entre el deber de secreto frente a su cliente, la solicitud legítima de información del requirente y la salvaguarda de sus propios intereses.

³³⁴ No debe olvidarse en ningún momento que se trata de condiciones generales, las cuales, como dispone el § 2 de su Ley reguladora (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB-Gesetz*, de 9 de diciembre de 1976), únicamente formarán parte del contenido contractual si el adherente las conoce efectivamente, facilitándolas el predisponente, de forma que el cliente pueda aceptarlas de forma expresa (al respecto, véanse FORSTMOSER, P., "Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung...", op. cit., págs. 11 y ss.; KÜMPEL, S., "Zur Anpassung der AGB der Banken an das AGB Gesetz", WM 1977, págs. 694 y ss.; LWOWSKI, H.-J., "Das AGB-Gesetz und die AGB der Banken", Die Bank 3/78, págs. 123 y ss.; SCHLENKE, R., *Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken und AGB-Gesetz*, Berlín, 1984, págs. 23 y ss.). Dispone el § 1 de las Condiciones generales de los bancos alemanes que dichas "condiciones generales serán de aplicación a las relaciones negociales entre los clientes y sucursales situadas dentro del territorio nacional... Junto a ellas se aplicarán para relaciones negociales concretas... condiciones especiales, que

Dentro del concepto de "informes bancarios" se incluían también los informes sobre solvencia y capacidad patrimonial (*Kreditauskünfte*), regulados en el Nr. 10, párrafo 1, punto 2 de las antiguas condiciones generales. Con su aceptación, el cliente autorizaba a la entidad de crédito para transmitir dichas informaciones a otros clientes de la entidad, a otras entidades de crédito e incluso a no clientes³³⁵.

Progresivamente fue aumentando la polémica sobre el procedimiento y la emisión de dichos informes, sobre todo en materia de protección de datos personales, de tal modo que se produjo una revisión de las condiciones generales en 1984³³⁶. Sin embargo, la nueva redacción no cambió en nada la situación anterior, plasmándose en ella únicamente un poco más de claridad en el

contienen derogaciones o adhesiones a dichas condiciones generales; las condiciones generales se pactarán con la entidad en la apertura de la cuenta o cuando se le emita una instrucción". Como garantía para el conocimiento de toda modificación sobre las mismas, establece el n° 2, que "cualquier modificación deberá ser comunicada por escrito al cliente. Se consideran aceptadas cuando el cliente no se haya opuesto también por escrito. Para dichos efectos el banco debe asegurarse de que el cliente ha conocido la comunicación. El cliente dispone de un plazo de un mes tras conocer la modificación operada para manifestar su oposición". En el mismo sentido, Nr. 1, 2° y Nr. 3 de las Condiciones Generales de las Cajas. Al respecto, véase el comentario que WAGNER-WIEDUWILT (K.) realiza de dichas normas en BuB 3.93, págs. 1/12 y ss.

³³⁵ SCHÖNLE, H., *Bank- und Börsenrecht*, 2ª ed., München, 1976, pág. 50.

³³⁶ Sobre la reforma, STEUER, S., "Neufassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum 1. Januar 1984", *Die Bank* 1/84, págs. 35 y ss.; HORN, N., "Die Neufassung 1984 der AGB...", op. cit., págs. 449 y ss.; WEBER, A., "Bankauskunftsverfahren neu geregelt", *Die Bank* 11/84, págs. 530 y ss.; conteniendo también la reforma de la Ley de Condiciones generales de 1986, BUNTE, H. J., SCHRÖTER, J., *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Sonderbedingungen der Kreditinstitute. -Neuere Entwicklungen sowie Änderung der AGB zum 1. Januar 1986*, Frankfurt am Main, 1986, págs. 44 y ss. Sobre las condiciones relativas a los informes bancarios con anterioridad a la reforma de 1984, REHBEIN, D., "Die Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken", *DB* 1976, págs. 997 y ss.; WERHAHN, J. W., SCHEBESTA, M., *Die neuen Bankbedingungen. Erläuterte Textausgabe der AGB Sonderbedingungen*, Wiesbaden, 1980, págs. 47 y ss.

procedimiento de emisión de informes bancarios³³⁷. De la reacción pública sobre la forma en que eran emitidas dichas informaciones surgió un Comunicado sobre el procedimiento de informes de fecha 17 de octubre de 1984 (*Gemeinsames Kommuniqué der Kreditwirtschaft und der Datenschutzbehörden zum Bankauskunftsverfahren von 17.10.1984*), redactado por las autoridades crediticias y representantes de los organismos federales y de los Länder encargados de la protección de datos³³⁸.

Se ha debido esperar, sin embargo, a la redacción de enero de 1993 para recoger en su formulación tanto los principios del

³³⁷ KREBS, E., *Kommentar zu den AGB der Sparkassen und privaten Banken*, 3ª ed., Stuttgart, 1989, págs. 174 y ss.,

³³⁸ Dicho Comunicado conjunto, publicado en ZIP 1984, pág. 1412, contiene directrices sobre las características, contenido y procedimiento de emisión de los informes. En su punto III contiene igualmente una referencia al procedimiento a seguir por la organización SCHUFA para emitir sus informes (véase también el texto del mismo en KREBS, E., *Kommentar zu den AGB der Sparkassen und privaten Banken*, op. cit., págs. 194 y 195). Con anterioridad existían también unos principios sobre la emisión de informes entre entidades de crédito dictados por las autoridades crediticias desde el año 1952, haciéndose necesaria su reforma por efecto de la entrada en vigor, en 1977, de la Ley alemana sobre protección de datos (al respecto WEBER, A., "Bank-an-Bank-Auskünfte", *Die Bank* 8/81, págs. 400 y ss.).

El primero de los apartados de dicho Comunicado se divide en cuatro párrafos, en los cuales se establece lo siguiente:

"1. El banco está legitimado para emitir informes comerciales sobre clientes empresarios (personas jurídicas y comerciantes), siempre y cuando éstos no le hayan dirigido una instrucción contraria.

2. Los informes comerciales sobre personas privadas (todas las personas físicas y asociaciones) se emitirán cuando éstas hayan consentido expresamente, bien en general o para ese supuesto en particular.

3. Los informes bancarios son observaciones generales y valoraciones sobre las relaciones económicas de los clientes, su solvencia y capacidad patrimonial; no son proporcionados datos concretos sobre el saldo de las cuentas, cuentas de ahorros, depósitos o valores patrimoniales especialmente confiados al banco, así como datos sobre la utilización del recurso al crédito por el cliente.

4. Los informes comerciales son proporcionados sólo a sus clientes o a otras entidades de crédito, para sus propias finalidades y las de sus clientes; y sólo se emitirán cuando no exista duda de que el solicitante del mismo es titular de un interés legítimo para su obtención".

comunicado ya citado como los principios para el desarrollo del procedimiento de ejecución de informes bancarios entre entidades de crédito de 1 de mayo de 1987 (*Grundsätze für die Durchführung des Bankauskunftsverfahrens zwischen Kreditinstituten*)³³⁹.

La versión de las condiciones generales de los bancos privados alemanes (*Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken*), reguladoras de las relaciones entre los bancos y su clientela, redactada en enero de 1993³⁴⁰, se refiere a los informes comerciales bancarios en su § 2³⁴¹, abordando la cuestión juntamente con el secreto bancario.

³³⁹Comentarios a dichos principios realizan WEBER, A., "Neue Grundsätze für das Bankauskunftsverfahren", *Die Bank* 6/87, págs. 324 y ss. y SCHEBESTA, M., "Die Verfahrensgrundsätze zum Bankauskunftsverfahren", *WM* 1989, págs. 429 y ss., coincidiendo ambos en la aceptación de que han sido objeto por las entidades afectadas.

³⁴⁰ En general, la doctrina considera favorablemente la nueva reforma al estimar que supone una triple ventaja para los clientes: las cláusulas son expresadas de forma clara y comprensible para el cliente; han sido modificadas en cuanto a su contenido de forma más beneficiosa para él; dicha modificación ha traído como consecuencia una reducción de las condiciones generales (al respecto, véanse SONNENHOL, J., "Die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Teil I (Nr. 1-10)", *WM* 1993, págs. 677 y ss.; WESTERMANN, H. P., "Fortschritte durch die neuen AGB der Banken und Sparkassen?", *WM* 1993, págs. 1865 y ss.).

³⁴¹ El § 2 de las Condiciones generales de los bancos alemanes, bajo la rúbrica "Secreto bancario e informes bancarios", establece:

"(1) Secreto bancario.

El banco está obligado a guardar silencio sobre todos aquellos datos y juicios de valor relativos a los clientes, de los cuales haya tenido conocimiento (Secreto bancario). Las informaciones sobre los clientes únicamente podrán ser proporcionadas por el banco, si ello está permitido por normas legales, o si el cliente lo ha consentido o el banco está facultado para emitir un informe.

(2) Informe bancario.

Un informe bancario contiene determinaciones y observaciones generales sobre las relaciones económicas del cliente, su solvencia y capacidad patrimonial; no son proporcionados datos concretos sobre el estado de las cuentas, cuentas de ahorros, depósitos o valores patrimoniales especialmente confiados al banco, así como datos sobre el recurso a la utilización del crédito por el cliente.

(3) Condiciones para la emisión de un informe bancario.

El banco está facultado para emitir informes bancarios sobre personas jurídicas y comerciantes inscritos en el Registro Mercantil, en tanto la petición de información se refiera a su actividad negocial. El banco no emitirá informes, sin embargo, cuando exista una oposición expresa del cliente. Los informes bancarios sobre otras personas, en especial sobre clientes personas físicas y asociaciones, serán proporcionados por el

Por otra parte, también en las condiciones generales de las Cajas de Ahorros alemanas (*Allgemeine Geschäftsbedingungen der Sparkassen*) se contiene una norma paralela relativa a dichos informes, su Nr. 3³⁴², si bien puede apreciarse un matiz diferenciador, puesto que no se hace referencia al secreto bancario, a pesar de que la versión es de la misma fecha (enero de 1993) que la correspondiente a las condiciones generales de los bancos.

Si bien el ejemplo alemán puede parecerse lejano, al contar desde 1937 con unas normas (si bien en condiciones generales) sobre informes comerciales bancarios, no lo son tanto los sistemas italiano y

banco únicamente cuando éstas lo hayan consentido expresamente, bien en general o en particular. Un informe bancario sólo se emitirá cuando el requirente de la información ha manifestado sin lugar a dudas un interés legítimo en el informe deseado y no existe ninguna razón para entender que el ámbito de protección del cliente puede verse perjudicado por la emisión del mismo.

(4) Destinatarios de informes bancarios.

Los informes bancarios son emitidos por el banco únicamente a sus clientes, así como a otras entidades de crédito, bien para sus propios objetivos, bien para los propios de sus clientes."

³⁴² Dispone el Nr. 3 de las Condiciones Generales de las Cajas de Ahorro alemanas:

"(1) Requisitos para la emisión de informes bancarios.

La Caja de Ahorros deja al leal saber y entender de sus clientes el proporcionar informes bancarios en el ámbito de su relación de negocios. Los informes bancarios son determinaciones generales y observaciones sobre las relaciones económicas de otros clientes, sobre su solvencia y capacidad patrimonial; no son proporcionados datos concretos sobre el estado de las cuentas, de las cuentas de ahorro, depósitos o valores patrimoniales confiados en especial al banco así como la utilización del crédito. Los informes bancarios son emitidos únicamente a los propios clientes, así como a las otras entidades de crédito, para sus propios objetivos o los propios de sus clientes; serán emitidos únicamente cuando el requirente haya mostrado sin lugar a dudas un interés legítimo en el informe deseado.

(2) Legitimación de la Caja de Ahorros para emitir informes.

La Caja de Ahorros puede prestar informes sobre personas jurídicas y sobre comerciantes inscritos en el Registro Mercantil. Los informes bancarios sobre otros clientes únicamente pueden ser emitidos, cuando hayan sido consentidos en general o para el caso particular expresamente por el cliente.

(3) Constancia documental.

En el supuesto de informes verbales sobre la solvencia y la capacidad patrimonial, se reserva la Caja de Ahorros una constancia escrita inmediata".

francés, donde sí que han sido objeto de estudio por los autores, si bien con diferente intensidad, tanto los informes emitidos con objeto del pago de cheques, como los denominados informes sobre solvencia.

La doctrina italiana reconoce numerosos supuestos en los cuales las entidades de crédito proporcionan informes -entendidos en sentido amplio- limitándose así el deber de secreto, tanto en favor de intereses públicos como privados³⁴³. En concreto, la emisión de informes bancarios (en sentido estricto) sobre la solvencia y situación financiera en general de sus clientes, es entendida comúnmente como una práctica que constituye un límite general al deber de secreto³⁴⁴.

Si observamos el ordenamiento francés, también éste consagra, desde la promulgación de la Ley de 24 de enero de 1984, sobre la actividad y el control de las entidades de crédito, la obligación de guardar el secreto bancario³⁴⁵ (art. 57³⁴⁶), cuyo desconocimiento o

³⁴³Durante más de medio siglo no se había pronunciado claramente la doctrina sobre la posibilidad de emitir informes comerciales por las entidades de crédito sin vulnerar el deber de secreto. Cuando los autores se referían a esta posibilidad, realizaban normalmente una distinción entre las noticias favorables al cliente sobre el cual se informaba y las desfavorables, de tal modo que sólo estas últimas quedaban incluidas en el ámbito de protección del secreto bancario (véase MOLLE, G., "Il segreto bancario", op. cit., pág. 185). Por otra parte, entre entidades de crédito existía una obligación de proporcionarse dichos informes, en favor del interés público prevalente en la función crediticia y amparándose en el contenido del art. 95 del R.D.-Ley de 17 de julio de 1937, n. 1400, para la defensa del ahorro y la disciplina de la función crediticia. Esta posición se ha mantenido aún hasta tiempos recientes por destacados representantes de la doctrina, pudiendo citar entre ellos a SECCHI TARUGI, L. "In tema di segreto bancario", nota a la Sentencia de la Corte di Cassazione de 18 de julio de 1974, n. 2147, Foro It. 1975-I, col. 1451.

³⁴⁴Véase en este sentido RANIERI, F., "Bankgeheimnis und Haftung wegen unrichtiger oder falscher Bankauskünfte im italienischen Recht", en HADDING, W., SCHNEIDER, U. H., (Hrsg.), *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlín, 1986, págs. 148 y 149.

³⁴⁵La doctrina francesa lo considera como manifestación del secreto profesional, de tal modo que resulta de aplicación la sanción penal establecida en el art. 226-13 del nuevo Código Penal, antiguo art. 378 (en este sentido, GAVALDA, Ch./ STOUFFLET, J., *Droit de la Banque*, op. cit., págs. 393 y ss., quienes señalan que es la profesión del

infracción podrán ser causa de responsabilidad penal conforme al tenor del art. 226-13 del nuevo Código Penal francés³⁴⁷. Simultáneamente, se reconoce el importante papel jugado por las entidades de crédito en la emisión de informes bancarios, que sirven tanto al interés privado del solicitante de la información, como al interés general³⁴⁸. La valoración de los intereses protegidos, de un lado, por el secreto bancario, y, de otro, por la emisión de informaciones³⁴⁹ por las entidades de crédito, lleva a la doctrina francesa a considerar cada vez más restringidos el ámbito y límites del deber de secreto, incrementando notablemente los supuestos en los cuales la entidad de crédito estaría obligada a prestar la información solicitada³⁵⁰.

banquero y no el acto realizado el que determina la obligación de secreto, razón por la cual no sólo está sometido al mismo quien ejerce personalmente una actividad bancaria, sino todas las personas que participan en la dirección y gestión de un establecimiento bancario, incluso como asalariados).

³⁴⁶ Dispone dicho precepto que "toda persona que, en cualquier título, participe en la dirección o la gestión de un establecimiento de crédito o que esté empleado en él, está obligado a observar el secreto profesional en las condiciones y bajo las penas previstas en el art. 378 del Código Penal".

³⁴⁷ El nuevo Código Penal francés entró en vigor en marzo de 1994. Con anterioridad, el secreto profesional se regulaba en el art. 378 del antiguo Código. En la actualidad el art. 226-13 del Código Penal francés se ve completado por otros textos legales, como la Ley de 6 de enero de 1978, concretamente sus arts. 29 y 43, sobre la informática, las bases de datos y la libertad de impedir la divulgación de datos informáticos; la Ley de 9 de julio de 1991 y el Decreto de 31 de julio de 1992, de reforma de los procedimientos civiles de ejecución, que reconocen el carácter confidencial de los datos sobre cuentas de clientes bancarios, que únicamente podrán ser utilizados en dichos procesos en la medida necesaria para la ejecución de los títulos (arts. 40 y 41 de la Ley de 1991).

³⁴⁸ ANCEL, P., "Die Erteilung von Bankauskünften...", op. cit., pág. 109.

³⁴⁹ No se habla aquí en sentido estricto de informes comerciales bancarios, sino de informaciones bancarias en sentido amplio, a las que se ha aludido en la primera parte de nuestra tesis.

³⁵⁰ Razones de esta evolución son, entre otras, las mencionadas por ANCEL, P., "Die Erteilung von Bankauskünften...", op. cit., pág. 109: la modernización de la contabilidad empresarial o el desarrollo del tratamiento de datos. Se trataría en estos casos de límites al deber de secreto como consecuencia de la prevalencia de intereses privados o generales, según los casos, cuyo estudio no es oportuno realizar en esta sede, puesto que supondría un análisis exhaustivo de los límites del secreto bancario, tanto

Para la doctrina y la jurisprudencia francesas, la prestación de informaciones bancarias constituye una facultad de la entidad de crédito, quien estará únicamente obligada a prestarlos cuando ello se desprenda, bien de las estipulaciones de un contrato, bien de la necesaria ejecución de los contratos conforme a la buena fe, aun cuando no conste expresamente en los términos del contrato un deber de información a cargo de la entidad de crédito. En los demás casos, la entidad no estará obligada jurídicamente a emitir el informe solicitado³⁵¹, si bien normalmente prestará dicho servicio al solicitante, ya que las entidades de crédito reconocen la relevancia que en el tráfico adquieren dichas informaciones, así como también para la propia defensa de sus intereses³⁵², por cuanto se trata de un servicio prestado en competencia con otras entidades de crédito.

desde la perspectiva del Derecho Público, como desde la perspectiva del Derecho Privado.

³⁵¹Como ha afirmado la jurisprudencia francesa, la entidad de crédito es libre de proporcionar o no los informes solicitados, Sentencia de la Cour de Cassation de 22 de abril de 1977, Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, Chambres Civiles, IV, Nr. 107; Sentencia de la Cour de Cassation de 9 de enero de 1978, Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, Chambres Civiles, IV, Nr. 12. Sin embargo, esta posición jurisprudencial ha sido matizada por la Sentencia de la Cour de Cassation de 9 de junio de 1980, Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, Chambres Civiles, IV, Nr. 241 (publicada también en RD 1981, pág. 192, con nota de VASSEUR, M., y en RTDcom. 1981, pág. 125, con nota de CABRILLAC, M., TEYSSIE, B.). En este pronunciamiento, relativo a un supuesto en el cual una entidad de crédito emitió un informe favorecedor del suministro de mercancías a una empresa que poco después entró en quiebra, el tribunal de apelación ya se refirió a la doble obligación que pesaba sobre la entidad de crédito al proporcionar el informe, puesto que por una parte, en favor del funcionamiento del tráfico debía proporcionar la información solicitada, mientras por otra, por el contrario, debía actuar con suma cautela, por encontrarse en los límites del deber de secreto bancario. Dicho pronunciamiento jurisprudencial ha sido criticado por la doctrina francesa, porque permite una interpretación contraria al derecho general de obligaciones si se entiende la sentencia en su sentido más literal. De este modo, la doctrina realiza una interpretación correctora, en el sentido de que no se trata de que la entidad de crédito esté sujeta a la obligación de emitir el informe y de emitirlo con cautela, sino que, en el supuesto de que la entidad decida prestar el informe solicitado, deberá desarrollar esta actividad con toda la diligencia que le es exigible (ANCEL, P., "Die Erteilung von Bankauskünften...", op. cit., pág. 118).

³⁵²ANCEL, P., "Die Erteilung von Bankauskünften...", op. cit., pág. 117.

Sin embargo, al igual que en otros países de nuestro entorno y a diferencia de Alemania, no existen ni una práctica ni una regulación detallada sobre la emisión de informes comerciales, por lo que la doctrina suele ocuparse únicamente de la responsabilidad derivada de la emisión de un informe falso o inexacto, tratando únicamente de manera puntual el tema de su naturaleza. Tampoco en Italia existe normativa al respecto. En este país entre los supuestos de hecho que han llegado a los tribunales italianos, se distingue entre los informes comerciales bancarios entendidos como informes generales sobre solvencia y situación económica de un sujeto prestados por una entidad de crédito, y las informaciones solicitadas en el ámbito de la conformidad del pago de cheques³⁵³. En relación con este último supuesto, los tribunales italianos han reconocido en todo caso que incurrirá en responsabilidad extracontractual la entidad de crédito que proporcione un informe sobre la provisión existente en la cuenta que no responda a la situación real en el momento de transmitir dicha información³⁵⁴.

³⁵³Dicho supuesto ha sido objeto de un estudio más detallado en el apartado I del presente capítulo, donde se ha hecho referencia a la realidad doctrinal y jurisprudencial italiana sobre la materia.

Únicamente, para que sirva como breve recordatorio, esta práctica interbancaria se considera legítima por la doctrina, que incluso considera admisible proporcionar dicha información a cualquier sujeto legítimo portador del cheque que solicitase informes sobre la existencia de provisión (CAVALLI, G., "Segreto bancario e informazioni sui cliente", op. cit., págs. 137 y ss.; LUMINOSO, A., "Responsabilità civile della banca...", op. cit., pág. 245;), ya que el secreto bancario protege los datos relativos a las cuentas de los clientes, pero no puede evitar la comunicación de la existencia de cobertura de cheques librados contra dicha cuenta por su titular.

³⁵⁴Véanse Sentencia de la Corte di Cassazione de 30 de abril de 1949, n. 1102, Foro It. 1949-I, cols. 829 y ss.; Sentencia del Tribunale di Milano de 24 de junio de 1957, BBTC 1957-II, pág. 617; Sentencia de la Corte di Appello di Bologna de 28 de junio de 1961, Giur. it. 1963-I, 2, col. 250; Sentencia de la Corte di Cassazione de 30 de octubre de 1963, n. 1909, Giur. it. 1964-I, 1, col. 305; Sentencia de la Corte di Appello di Roma de 27 de enero de 1964, BBTC 1964-II, pág. 82; Sentencia de la Corte de Appello di Bologna de 31 de mayo de 1965, Giur. it. 1965-I, pág. 465, también publicada en BBTC

Es, sin embargo, más común el análisis de la responsabilidad de las entidades de crédito por la emisión de informaciones cuando nos encontramos ante un informe comercial o informe sobre solvencia. La situación de hecho que da lugar a la solicitud del informe suele ser la inquietud por la solvencia del futuro contratante. El informe comercial bancario se reconoce, por tanto, también en el Derecho italiano como un elemento determinante de disposiciones patrimoniales por parte de su destinatario.

Sin embargo, la doctrina italiana no se muestra partidaria del reconocimiento de la naturaleza contractual de dicho servicio de información proporcionado por las entidades de crédito, ni tampoco de la responsabilidad derivada del mismo. Muy al contrario, la doctrina es casi unánime en afirmar que se trata de una mera recomendación, de una comunicación sobre la solvencia de otro sujeto que, ni puede ser entendida como contrato de información, ni mucho menos como garantía de la solvencia del sujeto sobre el cual se informa, ya que conforme al art. 1937 del Cc. italiano, las garantías deben ser objeto de declaración expresa³⁵⁵.

1975-II, pág. 43; Sentencia de la Corte di Cassazione de 29 de noviembre de 1973, n. 3276, Arch. resp. civ. 1974, pág. 62. En la doctrina, pueden citarse, entre otros, DI AMATO, F., "Natura ed effetti del c. d. "benefondi" bancari", op. cit., pág. 74; SPANO, E., "Informazione telefoniche sul buon fine di assegni", Banche e banchieri 1977, pág. 195. Véase supra apartado I del presente capítulo y la bibliografía allí citada.

³⁵⁵En este sentido se pronuncia igualmente la Sentencia de la Corte di Appello di Bologna de 17 de octubre de 1952, Foro It. 1953-I, cols. 422 y ss. Como afirma ALPA, G., *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, pág. 277, en el comentario del supuesto de hecho que dio lugar a la sentencia citada, parece excesivo equiparar al informador que causa un daño al acreedor (en el supuesto de autos, enviándole una carta en la cual afirmaba que el deudor era un cliente solvente al 100 %) con un garante, quien voluntariamente asume el riesgo de satisfacer los créditos del deudor en caso de insolvencia del mismo.

B) CONCEPTO Y CARACTERES DE LOS INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.

Únicamente en el ordenamiento alemán encontramos una definición de informes comerciales bancarios, contenida, por lo demás, en el texto de condiciones generales de bancos y cajas de ahorros. En nuestro ordenamiento se aprecian algunas referencias nominativas a la prestación de dichos informes, pero sin hacer alusión a su estructura, caracteres o contenido. En efecto, el nuevo art. 52 de la LDIEC³⁵⁶, establece en su letra m) que la realización de informes comerciales es una de las actividades que gozan de reconocimiento mutuo dentro de la Comunidad Europea. A la emisión de informes comerciales en general, no exclusivamente en el ámbito de la contratación bancaria se refiere el art. 28 de la LO 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

No obstante no contemplar con más detalle nuestro ordenamiento dicho tipo de actividades de información comercial, la doctrina se refiere en todo caso a la prestación de informes comerciales como observaciones generales sobre la solvencia y situación patrimonial del sujeto, que en ningún caso contendrán aspectos particulares relativos al saldo de las cuentas u otras operaciones bancarias realizadas por el sujeto sobre el cual se informa³⁵⁷. Se trata,

³⁵⁶El precepto fue introducido por la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación bancaria y por la que se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero.

³⁵⁷En este sentido, véanse, entre otros, GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, op. cit., pág. 47, quien considera que la prestación de informes sobre las condiciones morales

como es notorio, de datos económicos concretos que se encuentran amparados por el deber de secreto bancario que vincula a la entidad de crédito con su cliente.

Un sector mayoritario de la doctrina francesa³⁵⁸ realiza también dicha distinción entre las informaciones proporcionadas por las entidades de crédito que se refieren a aspectos concretos sobre las cuentas y demás operaciones de sus clientes, que se encuentran protegidas por el deber de secreto, y los informes generales sobre la situación financiera de sus clientes, que quedan fuera de las fronteras del referido deber de secreto, como limitaciones de éste³⁵⁹.

De este modo, únicamente quedarían amparadas por el secreto bancario las informaciones derivadas de la confianza existente entre la entidad de crédito y su cliente, esto es, aquellas informaciones concretas o que contienen datos numéricos (como saldo de la cuenta, dimensión de un crédito, solicitud de ulterior plazo para el pago de obligaciones vencidas, etc.). Por el contrario, las informaciones generales sobre la solvencia del cliente podrán ser proporcionadas

o económicas del cliente deberán respetar de forma rigurosa el deber de secreto; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, op.cit., pág. 328, donde se refiere a las informaciones comerciales como informaciones sobre solvencia o seriedad comercial de ciertas personas; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 665; SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C., "La responsabilidad de las entidades de crédito...", op. cit., pág. 2441; FERNÁNDEZ COSTALES, J., "Aspectos de la responsabilidad del banquero...", op. cit., págs. 3233 y ss.

³⁵⁸ GAVALDA, Ch., STOUFFLET, J., "Le secret bancaire en France", en *Le secret bancaire dans la CEE et en Suisse*, París, 1973, pág. 94; RODIERE, R., RIVES-LANGE, J.-L., *Droit bancaire*, 3^a ed., París, 1980; GAVALDA, Ch., STOUFFLET, J., *Droit de la banque*, op. cit., Nr. 618 bis.

³⁵⁹ Sobre las acciones de responsabilidad entabladas por el sujeto sobre quien se informa a que la entidad de crédito puede verse sometida en Derecho francés, VÉZIAN, J., *La responsabilité du banquier en droit privé français*, 10^a ed., París, 1977, págs. 235 y ss.

libremente por la entidad de crédito³⁶⁰, sin que pueda considerarse una práctica *contra legem*, sino que queda fuera del ámbito de protección propio del secreto bancario³⁶¹.

En consecuencia, el concepto de informes comerciales bancarios que tienen tanto nuestra doctrina como los autores franceses e italianos, coincide en lo esencial con el contenido en los dos textos de las condiciones generales de los Bancos y de las Cajas de Ahorros alemanas citados con anterioridad. En ellos es considerado el informe bancario como una comunicación general sobre datos y observaciones (juicios de valor de la propia entidad de crédito) sobre la solvencia y capacidad patrimonial del sujeto sobre quien versa el informe³⁶².

³⁶⁰La jurisprudencia francesa ha reconocido igualmente la distinción enunciada, pudiéndose citar los siguientes pronunciamientos: Sentencia de la Cour de Cassation de 5 de febrero de 1962, RTDcom. 1962, pág. 451; Sentencia de la Cour de Cassation de 22 de abril de 1977, Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, Chambres Civiles, IV, Nr. 107; Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 6 de febrero de 1975, RD, 1975, pág. 318, con nota de VÉZIAN, J.

³⁶¹En contra, en la doctrina española, FERNÁNDEZ COSTALES, J., "Aspectos de la responsabilidad del banquero por las informaciones...", op. cit., pág. 3237.

³⁶²La definición expuesta encuentra su fundamento en el comunicado conjunto con las autoridades sobre protección de datos de 17 de octubre de 1984 (ZIP 1987, pág. 608). Es además generalmente aceptada por la doctrina alemana, pudiendo citar, entre otros, a los siguientes autores que definen de este modo los informes bancarios: SCHRAEPLER, H.-J. "Kreditauskunft- Einschränkung des Bankgeheimnisses", op. cit., pág. 1836; KIRCHHERR, R., STÜTZLE, R., "Aktuelle Probleme zu Bankgeheimnis und Bankauskunft", op. cit., pág. 516; SICHTERMANN, S., *Bankgeheimnis und Bankauskunft...*, op. cit., pág. 164; FEUERBORN, S., "Bankgeheimnis und Bankauskunft", Sparkasse 3/82, pág. 90; BRUCHNER, H., STÜTZLE, R., *Leitfaden zu Bankgeheimnis...*, op. cit., pág. 83; BREINERSDORFER, S., *Die Haftung der Banken für Kreditauskunft...*, op. cit., pág. 26; DAHM, J./SCHEBESTA, M./SCHROETER, A./WEBER, A., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis*, op. cit., pág. 45; KÜMPEL, S., *Bank- und Kapitalmarktrecht*, op. cit., pág. 78, diferenciando además los informes bancarios de los consejos dados por las entidades de crédito a sus clientes, que comprenden además de la información, la expresión al cliente de cuál sería el comportamiento más adecuado en opinión de la propia entidad.

La jurisprudencia alemana ha defendido, en relación al contenido de los informes bancarios, la posibilidad de incluir datos sobre protestos de títulos cambiarios y devolución por falta de provisión de cheques y de adeudos en cuenta³⁶³. Como también ha afirmado la jurisprudencia en alguna ocasión³⁶⁴, el banco no puede eludir su obligación de advertir sobre la conducta bancaria del sujeto amparándose en su obligación de mantener el secreto bancario, sino que el conflicto entre ambos deberes de la entidad de crédito habrá de resolverse por medio de la valoración de los intereses en juego en cada caso concreto.

Incluso se ha reconocido como posible contenido del informe bancario la contestación a una pregunta sobre si el sujeto sobre el cual versa el informe es apto o no para asumir las obligaciones derivadas de un determinado contrato³⁶⁵.

³⁶³BGH WM 62, 1110; WM 79, 548. Se trata, como afirma la doctrina alemana (DAHME, J./SCHEBESTA, M./SCHROETER, A./WEBER, A., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis*, op. cit., págs. 41 y 42), de datos que dan una imagen tan negativa de la actividad del sujeto sobre quien se informa, que no pueden ser reservados por la entidad de crédito.

En concreto, un pronunciamiento jurisprudencial del BGH alemán se refiere al supuesto de devolución de un adeudo en cuenta (WM 89, 625=WuB I D 2.-4.89, con nota de REISER). El BGH manifestó en este supuesto que se debe actuar con suma cautela, y a que la entidad de crédito no conoce la razón de dicho adeudo. En caso de proceder a la devolución del mismo, debe notificarlo inmediatamente al cliente, para ofrecerle la oportunidad de cumplir con sus obligaciones. Y en el supuesto de que se deba ofrecer un informe sobre dicho cliente, si es posible, deberán eludirse o, al menos, restringirse las noticias sobre el estado de la liquidación, si ello contiene datos esenciales conforme al punto de vista de la entidad de crédito (en este sentido, BRUCHNER, H.; STÜTZLE, R., *Leitfaden zu Bankgeheimnis und Bankauskunft*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Frankfurt am Main, 1990, pág. 117).

³⁶⁴BGH WM 91, 85, 86.

³⁶⁵En este sentido, CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, Rdn. 99a.

En ningún caso, como se ha señalado, podrán contener dichos informes datos particulares³⁶⁶, sobre situación de las operaciones bancarias del sujeto sobre quien versa el informe, pues dichas informaciones, por el contrario, están amparadas por el deber de secreto bancario de la entidad. Únicamente podrán ser proporcionados dichos datos en los supuestos en los cuales se reconozca la existencia de un límite a dicho secreto³⁶⁷.

La primera nota característica de los informes comerciales bancarios es su carácter general, puesto que los datos que contienen sólo pueden revestir esta naturaleza, a salvo, claro está, de aquellos datos que sean de dominio público o que el solicitante del informe hubiera podido recabar acudiendo a algún Registro público.

Dicho carácter general ha sido destacado por la doctrina alemana como el elemento diferenciador entre los informes comerciales bancarios y aquellos otros proporcionados por la *Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung* (SCHUFA), sociedad protectora de las garantías crediticias³⁶⁸.

³⁶⁶ BRUCHNER, H.; STÜTZLE, R., *Leitfaden zu Bankgeheimnis und Bankauskunft*, op. cit., págs. 96 y ss.; DAHM, J./SCHEBESTA, M./SCHROETER, A./WEBER, A., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis*, op. cit., págs. 58 y ss.; STEPPELER, W., KÜNZLE, J., *Die neuen AGB der Sparkassen (AGBSp 1993)*, Stuttgart, 1993, pág. 55.

³⁶⁷Entrarían aquí los supuestos de colaboración con los órganos jurisdiccionales, la Administración Tributaria, el Servicio Ejecutivo de la Comisión del Blanqueo de Capitales y Control de Cambios, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Sobre todos estos límites (de Derecho Público) del secreto bancario, puede verse GUILLÉN FERRER, M^a J., *El secreto bancario y sus límites legales*, op. cit., págs. 115 y ss., y la bibliografía allí citada.

³⁶⁸En Italia y nuestro país, si bien con algunas diferencias en cuanto a su funcionamiento y organización, contamos con la CIR, dirigida principalmente a proporcionar información sobre la asunción de créditos por clientes de las entidades de crédito, tanto personas físicas como jurídicas. Creada en nuestro país por el art. 16 del Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio, de nacionalización y reorganización del Banco de

La finalidad de la organización es la de proporcionar informaciones a sus adheridos, con el fin de protegerlos de pérdidas en sus negocios con consumidores y simultáneamente de darles la posibilidad de advertir a sus clientes de un endeudamiento excesivo³⁶⁹. Con esta finalidad transmiten especialmente las entidades de crédito determinados datos derivados de sus relaciones con los clientes a la organización SCHUFA³⁷⁰. Dichos formularios SCHUFA³⁷¹

España, dicha norma fue desarrollada reglamentariamente por la Orden de 13 de febrero de 1963. Con posterioridad el Banco de España ha dictado la Circular 7/89, relativa al funcionamiento de dicho servicio de información, en la cual se establece (Norma octava) la necesidad de acompañar a la solicitud de información autorización firmada por el beneficiario, si bien "será suficiente con que la autorización señalada figure incorporada con carácter de generalidad en los formularios de solicitud de ampliación o concesión de créditos que haya firmado el beneficiario y este hecho se certifique por el director de la sucursal". Asimismo, la Circular 3/1995, de 25 de septiembre, en su Anexo IV, contiene las normas sobre declaraciones a la CIR del Banco de España.

Igualmente, en Italia, fue creada la "Centrale dei rischi" en 1962 (Deliberación CICR de 16 de mayo de 1962, procediéndose con posterioridad a su regulación por la Ley bancaria, que si bien ha sido derogada por el T.U. de 1993, mantiene idéntico fundamento, por cuanto como afirma COSTI, R., *L'ordinamento bancario*, op. cit, pág. 454, de los arts. 5 y 51 T.U. se desprende que la misma constituye un instrumento de vigilancia a cargo de la Banca d'Italia.

³⁶⁹ HENDRIKS, M., "Die SCHUFA -Aufgaben und Wirken", ZHR 149 (185), págs. 199; SCHLÖTER, H. W., "Schufa- der Weg zum schnellen Kredit", Die Bank 1/78, págs. 20 y ss.

³⁷⁰ Dicha organización, que reúne a los operadores económicos concedentes de crédito en Alemania, está compuesta por ocho sociedades regionales (Hamburg, Bremen, Hannover, Köln, Düsseldorf, Bochum, Berlín, München), jurídica y económicamente independientes, que adoptan la forma de Sociedades de Responsabilidad Limitada (GmbH), las cuales a su vez pertenecen a la Bundes-SCHUFA, e. V., Asociación de las sociedades para la protección de las garantías del crédito en general. Miembros de las sociedades regionales SCHUFA son las Cajas de Ahorros, los Bancos privados, Bancos populares, Cajas *Raiffeisen*, Bancos oferentes de crédito a plazos, así como empresas de comercio al por menor bajo modalidad de ventas a plazos. Partes contractuales pueden ser únicamente empresas que profesionalmente proporcionen a los consumidores dinero o instrumentos crediticios así como empresas que se dediquen al cobro de deudas. Al lado de las entidades de crédito pueden encontrarse, por tanto, empresas minoristas, en especial, las de venta a plazos, almacenes generales y de mercancías, empresas emisoras de tarjetas de crédito, sociedades de leasing, aseguradoras y cooperativas de crédito a la construcción, en tanto en cuanto proporcionan a los consumidores créditos asegurados con garantía real, así como

contienen, al contrario que los informes bancarios, elementos concretos, previamente formalizados en un catálogo, que resultan de interés para la valoración de la solvencia de los clientes individuales; no contienen, a diferencia de los informes bancarios, declaraciones sobre su capacidad patrimonial. Se diferencian en esencia de aquéllos en que no contienen ningún juicio general sobre la solvencia³⁷².

C) REQUISITOS SUBJETIVOS PARA LA PRESTACIÓN DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.

Ante la ausencia de regulación de los informes comerciales bancarios en nuestro ordenamiento, no cabría, en principio, oponer limitación alguna a la posibilidad de que las entidades de crédito prestasen dicho servicio igualmente a no clientes. Tampoco existe limitación alguna respecto a la actividad o profesión que deba desempeñar el sujeto sobre el cual versa el informe para considerar

empresas dedicadas a las operaciones de cobro. No podrá formar parte de la organización, sin embargo, un mediador de crédito, por cuanto no asume ningún riesgo. Puesto que las necesidades de información de cada uno de los integrantes de la organización SCHUFA son diversas, también distintos son los contratos de adhesión que se conciertan, de los que se derivan en cada caso diferentes derechos y obligaciones. Igualmente, puede estipularse un contrato de adhesión con una entidad de crédito en el extranjero -especialmente en las zonas próximas a las fronteras-; en estos supuestos la aplicación de los principios sobre protección jurídica de datos existentes en Alemania se salvaguarda por medio de un pacto expreso, cuya formulación ha sido aprobada por las autoridades encargadas de la protección de datos personales.

³⁷¹ Un ejemplo de tales formularios puede consultarse en ZIP 1986, pág. 742.

³⁷² DAHM, J./SCHEBESTA, M./SCHROETER, A./WEBER, A., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis*, op. cit., págs. 68 y ss.; KREBS, E., *Kommentar zu den AGB der Sparkassen...*, op. cit., págs. 203 y ss, recogiendo ejemplos de modelos de información y de cláusulas SCHUFA en las págs. 208 y ss.

Otra diferencia notable con los informes comerciales reside en que mientras la mayoría de informes comerciales se refieren a clientes de carácter empresarial, el procedimiento SCHUFA exclusivamente se aplica a los consumidores de crédito.

que es posible transmitir informaciones (o mejor, valoraciones) sobre su solvencia y situación patrimonial. Únicamente encontraremos algún tipo de limitación cuando el sujeto sobre el cual se deba informar sea una persona física, debiendo entonces aplicar la legislación sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal³⁷³.

Las condiciones generales de los Bancos y de las Cajas de ahorros alemanas reconocen, por el contrario, dos categorías diversas de informes comerciales bancarios: aquellos que versan sobre empresarios o comerciantes inscritos en el Registro Mercantil y los que se refieren al resto de sujetos (personas físicas, asociaciones...), si bien el recurso a este servicio es más común entre el primer grupo de sujetos, por la actividad que desarrollan.

En ambos casos se admite la posibilidad de negar el consentimiento a la prestación de informes sobre sí mismo al sujeto sobre quien se informa. Sin embargo, en el supuesto de los empresarios personas jurídicas o comerciantes inscritos en el Registro Mercantil, deberá constar la oposición expresa. En cambio, si se trata de personas que no tienen una actividad mercantil, es requisito para que la entidad de crédito pueda proporcionar la información que conste expresamente el consentimiento del sujeto sobre cuya solvencia se va a informar, bien dicho consentimiento haya sido proporcionado en general para todos los casos o en particular para un supuesto en concreto³⁷⁴.

³⁷³ Véase *infra* Capítulo III de esta segunda parte.

³⁷⁴ La razón de dicha diferencia se encuentra, creemos, en la finalidad del informe en el supuesto de que éste verse sobre una persona jurídica o un comerciante inscrito en el Registro Mercantil. Para esta categoría de sujetos, sus posibilidades de

En nuestro país, existe únicamente una exigencia de que conste el consentimiento expreso del sujeto sobre el cual se informa cuando estemos ante una persona física y los datos que se proporcionen hayan sido objeto de tratamiento automatizado, quedando entonces incluida la actividad de información dentro del ámbito de la LO 5/1992, sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. En cuanto a las personas jurídicas, a las cuales no resulta aplicable dicha norma, no existe una regla al respecto, pudiéndose, por tanto, proporcionar dichas informaciones libremente, dentro de los límites impuestos por la autonomía de la voluntad y el deber de secreto bancario.

Como se desprende de las Condiciones generales de los Bancos y de las Cajas de Ahorros alemanas, también la cualidad del sujeto sobre el cual versa el informe tiene su reflejo en el contenido del mismo. En este sentido, si se trata de sujetos que desarrollan una actividad comercial o profesional, la solicitud de información deberá dirigirse exclusivamente a la misma, y, en consecuencia, también el contenido del informe suministrado por la entidad de crédito. El informe no debe incluir aspectos del ámbito de la vida privada del sujeto³⁷⁵.

actuación negocial en el tráfico económico dependen en numerosas ocasiones de la información que sobre su solvencia y seriedad comercial circula en el sector en el cual operan. En consecuencia, ostentan un interés general en la emisión de este tipo de informaciones sobre su situación económica por las entidades de crédito, mostrándose normalmente de acuerdo, siempre que se refieran al ámbito de sus actividades negociales.

En todo caso, según las condiciones generales de Bancos y Cajas de Ahorros, existe la posibilidad en favor de dichos sujetos de expresar a la entidad de crédito su oposición al suministro de dichas informaciones comerciales. No obstante, dicha oposición expresa no será muy común, sobre todo por las repercusiones que la negativa de una entidad de crédito a la prestación de la información solicitada puede crear en quien la requiere, al suscitar la sospecha de que la negativa de la entidad de crédito obedece a una conducta comercial irregular del sujeto sobre quien se ha solicitado el informe.

³⁷⁵KÜMPEL, S., *Bank- und Kapitalmarktrecht*, op. cit., pág. 80. En este sentido se ha pronunciado igualmente la jurisprudencia, así la Sentencia BGH WM 86, 189, 190.

El otro grupo de sujetos sobre los cuales puede prestar la entidad de crédito un informe, esto es, aquellos que no son empresarios personas jurídicas ni comerciantes inscritos en el Registro Mercantil, pueden a su vez subdividirse en varias categorías. Por un lado, nos encontramos con los sujetos personas físicas, cuya relación de negocios con la entidad de crédito no se enmarca en un ámbito de actividades profesionales, empresariales o industriales. A su vez, puede reconocerse otro tipo de sujetos incluidos en este segundo grupo, que se caracterizan por una cierta especialidad, ya que se encuentran a medio camino entre los incluidos en el primer grupo y los sujetos-personas físicas sin vinculación profesional o empresarial. Dentro de este grupo incluye la doctrina los pequeños comerciantes no susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil, industriales, artesanos o profesionales liberales, así como aquellos empresarios susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil, pero no inscritos.

Además del consentimiento, tácito o expreso, según estemos ante el primer o el segundo grupo de sujetos, otro requisito necesario para que pueda procederse a la emisión de un informe bancario es el del interés legítimo que debe poseer quien requiere dicha información. Dicho interés legítimo puede reconocerse cuando el informe solicitado puede salvaguardar al requirente de daños en el tráfico negocial. En el supuesto de un informe sobre solvencia, el interés legítimo será

La jurisprudencia alemana se ha ocupado del problema de la delimitación del objeto de la información, que debe referirse únicamente a la actividad negocial del sujeto sobre el cual versa el informe. En los casos de empresarios personas jurídicas o comerciantes individuales, dichas actividades empresariales son desempeñadas por personas, a cuya actuación en la vida económica deberá hacerse necesariamente referencia. En este sentido se ha pronunciado el BGH, señalando que si dichas informaciones son importantes para enjuiciar las relaciones económicas y en especial la solvencia de las personas jurídicas o de los comerciantes, se entiende que entran dentro del marco de las referidas a las actividades empresariales (BGHZ 36, 77, 80).

reconocible cuando el solicitante de la información vaya a adquirir créditos frente al sujeto sobre quien se informa. El interés contractual, por tanto, del sujeto solicitante de la información, cuando no se trata de otro banco, es fácilmente reconocible. El problema se presenta en el caso de que estemos ante informes solicitados entre entidades de crédito. En este caso, en Alemania, los principios para el desarrollo del procedimiento de emisión de informes bancarios entre entidades de crédito (*Grundsätze für die Durchführung des Bankauskunftsverfahrens zwischen Kreditinstituten*), afirman que se debe alegar en estos supuestos la existencia de un legítimo interés, de una razón justificativa de la solicitud de la información (número 2 de los principios)³⁷⁶.

En nuestro país, la LORTAD incide igualmente sobre la cuestión del interés legítimo en la obtención, cesión y tratamiento de los datos. Sin embargo, su ámbito de aplicación limitado a los datos relativos a

³⁷⁶ Para tener la certeza de que la información que se solicita es precisada por quien la requiere y que éste ostenta un interés legítimo en su obtención, también las cláusulas reguladoras de SCHUFA incluyeron en fecha 1 de julio de 1986 una nueva disposición, conforme a la cual debía ser alegado dicho interés en la solicitud, como efecto de una sentencia del BGH de fecha 19 de septiembre de 1986 (publicada en WM 1985, 1305), que impuso el establecimiento de condiciones a las comunicaciones de datos, por lo que al funcionamiento de este servicio debía aplicarse la legislación sobre protección de datos. En este sentido, WEBER, A., "Kartellverfahren wegen SCHUFA", Die Bank 3/87, pág. 146, autor que se refiere a dicha Sentencia y a sus efectos en "Neuordnung des SCHUFA-Verfahrens für Kreditinstitute", WM 1986, págs. 845 y ss., señalando expresamente en la pág. 849 que la nueva formulación de las cláusulas-SCHUFA será igualmente aplicable a los clientes que mantengan ya relaciones negociales con entidades sujetas a dicho servicio a la entrada en vigor de la misma el 1 de julio de 1986. Puede verse también al respecto, del mismo autor, "Die neuen SCHUFA-Klausel", Die Bank 7/86, págs. 370 y ss. En opinión de GEIGER, W., GRÖSCHEL, U., "Schufa-Verfahren auf neuer Grundlage", Sparkasse 7/86, págs. 294 y ss., dicha sentencia supone un verdadero cambio en las bases del funcionamiento del servicio, por cuanto el cliente deberá expresamente consentir la transmisión de informaciones a dicho servicio por las entidades adheridas. El impreso que se proporcione al cliente, le servirá para recibir una información general sobre el carácter, funcionamiento e informes de la organización.

personas físicas que hubieran sido objeto de tratamiento automatizado, impide su aplicación con carácter general a todos los supuestos. La entidad de crédito deberá valorar, en todo caso, la solicitud de información planteada y los perjuicios que tanto su prestación como su negativa podrían acarrear al cliente.

D) ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LOS INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.

Dada la relevancia de los informes bancarios como instrumentos para la obtención de información sobre la solvencia de otros sujetos con los cuales se piensa contratar³⁷⁷, así como en numerosas ocasiones el juicio de valoración de intereses que precede a su emisión, son requisitos de dichos informes, reconocidos por la doctrina alemana, los de su contenido estricto, restringido a unos estrechos límites, la cautela en su concesión y su confidencialidad³⁷⁸. Dado que únicamente en Alemania existen unas reglas sobre la forma, estructura y contenido de dichos informes, nos referiremos a las mismas, no sin manifestar su posible traslación a nuestro ordenamiento, sobre todo por la conveniencia de la constancia escrita de dichas informaciones, lo cual evitaría muchos problemas a la hora de probar su existencia y, sobre todo, su contenido.

³⁷⁷En este sentido, entre otros, HORN, N., "Die Neufassung 1984...", op. cit., 449 y 459; SICHTERMANN, S., *Bankgeheimnis und Bankauskunft...*, op. cit., págs. 164 y 389.

³⁷⁸ BRUCHNER, H./STÜTZLE, R., *Leitfaden zu Bankgeheimnis...*, op. cit., pág. 99.

Para recibir tal calificación, los informes bancarios deben cumplir los requisitos que se contemplan en los principios relativos a su procedimiento de emisión y a la prestación de los mismos entre entidades de crédito³⁷⁹.

El informe bancario contiene numerosos datos generales y, sobre todo, juicios de valor de la propia entidad de crédito que lo emite sobre el sujeto sobre el cual se informa. La estructura del informe comercial bancario responde al contenido del mismo, que suele comprender, como se desprende de la normativa alemana, diversos elementos³⁸⁰. De un lado resulta necesario identificar al sujeto sobre el cual se ha solicitado y se suministra el informe. Dicha identificación deberá ser completa y correcta, con el fin de asegurar al solicitante de la misma, -y también al sujeto sobre el cual versa el informe-, que no se ha producido error alguno. Los datos proporcionados al respecto variarán, como resulta obvio, según se trate de un comerciante o, en su caso, de una persona jurídica³⁸¹.

³⁷⁹Se trata del Comunicado de 17 de octubre de 1984 y de los principios de fecha 1 de mayo de 1987, a los que se ha hecho ya referencia con anterioridad. En el mismo sentido, WEBER, A., "Neue Grundsätze für das Bankauskunftsverfahren", op. cit., pág. 324; FEUERBORN, S., "Neue Grundsätze für die Durchführung des Bankauskunftsverfahrens zwischen Kreditinstituten", Sparkasse 1987, pág. 347.

³⁸⁰ SICHTERMANN, S., *Bankgeheimnis und Bankauskunft...*, op. cit., págs. 390 y 391; BRUCHNER, H./STÜTZLE, R., *Leitfaden zu Bankgeheimnis...*, op. cit., págs. 96 y ss.; DAHM, J./SCHEBESTA, M./SCHROETER, A./WEBER, A., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis*, op. cit., págs. 58 y ss. Lo que, en ningún caso, está obligada la entidad a realizar son ulteriores investigaciones con el fin de proporcionar la información solicitada. La única obligación que recae sobre la entidad, en caso de que proporcione el informe, es la de advertir al cliente si el informe proporcionado no es completo por no contar con suficientes datos sobre el sujeto sobre el cual informa.

³⁸¹ En este último supuesto se hará referencia al nombre, razón social, forma social, objeto del negocio que desarrolla, sector de actividad al cual pertenece, capital o datos generales sobre la ejecución de sus negocios. Por el contrario, si se trata de personas físicas y además no comerciantes, deberá atenderse a la edad, el estado civil y la actividad profesional.

Fundamental resulta la valoración que la propia entidad de crédito realice del vínculo negocial existente con el sujeto sobre el cual informa, sobre todo respecto a la duración del mismo. Es esencial en este punto que la entidad de crédito, al emitir el informe, determine la duración de dicha relación negocial con el sujeto sobre el cual se informa, ya que ello contribuirá a formar en el destinatario de la misma una mayor o menor confianza en la información obtenida.

La entidad de crédito podrá igualmente aludir a datos generales sobre la evolución de las cuentas, de modo que se permita al solicitante del informe tener una idea de las relaciones económicas mantenidas por el sujeto. Por último, se establecen juicios personales de valor sobre el sujeto por parte de la entidad de crédito, que suelen dirigirse a la estimación de si posee o no una buena reputación, y en el supuesto de tratarse de un empresario persona jurídica, si la ejecución de las operaciones que ha mantenido con la entidad de crédito dejan ver una actuación ordenada de la misma. La entidad de crédito podrá, según los casos, también enjuiciar la conducta de la empresa hasta el momento de la emisión del informe.

En definitiva, la entidad de crédito proporcionará al solicitante del informe una valoración sobre la actuación del sujeto en sus relaciones económicas, dentro de cuyo marco se proporcionan informaciones sobre si se ha concedido al sujeto sobre quien se informa crédito sin las necesarias garantías, o si la empresa posee bienes que han sido objeto de gravamen real. Resulta igualmente de interés para el destinatario de la información conocer datos sobre la liquidez de la empresa, así como la evolución en los últimos años del capital y de las inversiones de la sociedad.

De especial relevancia son igualmente los juicios de valor sobre el crédito del sujeto sobre quien se requiere el informe. Frente a un informe en el cual la entidad de crédito declara que el cliente sobre el cual informa podrá hacer frente a la asunción de determinadas obligaciones, pueden darse en la práctica gradaciones en cuanto al enjuiciamiento de la solvencia del cliente³⁸².

En cualquier caso, el informe únicamente debe hacer referencia a las relaciones económicas del cliente y a su actividad empresarial o profesional. En ningún caso deberá proporcionarse información sobre su vida privada³⁸³. Por ello, las entidades de crédito deben actuar con extrema cautela a la hora de valorar las relaciones económicas pasadas y la actuación ulterior de las personas físicas que formen parte de los órganos de dirección y representación de las empresas sobre las cuales se informe, haciendo referencia a dichos datos únicamente cuando resulten relevantes para determinar el juicio sobre la situación económica y la solvencia de aquélla³⁸⁴.

En todo caso, los datos de carácter público (en cuanto publicados, por ejemplo, en un Registro de acceso a terceros) podrán ser

³⁸² En efecto, la entidad de crédito podrá limitarse a valorar la situación del sujeto sobre el que informa y comunicar al solicitante del informe que aquél es apto para asumir las obligaciones derivadas de la operación proyectada, o bien establecer alguna matización que permita al destinatario de la información advertir que la situación del primero no es tan adecuada. Las entidades de crédito, en la emisión de dichos juicios de valor serán extremadamente cautelosas, lo cual no quiere decir que los informes deban inducir a error, sino que por parte del destinatario es exigible igualmente una especial diligencia en su interpretación.

³⁸³ WEBER, A., "Bankauskunftsverfahren neu geregelt", op. cit., págs. 530, 534. En la jurisprudencia alemana, véase BGH WM 86, 189.

³⁸⁴ BRUCHNER, H., STÜTZLE, R., *Leitfaden zu Bankgeheimnis und Bankauskunft*, op. cit., pág. 5.

proporcionados por la entidad de crédito, así como los balances depositados en el Registro.

En el supuesto de que la entidad de crédito no pueda efectuar un juicio completo con los datos de que pueda disponer, ello deberá reflejarse de forma clara en el informe proporcionado al solicitante, o al menos advertirle sobre dicha situación³⁸⁵.

³⁸⁵Los tribunales alemanes así lo han establecido, BGH WM 62, 1110; OLG München WM 80, 505, 507. Lo que rechazan es que la entidad de crédito permita que el informe, conteniendo datos ambiguos o incompletos, cree en su destinatario la apariencia de una solvencia inexistente (BGH WM 79, 548; OLG Oldenburg WM 87, 836), o se refleje en el informe una imagen más favorable de un cliente que en el último período ha asumido obligaciones en cuantía excesiva (BGH WM 74, 685).

CAPÍTULO SEGUNDO

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS

I. CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICO-SOCIAL DEL CONTRATO.

A) EL INTERÉS DE LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE LOS
INFORMES COMERCIALES PROPORCIONADOS POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.

Una de las características principales de los informes proporcionados por las entidades de crédito reside en que, si bien constituyen el fundamento de numerosas disposiciones patrimoniales de aquellos que los solicitan, son simultáneamente servicios prestados, por lo general, de forma gratuita por las entidades de crédito, las cuales únicamente en supuestos numéricamente escasos exigen a los solicitantes de información una contraprestación dineraria o el mero abono de los gastos ocasionados por el servicio que prestan³⁸⁶.

El tema de la gratuidad del contrato -o, dicho de otro modo, su falta de onerosidad-, se ha utilizado en numerosas ocasiones para negar la existencia de una relación contractual entre las partes en los

³⁸⁶ Se trataría de supuestos en los cuales la información proporcionada incluye datos de Registros públicos, en los que para su obtención se ha de pagar un arancel, o supuestos asimilados.

supuestos de informes comerciales bancarios. Se afirma, en este sentido, que se trata de meras relaciones de cortesía, en las cuales la entidad de crédito no tiene interés alguno³⁸⁷. En esta línea, dado el carácter gratuito de la prestación de información por la entidad de crédito, cabría hablar, a lo sumo, de un acto jurídico de la entidad de crédito³⁸⁸, consistiendo en una prestación de mera cortesía, de la cual pudiera derivarse exclusivamente, en su caso, una responsabilidad extracontractual de la entidad, imputable únicamente cuando concurra dolo o culpa del informador³⁸⁹.

Nuestra doctrina no ha entrado a analizar con detalle la naturaleza jurídica de la obligación asumida por la entidad de crédito³⁹⁰ con la prestación del informe comercial, lo cual no hace sino desconocer la relevancia de una cuestión que puede, sobre todo, afectar a los sujetos privados que hagan uso de estos servicios de

³⁸⁷ Para quienes defienden esta posición, si la información no es proporcionada como servicio complementario, en el seno de determinados contratos -en cuyo caso se tratará de obligaciones accesorias al propio contrato-, producirá como resultado únicamente la responsabilidad extracontractual de dicha entidad. En este sentido, en nuestra doctrina, SÁNCHEZ MIGUEL, M^a. C., "La responsabilidad de las entidades de crédito...", op. cit., págs. 2441 y ss.

En la jurisprudencia italiana, la Sentencia del Tribunale di Napoli, de 13 de marzo de 1967, BBTC 1967-II, págs. 267 y ss., mantuvo la tesis de que la entidad de crédito transmitía la información puramente a título de cortesía. Por el contrario, se muestra partidario de reconocer una verdadera relación contractual entre la entidad de crédito informante y el solicitante de la información, aun cuando no medie contraprestación alguna, ya en 1904, DI NOLA, A., "Le agenzie d'informazioni commerciali e la loro responsabilità civile", RDCom. 1904-I, págs. 349 y ss.

³⁸⁸ MOLLE, G., *I Contratti bancari*, op. cit., pág. 30.

³⁸⁹ En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunale di Napoli de 13 de marzo de 1967, BBTC 1967-II, pág. 267.

³⁹⁰ Salvo, claro está, los casos en los cuales se presenta la prestación de informes como accesoria dentro del contenido de un contrato estipulado entre la entidad de crédito y el cliente, o bien cuando estemos ante un contrato típico de asesoramiento celebrado entre ambos, en cuyos casos claramente nos encontramos ante un contrato, por lo cual la responsabilidad derivada del incumplimiento por falta de la diligencia debida será exigible por el cauce establecido por los artículos 1101 y ss. Cc.

información, quienes, a diferencia de las entidades de crédito que pudieran igualmente solicitar un informe, carecen de una especial cualificación³⁹¹.

En efecto, las diferencias existentes entre el régimen de responsabilidad contractual y el propio de la responsabilidad extracontractual o aquiliana pueden determinar una mayor o menor protección del cliente bancario³⁹². Para reconocer la existencia de responsabilidad contractual resulta imprescindible la existencia de una relación jurídica precedente entre las partes³⁹³, a diferencia de la responsabilidad extracontractual, que, no obstante, puede igualmente concurrir cuando los daños ocasionados no puedan incardinarse en la órbita de la relación entablada entre las partes y como desarrollo de su contenido negocial³⁹⁴.

Así, y por lo que se refiere a la relevante cuestión de la prueba, en el seno del régimen propio de la responsabilidad extracontractual,

³⁹¹ Sobre la cuestión se pronuncia RAO-TORRES, G., "La responsabilità per falsa informazione nei rapporti fra banche", en *Studi in Onore di Cesare Grassetti*, Vol. Terzo, Milano, 1980, págs. 1511 y 1512, quien señala que en el caso de que nos encontremos ante relaciones entre entidades de crédito, la cuestión del fundamento de la responsabilidad de la entidad informante tiene una importancia relativa, por cuanto los litigios entre ellas tienen escasa relevancia, siendo más común que alcancen un acuerdo sobre resarcimiento de los daños causados, con el fin de evitar la publicidad. Sin embargo, cuando nos encontramos ante la relación banco-cliente, el problema presenta mayor relevancia, por cuanto además de recurrir a la vía jurisdiccional, el cliente se ve en la mayoría de casos en una situación de inferioridad y está necesitado de una mayor seguridad y protección, que no le proporciona el régimen de la responsabilidad extracontractual.

³⁹² En parte, se muestra contrario a esta postura PERETTI-GRIVA, D. R., "Sulle prestazioni cosiddette di cortesia", en *Studi in Onore di Mariano d'Amelio*, Vol. Terzo, Roma, 1933, pág. 115, al considerar que la posición de quien provoca el daño es equivalente en ambos supuestos.

³⁹³ SSTs de 18 de marzo y 5 de julio de 1983 [RJ 1983, 1569 y 4072]; 26 de enero y 9 de julio de 1984 [RJ 1984, 386 y 3802]; 3 de febrero de 1989 [RJ 1989, 659]; 2 de enero de 1990 [RJ 1990, 30].

³⁹⁴ En este sentido, STS de 10 de junio de 1991 [RJ 1991, 4434].

el perjudicado debe probar no sólo el daño, sino también el nexo de causalidad y la culpa del agente. En el supuesto de que no pueda probarla no se verá resarcido por los daños sufridos³⁹⁵. Por el contrario, si resultan de aplicación las normas reguladoras del régimen de la responsabilidad contractual³⁹⁶, el sujeto perjudicado por el incumplimiento debe probar únicamente la existencia de la obligación y la inobservancia del comportamiento a que la entidad de crédito estaba obligada. La carga de la prueba de la ausencia de culpa recae en este caso sobre la entidad de crédito que presta la información, la cual deberá probar que el incumplimiento fue debido a una causa a ella no imputable³⁹⁷. Ello sin olvidar la importancia de los plazos de

³⁹⁵ No obstante, nuestro TS ha reconocido en numerosos supuestos la dificultad de la prueba de la culpa del agente (véase igualmente, sobre la dificultad de la prueba de la culpa de la entidad de crédito informante en la jurisprudencia italiana, Sentencia de la Corte di Cassazione de 11 de octubre de 1978, n. 4538, Mass. Foro It. 1978), razón por la cual tiende en estos casos a permitir una corrección del criterio culpabilístico al aplicar presunciones que suponen en la práctica una inversión de la carga de la prueba, así como a través de la exigencia de una diligencia más alta que la administrativamente reglada (SSTS de 23 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6060] y 15 de febrero de 1995 [RJ 1995, 851]).

³⁹⁶ Para lo cual es necesario demostrar la existencia de un contrato, ya que sin incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato e integrantes de la relación contractual, no existe responsabilidad de esta naturaleza.

³⁹⁷ En este sentido se pronuncian el art. 1105 de nuestro Cc. y el art. 1218 del Cc. italiano. Como señala BIANCA, C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, sub art. 1218, *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, 2ª ed., Bologna-Roma, 1979, págs. 98 y ss., la conducta de la entidad de crédito deberá agotar todas las posibilidades de cumplimiento de sus obligaciones de información, según la normal diligencia a que está obligada. Por otra parte, la prueba de la ausencia de culpa por su parte no podrá consistir en la demostración genérica de diligencia, sino que deberá dirigirse a evidenciar el hecho específico que ha imposibilitado el cumplimiento, y que le ha impedido, usando de la diligencia a ella exigible, reconocer el error cometido.

Señala DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1996, págs. 606 y ss., que si adoptamos una posición netamente subjetivista, correspondería al acreedor probar el hecho del incumplimiento, y la culpa del deudor. Sin embargo, en nuestro Derecho, a pesar de no existir una norma que lo establezca, se presume la culpa del deudor, invirtiendo la carga de la prueba. Para dicho autor, se ha de aplicar el art. 1214 Cc. ("Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone"), de tal modo que el acreedor tendrá que probar la

prescripción a disposición del solicitante de la información, en uno y otro caso³⁹⁸.

Sin embargo, el contenido de la carga de la prueba, que no la distribución de la misma, adquiere un matiz diverso en relación con las obligaciones de medios, a cuyo esquema pensamos responde la prestación de informes comerciales bancarios. En este tipo de obligaciones el acreedor deberá probar la culpa del deudor como inobservancia de la *lex artis*, en tanto el demandado deberá probar la existencia de los hechos impositivos³⁹⁹. No obstante, la jurisprudencia está abriendo una línea de tratamiento distinta, por cuanto si se produce un daño como consecuencia de una actividad profesional del deudor, a éste corresponderá probar el empleo de la diligencia que le es exigible⁴⁰⁰.

existencia de la obligación y el estado de insatisfacción o de lesión de un derecho de crédito, en tanto que el deudor deberá probar los hechos impositivos u obstativos de la pretensión del acreedor, es decir, la existencia de caso fortuito o la presencia de cualquier otro factor de exoneración de responsabilidad.

³⁹⁸ Como es bien sabido, frente al plazo de prescripción de un año, establecido en el art. 1968, 2º Cc. para las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el art. 1902, la acción de responsabilidad derivada del contrato tiene un plazo de prescripción de quince años (art. 1964, "in fine").

³⁹⁹ MONTÉS PENADÉS, V. L., "La responsabilidad por incumplimiento (II)", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R., (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994, págs. 210 y 211.

⁴⁰⁰ En efecto, en alguno de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales de nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 8 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3618], y 20 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1326], entre otras), se parte de la producción del daño y se pretende desplazar la prueba de la diligencia al demandado. Opina al respecto MONTÉS PENADÉS, V.L., "La responsabilidad por incumplimiento (II)", op. cit., págs. 210 y 211, que "en tal caso habría algo más que una presunción de culpa: una presunción de incumplimiento, toda vez que... el grado de diligencia (atención, cuidado, prudencia) es ya requerido por las *reglas del arte*, es decir, que va comprendido en las reglas profesionales junto a la posesión de los conocimientos técnicos". En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., pág. 607, señala en relación con las obligaciones de medios que, en estos supuestos, el acreedor deberá probar la culpa del deudor demandado entendida como inobservancia de las reglas que integran su prestación. Parece, por el contrario, como hemos visto, que la jurisprudencia está abriendo una línea distinta, conforme a la cual

La finalidad de esta breve comparación no es más que subrayar la importancia que el tema tiene a efectos prácticos. Por el mero hecho de haber encontrado un cauce para el resarcimiento de los daños en el régimen de la responsabilidad extracontractual, que en nuestro sistema supone una aplicación del principio *neminem laedere*, no se debe abandonar la investigación profunda y detallada sobre la naturaleza de la relación existente entre las partes, que no pensamos sea susceptible de ser calificada como mera relación de cortesía⁴⁰¹, al menos en determinados supuestos en los cuales pueden apreciarse los elementos que caracterizan la existencia de un contrato.

De este modo, si adoptamos una definición clásica de prestaciones de cortesía como "aquella amplia serie de relaciones que la realidad social, en su variada y cambiante representación, plantea continuamente, unificándolas en un dato genérico permanente expresado por la gratuidad de los comportamientos intersubjetivos y, por eso, independientemente del contenido que éstos, especificándose en varios sentidos, asumen en algunas ocasiones"⁴⁰², nos resultará imprescindible aludir a la existencia de un "interés contractual" que nos permita eliminar toda duda en cuanto a la intención de

producido un daño como consecuencia de la actividad profesional del deudor, es a éste a quien corresponderá la prueba del empleo de la diligencia que constituya el objeto de la obligación.

⁴⁰¹ Un pronunciamiento aislado en la jurisprudencia italiana, la Sentencia del Tribunale di Napoli, de 13 de marzo de 1967, BBTC 1967-II, págs. 267 y ss., mantuvo la tesis de que la entidad de crédito transmitía la información puramente a título de cortesía. Era la primera ocasión en la cual la jurisprudencia afrontaba directamente el problema de la naturaleza de la información bancaria y ofrecía a la doctrina la posibilidad de ofrecer una solución adecuada. Sin embargo, la decisión no respondió en la realidad a dichas expectativas, al no profundizar en la distinción entre prestación de cortesía y relación obligatoria en sentido estricto.

⁴⁰² VALLETTA, V., "Delle cosiddette prestazioni "affectionis vel benevolentiae causa", nota a la Sentencia de la Corte di Cassazione de 3 de noviembre de 1956, n. 4110, Dir. e Giur. 1957, pág. 519.

vincularse jurídicamente⁴⁰³. El interés perseguido por las partes, aun cuando no llegara a suponer un indicio externo de su real intención de obligarse, podría incluso permitir el reconocimiento de efectos jurídicos a una mera prestación de cortesía⁴⁰⁴. De este modo, se ha señalado que las prestaciones de cortesía tendrán naturaleza

⁴⁰³ BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., traducción y concordancias con el Derecho español por MARTÍN PÉREZ, A., Madrid, 1959, pág. 95; PANUCCIO, V., Voz "Prestazioni di cortesía", en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, T. XIV, Torino, 1996, pág. 274, quien afirma que la diferencia entre la prestación (en concreto, de transporte) de cortesía o de amistad y la prestación gratuita reside en el plano de los intereses perseguidos. En nuestra doctrina también realizan una escueta mención al transporte realizado por cortesía DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid, 1995, págs. 713 y 714, en el sentido de reconocer que aun cuando no pudiera reconocerse la existencia de un contrato ello no eximiría de responsabilidad al transportista, quien responderá por culpa extracontractual). ROVELLI, R., Voz "Prestazione di cortesía", en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIII, Torino, 1966, pág. 734; RAO-TORRES, G., "La responsabilità per falsa informazione...", op. cit., págs. 1521 y 1522. Para GORLA, G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954, pág. 189 (existe una traducción española de dicha obra, realizada por FERRANDIS VILELLA, J., Barcelona, 1959), el interés económico que motiva al promitente elimina toda duda en cuanto a la intención de vincularse; el mismo autor en "Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale", RDC 1956-II, pág. 927.

⁴⁰⁴ En este sentido se manifiesta GHEZZI, G., Voz "Cortesía (Prestazioni di)", *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, Milano, 1962, págs. 1050 y ss., si bien reconoce que no será el supuesto más común. El autor citado reconoce igualmente la posibilidad de que de una relación de cortesía surja un contrato verdadero y vinculante, dando mayor relevancia al comportamiento conscientemente objetivo, y prescindiendo del elemento subjetivo dirigido específicamente a constituir una relación jurídica. Véanse, en el mismo sentido, PERETTI-GRIVA, D. R., "Sulle prestazioni cosiddette di cortesía", op. cit., págs. 109 y ss.; GORLA, G., *Il contratto...*, op. cit., pág. 171; LIPARI, N., "Rapporti di cortesía, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico", en *Studi in Onore di Gioacchino Scaduto, Diritto Civile*, II, Padova, 1970, pág. 50; PACIFICI, T., "In tema di prestazioni di cortesía", nota a la Sentencia de la Corte di Cassazione de 14 de julio de 1952, n. 2188, Foro It. 1952-I, col. 1511, quien estima que las relaciones de cortesía de contenido patrimonial tienen índole negocial, sin que deba atenderse únicamente a la voluntad interna de las partes para la determinación de la naturaleza del acto. Los problemas surgirán, en opinión del autor citado, cuando no existan indicios externos de la real intención de obligarse de las partes, ya que se ha de delimitar el carácter de la voluntad manifestada por ellas (en este sentido FORCHIELLI, P., "Deposito de cortesía o deposito gratuito?", RTDPC 1953-II, pág. 297, comentando la Sentencia de la Corte di Cassazione de 14 de julio de 1952, también recogida en Foro It. 1952-I, 1, col. 1508, con nota de PACIFICI, T., "In tema di prestazioni...", op. cit.).

contractual cuando se dirijan a satisfacer un interés merecedor de tutela según el ordenamiento jurídico, posean un contenido económicamente valorable y sean capaces de generar una confianza en la contraparte, y, como consecuencia de ello, la responsabilidad derivada del incumplimiento de dicha relación será contractual⁴⁰⁵, no extracontractual⁴⁰⁶.

B) ALGUNOS SUPUESTOS RELEVANTES.

Con carácter previo al análisis de la contractualidad de los informes comerciales bancarios, convendría establecer algunos supuestos prácticos para realizar unas primeras reflexiones sobre la forma en que dichos informes se presentan en la práctica, así como sobre aquellos elementos que resultará de interés estudiar con el fin de demostrar que los informes comerciales bancarios pueden tener en nuestro ordenamiento naturaleza contractual.

Supuesto de hecho n° 1: Un sujeto A se dirige a la entidad de crédito B con la intención de solicitar un informe comercial sobre otro sujeto C, con el cual pretende iniciar relaciones de negocios. El sujeto A solicita el informe a la entidad de crédito por escrito, la entidad de crédito accede al servicio solicitado y presta la información por escrito. Como contraprestación por el servicio proporcionado se estipula un precio X a abonar por el solicitante del informe.

⁴⁰⁵ GHEZZI, G., Voz "Cortesia (Prestazioni di)", op. cit., pág. 1053.

⁴⁰⁶ Esta última tendrá lugar, en opinión de GHEZZI, G., Voz "Cortesia (Prestazioni di)", op. cit., pág. 1053, cuando las partes hayan entrado en contacto por primera vez por medio del hecho productor del daño.

En este supuesto, se aprecia claramente la naturaleza contractual de la relación que se entabla entre el cliente y la entidad de crédito, al reunir los caracteres exigidos por nuestro Cc.: consentimiento, objeto y causa de la obligación que se establezca (cfr. art. 1261), existiendo además una prueba documental escrita de la existencia del contrato.

Supuesto de hecho n° 2: El mismo sujeto A se dirige a una entidad de crédito B a solicitar un informe sobre C, a quien va a conceder crédito. Solicita la prestación de información verbalmente a la entidad, la cual accede y la presta, abonando el solicitante de la información el precio X por la obtención del informe.

También este supuesto reúne los caracteres propios de un contrato. La estipulación verbal del contrato no obsta para que se le otorgue dicha calificación, por cuanto el régimen general en nuestro sistema es el contrato consensual, conforme al tenor del art. 1278 del Cc.

De este modo, la forma aparece simplemente como manifestación externa del consentimiento sobre un objeto y con una causa (requisitos del contrato conforme al tenor del art. 1261 Cc.). Cuestión distinta, ajena a la naturaleza contractual de la relación entre la entidad de crédito y el solicitante del informe, será la relativa a la prueba de la prestación de dicho servicio en el supuesto de que tanto el solicitante de la información como el sujeto sobre quien versa el informe reclamen a la entidad de crédito alguna responsabilidad.

Supuesto de hecho n° 3: Un sujeto A se dirige a una entidad de crédito B a solicitar un informe sobre C, con quien piensa contratar.

Solicita por escrito la prestación del informe, que es proporcionado por la entidad de crédito, pero no se estipula ninguna contraprestación a cargo del solicitante de la información, es decir, que la información es prestada por la entidad de crédito de forma gratuita.

Igualmente en este supuesto la entidad de crédito contrata con el solicitante de la información. El carácter gratuito de la información no constituye un obstáculo para el reconocimiento de la naturaleza contractual de la relación, por cuanto se cumplen los requisitos exigidos para la existencia de un contrato. Por lo tanto, no afecta a dicha naturaleza el carácter gratuito de la prestación del informe por la entidad de crédito.

Supuesto de hecho nº 4: Un sujeto A se dirige a la entidad de crédito B con la intención de solicitar un informe comercial sobre el sujeto C. Solicita verbalmente dicha información, que le es proporcionada por la entidad de crédito de la misma forma y con carácter gratuito.

Este último es el supuesto común de informe comercial bancario, en el cual el informe no se recoge por escrito ni existe, por lo general, documentación alguna que facilite su prueba. Tampoco se estipula una contraprestación en favor de la entidad de crédito por el servicio prestado ni, lo que puede resultar de mayor interés, como veremos, manifiesta ésta con anterioridad a la entrega del informe de forma expresa su voluntad de proporcionarlo. Es, por tanto, este supuesto el que plantea mayores problemas a la hora de encuadrarlo dentro de la categoría de los contratos, principalmente porque es

necesario demostrar en la entidad de crédito la concurrencia de una intención de obligarse.

C) ELEMENTOS DEL CONTRATO DE INFORMES COMERCIALES.

No es objeto de esta tesis el determinar previamente lo que sea el contrato en el seno de nuestro ordenamiento. Mas parece necesario partir de su concepto usual entre nuestra doctrina, de tal modo que pueda servirnos de utilidad como fundamento de nuestras reflexiones en torno al carácter contractual -aquí propuesto- de los informes comerciales bancarios. En tal sentido, tomamos como base la definición que propone DÍEZ-PICAZO, conjugando dos elementos, de un lado, el consentimiento de dos o más personas, conforme al art. 1254 Cc., y la creación de una obligación que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes⁴⁰⁷. De ambas notas deduce dicho autor la configuración tradicional y clásica de contrato, entendido como "acuerdo de voluntades de dos o más personas (*duorum vel plurium consensus*) dirigido a crear obligaciones entre ellas (*ad constituendum obligationem*)"⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Comentario al art. 1254", *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991, págs. 429 y 430, señala que el art. 1254 realiza una descripción incompleta del contrato, que debe ser completada con los arts. 1261, 1089 ("las obligaciones nacen de... los contratos") y, en su caso, con las disposiciones sobre forma contenidas en el art. 1280 Cc. Así también, no debe olvidarse el art. 1091 de dicho cuerpo legal, que establece que "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos" (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., págs. 115 y ss.; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., "El contrato", op. cit., pág. 309).

⁴⁰⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., págs. 117 y 118. Afirma FLUME, W., *Allgemeiner Teil des*

Esta concepción moderna de contrato, producto de los presupuestos ideológicos y sociales imperantes en el momento de la promulgación de nuestro Cc. (economía liberal, con la consecuente preponderancia de la libertad individual y predominio burgués sobre la economía, así como el mantenimiento de la idea de sustancial igualdad de las partes contratantes), se compone de ingredientes no exclusivamente jurídicos. Atendiendo a criterios de esta última clase, podemos entender el contrato, siguiendo pautas ya consolidadas, como "negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral", o bien como "todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial"⁴⁰⁹.

Visto, pues, el concepto de contrato, conviene analizar si la prestación de informes comerciales puede incluirse dentro del mismo. Para ello habrá que comprobar si en la relación que se establece entre el solicitante de la información y la entidad de crédito se contienen los elementos esenciales de todo contrato establecidos en el art. 1261 Cc.

Bürgerlichen Rechts, zweiter Band, *Das Rechtsgeschäft*, dritte, ergänzte Auflage, Berlin/Heidelberg/New York, 1979, págs. 601 y ss., que el concepto de contrato es una abstracción, al igual que el concepto de negocio jurídico, adoptando la definición de SAVIGNY, conforme a la cual el contrato es la regulación negocial de una relación jurídica, a la que se ha llegado por acuerdo de los contratantes. Por medio del acuerdo contractual se establece la *lex contractus*.

⁴⁰⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., págs. 121 y ss. Este concepto es el recogido en el art. 1321 del Cc. italiano de 1942, al disponer bajo la rúbrica "noción de contrato" que éste es "el acuerdo de dos o más partes en orden a constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial".

1. El consentimiento en el contrato de prestación de informes comerciales.

Elemento clave para reconocer la existencia de un vínculo contractual entre las partes, bien se entable la relación con otra entidad de crédito, o con otro sujeto, sea o no cliente de la entidad informante, será la intención de obligarse, conforme al tenor del art. 1254 Cc.

El consentimiento, como exigencia de voluntad y elemento esencial del contrato, debe producirse en relación con el objeto y la causa del contrato, como se deduce del contenido del art. 1262, 1º del mismo Código⁴¹⁰. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de contrato sin verdadera voluntad contractual en alguna de las partes. Se trata de supuestos de dolo o error en la declaración de voluntad, en los que se entiende que debe ser protegida la confianza que se genera en el destinatario de la declaración, en que ésta responde a la voluntad querida por su emisor. Por tanto, la persona deberá asumir el riesgo que crea en su actuación social⁴¹¹, si bien para atribuirle dicho riesgo es necesario, de un lado, que la actuación le resulte imputable, y, de otro, que la declaración sea

⁴¹⁰ MORALES MORENO, A. M., "Comentario al art. 1261", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 442. En la doctrina italiana, STOLFI, G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pág. 7, defiende la teoría según la cual para que surja un contrato no basta con la coincidencia de dos declaraciones de voluntad dirigidas a una misma finalidad lícita, sino que las partes han de tener también la intención de que ello produzca como resultado una relación jurídica, siendo, en consecuencia, un elemento esencial del contrato, el *animus contrahendi negotii*, es decir, la intención común de que del acuerdo deriven consecuencias jurídicas.

⁴¹¹ MORALES MORENO, A. M., "Comentario al art. 1261", op. cit., pág. 443.

susceptible de crear confianza, y que la haya creado efectivamente en su destinatario⁴¹².

De otro lado, el consentimiento deberá ser objeto de algún tipo de exteriorización, lo cual no quiere decir, sin embargo, que su manifestación deba producirse en todo caso de forma expresa⁴¹³.

a) *Declaración tácita de voluntad.*

En el supuesto de prestación de informes comerciales no será normal la aceptación expresa por la entidad de crédito, la cual contestará simplemente, en su caso, proporcionando el informe. Por tanto, puede tratarse de una declaración tácita, realizada por actos concluyentes, puesto que, como afirma BETTI, puede suceder que un determinado comportamiento signifique habitualmente en el ámbito social en que se desarrolla una toma de posición respecto de intereses económicos que afecten a la esfera jurídica ajena en su interferencia con la propia⁴¹⁴. En los supuestos de declaración tácita de voluntad, "el comportamiento vale como declaración, puesto que genera la confianza ajena y su protagonista debe responsabilizarse del

⁴¹² MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Madrid, 1988, págs. 120 y ss.

⁴¹³ La STS de 11 de abril de 1992 [R] 1992, 3093] alude, en este sentido, a los requisitos que habrá de reunir el consentimiento, señalando que debe "ser libre y conscientemente emitido, manifestado por actos concluyentes, expresos o tácitos, pero debe aflorar al exterior después de una deliberada decisión, existiendo el contrato solamente cuando confluyen o se aúnan dos voluntades sobre la cosa y la causa que han de constituirlo (art. 1262 CC)".

⁴¹⁴ BETTI, E., *Teoría general...*, op. cit., págs. 100 y ss.

mismo"⁴¹⁵, como ha señalado también la jurisprudencia en numerosas ocasiones⁴¹⁶.

Por lo tanto, en el supuesto de los informes comerciales, la entidad de crédito estaría prestando su consentimiento a través de *facta concludentia*, por medio del mismo cumplimiento de la prestación derivada del contrato, esto es, la prestación efectiva del informe a su solicitante⁴¹⁷. La posibilidad de que se reconozca la

⁴¹⁵ LUNA SERRANO, A., "El consentimiento contractual y su declaración", en LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 2º, *Teoría general del contrato*, 2ª. ed., Barcelona, 1987, pág. 99.

⁴¹⁶ Como afirma DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., pág. 149, "la declaración tácita de la voluntad contractual... está sometida siempre a una interpretación y valoración de los tribunales, que debe realizarse de forma objetiva, no buscando tanto la inducción de una voluntad oculta bajo ellos, cuanto el sentido que el comportamiento tiene y la confianza que suscita en los demás".

En concreto, a la protección de la confianza para dar valor a la declaración tácita se refieren, entre otras, las SSTs de 14 de junio de 1963 [RJ 1963, 3057], 29 de enero de 1965 [RJ 1965, 262] y 13 de abril de 1982 [RJ 1982, 1947].

⁴¹⁷ Sobre la posibilidad de realizar una declaración de voluntad tácita por medio de la misma ejecución del contrato, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª. R., "Elementos esenciales del contrato", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª. R., (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994, pág. 334. En cuanto a la jurisprudencia, véase STS de 28 de febrero de 1990 [RJ 1990, 724]. La jurisprudencia exige que se trate de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones (al respecto, SSTs de 2 de febrero, 11 de octubre y 19 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 652, 7858 y 10287], 11 de junio de 1991 [RJ 1991, 4445], 22 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10635], 11 de julio y 31 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 6388 y 10488]). En este sentido, la STS de 26 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2822], afirma que es "evidente que la reglamentación negocial de intereses puede exteriorizarse a través del comportamiento, existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna; en definitiva se trata de los hechos concluyentes (*facta concludentia*) y como tales inequívocos que sin ser medio directo de exteriorización del interno sentir lo da a conocer sin asomo de duda, de suerte que el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia". La efectiva ejecución del contrato cumple con creces dicha finalidad del actor. En este sentido, el art. 18, 3º de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en

prestación del informe como acto concluyente dependerá de las circunstancias del caso concreto, en especial, del posible reconocimiento de interés en ambas partes y del valor declarativo de voluntad que conforme a la buena fe deba darse a la actuación de la entidad de crédito⁴¹⁸.

Cabría incluso pensar que de este modo la entidad de crédito consiente de forma expresa, ya que no está establecida de forma nítida la delimitación entre lo que constituyan formas tácitas y expresas de manifestación de la voluntad contractual, y la doctrina ha reconocido como manifestación expresa de voluntad determinadas formas de ejecución de los contratos⁴¹⁹. Sin embargo, independientemente de

Viena el 11 de abril de 1980, dispone: "No obstante, si en virtud de la oferta de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute este acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente". Véase el comentario a dicho precepto realizado por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., (Dir. y Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, 1998, págs. 182 y 183; el mismo autor en "La formación del contrato", ADC 1995, págs. 20 y 21.

En la doctrina italiana se refiere concretamente a el supuesto ROPPO, E., *Il contratto*, op. cit., pág. 87, como ejemplo de manifestación tácita de voluntad de concluir el contrato. En efecto, en el ordenamiento italiano, el art. 1327 Cc. señala que si aquel a quien se ha solicitado una prestación la ejecuta sin dar respuesta al requirente, está en realidad ejecutándola, y con ello, determinando la conclusión de un contrato.

⁴¹⁸ En este sentido, MONTEIRO, J. F. Sinde, *Responsabilidade por conselhos...*, op. cit., pág. 470.

⁴¹⁹ Por esta postura parece inclinarse DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., pág. 149, al incluir entre las declaraciones expresas aquellas que se realizan mediante signos inequívocos, como levantar el brazo en una subasta, o recoger el periódico y dejar las monedas en el quiosco, por tratarse de conductas de valor acostumbrado o de valor socialmente reconocido.

También PINTO, P. Mota, *Declaração tácita e comportamento concludente...*, op. cit., pág. 752, quien considera que los "hechos concluyentes" son aquellos "a partir de los cuales, de acuerdo con el criterio interpretativo, se puede concluir una declaración tácita -pueden, por tanto, ser todos los que se deben considerar relevantes desde un punto de vista hermenéutico, sean positivos o negativos, siempre que sirvan

que consideremos que la prestación del informe constituya una declaración tácita o expresa de voluntad, en definitiva lo que importa es la existencia de consentimiento por parte de la entidad de crédito, de modo que ello permita reconocer la estipulación de un contrato entre dicha entidad y el solicitante de la información.

En efecto, ello nos podría hacer pensar que estamos ante un contrato real, que se perfecciona por la entrega del informe, por lo que con anterioridad no existiría contrato, sin que se pudiera exigir tampoco la prestación del mismo por su solicitante. Sin embargo, opinamos que se trata de un contrato consensual, principalmente porque al tratarse de un contrato atípico, debemos aplicar las reglas generales de nuestro Derecho de contratos, una de las cuales es la consensualidad; la existencia de contratos reales es una excepción en nuestro Derecho. No obstante, si bien consideramos que se trata de un contrato consensual, lo importante, como hemos señalado, es que existe consentimiento y, por tanto, contrato de prestación de informes comerciales bancarios⁴²⁰.

Cabría pensar también en otro supuesto, en el cual la entidad de crédito no procediese de forma inmediata a la prestación del informe solicitado y mantuviese silencio, sin manifestar tan siquiera su no aceptación de la solicitud de información. Estamos pensando aquí en

para producir una tal "impresión en el destinatario" en el sentido de la existencia de una declaración tácita y que no se trate de símbolos integrantes de un lenguaje (pues entonces la declaración sería expresa)".

⁴²⁰ La consecuencia inmediata de considerar el contrato como consensual o real, es que en el primer caso, el solicitante de la información podría reclamar el cumplimiento forzoso, siempre que pudiese probar la estipulación del contrato con la entidad de crédito; en el segundo, hasta que no le sea entregado el informe, no existirá contrato y, por tanto, únicamente cabrá exigir la responsabilidad por la prestación de un informe comercial sin la debida diligencia por la entidad de crédito.

aquellos supuestos en los cuales un sujeto ha solicitado ya numerosos informes a una determinada entidad, que le han sido concedidos sin ningún problema. Creemos que en este supuesto sí tendría la entidad de crédito obligación de hablar y de rechazar expresamente la prestación del nuevo informe solicitado, entendiéndose en otro caso que consiente⁴²¹, lo que, en cierto sentido, está en gran medida conectado con el reconocimiento de deberes de informar y de aconsejar derivados del principio general de buena fe⁴²². En otros supuestos, en los cuales no existe una relación prolongada de este tipo entre el solicitante de la información y la entidad de crédito, creemos dudoso que la entidad esté obligada a hablar.

La principal cuestión que podría plantearse en este caso es la de si existiría en favor del solicitante una pretensión dirigida a exigir la prestación del informe, por entender que la entidad, al guardar silencio, efectivamente consintió⁴²³. El silencio puede, en efecto, actuar como declaración tácita de voluntad contractual, siempre que se den una serie de circunstancias, que han sido establecidas jurisprudencialmente⁴²⁴, y que se dirigen a que esta especial eficacia del

⁴²¹ En este sentido, véase VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 85, quien se refiere a la "doctrina del silencio", que hace responder o considera obligado a quien, teniendo un deber de hablar, impuesto por una norma legal o por el uso del comercio o del tráfico, calla. En nuestra jurisprudencia, la STS de 18 de octubre de 1982 [RJ 1982, 5560], relativa al valor presuntivo del silencio como declaración del consentimiento (con cita de las SSTs de 23 de noviembre de 1943 [RJ 1943, 1291], 14 de junio de 1963 [RJ 1963, 3058], 24 de mayo de 1975 [RJ 1975, 2104] y 13 de febrero de 1978 [RJ 1978, 294]. Al respecto señala el Alto Tribunal que dada la existencia entre las partes "de inmediatas relaciones contractuales, con efectos todavía vivos, lo natural y normal era contestar aquella manifestación con un expreso disentimiento, si es que era esta la opción escogida, en lugar de silenciarla provocando el consiguiente error de interpretación de voluntad".

⁴²² Al respecto, véase *supra* Capítulo III de la primera parte.

⁴²³ PINTO, P. Mota, *Declaração tácita e comportamento concludente...*, op. cit., pág. 632.

⁴²⁴ En este sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia. Pueden consultarse

silencio venga establecida por la voluntad de las partes o por la ley, o reconocida porque en atención a las especiales circunstancias concurrentes, el que calló pudo y debió hablar conforme a los usos y la buena fe⁴²⁵. Únicamente en estos supuestos podrá actuar el silencio como declaración de voluntad, puesto que en otro caso el silencio no vale por sí mismo para manifestar la voluntad del sujeto, "si éste cumple ciertas acciones o tiene un determinado comportamiento, no acompañado de palabras, serán aquellas acciones o aquel

al efecto las SSTS de 24 de noviembre de 1943 [R] 1943, 1292]: "cuando se tienen entre dos personas relaciones seguidas de negocios, el modo corriente de proceder implica el deber de hablar, de manera que si el que puede hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe, puesto que debía haber manifestado su disentimiento" (relaciona también el principio de buena fe con el reconocimiento de efectos declarativos al silencio PINTO, P. Mota, *Declaração tácita e comportamento concludente...*, op. cit., págs. 657 y ss.); de 14 de junio de 1963 [R]1963, 3057], 29 de enero de 1965 [R] 1965, 262], 24 de mayo de 1975 [R] 1975, 2104], 18 de octubre de 1982 [R] 1982, 5560] y 17 de noviembre de 1995 [R] 1995, 8743], así como la STS de Aragón de 10 de abril de 1995 [R] 1995, 3483], todas ellas referidas a la conexión entre la valoración del silencio como manifestación de voluntad y la protección de la confianza. En concreto, la STS de 13 de febrero de 1978 [R] 1978, 294], que recoge y sistematiza la jurisprudencia anterior sobre la materia, llega a considerar como principio general de Derecho la máxima *tacens consentit, si contradicendo impedire potebat*, que significaría que para la validez del silencio como declaración de voluntad, "aquel a quien se imputa el consentimiento tácito tenga el deber de hablar, por existir entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan o por ser natural y normal que expresase su disentimiento, si no deseaba aprobar los hechos o propuestas de su contendiente".

Sobre el valor del silencio como manifestación de la voluntad negocial, véase en la doctrina alemana FLUME, W., *Allgemeiner Teil...*, op. cit., págs. 64 y ss., quien niega que la regla *qui tacet, consentire videtur* se convierta en principio general, ni tampoco la regla contraria. El silencio, en principio, no constituye ninguna manifestación de voluntad, únicamente bajo determinadas circunstancias inequívocas y excepcionalmente, podrá considerarse como consentimiento contractual, en cuyo caso podrá igualmente ser impugnado por error (pág. 68).

⁴²⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit. págs. 151 y 152; el mismo autor en "La formación del contrato", op. cit., pág. 23; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Comentario a la STS de 2 de febrero de 1990", CCJC 1990, n° 22, págs. 313 y ss.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a. R., "Elementos esenciales del contrato", op. cit., pág. 335. En la jurisprudencia, pueden citarse las SSTS de 19 de diciembre de 1990 [R] 1990, 10287] y 19 de septiembre de 1991 [R] 1991, 6056]. La determinación del valor que al silencio haya de darse en cada caso será una cuestión de hecho apreciable por el juez (STS de 7 de septiembre de 1990 [R] 1990, 6855]).

comportamiento..., y no ya el hecho -accesorio y a este fin irrelevante- de la ausencia de palabras, las que manifiesten su voluntad"⁴²⁶.

No obstante, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de exteriorización tácita de la voluntad por medio de hechos concluyentes, el silencio y las conductas omisivas plantean mayores problemas de interpretación, por su propia naturaleza de hechos negativos, como han afirmado tanto la doctrina⁴²⁷ como la jurisprudencia⁴²⁸. Se deberá, por ello, atender detenidamente a las circunstancias del caso concreto para poder determinar si realmente la entidad de crédito al no manifestar la negativa a la prestación del informe, ni tampoco proceder a su entrega al solicitante del mismo, consintió, entendiéndose de este modo que quedaba vinculada contractualmente.

⁴²⁶ ROPPO, E., *Il contratto*, op. cit., pág. 88. En idéntico sentido, en nuestra jurisprudencia, la STS de 19 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 10287], con cita de la de 24 de enero de 1957 [RJ 1957, 367], subraya que "el silencio absoluto no es productor de efectos jurídicos más que en el caso de que la Ley o la voluntad de las partes se lo reconozca o conceda previamente, pudiendo hablarse de un silencio cualificado sólo cuando se junte a hechos positivos precedentes, a una actividad anterior de la parte que guardó silencio, o a particulares situaciones subjetivas u objetivas que sirvan como elemento útil para tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad".

⁴²⁷ LUNA SERRANO, A., "El consentimiento contractual y su declaración", op. cit., pág. 102; FLUME, W., *Allgemeiner Teil...*, op. cit., pág. 73.

⁴²⁸ SSTs de 14 de junio de 1963 [RJ 1963, 3057], 29 de enero de 1965 [RJ 1965, 262], 13 de febrero de 1978 [RJ 1978, 294], 27 de diciembre de 1980 [RJ 1980, 5098], 28 de enero de 1983 [RJ 1983, 395] y 16 de abril de 1985 [RJ 1985, 1766].

b) *Interés contractual e intención de obligarse.*

En sede de consentimiento creemos conveniente realizar una breve referencia al tema del interés contractual⁴²⁹, que estimamos existe en ambas partes contratantes, tanto en la entidad de crédito, a pesar de prestar gratuitamente el informe, como en el solicitante de la información, en el cual es apreciable de forma evidente.

En los supuestos de informaciones prestadas por las entidades de crédito con carácter previo a la contratación de sus servicios por los potenciales clientes, parece evidente el interés "directo" que la entidad de crédito ostenta⁴³⁰. A pesar de que en determinadas ocasiones,

⁴²⁹ Como ha resaltado un importante sector de la doctrina italiana, la voluntad de las partes se dirige al resultado empírico y no a los efectos jurídicos, SEGRÉ, G., "Studi sul concetto di negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico", *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930, págs. 195 y ss.; BETTI, E., *Teoría general...*, op. cit., págs. 101 y ss.; PACIFICI, T., "In tema di prestazioni di cortesia", op. cit., col. 1509. Y todavía más, CECCHINI, A., *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, págs. 65 y 66, ha concretado que dentro de los efectos empíricos, debe delimitarse el tipo y la calidad de los efectos prácticos perseguidos por las partes. Es, por otra parte, la relevancia de dicho resultado empírico la que determina la delimitación entre contrato y mera relación de cortesía.

⁴³⁰ Los tribunales alemanes han reconocido siempre en estos supuestos la existencia de un *contrato tácito de información*, condenando a la entidad de crédito por una actuación perjudicial para quien había confiado en su parecer (RG JW 1917, 100, 101; RG JW 1918, 89, 90; RGZ 101, 297, 301; BGHZ 7, 371, 374; BGHZ 21, 102, 107; BGHZ 74, 103, 106; BGH WM 1958, 397, 398; BGH WM 1960, 660, 662; BGH WM 1962, 1110; BGH WM 1963, 913, 914; BGH WM 1965, 287; BGH NJW 1972, 678, 680; BGH WM 1985, 450, 451; BGH NJW 89, 1029= WM 88, 1828= ZIP 89, 317; BGH NJW 89, 2882= WM 89, 1409= ZIP 89, 1205; BGH NJW 90, 513= WM 89, 1836= ZIP 89, 1523; BGH WM 90, 1990= WuB I B 4.-1-91, con nota de HEYMANN). Entre las numerosas sentencias pueden encontrarse supuestos de informaciones prestadas por las entidades de crédito con el fin de favorecer la liquidez del sujeto sobre quien versa el informe, y así cobrarse las deudas frente a la propia entidad de crédito informante había contraído aquel sujeto. Este es el supuesto que dio lugar a la Sentencia del BGH publicada en WM 1961, 510, en la que se condenó a la entidad informante por el cauce de la responsabilidad contractual, puesto que el director de la entidad había proporcionado a un cliente informaciones favorables sobre un empresario también cliente de la entidad y deudor de la misma. El destinatario del informe, confiando en el contenido de las mismas, concedió un préstamo a dicho empresario, con cuyo importe saldó los créditos que contra él ostentaba la entidad informante, pero no fue capaz de devolver su importe al

vengan establecidas por normas del sector, como hemos tenido oportunidad de comprobar, obligaciones informativas a cargo de las entidades de crédito en esta fase precontractual, en numerosas ocasiones pueden apreciarse igualmente supuestos de vínculos jurídicos gratuitos a través de informaciones prestadas voluntariamente por las entidades de crédito con la única finalidad de atraer clientela.

En los supuestos de emisión de informes comerciales la doctrina ha reconocido igualmente la existencia de un interés contractual en la entidad de crédito⁴³¹, que se dirigirá, según los casos, a la captación de nuevos clientes, a conservar su clientela, o, en el supuesto de informaciones sobre la existencia de provisión para el pago de cheques, a la protección de sus intereses frente a una posible presentación al pago de cheques de proveniencia incierta.

En todo caso, la entidad de crédito informante conoce el hecho de que de la prestación del informe dependen las futuras disposiciones patrimoniales del solicitante, aspecto que constituye a su vez el interés de este último en su obtención⁴³².

prestamista.

⁴³¹ GERACI, L., "Lineamenti della responsabilità della banca per erronee o inesatte informazioni", en AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, (Banco di Sardegna-CIDIS), Milano, 1986, pág. 189.

⁴³² MONTEIRO, J. F. Sinde, *Responsabilidade por conselhos...*, op. cit., pág. 470. En efecto, como afirma BETTI, E., *Teoría general...*, op. cit., pág. 114, aparecería en estos supuestos el problema de la autorresponsabilidad, al considerar el negocio jurídico desde aquella perspectiva que no atiende únicamente a la voluntad. Ello permite, para BETTI, pensar si el autor del negocio no deberá someterse a las consecuencias por él previsibles, dependientes de la impresión suscitada, de la confianza razonable depositada en otros. En el mismo sentido, PUGLIATTI, S., Voz "Autoresponsabilità", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. IV, Milano, 1959, pág. 461.

En consecuencia, el aspecto más importante a la hora de determinar la naturaleza de los informes bancarios es la existencia de intereses económicos jurídicamente relevantes para ambas partes, tanto para el solicitante de la información como para la entidad de crédito. Ésta no emite los informes por un espíritu meramente altruista -que también podría ser contractual-, sino más bien, porque es la conducta esperada por el cliente, que tiene la opción de contratar con otras entidades competidoras, y en el supuesto de que el informe sea solicitado por otra entidad de crédito, por la cooperación recíproca entre ellas, sin exigir en la mayoría de casos remuneración alguna⁴³³.

c) *Argumentos en contra de la existencia de consentimiento contractual.*

Se ha querido negar la existencia de una declaración de voluntad contractual en los supuestos de informes comerciales bancarios por el hecho de reconocer que la entidad de crédito no tiene obligación de emitir el informe solicitado. Dicho argumento es fácilmente rebatible. Sobre la base de su libertad de contratar con quien desee, la entidad de crédito es, en principio, libre de proporcionar o negar la realización de las prestaciones que le son solicitadas⁴³⁴, por lo que puede no ofrecer sus servicios a aquellos que no merezcan su

⁴³³ MUSIELAK, H.-J., "Die Bankauskunft nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland", en HADDING, W., SCHNEIDER, U. H., (Hrsg.), *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlín, 1986, págs. 22 y 23.

⁴³⁴ HONSELL, H., "Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten", *JuS* 1976, págs. 621 y ss.

confianza⁴³⁵. Frente a cualquier propuesta de contrato (oferta), la parte a quien va dirigida es libre de aceptarla o no, constituyendo el principio de libertad contractual el eje de la teoría general del contrato⁴³⁶. Ello se hace todavía más patente en las operaciones

⁴³⁵ Ello se aprecia claramente en los supuestos de concesión de crédito. Sin embargo, las entidades de crédito contarán, como todo sujeto, con el límite del derecho constitucional a la igualdad y al principio de no discriminación. La relación existente entre libertad contractual e igualdad de trato es destacada por BARCELLONA, P., Voz "Libertà contrattuale", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIV, Milano, 1974, pág. 489; en el mismo sentido, considerando la igualdad de trato como límite a la libertad contractual, RODOTÀ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, págs. 15 y ss. Se trata de una cuestión que ha preocupado a la doctrina italiana y a la cual se han referido con detenimiento NIGRO, A., "Attività bancaria e vincoli a contrarre delle banche", *Economia e Credito* 1985, págs. 107 y ss.; el mismo autor en "Operazione bancarie e parità di trattamento", *DBMF* 1987, págs. 3 y ss.; y MARTORANO, F., "Trasparenza e parità di trattamento...", op. cit., págs. 697 y ss. Sobre las posibles diferencias entre la actuación a que estarían obligadas la banca pública y la privada, TARDIVO, C. M., "Revoca di finanziamento ed obbligo a contrarre: due facce di una sola medaglia?", nota a la Sentencia de la Pretura di Torino de 31 de diciembre de 1988-2 de enero de 1989, *BBTC* 1990-II, págs. 808 y ss.

Dicho principio ha sido ya objeto de alguna concreción en nuestro ordenamiento. Al respecto puede citarse el art. 3.3.2.8 del R.D. 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agro-alimentaria, que considera como infracción "la negativa injustificada a satisfacer las demandas del consumidor o usuario y de expendedores o distribuidores, producidas de buena fe o conforme al uso establecido, cuando su satisfacción esté dentro de la disponibilidad del vendedor o prestador habitual, así como cualquier forma de discriminación con respecto a las referidas demandas". Sin embargo, dicha línea normativa es de difícil aplicación al ámbito de la contratación bancaria, para la que resulta fundamental la consideración de las características subjetivas del cliente. En este sentido, en el ordenamiento francés, el Reglamento nº 86-1243, de 1 de septiembre, ha sustraído las operaciones de banca y de crédito del ámbito de aplicación de las disposiciones que sancionan la negativa a la venta y prestación de servicios, así como las condiciones discriminatorias, habiendo sido la norma igualmente incluida de forma expresa en el art. 89 de la Ley bancaria (al respecto, véase nota de CABRILLAC, M., *RTD com.* 48 (2), 1995, pág. 453).

⁴³⁶ En este sentido, CARRESI, F., "Il comodato come rapporto di cortesia", *RTDPC* 1949, pág. 293.

Sin embargo, se establecen a dicho principio determinadas limitaciones, por cuanto se otorga valor de oferta a la exposición de artículos en establecimientos comerciales. En este sentido, el art. 9, 1º, primer inciso de la LOCM ha establecido que "la oferta pública de venta o la exposición de artículos en establecimientos comerciales constituye a su titular en la obligación de proceder a su venta a favor de los demandantes que cumplan las condiciones de adquisición, atendiendo, en el segundo caso, al orden temporal de las solicitudes". A pesar de lo que en principio pudiera pensarse, no estima DÍAZ ALABART, S., "Comentario al art. 9", en PIÑAR MAÑAS,

bancarias, en las cuales el elemento de confianza o la cualidad subjetiva del solicitante de los servicios de la entidad de crédito adquieren un papel esencial. Pero si acepta la oferta, hay unanimidad doctrinal en reconocer que deberá emplear en la búsqueda y elaboración de la información toda la diligencia que le sea exigible. La entidad, al contratar, queda vinculada por lo estipulado y se obliga a cumplir la prestación con diligencia, incurriendo en otro caso en responsabilidad⁴³⁷.

Un segundo argumento esgrimido para rechazar la existencia de consentimiento contractual por parte de la entidad de crédito informante se basa en el hecho de que ésta, por lo general, manifiesta que si bien presta el informe comercial bancario, queda exonerada de

J. L., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997, pág. 91, que ello suponga una variación respecto de las reglas generales de la contratación establecidas en el Cc., y que exigen para la existencia de consentimiento contractual "concurso de oferta y aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato" (cfr. art. 1262), sino que simplemente se reconoce la oferta pública de venta o la exposición de artículos comerciales en un establecimiento como verdadera oferta y no como una mera *invitatio ad offerendum*. No obstante, dicha Ley no resulta aplicable a la prestación de servicios por las entidades de crédito (véase su ámbito de aplicación en el art. 1 de la LOCM). Estas ideas se complementan, sin embargo, con el valor integrativo del contenido contractual que el art. 8 LGDCU otorga a la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades y servicios. Cabría plantearse hasta qué punto no se desprende de estas normas una tendencia o regla general, de tal modo que ello indujera a reconocer dicho valor de oferta a la publicación de la prestación de servicios en una sucursal bancaria, además considerando la importancia que en la actualidad tienen los mismos para los consumidores.

⁴³⁷ Véase al respecto VÉZIAN, J., *La responsabilité du banquier...*, op. cit., pág. 240; ANCEL, P., "Die Erteilung von Bankauskünften...", op. cit., pág. 118. También la doctrina alemana coincide en señalar que no existe una pretensión frente a la entidad de crédito que la obligue a prestar el informe, salvo que la misma derive, como obligación accesoria, de otro contrato ya estipulado con el cliente, o de un específico contrato de información. Ni siquiera otra entidad de crédito ostentaría dicha pretensión. Pero si la entidad de crédito presta el informe, nacerá, como consecuencia, una pretensión del solicitante al resarcimiento de los daños ocasionados por un informe prestado sin la debida diligencia. Entre los autores germánicos, véanse BREINERSDORFER, S., *Die Haftung der Banken...*, op. cit., págs. 21 y ss.; SICHTERMANN, S., *Bankgeheimnis und Bankauskunft*, op. cit., págs. 164 y ss.

toda responsabilidad. Sin embargo, consideramos que incluir una de dichas cláusulas puede constituir incluso un indicio de la contractualidad de la prestación de informes comerciales bancarios, al pretender con ella la entidad de crédito limitar su responsabilidad⁴³⁸. No parece aventurado pensar que se trate de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad incluidas en un contrato⁴³⁹. El régimen y validez de dichas cláusulas deberá estudiarse, cuando se incorporen al contrato mediante condiciones generales de la contratación, en sede de cláusulas abusivas, con el fin de determinar en cada caso su ámbito de eficacia o su posible nulidad⁴⁴⁰.

2. Objeto.

El segundo de los elementos esenciales del contrato, sobre el cual debe recaer el consentimiento de las partes, es el objeto. Al objeto del contrato se refieren los arts. 1271 y 1273 Cc., identificándolo ambos preceptos con las cosas y servicios. Del tenor de los preceptos citados ha concluido, por tanto, la doctrina dominante que el objeto del contrato

⁴³⁸ Esta es la opinión sustentada por RAO-TORRES, G., "La responsabilità per falsa informazione...", op. cit., pág. 1526, para quien la inclusión de dicha reserva por la entidad de crédito no supone la intención de evitar un vínculo obligatorio, sino todo lo contrario. En idéntico sentido, pueden citarse MUSIELAK, H. J., *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*, Berlin/New York, 1974, pág. 9; SCHÖNLE, H., *Bank- und Börsenrecht*, op. cit., págs. 50 y ss.; VÉZIAN, J., *La responsabilité du banquier...*, op. cit., pág. 240.

En contra, otro representante de la doctrina italiana, FISSOTTI, C., "Patto di prelazioni e negozio di cortesia", nota a la Sentencia de la Corte di Cassazione de 28 de enero de 1955, n. 223, RD Com. 1956-II, pág. 6.

⁴³⁹ Véase *infra*, Capítulo IV, relativo a la responsabilidad por la emisión de informes comerciales bancarios.

⁴⁴⁰ En relación con las cláusulas abusivas, véase Capítulo II de la primera parte, apartado III.

son las cosas o servicios a que el contrato se refiere. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto DÍEZ-PICAZO⁴⁴¹, dicha conclusión resulta inaplicable a determinados fenómenos contractuales contenidos en nuestro Derecho positivo, como la cesión de créditos y demás derechos incorporales, el precontrato o contrato preliminar, o los contratos normativos. Por ello, se plantea la adopción de la doctrina germánica que identifica el objeto del contrato con la prestación, entendida ésta como comportamiento de una de las partes que tiene un valor económico y ofrece un interés a la contraparte⁴⁴². Sin embargo, esta postura produce una evidente confusión de los conceptos de objeto del contrato y objeto de la obligación. Es necesario, por tanto, en opinión del autor citado, acudir a otra idea para determinar cuál sea el objeto del contrato. BETTI⁴⁴³ opta por la idea de interés que el negocio está llamado a reglamentar, si bien, como ha señalado el primer autor citado, podría dicho concepto identificarse, bien con los motivos que mueven a las partes a contratar, bien con la relación objetiva del hombre con la realidad que se le muestra como útil. Por ello, opta finalmente DÍEZ-PICAZO por considerar que objeto del contrato será la idea de "bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de las partes"⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., págs. 197 y ss.

⁴⁴² Véase ESPIAU ESPIAU, S., *Las obligaciones indivisibles en el Código Civil español*, Madrid, 1992, págs. 6 y ss.

⁴⁴³ BETTI, E., *Teoría general...*, op. cit., págs. 119 y ss.

⁴⁴⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit. pág. 202. La STS de 5 de junio de 1978 [RJ 1978, 2219], en relación con el tema del objeto del contrato, estableció que "nuestro ordenamiento jurídico civil, aun dentro de la inseguridad terminológica que contiene en su normativa sobre el objeto de la obligación, señalándolo unas veces como las cosas o servicios a que se refiere (arts. 1.135, 1.137, 1.150 y 1.157, entre otros, del Cc.), desechable en cuanto no tiene aplicación a lo que no ofrece tangencia física; otras identificándolo, rigurosa y estrictamente, con la prestación (art. 1.132, párrafo segundo, Cc.), no admisible por confundir la prestación y el objeto; en ocasiones reservándolo para designar las

Aceptando, pues, dicha noción de objeto contractual, vemos que en la relación entablada entre la entidad de crédito y el solicitante del informe comercial existe un objeto, la valoración diligente de la situación económica y patrimonial de un determinado sujeto por la entidad de crédito⁴⁴⁵, que además cumple con los requisitos del objeto del contrato, siendo posible, lícito y determinado (cfr. arts. 1271, 1272 y 1273 Cc.).

La actividad a que se obliga la entidad de crédito es posible, por cuanto desde el punto de vista material, está en disposición de suministrar el informe comercial bancario, contando con los medios y la información necesarios para ello⁴⁴⁶. No obstante, la posibilidad del

obligaciones de hacer o no hacer, en contraposición a las de dar cosas (arts. 1.147 y 1.151 Cc.), de no acogida por contemplar un aspecto reducido del objeto; superando esas direcciones (así como la del contenido, pronto abandonada por no solucionar nada, dado que el contenido de todo aspecto jurídico es, en definitiva, su esencia y no su concepto), tiende a establecerlo como aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a lo que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el comportamiento a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional objetivo inmediato, o sea, a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha, bien de la naturaleza exterior ora procedente del ingenio humano, o en un acto de la persona, integrados en la prestación". En el mismo sentido, STS de 10 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7069].

⁴⁴⁵ Como afirma GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C., "Comentario al art. 1271", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ Y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 473, en el intento de formular un concepto unitario de objeto del contrato, "es necesario poner en relación este artículo con el art. 1261, 2^o Cc., en el que se define al objeto como la "materia del contrato" y con el art. 1262, I Cc. en el que el objeto aparece integrando el consentimiento (acuerdo contractual). Tomando como base dichos preceptos el concepto hoy comúnmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia es el que entiende que objeto del contrato es la realidad social, representación común de las partes, -la materia- sobre la que recae el consentimiento (en el mismo sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, reimpr., Madrid, 1991, pág. 192).

⁴⁴⁶ Además, en opinión de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., pág. 203, la posibilidad de ejecución material del objeto del contrato "debe medirse con arreglo a criterios de posibilidad física de realización y también con arreglo a criterios de razonable realización de los intereses en juego".

objeto del contrato también debe ser valorada desde una perspectiva jurídica, ya que conforme al art. 1271, 3º Cc., podrán ser igualmente objeto de contrato “todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”. Se trata, por tanto, de que el objeto del contrato sea lícito⁴⁴⁷. En sede de informes comerciales la licitud del objeto del contrato está directamente relacionada con el fundamento y contenido que se dé a la obligación de secreto bancario⁴⁴⁸. Si consideramos que la actividad de información que se desarrolla por la entidad de crédito no afecta al ámbito de la vida privada de los sujetos sobre quienes se informa y que se trata de datos generales que no entrarían dentro del conjunto de informaciones protegidas por dicho secreto, no existe obstáculo alguno para reconocer la licitud del objeto del contrato de informes comerciales bancarios. En efecto, respecto a los servicios, la posibilidad en su vertiente jurídica, obliga a que sean acordes a la ley o a las buenas costumbres, por lo que si entendemos que la práctica de emitir dichas valoraciones sobre solvencia y seriedad comercial por las entidades de crédito no entra dentro del ámbito del secreto bancario, ni tampoco se contienen en ellos datos correspondientes a la esfera de la intimidad personal y familiar de los sujetos sobre los cuales se informa⁴⁴⁹, no existirá obstáculo alguno para reconocer la existencia de un contrato con objeto lícito.

⁴⁴⁷ Se trata, como afirma DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., pág. 210, de la existencia de “una exigencia de legalidad y moralidad de los servicios contratados, que impondrá la necesidad de establecer un juicio de valor en torno al ajuste o adecuación de tales servicios con las directrices de las normas legales (legalidad) o con las convicciones morales imperantes en el grupo social de que se trate (moralidad)”.

⁴⁴⁸ Al respecto, vid. supra Capítulo I de la primera parte de nuestro trabajo.

⁴⁴⁹ Cuestión que, por otra parte, deberá ser analizada en cada caso concreto, con el fin de determinar el ámbito reservado a la intimidad de cada sujeto, que será diferente atendiendo, entre otros criterios, a que se trate de una persona física o de una persona jurídica, y, en ambos casos, a la actividad empresarial o profesional a la que se dedique.

En la actualidad, cuando el sujeto sobre el cual se deba prestar el informe sea una persona física, deberemos atender igualmente a la legislación sobre tratamiento de datos personales (LORTAD), que impone ciertas condiciones al tratamiento y sobre todo a la cesión de los datos contenidos en ficheros automatizados. En consecuencia, la posibilidad del objeto del contrato de prestación de informes comerciales bancarios deberá establecerse teniendo en cuenta el respeto a las normas contenidas en dicha Ley⁴⁵⁰.

Por último, es requisito del objeto del contrato su determinación⁴⁵¹, que se refiere en el supuesto que analizamos a la actividad diligente de valoración sobre la situación económica y financiera de un sujeto, bien en general, bien respecto de una operación en concreto que proyecta el solicitante de la misma. Sin embargo, la determinabilidad del objeto no debe confundirse con su extensión⁴⁵², que afecta directamente al ámbito y contenido de la información solicitada. Con el fin de delimitar el ámbito de la información que la entidad puede contemplar y valorar diligentemente para proporcionarla al solicitante, se habrá de acudir a la regulación específica del contrato y a la interpretación de la voluntad contractual. Ya que se trata de un contrato atípico, carente de regulación en nuestro ordenamiento, será la propia interpretación de

⁴⁵⁰ Al respecto, véase *infra*, Capítulo III de esta segunda parte.

⁴⁵¹ Afirma nuestro TS en Sentencia de 10 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7069], que "la determinabilidad... equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo; es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256) ni a un nuevo acuerdo entre ellos"

⁴⁵² En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M^o C., "Comentario al art. 1273", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 477.

las declaraciones de las partes la que nos dé la clave del contenido de la valoración que podrá realizar la entidad de crédito⁴⁵³.

3. Causa.

La concepción de contrato que se desprende de las normas contenidas en el Cc. opta por subrayar el valor de la voluntad, del consentimiento de los contratantes, para reconocer la existencia del contrato. Sin embargo, la simple declaración de voluntad no es suficiente para que pueda nacer el contrato y surjan los efectos que le son propios, sino que se requiere, entre otros requisitos, que el propósito que conduce a su celebración sea digno de tutela por el ordenamiento jurídico, como se deriva del tenor del art. 1261 del Cc.

La conversión de la causa en requisito legal de validez del contrato hace necesario realizar una averiguación de cuál sea su concepto, sobre el cual se han construido numerosas teorías⁴⁵⁴. Si

⁴⁵³ Pensemos, por ejemplo, en un supuesto en el cual el solicitante de informe lo precisa para decidir si avala o no a un determinado sujeto, o si le suministra o no determinadas mercancías con pago aplazado. Si esta circunstancia, y, en su caso, el importe de la operación proyectada, se comunica a la entidad de crédito al realizar la solicitud, ésta deberá tenerla en cuenta a la hora de realizar la valoración sobre el sujeto y determinará, a su vez, la necesidad de que ésta sea más o menos amplia.

⁴⁵⁴ En efecto, frente a la línea tradicional que pretende perfeccionar las ideas de DOMAT y POTHIER, y, en definitiva, de los redactores del Code Napoleón (caracterizadas por un análisis unitario de la causa de la obligación y del contrato, desde una perspectiva excesivamente voluntarista), han surgido numerosas teorías sobre la causa del contrato, que optan desde identificarla con la función económico-social del contrato (teoría objetiva, defendida por BETTI o MESSINEO, entre otros), o bien con el propósito común de las partes al contratar (teoría subjetiva, representada, entre otros autores por CAPITANT o PLANIOL). Frente a las deficiencias de ambas teorías, se han propuesto una serie de teorías sincréticas o intermedias, que suponen una combinación de la causa subjetiva y de la causa objetiva. De este modo, la función del negocio no es más que un primer paso en la determinación de su causa, siendo además

optamos por la teoría concreta de la causa⁴⁵⁵, su concepto vendrá determinado por dos vertientes, la objetiva y la subjetiva. Conforme a la primera, y como primer paso en la determinación de la causa del contrato, la causa se identificará con el fin práctico común a las partes⁴⁵⁶, la función económico-social del contrato. Sin embargo, en determinados casos las motivaciones individuales se incorporarán a dicha causa objetiva, adquiriendo relevancia en el ámbito jurídico. Los motivos servirán simplemente para delimitar "la causa en su aspecto subjetivo, separando del supuesto de hecho todo aquello que resulte jurídicamente indiferente para la caracterización del negocio"⁴⁵⁷.

necesario confrontar la voluntad concreta de los sujetos y los fines que persiguen con la función jurídica del negocio, para ver si existe aquella coincidencia esencial que justifique la existencia del negocio. (Sobre las teorías sobre la causa elaboradas por la doctrina, véanse, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L., "Objeto y causa", en LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, A., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. 2º, *Teoría general del contrato*, Barcelona, 1987, págs. 143 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., págs. 227 y ss.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª. R., "Elementos esenciales del contrato", op. cit., págs. 342 y ss.; AMORÓS GUARDIOLA, M., "Comentario al art. 1274", *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991, págs. 480 y ss). Se ha de notar, sin embargo, que en los ordenamientos germánicos, la idea de causa no se menciona en la teoría del negocio jurídico ni en la teoría general del contrato, apareciendo únicamente en sede de enriquecimiento injusto. En dichos ordenamientos, por causa se entiende siempre causa de una atribución patrimonial, definiéndola como "aquella situación o aquel fenómeno jurídico que permite justamente un desplazamiento patrimonial, la situación antecedente que lo justifica" (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., pág. 230).

⁴⁵⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., págs. 188 y ss.

⁴⁵⁶ Como señala MORALES MORENO, A. M., "El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)", ADC 1983, pág. 1534, por dos razones básicas atiende DE CASTRO a dicho fin práctico o resultado perseguido por las partes. "En primer lugar, para poder practicar una valoración jurídica de cada negocio, tal como se ofrece en la realidad, o dicho en otros términos, para poder practicar el control causal del negocio, en el cual debe ponerse de manifiesto la suficiencia y la licitud de la causa del mismo... En segundo lugar, para dar todo su alcance a la autonomía de la voluntad".

⁴⁵⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pág. 228.

a) *Determinación de los elementos subjetivo y objetivo de la causa en el contrato de informes comerciales bancarios.*

Como sabemos, el contrato de prestación de informes comerciales no se encuentra tipificado en la ley. A pesar de su cercanía en aspectos básicos, no se trata de un contrato de arrendamiento de servicios, puesto que no existe en él una remuneración por el servicio prestado, requisito esencial de dicho contrato⁴⁵⁸. Por tanto, ya que no se trata de un contrato típico, la ley no ha realizado el control abstracto de idoneidad de la causa de dicho contrato, por lo cual deberá examinarse con detenimiento la concurrencia o no de dicho requisito, así como su licitud⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Sobre el carácter esencial del precio en el arrendamiento de servicios, LUCAS FERNÁNDEZ, F., "El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales", ADC 1983, págs. 1469 y ss.; CAPILLA RONCERO, F., "Contrato de servicios (I)", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R., (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994, pág. 671; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. DEL C., *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pág. 581. Por lo tanto, los servicios prestados de forma gratuita quedan al margen del arrendamiento de servicios, siendo válido el contrato atípico (en este sentido se pronuncia la STS de 25 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4378]).

⁴⁵⁹ En efecto, dado que los contratos atípicos no han sido regulados, ni tan siquiera de manera parcial, por la ley, están necesitados de un control de admisibilidad y validez, puesto que, como afirma DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., pág. 390, "la admisibilidad del contrato, como figura productora de obligaciones entre las partes contratantes, no es sólo una cuestión de reconocimiento de la fuerza de actuar de la voluntad individual, sino también una cuestión del juicio que al ordenamiento jurídico merece cada tipo contractual, en orden a la protección que el ordenamiento jurídico le pueda dispensar, de acuerdo con la función económico-social que realiza y con su idoneidad para ser cauce de realización de intereses y fines", añadiendo asimismo que dicho control de admisibilidad deberá ser realizado en un doble plano: "en primer lugar, debe hacerse referencia a la función económico-social del tipo contractual en cuestión para resolver su conformidad o disconformidad con los principios rectores del ordenamiento moral imperante. En un segundo plano, el problema de admisibilidad del contrato atípico habrá de plantearse en relación con los límites generales a la autonomía privada, es decir, en relación con los fines concretos que las partes pretenden

En el supuesto de prestación de informes comerciales por las entidades de crédito es evidente la existencia de motivos individuales de las partes que están dirigidos a la obtención de dicha información y a la prestación del servicio, como ya hemos manifestado al tratar del objeto del contrato.

En relación con la vertiente subjetiva de la causa del contrato (efectos que subjetivamente tratan de alcanzar unos concretos contratantes al convenir aquellas estipulaciones⁴⁶⁰), interesaría quizá resaltar aquí de nuevo⁴⁶¹ el aspecto del interés patrimonial evidente que mueve a las partes⁴⁶². Por parte del solicitante del informe, por las consecuencias que el mismo tendrá en su ulterior actuación en el ámbito patrimonial. Por parte de la entidad de crédito, será reconocible al menos un interés indirecto, dirigido a prestar un mejor servicio a su clientela o a la captación de nuevos clientes⁴⁶³.

obtener”.

⁴⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L., “Objeto y causa”, op. cit., pág. 144.

⁴⁶¹ Una amplia referencia a la relevancia del interés contractual se ha realizado ya en el ámbito del consentimiento contractual (véase *supra*, apartado C), 1, b).

⁴⁶² CECCHINI, A., *Rapporti non vincolanti...*, op. cit., pág. 226; REUSS, K. F., “Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements”, AcP (154) 1955, pág. 496, subraya asimismo la importancia de la significación patrimonial que el informe tiene para quien lo recibe.

⁴⁶³ El criterio del interés ha sido empleado igualmente por la jurisprudencia de la Corte di Cassazione italiana para delimitar los supuestos de transporte gratuito y de transporte por cortesía. Tras una constante doctrina jurisprudencial que reconocía el carácter contractual del transporte terrestre de personas a título de amistad en todos los supuestos (como ejemplos de dicha jurisprudencia pueden citarse las Sentencias de la Corte di Cassazione de 29 de marzo de 1950, n. 848, Foro It. 1951-I, col. 1010, y de 16 de abril de 1951, n. 933, Foro It. 1951-I, col. 1190), la Sentencia de 13 de octubre de 1951, n. 2635, Foro It. 1951-I, col. 1487, consideró que en el transporte gratuito el conductor, si bien no recibe correspondiente, efectúa el transporte para satisfacer un interés propio indirecto, en tanto en el supuesto de transporte a título de amistad o cortesía, estaría por el contrario inspirado únicamente por un sentimiento altruista.

En cuanto a la causa del contrato en su vertiente objetiva (resultado perseguido objetivamente por las estipulaciones propias de un determinado tipo contractual⁴⁶⁴), podríamos pensar que en sede de contrato de informes comerciales, dicha perspectiva de la causa vendría determinada por la relevancia del intercambio de noticias económicas para el tráfico comercial, entendido además como medio de evitar inversiones desacertadas.

No obstante lo expuesto, cabría pensar que en el contrato de prestación de informes comerciales bancarios están muy próximos ambos aspectos de la causa, tanto el objetivo como el subjetivo⁴⁶⁵, de tal modo que la causa del contrato será la transmisión de noticias económicas al solicitante del informe con el fin de advertirle de posibles daños patrimoniales que pudiera sufrir al contratar con personas que no tienen un comportamiento comercial ordenado, lo que beneficia igualmente a la entidad de crédito, al poder ofrecer otro servicio a su clientela.

Dicha finalidad será el propósito práctico perseguido por el contrato⁴⁶⁶, la función económico-social o práctica concreta, proyectada o programada por las partes⁴⁶⁷, que como ha afirmado nuestro TS en

⁴⁶⁴ Véase al respecto la STS de 17 de abril de 1997 [RJ 1997, 2912], que define la causa del contrato mencionada en el art. 1261, 3º Cc. como "la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato y que definitivamente determina la realización del mismo".

⁴⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., "Objeto y causa", op. cit., pág. 144. Como señala DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit. pág. 385, "el fundamento económico de la regla de la libertad contractual se encuentra en la necesidad de adaptación de cada concreto contrato a los legítimos fines que los contratantes pretenden en la práctica obtener", función importantísima de desarrollo de la vida social y económica que es desempeñada por los contratos atípicos (pág. 386).

⁴⁶⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pág. 228.

⁴⁶⁷ JORDANO BAREA, J. B., "La causa en el sistema del Código Civil español",

su ya clásica Sentencia de 30 de junio de 1948⁴⁶⁸, constituye el "fin del contrato mismo, sin que, por tanto, pueda separarse de él, en cuanto es revelación de la voluntad común de los contratantes, determinante del alcance y sentido de los pactos, que precisamente se han establecido para cumplir esa manifiesta finalidad".

b) *Causa y tipo en el contrato de prestación de informes comerciales bancarios.*

La causa del contrato es un elemento estrechamente ligado al tipo contractual, por lo que puede hablarse incluso de causa negocial como indicio del tipo contractual⁴⁶⁹. En el supuesto que nos ocupa, la prestación de informes comerciales por las entidades de crédito, resulta de interés analizar los elementos del tipo, aspecto que se

en *Centenario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1990, pág. 1053. En nuestra jurisprudencia, la STS de 19 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 8956] establece "en línea de principio, que para entender el verdadero alcance o significado de la causa o razón de ser del contrato -y con una incesante polémica doctrinal respecto a su exacta configuración-, no puede omitirse el peso que en toda esa configuración debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, y que si ésta puede explicitarse, en el conjunto de las circunstancias que emergen de la situación subyacente que origina el negocio que se lleva a cabo, ha de tenerse en cuenta la misma para integrar aquel concepto...; bien es cierto que con ello se margina la dualidad entre la causa como elemento objetivo trascendente, con los móviles internos de cada interesado...; mas, se repite, según la información que late en ese principio jurisprudencial, la conjunción entre ambos es posible, sobre todo, al ser lícitos los móviles particulares que implícitamente explican el negocio en su respectiva repercusión interna para cada interesado...". Igualmente, véase en esta línea jurisprudencial la STS de Navarra de 29 de abril de 1996 [RJ 1996, 2920].

⁴⁶⁸ RJ 1948, 1115.

⁴⁶⁹ En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a DEL C., *Estructura y función...*, op. cit., pág. 597, si bien manifiesta simultáneamente que "no es criterio suficiente para ofrecernos el concepto legal de tipo contractual, precisamente porque su propia conceptualización se encuentra a nivel de función y no de estructura".

encuentra estrechamente relacionado con la idea de causa, al tratarse de un contrato atípico.

No estamos ante un contrato típico, entendido como contrato que es objeto de regulación por el ordenamiento, sino ante un contrato atípico, conceptuado como aquel contrato que a pesar de descansar en una tipicidad social, y aun siendo nombrado por el legislador, no es objeto de una regulación, ni siquiera parcial por el ordenamiento, requiriendo para su validez una causa verdadera y lícita⁴⁷⁰ (arts. 1275-1277 Cc.). Por tanto, es necesario analizar si dicha causa concurre en el que nosotros calificamos como contrato de informes comerciales bancarios.

⁴⁷⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Los grupos de contratos con disciplina común", en LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 2º, *Teoría general del contrato*, Barcelona, 1987, pág. 247, propone una definición de contrato atípico como aquel que, "aun teniendo un nombre específico o denominación jurídica perfectamente acuñados y que lo identifican en el tráfico -tanto para la doctrina y jurisprudencia, como a veces en ciertas leyes- carece, sin embargo, de una disciplina normativa propia, inexistente en los Códigos y en las leyes especiales (al menos, en el orden material, pues pueden ser objeto de regulación fiscal o de alguna referencia o tratamiento administrativo)". Para GETE-ALONSO Y CALERA, Mª. DEL C., *Estructura y función...*, op. cit., pág. 18, "la tipicidad contractual viene definida como la acogida y regulación de una serie de supuestos de hecho concretos, por un ordenamiento jurídico determinado". Idéntico concepto de tipicidad contractual mantenía DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pág. 202. También GARCÍA VILLAVERDE, R., "Tipicidad contractual y contratos de financiación", op. cit., pág. 9.

Optamos, por tanto, por un concepto amplio de tipicidad/atipicidad contractual, frente al concepto estricto de tipicidad, con el cual quiere indicarse que determinados contratos sólo consiguen su eficacia, si se ajustan a un esquema (tipo) prefijado por el ordenamiento, sin que quepa acudir a algún otro para realizar la misma función (en este sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., "El contrato", op. cit., págs. 325 y 326). Igualmente, nos referimos al concepto de tipicidad legislativa, no social (véase al respecto, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., pág. 387).

Como ha sido reiterado en la doctrina, los contratos atípicos plantean dos problemas fundamentales, como son el de dilucidar los límites de su admisibilidad y validez, y la determinación, a falta de una normativa legal, de cuál es la disciplina a la que tales contratos deben estar sometidos, concretando asimismo cómo deben ser interpretados e integradas sus lagunas o deficiencias⁴⁷¹. Al primero de los problemas se ha hecho ya referencia al tratar de la causa del contrato⁴⁷², al segundo nos referiremos a continuación.

II. DELIMITACIÓN RESPECTO DE FIGURAS CONTRACTUALES TÍPICAS: CONTRATO DE OBRA Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.

Dada la atipicidad esencial del contrato de prestación de informes comerciales, de la que partimos, las reglas por las que se regirá serán, en primer lugar, las que se hubieran dado las partes al contratar⁴⁷³. A falta de regulación derivada de la voluntad de las partes, y para solucionar los problemas interpretativos y de integración de las lagunas del negocio que puedan surgir, resultará necesario

⁴⁷¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., págs. 389 y 390. También GARCÍA VILLAVERDE, R., "Tipicidad contractual y contratos de financiación", op. cit., pág. 6, se plantea los problemas que en sede de contratos de financiación surgen por la multiplicación de contratos atípicos y los problemas consiguientes de aplicación normativa que ello conlleva.

⁴⁷² Si bien no hay que olvidar que igualmente, para realizar dicho control de admisibilidad y validez, se tendrá que analizar si se vulneran los límites a la autonomía de la voluntad contenidos en los arts. 1255 (límites genéricos) y 1275 del Cc. (causa ilícita y causa torpe), en cuyo caso los contratos estipulados serían ineficaces.

⁴⁷³ Si bien con los límites derivados de las leyes imperativas y del art. 1255 Cc. (SSTS de 5 de enero de 1981 [RJ 1981, 109], 24 de noviembre de 1981 [RJ 1981, 4626], 25 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2912] y 21 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7509]).

encontrar una fuente supletoria cuya aplicación a la relación contractual entablada entre la entidad de crédito y el solicitante de la información sea posible⁴⁷⁴. Se trata, en definitiva de determinar la disciplina a la que el contrato debe someterse, fijando la forma en que quepa interpretarlo, así como la forma de integrar sus lagunas o deficiencias, recurriendo, en último término, a la aplicación de criterios analógicos⁴⁷⁵.

En el supuesto concreto que nos ocupa es necesaria dicha labor de investigación de las fuentes supletorias de la voluntad contractual, por cuanto las partes se limitan a solicitar el servicio y a prestarlo, sin establecer, por lo general, estipulación alguna, salvo en determinados casos una referencia al uso correcto de la información y a la limitación de responsabilidad por parte de la entidad de crédito. Por ello, deberemos indagar entre las figuras contractuales típicas, cuáles nos

⁴⁷⁴ Para realizar dicha determinación del régimen normativo aplicable supletoriamente a los contratos atípicos, han surgido diversas teorías doctrinales. Frente a la teoría de la absorción, que pretende buscar, dentro del contrato atípico, un elemento preponderante que se corresponda con el propio de un contrato típico, permitiendo aplicar la disciplina normativa de dicho contrato típico, se ha defendido la teoría de la combinación, que, con el fin de superar los inconvenientes de la primera (principalmente cuando no sea posible determinar la existencia de dicho elemento preponderante), defiende la aplicación a los contratos atípicos de la disciplina normativa derivada de la combinación de las normas correspondientes a los contratos típicos cuyos elementos pueden observarse en la concreta figura contractual. Esta teoría deja por resolver, sin embargo, el problema de aquellos contratos atípicos en los que sus prestaciones o elementos no puedan reconducirse a los propios de los distintos contratos típicos. En estos supuestos, estima DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, op. cit., pág. 392, que si se trata de contratos socialmente típicos, "la fuente supletoria de la reglamentación contractual se podrá establecer acudiendo a las normas o criterios ya sentados por los usos, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la doctrina de los autores". Apela igualmente a la doctrina de los autores como elemento de integración de los contratos atípicos JORDANO BAREA, J. B., "Los contratos atípicos", RGLJ 1953, págs. 53 y ss.

⁴⁷⁵ Véase DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a D., "Los contratos atípicos", AC 1998, n^o 16, pág. 357.

pueden resultar de utilidad para integrar el contrato de prestación de informes comerciales bancarios.

En una primera aproximación, vemos que las figuras más cercanas al que nosotros consideramos contrato atípico de prestación de informes comerciales son las correspondientes a los arrendamientos de obra y de servicios, regulados en los arts. 1544 y ss. Cc. Ello se debe a la similitud que puede apreciarse entre dichas figuras típicas, tanto en lo que respecta al propio contenido del contrato (a excepción de la fijación del precio), como en cuanto a su objeto.

La línea diferencial entre ambas figuras contractuales típicas es precisamente que en el contrato de servicios el prestador de los mismos se compromete simplemente al desarrollo de una actividad diligente, mientras que en el contrato de obra se compromete a producir un resultado concreto⁴⁷⁶.

⁴⁷⁶ Se trata, en definitiva, como afirma CAPILLA RONCERO, F., "Contrato de servicios(I)", op. cit., pág. 667, de la clásica distinción entre prestaciones de actividad y prestaciones de resultado, que "si se circunscribe al campo de las prestaciones de hacer, casi viene a coincidir con la distinción entre contrato de servicios y contrato de obra, en la medida en que estos dos contratos dispensan los esquemas básicos en los que encajan las relaciones contractuales con prestaciones principales de hacer que carezcan de régimen específico" (véase al respecto STS de 30 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4200]). No obstante, como afirma BLASCO GASCÓ, F., "El objeto de la obligación. La prestación", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R. (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994, pág. 96, "no se deben identificar las obligaciones de medios y de resultado con las obligaciones que consisten en la prestación de un servicio o en la ejecución de una determinada obra, respectivamente". En efecto, una muestra de dicha matización encontramos en la STS de 28 de junio de 1997 [RJ 1997, 5151], en la cual se trata de determinar la responsabilidad en que incurre un cirujano estético, señalando el Alto Tribunal que, conforme a lo ya manifestado en SSTS de 21 de marzo de 1950 [RJ 1950, 394] y 25 de abril de 1994 [RJ 1994, 3073], el contrato que tiene como único objeto la realización de una operación de cirugía estética participa en gran medida de la naturaleza del arrendamiento de obra..., que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue...".

El contrato de obra es aquel por virtud del cual una parte (contratista) se obliga frente a la otra (comitente) a ejecutar una obra y a entregársela a cambio de un precio cierto. El contratista asume, por tanto, una obligación de hacer (ejecutar la obra) y de dar (entregar el resultado producido), obligación que es calificable como de resultado. El contrato es consensual y oneroso, puesto que el art. 1544 Cc. exige que medie precio, que además debe ser cierto. Por lo tanto, será atípico el contrato de obra gratuito⁴⁷⁷. Por el contrario, el contrato de arrendamiento de servicios es aquel en el cual una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto. La prestación del servicio, que puede ser tanto de índole material como de índole intelectual, es de mera actividad, sin que el prestador del mismo asuma la obligación de alcanzar un resultado concreto. Si bien dicho resultado únicamente es posible gracias a la actividad previa desarrollada por el deudor de la obligación, no integra el contenido de la prestación. Al igual que el contrato de obra, el de arrendamiento de servicios es necesariamente oneroso⁴⁷⁸. Los servicios prestados gratuitamente quedan al margen de la figura contractual descrita, si bien será válido el acuerdo de las partes como contrato atípico⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ CAPILLA RONCERO, F., "Contrato de servicios (I)", op. cit., pág. 675. Para GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. DEL C., *Estructura y función...*, op. cit., pág. 581, la gratuidad del contrato de obra hará nacer un tipo contractual atípico, encajable en la categoría amplia de los contratos de beneficencia.

⁴⁷⁸ El Proyecto de Ley 123/000043 (B.O.C.G., 12 abril 1994, Congreso de los Diputados) que modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra mantiene dicha caracterización, en la redacción que da al art. 1583 Cc. ("Por el contrato de servicios una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar determinada actividad considerada en sí misma y no por su resultado").

⁴⁷⁹ En este sentido puede consultarse la STS de 25 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4378]. Como señala GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. DEL C., *Estructura y función...*, op. cit., pág. 581, "el arrendamiento de servicios contraído sin la exigencia del precio, es decir, en forma gratuita no solamente supone una variación en su estructura interna y en su especificación sino la creación de un tipo contractual nuevo (atípico)". En relación a

Vistos, a grandes rasgos, los caracteres de ambos contratos, conviene decidir a cuál de ellos se encuentra más próximo el contrato de informes comerciales bancarios. Evidentemente, ello dependerá, como ya hemos indicado, de cómo consideremos la obligación de quien presta el informe. Si pensamos que la entidad de crédito, al emitir el informe ante la solicitud de información de un determinado sujeto, se obliga a un resultado, esto es, a proporcionar un informe "correcto"⁴⁸⁰, en el sentido de garantizar la entidad la corrección de su

este tipo de contratos, señala RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Los grupos de contratos con disciplina común", op. cit., pág. 236, nota 5, que "en algún modo, puede decirse que... no producen alteración en el patrimonio del prestador (no sale de él ningún valor de los que ya lo componían, y en ese sentido no se empobrece): más dudoso es si cabe afirmar que el favorecido no se enriquece, evitando una pérdida; un gasto que, de no recibir la prestación gratuita, hubiera debido efectuar: lo cierto es que no ha ingresado en su caudal un nuevo bien tangible. Pero sobre todo, estos contratos contienen muchas veces una prestación valuable en dinero e incluso de las que habitualmente suelen cobrarse".

⁴⁸⁰ Debe advertirse que el concepto de "corrección" o "exactitud" del informe no hace referencia a la identidad de la información ofrecida al solicitante con la realidad del sujeto sobre el cual se informa. Por el contrario, como afirma MONTEIRO, J. F. Sinde, *Responsabilidade por conselhos...*, op. cit., págs. 387 y 388, tanto consejos, pareceres e informaciones, dependen, en la mayor parte de casos, de la concepción personal del informante, de tal modo que éste "debe informarse con exactitud de los elementos de derecho y de hecho necesarios para la formación de una opinión, y hacer de inmediato una aplicación técnica exacta de los mismos, de acuerdo con sus *leges artis*, siendo en esta doble perspectiva en la cual se analiza la exactitud, que deberá apreciarse con referencia al momento en el cual se da, según las informaciones más recientes entonces disponibles". En el mismo sentido, en la doctrina alemana, WELSER, R., *Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, Zugleich ein Beitrag zur Bankauskunft*, Wien, 1983, pág. 46; MUSIELAK, H.-J., *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*, op. cit., págs. 11 y 12. Los tribunales alemanes han reconocido incluso un deber de rectificación, en orden a evitar la consumación de un perjuicio o mitigar sus efectos perjudiciales, cuando el informante hubiera descubierto que ha prestado una información errada (BGH WM 1962, 932); por el contrario, se cuestiona dicho deber cuando se haya producido una modificación de circunstancias posterior que hubiera llevado a proporcionar una información en sentido diverso a la que con anterioridad fue transmitida al solicitante de la misma (BGHZ 61, 176; WM 1980, 505). También la jurisprudencia francesa se ha mostrado favorable al reconocimiento de dicho deber de rectificación. Puede citarse al respecto la Sentencia del Tribunal de Comercio de París de fecha 6 de octubre de 1982, Rev. jur. comm. 1983, nº 1006). En el supuesto de hecho que dio lugar a la decisión del tribunal francés, una entidad de crédito había prestado de buena fe información favorable sobre una empresa y con posterioridad tiene conocimiento de que dicha empresa se encontraba en el fichero de morosos del Banco de

contenido, o si, por el contrario, la entidad de crédito cumplirá el contrato por el hecho de informar al requirente empleando la diligencia que le es exigible o, incluso, señalando que no cuenta con suficientes datos para emitir un juicio sobre la solvencia del sujeto⁴⁸¹. En el primer caso, estaríamos hablando de un contrato de obra atípico, en el cual no se ha estipulado precio, y en el segundo, de un contrato de prestación de servicios igualmente atípico por su carácter esencialmente gratuito⁴⁸². El núcleo de la cuestión es, por tanto, la calificación de la obligación asumida por la entidad de crédito.

Francia. El tribunal llegó a la conclusión de que la entidad de crédito debió haber advertido al cliente de este dato desfavorable, tanto más cuanto la información no tenía carácter confidencial. No obstante, el Tribunal estimó que concurría también culpa por parte del solicitante de la información, por no haberse procurado otras informaciones.

⁴⁸¹ Aun cuando con ello se corre el riesgo de que el informe proporcionado al solicitante sea inexistente, en el sentido de que la entidad manifieste que con los medios y los datos a su alcance no ha podido alcanzar una conclusión general sobre la solvencia y situación financiera del sujeto sobre el cual debía informar, advirtiendo simultáneamente de la conveniencia de consultar otras fuentes de información.

⁴⁸² Al mismo se refiere LACRUZ BERDEJO, J. L., "Contratos de obras y servicios", en LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 3º, *Contratos y cuasicontratos*, Barcelona, 1986, pág. 307, al afirmar que "en un sistema de *numerus apertus* de contratos, como el nuestro, es válido cualquier contrato por el que una persona comprometa servicios suyos lícitos. Por tanto, igual que el mandato o el depósito, cualquier otro contrato de servicios puede ser oneroso o gratuito. No obstante, para ajustarnos a la tipología romana y al sentido del Cc. no debemos denominar "arrendamiento de servicios" a la promesa o prestación gratuita de éstos. Evidentemente, al amparo de la libertad de contratación, la labor intelectual o manual, el servicio, pueden prometerse o prestarse también sin correspectivo...; en tal caso hay un acto lícito de liberalidad; un contrato válido, pero que, salvo cuando versa sobre la gestión de negocios o la custodia, o en alguna medida el transporte de personas (transporte benévolo), todavía no tiene hoy un *nomen iuris* ni tampoco importancia económica, ni ha sido configurado por la jurisprudencia o la doctrina". Este es exactamente el supuesto del contrato que nos ocupa, que, siguiendo los consejos de dicho autor denominamos contrato de prestación de informes comerciales bancarios.

La doctrina alemana⁴⁸³ ha basado la distinción entre ambos tipos de contrato en el objeto de la obligación⁴⁸⁴. Si lo constituye el trabajo o la prestación de servicios en sí mismos considerados, sin que en ningún momento abarque el resultado perseguido, estaremos ante un contrato de servicios (*Dienstvertrag*). Cuando, por el contrario, lo adeudado sea la producción de un determinado resultado a obtener a través del trabajo o los servicios, surgirá un contrato de obra (*Werkvertrag*). En el primer supuesto, lo debido es una actividad, en el segundo es sólo el medio para conseguir el resultado⁴⁸⁵. El principal problema con el que se enfrenta la doctrina alemana es la determinación del concepto de resultado (*Erfolg*). Al respecto, adoptan los autores germánicos diferentes posturas, que van desde considerar que se trata de una cuestión de interpretación que ha de resolverse valorando las circunstancias de cada caso concreto⁴⁸⁶, hasta la propuesta de criterios de distinción, optando numerosos autores por el criterio de la distribución de los riesgos⁴⁸⁷. Dicho criterio, también adoptado mayoritariamente por la doctrina italiana⁴⁸⁸, supone que el

⁴⁸³ Entre otros, puede citarse a RÜMELIN, M., *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen, 1905; BALLERSTEDT, K., "Schuldrecht", II, en SOERGEL y SIEBERT, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Stuttgart-Berlin-Mainz, 1970, págs. 240 y 241; EMMERICH, V., *BGB-Schuldrecht. Besonderer Teil*, München, 1976, pág. 62; LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderer Teil*, München, 1977, págs. 234 y ss.

⁴⁸⁴ El mismo criterio ha sido utilizado por parte de la doctrina francesa, entre cuyos representantes pueden citarse MAZEAUD, H. y DE JUGLART, M., *Leçons de droit civil, III-2, Principaux contrats*, París, 1974, n° 143; FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, París, 1965, n° 363 y 368.

⁴⁸⁵ LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts, II*, op. cit., pág. 234.

⁴⁸⁶ ENNECERUS y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones, II, Doctrina especial, primera parte*, traducción con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Barcelona, 1966, págs. 434 y ss.

⁴⁸⁷ RÜMELIN, M., *Dienstvertrag und Werkvertrag*, op. cit., pág. 17; LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts, II*, op. cit., págs. 234 y ss.

⁴⁸⁸ BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones, I*, traducción y notas de Derecho español por DE LOS MOZOS, Madrid, 1969, págs. 38 y 39; GALGANO, F.,

empresario trabaja bajo su propio riesgo hasta que finaliza la obra y es aceptada por el acreedor⁴⁸⁹. Por el contrario, si el deudor de servicios los ha realizado diligentemente, habrá cumplido, aun cuando no se haya logrado el resultado perseguido por el acreedor.

En nuestro ordenamiento, la distinta configuración del objeto del contrato en el arrendamiento de servicios (prestación de actividad) y en el de obra (prestación de resultado) ha de traducirse también en una diversa distribución contractual del riesgo⁴⁹⁰. En el contrato de obra, el riesgo recaerá sobre el contratista (arts. 1589 y 1590 Cc.), en tanto en el arrendamiento de servicios no existen normas semejantes. La razón de esta diferencia reside en que en el contrato de arrendamiento de servicios el deudor no se obliga a la consecución de un resultado, sino simplemente a desarrollar una actividad que lo posibilite. Esta es la orientación seguida igualmente por nuestra

Diritto privato, Padova, 1983, pág. 178; el mismo autor en *Diritto civile e commerciale*, 2, *Le obbligazioni e i contratti*, 2, Padova, 1990, págs. 54 y ss., y en "La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali", CI 1989-I, págs. 45 y 46; GIANNATTASIO, C., "L'appalto", en *Trattato di Diritto civile e commerciale diretto da CICU e MESSINEO*, XXIV-2, Milano, 1977.

⁴⁸⁹ En nuestra doctrina, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bologna, 1987, págs. 190 y ss., mantiene que la obligación de obra puede ser considerada obligación de actividad, "porque si bien el resultado es el efecto de la actividad y la cualifica, es efecto y cualificación de índole material, pero no jurídica". Para fundamentar dicha tesis alude a cuatro aspectos de la obligación como son su cumplimiento, la transmisión de la utilidad al acreedor, el posible cumplimiento interrumpido y la transmisión del riesgo al acreedor. En este último punto afirma que la regla adoptada por el Cc. en los arts. 1589 y 1590 supone desplazar el principio *res perit domino* por el control de la obra o aprobación de la misma, de tal modo que el acreedor sólo asumirá la obligación de pagar al contratista cuando haya reconocido que la obra está "bien hecha" y con ello se extinga la obligación. Véanse también JORDANO FRAGA, F., "Obligaciones de medios y de resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", ADC 1991-I, págs. 10 y ss.; LOBATO GÓMEZ, J. M., "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", ADC 1992, págs. 651 y ss.

⁴⁹⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pág. 56. En el mismo sentido, BLASCO GASCÓ, F., "El objeto de la obligación. La prestación", op. cit., pág. 95.

jurisprudencia, considerando que la obligación del arrendatario de servicios es de actividad o de medios, mientras la del contratista es de resultado⁴⁹¹. No obstante, dicha caracterización de las obligaciones de medios o de actividad no supone que el resultado sea extraño al contenido de los contratos de arrendamiento de servicios, ya que el arrendatario cumplirá sólo cuando ponga todos los medios a su alcance para que el acreedor de la obligación pueda conseguir el resultado que se propone, actuando con la diligencia debida (art. 1104 Cc.)⁴⁹².

Si en el contrato de prestación de informes comerciales bancarios se pactara un precio, supuesto que es excepcional, estaríamos claramente ante un contrato de arrendamiento de servicios, ya que aun cuando se tratara de una labor de asesoramiento financiero por parte de la entidad de crédito, ésta no se obligaría nunca a garantizar la emisión de la valoración o juicio en que consiste el informe coincidente con la realidad, únicamente a actuar con diligencia

⁴⁹¹ Entre otras, SSTS de 7 de octubre de 1964 [RJ 1964, 4326], 23 de noviembre de 1964 [RJ 1964, 5423], 14 de octubre de 1968 [RJ 1968, 4386], 10 de octubre de 1975 [RJ 1975, 3265], 6 de junio de 1983 [RJ 1983, 3291], 29 de junio de 1984 [RJ 1984, 3441], 27 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5960], 10 de febrero de 1987 [RJ 1987, 703], 29 de mayo de 1987 [RJ 1987, 3484], 30 de mayo de 1987 [RJ 1987, 3852], 28 de septiembre de 1987 [RJ 1987, 6451].

Parte de nuestra doctrina, no obstante, considera que el criterio adoptado por la jurisprudencia no es adecuado para delimitar ambos tipos contractuales, señalando SANTOS BRIZ, J., "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", RDP 1972, pág. 381, que el criterio diferenciador es el de la distinta situación de intereses que puede contemplarse en ambos contratos; para LACRUZ BERDEJO, J. L., "Contratos de obras y servicios", op. cit., pág. 306, el criterio de la persecución de un resultado no parecería viable, por cuanto se trata de una finalidad implícita en toda obligación.

⁴⁹² CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., págs. 61 y 95 y ss., quien afirma que "en el arrendamiento de servicios el arrendatario promete la prestación de los servicios en sí mismos considerados, si bien es verdad que los presta en interés del acreedor, es decir, para satisfacer el interés primario del mismo, que es el resultado útil de la actividad desarrollada. No obstante, si tal resultado no se logra, a pesar de haber actuado con diligencia el arrendatario, no existirá, en rigor, incumplimiento de la obligación".

conforme a los medios a su alcance⁴⁹³. Entendemos, por lo tanto, que el contrato de prestación de informes comerciales se encuentra más cercano al tipo contractual de arrendamiento de servicios. La única diferencia existente entre un arrendamiento de servicio típico y el contrato de prestación de informes comerciales sería el carácter gratuito del contrato. Por ello, deberemos acudir a sus normas reguladoras para suplir las lagunas del contrato, como fuente supletoria de la voluntad contractual manifestada por la entidad de crédito y el solicitante de la información. No obstante, deberemos seleccionar las normas aplicables, puesto que el contrato de arrendamiento de servicios es naturalmente oneroso.

⁴⁹³ Estaríamos en este caso ante un contrato de asesoramiento o de consejo, calificado por MONTEIRO, J. F. Sinde, *Responsabilidade por conselhos...*, op. cit., pág. 385, como "contrato atípico de prestación de servicios". Califica también dicho autor de contrato atípico de prestación de servicios aquel que tiene como objeto simplemente la información, supuesto típico de los contratos con agencias de informes comerciales. A las obligaciones de asesoramiento alude en nuestra doctrina CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., pág. 113: "la pura obligación de asesoramiento no puede ser considerada obligación de resultado. Sobre el asesor recae una obligación de actividad, pues se compromete exclusivamente a actuar con diligencia profesional en su actividad de asesoramiento. Sólo de esto depende el cumplimiento de su obligación. El asesor jurídico se compromete a resolver conforme a Derecho los problemas legales que vayan surgiendo a la empresa a cuyo servicio está. Lo mismo hay que decir del asesor financiero o del asesor bursátil, que cumplen informando adecuadamente al cliente sobre el mercado financiero y, en base a ello, aconsejándole determinadas inversiones o la adquisición de determinados valores que se consideran productivos. Sin embargo, no puede decirse que el asesor garantice el éxito total de la operación financiera si existe un margen de riesgo difícilmente controlable".

III. CARACTERES DEL CONTRATO.

A la hora de perfilar los caracteres del contrato de prestación de informes comerciales bancarios, resulta de extraordinaria relevancia su advertida condición de contrato atípico⁴⁹⁴.

Se trata, igualmente, como ya manifestamos, de un contrato consensual, lo cual constituye, por otra parte, la regla general en nuestro Derecho de contratos. Resulta evidente que no estamos ante un contrato formal, pues no se requiere forma alguna para su validez, conforme al principio de libertad de forma inspirador de nuestro Derecho de obligaciones. Sin embargo, cabría pensar en la posibilidad de que el propio solicitante de la información pudiera pedir la entrega de un documento que acreditara la estipulación del contrato con la entidad de crédito, conforme se desprende de las Normas Séptima de la O.M. de 12 de diciembre de 1989, y Sexta, 1º letra e) de la Circular 8/90 del Banco de España. Ello, a nuestro juicio, no supone modificación del carácter no formal del contrato; en tal caso se trata simplemente de un mecanismo que facilitaría la prueba de la existencia y del incumplimiento, en su caso, del mismo, en favor del solicitante de la información (forma *ad probationem*).

Tampoco creemos que se pueda considerar que el contrato de prestación de informes comerciales bancarios sea real, puesto que si así fuera se estaría aplicando una regla excepcional en nuestro sistema a un contrato atípico⁴⁹⁵. Ello supondría además reconocer la inexistencia de contrato con anterioridad a la entrega del informe, en cuyo

⁴⁹⁴ Véase *supra*, apartado relativo a la causa del contrato.

⁴⁹⁵ En efecto, de los arts. 1254 y 1258 Cc. se desprende la regla general de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento.

momento se produciría la perfección⁴⁹⁶. Los problemas que, dada la oralidad del contrato, pueda ocasionar su existencia cuando transcurra un lapso de tiempo entre la solicitud de la información y la efectiva entrega del informe no afectan al carácter consensual del mismo. Son, más bien, problemas de prueba que podrán, en todo caso, prevenirse exigiendo la prestación de la información por escrito.

Asimismo, el contrato merece el calificativo de unilateral, pues establece obligaciones únicamente para una de las partes, como es la entidad de crédito, ya que por regla general no se pacta un correspectivo a abonar por el solicitante de la información. Sólo en determinados supuestos en los cuales se realicen gestiones complementarias, como la obtención de notas o certificaciones de Registros públicos, por ejemplo, el solicitante de la información tendrá que abonar los gastos que dichas gestiones hayan causado a la entidad informante, lo cual no significa que se pacte un correspectivo por la información, sino que simplemente se resarcen los gastos ocasionados en estos concretos supuestos⁴⁹⁷.

Estamos, por lo tanto, en el supuesto más común, ante un contrato gratuito⁴⁹⁸. Ello ha complicado la consideración de la relación

⁴⁹⁶ La diferencia más relevante a destacar entre la consideración del contrato como consensual o como real es la relativa a la posibilidad de reclamar el cumplimiento forzoso en el primer caso, previa prueba de la existencia del contrato.

⁴⁹⁷ MONTEIRO, J. F. Sinde, *Responsabilidade por conselhos...*, op. cit., pág. 464; KAISER, U., *Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten*, Bern, 1987, pág. 41, nota 93. En la pág. 31, dicho autor manifiesta que como remuneración únicamente se considera una contraprestación en sentido jurídico, no bastando la expectativa de una ventaja futura, remuneración en sentido económico. En el mismo sentido, KUHN, M., "Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung", SJZ 82 (1986), pág. 349.

⁴⁹⁸ En la doctrina italiana TILOCCA, E., "Onerosità e gratuità", RTDPC 1953-I, pág. 63, y ROPPO, E., Voz "Contratto", en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, T. IV, Torino, 1989, pág. 100, definen los contratos gratuitos como

entablada entre la entidad de crédito y el solicitante de la información como una relación jurídica y, más concretamente, como un contrato, puesto que la gratuidad es considerada por algunos autores como un elemento empírico común de las relaciones de cortesía⁴⁹⁹. Sin embargo, siguiendo a BETTI, cabe afirmar que no todo contrato gratuito será una mera relación de cortesía, sino que se debe analizar la existencia de un "intento empírico dirigido a convertirse en una regulación de intereses de contenido patrimonial"⁵⁰⁰, no siendo suficiente la convicción subjetiva del declarante de no exponerse a consecuencia obligatoria alguna por efecto de las propias declaraciones.

En efecto, para delimitar en cada caso cuándo se está ante un verdadero contrato gratuito o ante una mera relación de cortesía, resulta necesario apreciar de forma global el comportamiento de las

aquellos en los cuales sólo una parte sufre un sacrificio jurídico-económico, mientras la otra parte consigue una ventaja correlativa sin sufrir análogo sacrificio.

⁴⁹⁹ En efecto, en la doctrina italiana podemos citar en este sentido a VALLETTA, V., "Delle cosiddette prestazioni "affectionis vel benevolentiae causa", op. cit., pág. 519; GHEZZI, G., Voz "Cortesía (Prestazioni di)", op. cit., pág. 1048; LIPARI, N., "Rapporti di cortesía, rapporti di fatto, rapporti di fiducia...", op. cit., pág. 50. En sentido inverso, niegan expresamente que la onerosidad sea garantía de efectos jurídicos obligatorios entre las partes, FLUME, W., *Allgemeiner Teil...*, op. cit., pág. 92; GORLA, G., *Il Contratto...*, op. cit., pág. 165; SACCO, R., *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile italiano diretto da Vassalli*, Torino, 1975, págs. 488-493.

⁵⁰⁰ BETTI, E., *Teoría general...*, op. cit., pág. 95. En idéntico sentido, PANUCCIO, V., Voz "Prestazioni di cortesía", op. cit., pág. 274, quien afirma que la diferencia entre la prestación (en concreto de transporte) de cortesía o de amistad y la prestación gratuita reside en el plano de los intereses perseguidos; ROVELLI, R., Voz "Prestazioni di cortesía", op. cit., pág. 734. En la jurisprudencia italiana, la Sentencia de la Corte di Cassazione de 20 de abril de 1989, n. 1855, Foro It. 1990-I, cols. 1970 y ss., con nota de CARBONE. Dicho aspecto ya fue resaltado por nosotros al tratar de los elementos esenciales del contrato de informes comerciales, véase *supra*, apartado I, C), b).

En efecto, se trata, como afirma en la doctrina alemana MUSIELAK, H.-J., "Die Bankauskunft nach dem Recht...", op. cit., págs. 22 y 23, de que el aspecto más importante a la hora de determinar la naturaleza de los informes bancarios es la existencia de intereses económicos jurídicamente relevantes para ambas partes, tanto para el solicitante de la información como para la entidad de crédito.

partes, teniendo en cuenta las circunstancias concretas concurrentes. La doctrina, sobre todo la alemana, se ha pronunciado sobre dicha delimitación en el seno de los informes bancarios, y ha apuntado diversos criterios que permiten reconocer la existencia de consentimiento y, en consecuencia, de contrato. De este modo, se han destacado el hecho de que el consejo o información sean proporcionados en el ejercicio de una actividad de empresa o de carácter profesional; la remuneración; el interés económico del informante; las relaciones negociales anteriores a la prestación del consejo o la información; la relevancia de los mismos para el solicitante; la solicitud previa de información o consejo, entre otros⁵⁰¹.

Reconocer la existencia de dicho interés en ambas partes del contrato nos conduce a una distinción necesaria, entre contrato gratuito y contrato de liberalidad. La entidad de crédito, desde luego, no emite el informe con un espíritu meramente altruista, sino que lo proporciona porque es consciente de que es la conducta esperada por el solicitante, quien puede en cualquier momento contratar con otras entidades competidoras⁵⁰². En el contrato gratuito puede ocurrir, como en el supuesto de prestación de informes comerciales bancarios, que

⁵⁰¹ Véase al respecto DIRICHTS, J., "Die Haftung für die Erteilung einer falschen Kreditauskunft bei Mitwirkung zweier Banken", WM 1976, págs. 1078 y ss.; KUHN, M., "Die Haftung aus falscher...", op. cit., págs. 345 y ss.; WELSER, R., *Die Haftung für Rat...*, op. cit., págs. 37 y ss. En el ordenamiento portugués destaca MONTEIRO, J. F. Sinde, *Responsabilidade por conselhos...*, op. cit., pág. 466, la aplicación del principio de buena fe a las declaraciones de voluntad (cfr. art. 236, 1º Cc. portugués), de tal modo que la declaración de voluntad debe entenderse con el sentido que un destinatario de buena fe pudiera darle, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes (véase también DE ANDRADE, M. A. Domingues, *Teoria Geral das Obrigações*, Vol. II, Coimbra, 1963, págs. 311 y 312).

⁵⁰² En este sentido, MUSIELAK, H.-J., "Die Bankauskunft nach dem Recht...", op. cit., págs. 22 y 23, quien considera, por otra parte, que si quien solicita la información es otra entidad de crédito, el informe será proporcionado por la cooperación recíproca entre las propias entidades.

sea apreciable interés contractual en ambas partes, aun cuando la prestación y el "sacrificio patrimonial" que su realización supone sean asumidas únicamente por una de ellas⁵⁰³.

En el contrato de prestación de informes comerciales bancarios, se establecen obligaciones, en principio, para una de las partes, en concreto a cargo de la entidad de crédito, que deberá proporcionar el informe. Por el carácter generalmente gratuito del contrato, no se establece, a cargo del solicitante de la información, la obligación de pagar un precio por el servicio recibido.

No obstante, podemos considerar la posibilidad, en determinados supuestos, de que la entidad de crédito imponga a la contraparte alguna limitación al uso de la información proporcionada, como sucede, por ejemplo, en la práctica alemana, estableciendo que la información está dirigida exclusivamente al solicitante, sin que pueda comunicarla a un tercero. Sería posible, por tanto, encontrar una cláusula de dicho tenor inserta en el contrato, la cual en el supuesto de incumplimiento por el solicitante daría lugar al resarcimiento de los

⁵⁰³ En este sentido, diferenciando los contratos gratuitos de los de mera liberalidad, se pronuncia en la doctrina italiana GALGANO, F., *Il negozio giuridico*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da CICU, A., e MESSINEO, F., continuato da MENGONI, L., Milano, 1988, págs. 90 y ss. Para GALGANO, el criterio discriminador entre acto a título gratuito y acto de liberalidad será el del interés, patrimonial o no patrimonial, que el disponente pretende satisfacer; también CECCHINI, A., *Rapporti non vincolanti...*, op. cit., pág. 224, diferencia entre donación y contratos gratuitos atípicos que tienen por objeto una prestación de hacer, señalando que dicha diferenciación será posible siempre que existan intereses apreciables según los criterios generales de licitud y de mérito, y de diversidad del objeto y por tanto de la estructura también normativa del contrato gratuito atípico respecto a la propia de la donación, a la cual se reserva únicamente la función de satisfacer convencionalmente un interés no patrimonial del disponente (espíritu de liberalidad)".

daños y perjuicios causados a la entidad de crédito⁵⁰⁴, por la vía de la responsabilidad contractual.

Por último, cabe plantear la cuestión del carácter civil o mercantil del contrato de prestación de informes comerciales bancarios. No ofrece dudas el hecho de que cuando el solicitante de la información sea un consumidor, el contrato se vea sometido a las normas correspondientes de la LGDCU. Sin embargo, el carácter mercantil del contrato no aparece de forma tan clara tras estudiar los caracteres generales del contrato.

La determinación de la posible mercantilidad del contrato de prestación de informes comerciales bancarios deberá realizarse atendiendo a la doctrina de los autores, dado que el C. de co. no nos aporta suficientes criterios para proceder a su calificación. Si entendemos que serán mercantiles todos los contratos celebrados por las empresas en su tráfico profesional⁵⁰⁵, indudablemente los juicios

⁵⁰⁴ Podemos pensar, por ejemplo, en el daño a la reputación comercial de la entidad que pudiera originarse por el hecho de que entre la clientela circulara, como consecuencia de la divulgación indiscriminada a terceros de la información, la opinión de que se trata de una entidad que la proporciona a la ligera y sin respetar la obligación de secreto. La jurisprudencia del TS se ha referido en algunas de sus Sentencias a la tutela del prestigio comercial o profesional, interpretando el derecho al honor, según afirma la STS de 31 de julio de 1992 [RJ 1992, 6508], como derecho "a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo (inmanencia o aspecto interno de tal derecho) o ante los demás (trascendencia o aspecto externo o social del mismo) y cuya negación o desconocimiento se produce, fundamentalmente, a través de alguna expresión proferida o cualificación atribuida a una persona que, inexcusablemente, la haga desmerecer en su propia estimación o en la del entorno social o profesional en que se desenvuelve" (en el mismo sentido, SSTS de 12 de mayo y 15 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 3763 y 8799] y 11 de junio de 1990 [RJ 1990, 4854]). El daño originado por dicha lesión podrá, por otra parte, ser tanto moral como patrimonial; el principal problema será en ambos casos el de su prueba.

⁵⁰⁵ Véanse en este sentido, entre otros, URÍA, R., *Derecho Mercantil*, op. cit., págs. 570 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 121; GARCÍA VILLAVARDE, R., "Tipicidad contractual...", op. cit., págs. 6 y ss.

de valor en que los informes comerciales consisten son realizados continuamente por las entidades de crédito con el fin de determinar la concesión o no de un crédito y, por tanto, calificaríamos el contrato como mercantil. Al mismo resultado podríamos llegar si, adhiriéndonos a la tesis de la mercantilidad de todos los contratos bancarios, estimamos que la prestación de informes comerciales bancarios es uno de ellos.

Por el contrario, si mantenemos, con VICENT CHULIÁ⁵⁰⁶, que no cabe generalizar atribuyendo carácter mercantil a todos los contratos de empresa, deberá analizarse el contrato atípico de que hablamos para determinar si se asemeja o no a una figura contractual típica regulada en el C. de co. Dados los caracteres y el contenido del contrato, parece difícil defender la mercantilidad de la figura.

IV. ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO.

A) LA ENTIDAD DE CRÉDITO.

Como ya tuvimos ocasión de señalar⁵⁰⁷, nuestro estudio se ciñe exclusivamente a los informes comerciales prestados por las entidades de crédito, -en sentido estricto-, dejando fuera los contratos estipulados por las agencias de información en los que se pacta un correspectivo a cargo del solicitante de la información. Por lo tanto, el sujeto sobre el

⁵⁰⁶ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 543. Así, en su opinión, el contrato de arrendamiento de obra, regulado en los arts. 1568 y ss. Cc. no puede ser en ningún caso contrato mercantil, y, sin embargo, aparece en el tráfico como un importante contrato de empresa (pág. 593).

⁵⁰⁷ Véase Introducción a la primera parte de nuestro trabajo.

cual recae la obligación de prestar el informe, derivada del contrato, es la propia entidad de crédito, si bien actuará, por lo general, por medio de sus empleados o representantes. Se planteará, por tanto, en sede de responsabilidad, el problema derivado de la responsabilidad de sus auxiliares o dependientes, razón por la cual será necesario determinar en qué supuestos se entiende que vinculan con su actuación a la entidad de crédito y la hacen incurrir en responsabilidad⁵⁰⁸.

B) EL SOLICITANTE DEL INFORME.

El sujeto que se dirige a la entidad de crédito con el fin de solicitar la información puede ser tanto un cliente como un no cliente de la propia entidad. E, incluso, podría tratarse de una entidad de crédito que precisara disponer de una información económica general sobre un determinado sujeto. En el primer caso, el solicitante del informe podrá ser tanto un empresario (individual o social) como cualquier otro sujeto quien, titular de un interés legítimo, pretenda asegurarse mejor de la solvencia de otro con anterioridad a la estipulación de un contrato, de la prestación de una garantía en su favor; o en cualquier otro supuesto en el cual pueda ver comprometido su patrimonio.

⁵⁰⁸ Como últimas monografías sobre el tema de la responsabilidad de los empresarios por la actuación de sus auxiliares o dependientes, véanse JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994; JIMÉNEZ HORWITZ, M., *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996. En cuanto a la responsabilidad extracontractual, véanse BARCELÓ DOMENECH, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, 1995; ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Pamplona, 1995.

A diferencia de lo que ocurre en Alemania⁵⁰⁹ en nuestro país no existe ninguna limitación para proporcionar un informe comercial a un no cliente de la entidad a la que se solicita dicho informe. No pensamos, sin embargo, que este sea un supuesto normal, puesto que las relaciones de confianza en que se basan los contratos estipulados con las entidades de crédito hacen que normalmente sean solicitados dichos servicios a la propia entidad con la que se vienen celebrando operaciones bancarias. La condición de cliente del sujeto solicitante de la información puede igualmente servir a la entidad de crédito para valorar la necesidad de la información y la forma en que debe ser proporcionada, en el sentido de que conocerá mejor la cualificación y preparación del cliente para interpretar correctamente un informe caracterizado por la generalidad de los datos que son proporcionados. Tal circunstancia, sin embargo, no impedirá que se facilite el informe a un no cliente, puesto que se trata de un servicio más ofertado por las entidades de crédito.

En el supuesto de que el solicitante de la información fuera otra entidad de crédito, tampoco existen normas que indiquen con precisión cuál deba ser la actuación de las partes. No se establece, como en Alemania, la limitación del uso de la información para actividades internas de la propia entidad, debiendo manifestar si la información se solicita en interés de un cliente⁵¹⁰, ni tampoco la prohibición de

⁵⁰⁹ La nueva redacción de las condiciones generales de los bancos privados y de las cajas de ahorros alemanas establece una restricción del ámbito de los destinatarios de los informes bancarios, al entender que pueden ser solicitados únicamente por clientes (son los denominados *Bank-an-Künder-Auskünfte*) y por entidades de crédito (*Bank-an-Bank-Auskünfte*). En este sentido, véanse los §§ 2, 4 AGB-Banken y 3, 1 AGB-Sparkassen.

⁵¹⁰ En este sentido, § 3, 1 AGB-Sparkassen.

transmitir los informes recibidos a terceros⁵¹¹. Sin embargo, pensamos que sí podría derivarse de la cooperación recíproca entre las propias entidades de crédito, una necesidad de garantizar el uso correcto de la información⁵¹², demostrando en todo caso la existencia de un interés legítimo en su obtención⁵¹³. De todos modos, las entidades de crédito gozan de mayor facilidad a la hora de obtener informaciones económicas sobre los sujetos con quienes contratan; cabe pensar, al respecto, en la información contenida en la CIR, en los registros de morosos, los propios ficheros de datos sobre clientes que existan en cada entidad, e incluso la petición a su vez de informes comerciales a agencias de informes comerciales o investigadores mercantiles. Ello hará que no sea muy común la solicitud de informes comerciales bancarios para el propio uso interno de las entidades de crédito.

C) INTERVENCIÓN DE OTRA ENTIDAD DE CRÉDITO EN LA ELABORACIÓN DEL INFORME.

⁵¹¹ Sí en Alemania, donde el Nr. 10, 2º de las normas sobre procedimiento de emisión de informes comerciales entre entidades de crédito, de 1 de mayo de 1987, dispone que el cliente que es destinatario de un informe bancario, ha de entenderse expresamente obligado a utilizarlo para la finalidad por él mencionada, sin que pueda transmitirlo a terceros.

⁵¹² Aspecto al que haremos referencia en el Capítulo Tercero, al tratar de los principios sobre el tratamiento de datos inspiradores de la LO 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y de su relación con los informes comerciales bancarios.

⁵¹³ La necesidad de que las entidades de crédito alegaran igualmente, para obtener la información, un interés legítimo, se estableció en Alemania a raíz de la legislación sobre protección de datos. En este sentido, WEBER, A., "Neue Grundsätze über die Erteilung von Bankauskünften", op. cit., pág. 182; SCHEBESTA, M., "Die Verfahrensgrundsätze zum Bankauskunftsverfahren", op. cit., págs. 429 y ss.

Puede ocurrir que el solicitante de la información se dirija a una entidad de crédito que no pueda por sí sola prestar una información general, mediante la que se proporcione una imagen suficientemente completa de la situación económica del sujeto sobre el cual se informa. En este supuesto, se ofrecen a la entidad de crédito diversas posibilidades. En primer lugar, podrá negarse a prestar el informe, si bien con ello se corre el riesgo de que dicho rechazo a la solicitud en el ámbito comercial sea interpretado como si la información disponible fuese negativa⁵¹⁴; en segundo lugar, la entidad podrá proporcionar el informe, advirtiéndole al solicitante que deberá consultar otras fuentes de información, y en concreto, a otras entidades de crédito o sucursales de la propia entidad sobre la condición del sujeto sobre el cual quiere obtener la información, o bien podrá solicitar la información a éstas, con el fin de proporcionarla a su cliente⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Por esta razón el Comunicado que en Alemania dictaron conjuntamente las autoridades encargadas de la protección de datos y las encargadas de la supervisión de las entidades de crédito (de fecha 17 de octubre de 1984), obliga a la entidad a prestar el informe en estos supuestos, para evitar los efectos perjudiciales que ello pudiera acarrear al cliente sobre el cual se informa. La entidad deberá mencionar la circunstancia referida o incluso advertir expresamente sobre la misma al destinatario del informe (véase WAGNER-WIEDUWILT, K., *AGB der Banken*, BuB 3.93, op. cit. pág. 1/33).

En estos casos, podríamos incluso pensar en la existencia de un deber de hablar como consecuencia impuesta por la buena fe en el cumplimiento del contrato que une a la entidad con el sujeto sobre el cual deba informar. Como veremos (*supra*, Capítulo IV, apartado relativo a la responsabilidad frente al sujeto sobre el cual se informa), ello puede provocar consecuencias importantes respecto a la responsabilidad en que incurra la entidad de crédito, si se entendiese que dentro de la órbita del contrato que une a la entidad de crédito informante y al sujeto sobre el cual versa el informe, se encuentra dicha obligación de hablar o, en caso contrario, de callar.

⁵¹⁵ Podemos pensar, por ejemplo, en un buen cliente de la entidad al cual la entidad no desea prestar un servicio "incompleto", obligándole a consultar otras fuentes, sino que desea que quede satisfecho por los servicios recibidos de la entidad. Debemos, en todo caso, subrayar que éste no será el supuesto general, creemos que la entidad o, más concretamente, la sucursal ante la cual se solicite la información, deberá prestar el informe teniendo en cuenta la información de que dispone, sin quedar obligada a realizar una investigación exhaustiva sobre la situación del cliente, sino

En los supuestos en los cuales participe otra entidad de crédito en la elaboración del informe, podemos plantearnos cuál es la relación que se establece entre ambas entidades. Conforme a las condiciones generales de los bancos alemanes (§ 3, 2), se establece que "cuando el contenido de una instrucción sea tal que el banco típicamente confíe a un tercero su ulterior ejecución, el banco cumple transmitiéndolo a un tercero para que la ejecute en su propio nombre... Ello se aplica, por ejemplo, a la obtención de informes bancarios de otras entidades de crédito o a la custodia o administración de valores en el extranjero. En estos supuestos se limita la responsabilidad del banco a la elección del tercero y suministro de instrucciones a éste de forma diligente".

Podríamos, por tanto, pensar que en estos supuestos lo que se establece entre ambas entidades de crédito es otro contrato, -en concreto, otro contrato de prestación de informes comerciales bancarios en interés del cliente- por medio del cual se solicita a la entidad que disponga de mayor información sobre el sujeto sobre quien versará el informe la elaboración del mismo. Con posterioridad, la valoración en que dicho informe consiste será proporcionada al solicitante, que podrá exigir responsabilidad por una información prestada sin la debida diligencia a la entidad ante la cual solicitó el informe⁵¹⁶. Dicha entidad, a su vez, podrá entablar una acción de responsabilidad contractual frente a la entidad que efectivamente elaboró el informe.

que simplemente estará obligada a advertir al destinatario de la información sobre el hecho de que no goza de suficiente información para proporcionarle una visión completa sobre la situación patrimonial y conducta comercial del cliente.

⁵¹⁶ Que es la entidad con la cual estipuló su contrato de prestación de información, sin que exista ninguna relación entre el solicitante del informe y la entidad que efectivamente proporciona la información.

Del mismo modo que la entidad de crédito a la que se solicitó el informe puede acudir a otra entidad para obtener la información requerida, es común que las agencias e investigadores mercantiles que se dedican profesionalmente a la elaboración de dichos informes cuenten entre su clientela con numerosas entidades de crédito. Las entidades de crédito se muestran, de este modo, simultáneamente como solicitantes de informes comerciales y suministradores de información a dichas agencias e investigadores. Les proporcionan informes, al igual que a los demás solicitantes de información, sobre quienes les sean requeridos, si bien por lo general en estos casos, previo conocimiento de su realización por el sujeto sobre quien versen. Igualmente, los informes suelen proporcionarse por escrito en estos supuestos, de forma que la agencia tenga constancia de la información suministrada.

V. CONTENIDO DEL CONTRATO: OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

A) DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO.

La entidad de crédito que estipula un contrato de prestación de informes comerciales se obliga a la emisión con la diligencia que le es exigible de un juicio de valor sobre solvencia patrimonial y crédito del sujeto sobre el cual se solicita dicha información. El núcleo de la caracterización del contrato y de la existencia o no de incumplimiento contractual por parte de la entidad informante dependerán de la calificación que demos a la obligación por ella contraída. Del mismo

modo, es imprescindible un tratamiento adecuado de la información que se proporciona por la entidad de crédito, aspecto que será abordado con mayor profundidad al tratar de la relación entre los informes comerciales bancarios y el tratamiento automatizado de los datos personales⁵¹⁷.

1. ¿Obligación de medios o de resultado? Criterios de distinción.

Como ya apuntamos al tratar de la delimitación del contrato de prestación de informes comerciales bancarios, para determinar la extensión de las obligaciones asumidas por la entidad de crédito y, en consecuencia, los supuestos de incumplimiento del contrato, resulta fundamental caracterizar la prestación que deriva de su estipulación. Las partes no delimitan la prestación al estipular el contrato, por lo que habremos de referirnos, en primer lugar, a la distinción entre obligaciones de medios⁵¹⁸ y de resultado, y, en segundo lugar, a las

⁵¹⁷ Véase *infra*, Capítulo III de esta segunda parte.

⁵¹⁸ Pensamos que los términos de medios o de actividad son más adecuados para denominar a las obligaciones en las cuales la prestación no se dirige a garantizar el concreto resultado perseguido por el acreedor, el denominado interés primario. La cuestión terminológica es reflejo en esta materia de la dificultad que en la práctica comporta la correcta delimitación de ambos tipos de obligaciones. MAZEAUD, H., "Essai et classification des obligations: Obligations contractuelles et extracontractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence", RTDC 1935, n° 27, prefería hablar de obligación determinada y de obligación general de prudencia y diligencia; TUNC, A., "Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza", NRDCom. 1947-1948-I, págs. 126 y ss. las denomina obligaciones de diligencia, si bien este término no resulta lo suficientemente individualizador, por cuanto el cumplimiento de toda obligación requiere un comportamiento diligente (en este sentido JORDANO FRAGA, F., "Obligaciones de medios y de resultado...", op. cit., pág. 19); SAVATIER, R., *La théorie des obligations. Vision juridique et économique*, Paris, 1974, n° 143 y 144, propuso denominarlas obligaciones de cuidado y obligaciones de resultado.

Todas estas denominaciones fueron criticadas por MENGONI, L., "Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni "di mezzi" (I), RDCom. 1954-I, págs. 185 y

consecuencias que de ella se derivan para el contrato de prestación de informes comerciales bancarios.

Una obligación será de resultado cuando el deudor no quede obligado únicamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la obtención de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de ese concreto resultado el contenido jurídico de la prestación del deudor. Por el contrario, estaremos ante una obligación de medios o de actividad cuando el contenido de la prestación de hacer a cargo del deudor se agote con el simple desarrollo de una actividad diligente, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor el resultado al cual se dirige dicha actividad, fin perseguido por el acreedor⁵¹⁹.

ss., quien se inclina por la utilización de los términos obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado, con anterioridad adoptada por BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., pág. 39. Sin embargo, la doctrina italiana se divide entre la denominación obligaciones de medios y de resultado (entre otros, GALGANO, F., *Diritto privato*, op. cit., pág. 178; TRIMARCHI, P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1983, n° 252) y contratos de actividad y de resultado (MESSINEO, F., Voz "Contratto (diritto privato)", en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo IX, Milano, 1961, pág. 927; GIANNATTASIO, C., "L'appalto", op. cit., págs. 6 y 9).

En nuestra doctrina se suelen utilizar los términos obligación de actividad (YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, fundamentalmente en las págs. 253 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit.) o de medios (JORDANO FRAGA, F., "Obligaciones de medios y de resultado...", op. cit., págs. 5 y ss.; LOBATO GÓMEZ, J. M., "Contribución al estudio de la distinción...", op. cit., págs. 651 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, págs. 246 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 576) y obligación de resultado.

⁵¹⁹ JORDANO FRAGA, F., "Obligaciones de medios y de resultado...", op. cit., pág. 7. Afirma CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., págs. 29 y 30, que "cuando la obligación es de actividad, el deudor está obligado a desarrollar, en favor del acreedor, una determinada conducta, encaminada a satisfacer el resultado esperado por el acreedor. Sin embargo, debido al carácter aleatorio o incierto de dicho resultado, el deudor no garantiza su obtención, y cumple si actuó con la diligencia debida, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Cuando la obligación es de resultado, el deudor garantiza la obtención del resultado (*Erfolgsgarantie*) que constituye el interés primario del acreedor". Se trata, en definitiva, como señala MENGONI, L.,

La prestación se presenta en ambos tipos de obligaciones como comportamiento y como medio de satisfacción del interés del acreedor⁵²⁰, por lo que en el ámbito del cumplimiento de la obligación su funcionamiento es idéntico; en tal sentido, el deudor deberá realizar aquello a lo que se comprometió en favor del acreedor, teniendo el deudor siempre presente el fin perseguido por el acreedor⁵²¹. Sin embargo, dado que el contenido de la prestación sí varía en ambos supuestos, adquiere gran importancia diferenciar ambos tipos de obligación en el ámbito de su incumplimiento, destacando la doctrina la relevancia de la misma en materia de distribución de los riesgos derivados del contrato⁵²². No obstante, la relevancia de dicho criterio de distinción es mínima en el supuesto que nos ocupa, dado que el carácter por lo general gratuito del contrato no plantea el problema del derecho a la contraprestación por parte de la entidad de crédito.

La calificación en la práctica de la obligación del deudor como obligación de medios o de resultado no resulta sencilla, principalmente porque se trata de una delimitación que se debe realizar *a posteriori*. Para ello se deberá tener en cuenta la caracterización que de la misma han realizado las partes o la ley, el

"Obbligazioni di "risultato"...", op. cit., págs. 188-189, de que si bien todas las obligaciones están dirigidas a la producción de un resultado, "no siempre el objeto de la calificación jurídica, o sea, el contenido de la relación obligatoria, coincide con la realización de este interés que podemos llamar primario". En idéntico sentido, CATTANEO, F., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, págs. 47 y 51.

⁵²⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., págs. 237 y 238.

⁵²¹ MENGONI, L., "Obbligazioni "di risultato"...", op. cit., págs. 188-189. En nuestra doctrina, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., pág. 237.

⁵²² CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., pág. 30.

contenido de la propia prestación de hacer y, en su defecto, recurrir a los criterios integrativos supletorios de los usos o la buena fe objetiva (art. 1258 Cc.)⁵²³.

En el supuesto que nos ocupa, esto es, la obligación que asume la entidad de crédito cuando estipula un contrato de prestación de informes comerciales, la distinción no es nada diáfana. Cabrá pensar tanto que la entidad se compromete simplemente a informar con diligencia al solicitante de la información como a prestar un informe garantizando la correspondencia del mismo con la situación económica y patrimonial del sujeto sobre el cual informa y, con ello, el resultado perseguido por quien solicita dicha información⁵²⁴.

Para apreciar ante qué tipo de obligación nos encontramos, conviene analizar los criterios delimitadores apuntados por la doctrina. Se ha de considerar que la configuración de la obligación como de medios beneficia extraordinariamente a la entidad de crédito informante, señalando la doctrina que viene a implicar una

⁵²³ JORDANO FRAGA, F., "Obligaciones de medios y de resultado...", op. cit., págs. 9 y 10.

⁵²⁴ El posible reconocimiento de un contrato de garantía desempeña, según mantiene MUSIELAK, H.-J., *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*, op. cit., págs. 15 y 16, un papel muy secundario en la responsabilidad por informaciones. En su opinión a través del contrato de garantía el garante acepta el riesgo por la verificación o no verificación de un determinado resultado, subjetivamente incierto, lo que aquí supone prometer a alguien, independientemente de su culpa, reparar el daño resultante del consejo o información. El autor mencionado continúa señalando que para la aceptación de una responsabilidad tan amplia son necesarios puntos de apoyo muy sólidos, de los que la existencia de un interés del promitente será únicamente uno de los indicios. Los tribunales alemanes han delimitado alguno de estos supuestos; así en RGZ 82, 337, se reconoció la conclusión de un contrato de garantía en una hipótesis en la que el aceptante confirmaba la autenticidad de la firma de una carta; en BGH WM 1960, 880 y ss., se trataba de un caso en el cual un comerciante de vehículos motorizados confirmaba los datos proporcionados por el cliente para la obtención de un crédito, afirmándose expresamente la pretensión de cubrir los perjuicios en el caso de que aquellos datos resultaran incorrectos.

limitación de responsabilidad en su favor, al no garantizar la satisfacción del interés primario del acreedor⁵²⁵. De los criterios apuntados por la doctrina para diferenciar obligaciones de medios o de actividad, de las de resultado, nos referiremos únicamente a aquellos que puedan tener alguna relevancia en relación con el contrato atípico de prestación de informes comerciales bancarios.

Se refiere CABANILLAS SÁNCHEZ al criterio de la gratuidad de la obligación. Para este autor, si bien "las obligaciones a título oneroso pueden ser de actividad o de resultado, las obligaciones a título gratuito son siempre obligaciones de actividad, porque es legítimo demandar lo menos gravoso al que se obliga sin contraprestación económica"⁵²⁶. Este criterio, sin embargo, no será el más decisivo para la determinación del contenido de la obligación del deudor, ya que, en todo caso, ello dependerá de la voluntad de las partes al estipular el contrato, sin que haya mayores obstáculos para aceptar la posibilidad de que existan igualmente obligaciones de resultado a título gratuito⁵²⁷. No obstante, a falta de manifestaciones de

⁵²⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., pág. 39. No obstante, no debiera olvidarse en esta sede el importante papel que igualmente desempeña el resultado como interés primario del acreedor, en el momento de la determinación y, sobre todo, de la prueba del incumplimiento. En este sentido, BLASCO GASCÓ, F., "El objeto de la obligación. La prestación", op. cit., pág. 96, quien afirma que "en la obligación de medios no siempre es irrelevante la no obtención del resultado posible o esperado por el acreedor, pues su obtención o no puede indicar el grado de pericia o diligencia desarrollado por el deudor en la ejecución de la prestación... la prestación de hacer sigue siendo una obligación de medios (el deudor puede liberarse con la prueba de su diligencia y pericia), pero la no obtención del resultado esperado puede configurarse como una presunción de la falta de diligencia observada por el deudor que aboca en el incumplimiento".

⁵²⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., pág. 121.

⁵²⁷ Señala, sin embargo, LOBATO GÓMEZ, J. M., "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios...", op. cit., págs. 704 y ss., que dicho criterio, junto con otros empleados por la doctrina y jurisprudencia francesas (así, el papel activo o pasivo del acreedor, la dificultad que entraña la actividad que el

las partes en dicho sentido, deberá ser considerado como un criterio en favor de un menor rigor que beneficie al deudor de la prestación⁵²⁸.

A falta de voluntad de las partes, la doctrina ha propuesto diferentes criterios con el fin de poder delimitar ambos tipos de obligaciones. El primero de dichos criterios hace referencia a la situación de las partes, conforme al cual se entiende que la obligación será de resultado cuando el deudor, al utilizar medios técnicos, pueda conseguir el resultado con una seguridad casi absoluta⁵²⁹. Por el contrario, si el acreedor confía simplemente en la pericia o diligencia del deudor existirá una obligación de medios. Este criterio no resulta

deudor se compromete a desempeñar, etc.), que los incluye dentro de las consideraciones de equidad, puede tener encaje sistemático en nuestro Derecho a través de lo dispuesto en los arts. 1103 y 1104 Cc. Y ello porque "además de la facultad moderadora de la diligencia que tienen encomendada los Tribunales en el cumplimiento de toda clase de obligaciones ex art. 1103 Cc., es notorio que el artículo 1104 Cc. permite al juzgador deducir la conducta que debe observar el deudor para no incurrir en negligencia en el cumplimiento de la obligación, no sólo de la naturaleza de la misma, sino de sus posibilidades, de las aptitudes del acreedor y de las coordenadas del tiempo y lugar, con lo que los antedichos criterios encuentran un preciso encaje normativo que debe ser tenido muy en cuenta, pues permiten valorar con una cierta consistencia los distintos elementos de una obligación para calificarla de obligación de medios o de obligación de resultado". Admitiendo como justificación de la facultad moderadora la posible apreciación de las circunstancias concurrentes y, de acuerdo con la equidad, el reconocimiento de diversas intensidades o grados de diligencia, MORALES MORENO, A. M., "El dolo como criterio de imputación de la responsabilidad", ADC 1982, pág. 609; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones de responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, págs. 30 y ss.

⁵²⁸ El principio del "favor debitoris" se recoge en el art. 59 C. de co., el cual establece que "si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el art. 2 de este Código, se decidirá la cuestión a favor del deudor". Por ello, señala SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 129, que al disponer el art. 1289 Cc. "unos criterios para cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas, parece hacer prácticamente innecesaria la norma del art. 59"; sin embargo cita dicho autor las SSTs de 30 de abril de 1966 [RJ 1966, 2172] y 14 de diciembre de 1984 [RJ 1984, 6113], en las cuales se aplica la norma del art. 59 C. de co.). Sobre la aplicación de dicho precepto, MOTOS GUIRAO, M., "La interpretación del contrato mercantil y el artículo 59 del Código de Comercio", RJC 1955, págs. 34 y ss.

⁵²⁹ DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, V-1, *Sources des obligations*, París, 1923, n° 1237; ESSER y SCHMIDT, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, págs. 83 y 84.

satisfactorio puesto que nada obsta a la existencia de una obligación a cargo de un deudor que, a pesar de utilizar medios técnicos, no pueda evitar la aleatoriedad de alcanzar el resultado esperado por el deudor⁵³⁰.

Un segundo criterio es el relativo a la aleatoriedad del resultado perseguido por el acreedor de la prestación de hacer. Este es el criterio adoptado por la STS de 7 de febrero de 1990⁵³¹, al caracterizar como obligación de medios la obligación del médico. Tampoco el criterio de la aleatoriedad del resultado parece ofrecernos un elemento claro de delimitación entre obligaciones de actividad y de resultado. Aparte de la posibilidad de las partes de configurar la obligación como deseen, al amparo del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 Cc., no resulta clara la diferenciación entre las obligaciones realmente aleatorias y las que presentan el riesgo normal característico de todo contrato⁵³².

El criterio de la imputación del riesgo nos parece el más adecuado para realizar la delimitación que pretendemos. En las obligaciones de medios, o de actividad, el deudor cumplirá con su sola

⁵³⁰ Crítica que efectúa CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., pág. 41.

⁵³¹ RJ 1990, 668. En opinión del TS la obligación del médico es de medios porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influible por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico. En el mismo sentido, entre tantas, SSTS de 6 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 8528]; 8 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3618]; 20 de febrero y 13 de octubre de 1992 [RJ 1992, 1326 y 7547]; 4 y 23 de marzo de 1993 [RJ 1993, 2001 y 2545]; 15 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 9096]; 25 de abril de 1994 [RJ 1994, 3073]; 23 de septiembre, 15 de octubre y 2 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 6720, 7112 y 8938]; 9 de junio de 1997 [RJ 1997, 4731] y STSJ de Navarra de 6 de marzo de 1996 [RJ 1996, 1941].

⁵³² En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., pág. 43.

actuación diligente, sin que deba soportar el riesgo de frustración del resultado o de los intereses perseguidos por el acreedor. Por el contrario, en las obligaciones de resultado responderá el acreedor siempre que no se logre el resultado por él garantizado. Si bien en el contrato de prestación de informes comerciales bancarios dicha delimitación no será relevante para determinar cuándo tendrá derecho o no al precio la entidad de crédito informante, adquirirá mayor importancia en el ámbito del incumplimiento de las obligaciones, pudiendo en consecuencia ser indemnizado el solicitante del informe.

No obstante, será necesario en cada caso concreto analizar las circunstancias concurrentes para determinar claramente ante qué tipo de obligación nos encontramos⁵³³. Apreciando las que concurren en el supuesto general de informes comerciales bancarios prestados gratuitamente, creemos que lo más adecuado es estimar que la obligación asumida por la entidad de crédito es de medios o de actividad⁵³⁴. Esta conclusión tendrá importantes consecuencias a la

⁵³³ En este sentido se pronuncia JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., pág. 174, quien destaca el carácter relativo de la distinción, "pues una misma obligación puede ser de medios o de resultado, según resulte de la voluntad de las partes, de modo que un profesional puede comprometerse a la prestación de un resultado concreto en vez de a una actividad diligente (técnicamente correcta) en orden a la consecución de aquel mismo resultado".

⁵³⁴ La doctrina (LE TOURNEAU, Ph., *La responsabilité civile*, París, 1982, págs. 426 y ss.; VINEY, G., "Les obligations. La responsabilité: conditions", en *Traité de Droit civil sous la direction de J. Ghestin*, París, 1982, págs. 655 y 656) y la jurisprudencia francesas son igualmente unánimes en el reconocimiento de una obligación de medios en los supuestos de las obligaciones de instrucción, información o consejo (*obligations de renseignement, de information o de conseil*), entendidas como obligaciones accesorias del contrato, como prolongación natural del contenido del contrato pactado por las partes conforme al art. 1135 Cc. francés ("Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature"), precepto equivalente al último inciso de nuestro art. 1258 Cc. Específicamente sobre la obligación de información en la doctrina francesa puede verse, entre otros, DE

hora de determinar el incumplimiento contractual por parte de la entidad de crédito. Requisito previo para ello será la averiguación de la medida de la diligencia exigible a la entidad en la prestación del informe⁵³⁵.

2. La medida de la diligencia exigible a la entidad de crédito.

En las obligaciones de medios, o de actividad, el cumplimiento de la obligación coincide con el empleo por el deudor de la prestación de hacer de la diligencia que le es exigible⁵³⁶. De ahí la relevancia que en ellas adquiere la determinación del concepto de culpa, que tanto puede consistir en una negligencia conforme a lo dispuesto en el art. 1104 del Cc., como en una falta de pericia. Este último precepto, equivalente al art. 1176 del Cc. italiano, no contiene propiamente una definición de la culpa, sino una definición de los deberes en los que ésta se concreta⁵³⁷. En su segundo párrafo se refiere el precepto al supuesto en el cual la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, en cuyo caso "se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia".

JUGLART, M., "L'obligation de renseignements dans les contrats", op. cit., págs. 1 y ss.

⁵³⁵ Aun cuando realicemos en este capítulo una somera referencia a la diligencia exigible a la entidad de crédito, será analizada de forma más profunda en el Capítulo Cuarto, en sede de responsabilidad por la emisión de informes comerciales bancarios.

⁵³⁶ MONTÉS PENADÉS, V., "El incumplimiento de la obligación", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a. R. (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994, pág. 183.

⁵³⁷ En este sentido, CANNATA, C. A., "Dai giuristi ai Codici, dai Codici ai giuristi. Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al Codice civile italiano dal 1942", en *Legge, Giudici, Giuristi*, Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981, Milano, 1982, págs. 240 y ss.

En el supuesto de la prestación de informes comerciales por las entidades de crédito, la medida de la diligencia a éstas exigible será la pericia o diligencia requeridas en su actividad⁵³⁸. Las entidades de crédito deben emplear en el desarrollo de sus actividades "la diligencia de un empresario experto, no sólo en ofertar nuevos instrumentos financieros, sino también en el desarrollo de la práctica en favor de sus clientes"⁵³⁹.

La cuestión que cabría plantear es si la actividad desarrollada por las entidades de crédito al proporcionar los informes comerciales puede ser considerada como actividad profesional de las mismas. Si entendemos que se trata de un servicio accesorio de las entidades de crédito, que además está referido a materias económicas y financieras (enjuiciamiento de la solvencia y capacidad patrimonial de un sujeto), actividades que las entidades de crédito realizan continuamente con carácter previo a la concesión de créditos y a la contratación de operaciones que puedan entrañar riesgos, no vemos obstáculos para considerar que las entidades de crédito deberán prestar este servicio con la misma diligencia con que proceden, por ejemplo, a la concesión

⁵³⁸ Sobre los distintos modelos de conducta derivados del art. 1104 Cc., así el del buen padre de familia o el del profesional, véase BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, op. cit., págs. 77 y ss.

⁵³⁹ SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C., "La responsabilidad de las entidades de crédito...", op. cit., pág. 2435. Señala en la doctrina italiana COMPORTI, M., "Rischio professionale della banca e responsabilità extracontrattuale", op. cit., págs. 53 y 54, que la diligencia requerida a las entidades de crédito debe valorarse, no con relación al *bonus pater familiae*, al hombre normal, con una pericia y diligencia medias, sino que dicha valoración deberá realizarse atendiendo a la específica naturaleza de la actividad ejercitada, tomando como modelo la diligencia exigible al buen banquero, el *bonus argentarius*. En el mismo sentido se pronuncia VASSEUR, M., "La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France", en MACCARONE, S., NIGRO, A. (a cura di), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981, págs. 61 y ss., quien alude a la diligencia exigible a las entidades de crédito, que actúan por lo general como un mandatario, un comisionista o un prestador de servicios. {

de un crédito o a la negociación de valores. La diligencia exigible será, por lo tanto, la del *bonus argentarius*, no la del *bonus pater familiae*⁵⁴⁰.

En todo caso, la entidad de crédito, con los datos de que disponga⁵⁴¹ sobre el sujeto de quien se ha solicitado un juicio de valor

⁵⁴⁰ En efecto, como señala la STS de 15 de julio de 1988 [RJ 1988, 5717], "la diligencia exigible... no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como Banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro, en tales cometidos". Resulta muy interesante la comparación de la Sentencia citada con la Sentencia francesa de 30 de enero de 1990 (Com., Banque 1990, pág. 535, con nota de RIVES-LANGE, J. L.). El fallo de nuestro Alto Tribunal en la primera de las Sentencias citadas se dirige a exigir a la entidad de crédito la diligencia de un comerciante experto, no la mera diligencia propia de un buen padre de familia. En consecuencia, la entidad de crédito debió haber detectado que la transferencia ordenada, a pesar de que la orden había sido objeto de una falsificación perfecta o imposible de detectar por medios ordinarios, suponía una considerable anomalía en la actuación normal del cliente (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez). A dicho fallo formulan un voto particular los magistrados D. José Luis Albácar López y D. Antonio Fernández Iglesias, en el sentido de manifestar que la entidad de crédito había actuado de forma diligente, en aplicación de los arts. 1101 y 1104 Cc. Los magistrados discrepantes afirman, con cita de la STS de 29 de mayo de 1978 [RJ 1978, 1952], que "al Banco sólo puede exigírsele, en operaciones como la de que se trata, la diligencia y lealtad impuestas por el vínculo creado, a causa de que todos los contratos mercantiles están dominados por el principio de buena fe, que se consagra legislativamente en el artículo 57 del Código de Comercio...". En el mismo sentido, la Sentencia francesa citada afirma que una circunstancia como la cuantía del cheque no puede provocar la responsabilidad de la entidad de crédito ante la cual se presenta el título para su pago.

En Italia, la Sentencia del Tribunale di Milano de 3 de octubre de 1988, BBTC 1990-II, págs. 645 y ss., hace referencia a que la diligencia exigible a la entidad de crédito debe ser superior a la del hombre medio, al igual que en la Sentencia del Tribunale di Milano de 20 de julio de 1990, BBTC 1992-II, págs. 110 y ss., con nota de LABANCA, A., "Il criterio dell'accorto banchiere e la clausola di non trasferibilità nell'assegno bancario", págs. 113 y ss. En las Sentencias de la Corte di Appello di Milano de 25 de octubre de 1991, BBTC 1992-II, págs. 565 y ss., de la Corte di Cassazione de 14 de septiembre de 1991, n. 9607, y del Tribunale di Milano de 21 de noviembre de 1991, BBTC 1993-II, págs. 143 y ss. se establece que la diligencia será la del buen padre de familia, conforme al art. 1176, 2º del Cc. italiano.

⁵⁴¹ O de aquellos de los que debiera disponer si hubiese actuado de forma diligente. De este modo, parece que la entidad de crédito está sometida también a un deber de conocer, no sólo a un deber de informar. La entidad debió haber desplegado un cierto grado de diligencia para conocer, como exigencia de la buena fe. En este sentido, si bien en relación con el contrato de compraventa y a la imputación al vendedor de los

sobre su solvencia y situación económica, está obligada a un actuar diligente, tanto en la búsqueda de la información, como en su análisis y posterior transmisión al solicitante en forma de valoración o juicio general. Igualmente, la entidad no incurriría en incumplimiento si, ante la ausencia de suficientes datos y dada la escasa duración de las relaciones que mantiene con el sujeto sobre el cual se solicitó el informe, contestara en este sentido, matizando que ello no debe entenderse como un informe desfavorable⁵⁴². En ningún caso pensamos que la entidad de crédito se compromete a prestar un informe objetivamente correcto⁵⁴³, ni tampoco que garantice mediante la prestación del servicio de información la solvencia del sujeto sobre el cual informa⁵⁴⁴.

La entidad de crédito deberá considerar, en todo caso, en la elaboración del informe, la cualificación y experiencia del solicitante, con el fin de determinar sus posibilidades de entenderlo correctamente.

daños que las anomalías de la cosa provocan al comprador, MORALES MORENO, A. M., "El dolo como criterio de imputación...", op. cit., pág. 632.

⁵⁴² Como afirman en la doctrina alemana DAHM, J./ SCHEBESTA, M./ SCHROETER, A./ WEBER, A., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis*, op. cit., págs. 58 y ss., la entidad no está obligada a realizar una investigación sobre el sujeto cuya solvencia haya de valorar. Únicamente estará obligada, cuando no disponga de datos suficientes, a advertir de este hecho al cliente (obligación de información que nosotros entendemos derivada del principio de buena fe en la ejecución de los contratos, véase *supra*, Capítulos II y III de la primera parte). En el mismo sentido se han manifestado los tribunales alemanes, BGH WM 62, 1110; OLG München WM 80, 505, 507; BGH WM 79, 548; OLG Oldenburg WM 87, 836; BGH WM 74, 685.

⁵⁴³ Estimamos, por tanto, que la entidad se obliga a un actuar diligente, que no garantiza un resultado, aun cuando éste sea conocido y constituye el interés primario del acreedor de la prestación.

⁵⁴⁴ Salvo que expresamente se estipulara un contrato de garantía por el cual la entidad de crédito asumiese dicha obligación.

B) DEL SOLICITANTE DE LA INFORMACIÓN.

Como hemos tenido ocasión de señalar, normalmente el contrato de prestación de informes comerciales bancarios no impone al solicitante una obligación de pago del precio, de lo que se deduce que el contrato, en principio, tiene carácter unilateral. Sin embargo, cabría pensar en supuestos en los que de forma expresa las partes pactasen algún tipo de obligación a cargo del solicitante, como la de no transmitir a terceros la información suministrada. Incluso sin pacto expreso al respecto, cabría entender que el solicitante de la obligación quedase obligado a ello por aplicación de las reglas de la buena fe y, en especial, por lo dispuesto en el art. 1258 Cc.

A falta de pacto expreso al respecto, cabría igualmente deducir del principio general de buena fe un deber de colaboración por parte del solicitante en aquellos casos en los cuales resultara necesario que él aportase datos más concretos sobre la operación proyectada o sobre su propia experiencia en la materia, con el fin de permitir a la entidad adecuar la información proporcionada a las circunstancias de su destinatario⁵⁴⁵. Cabría pensar, en estos casos, de la existencia de un deber de hablar por parte del solicitante⁵⁴⁶.

Al igual que la entidad de crédito informante, el destinatario de la valoración realizada por la entidad de crédito, deberá saber

⁵⁴⁵ Véanse al respecto Capítulos II y III de la primera parte, en los que se hace referencia a las condiciones de corrección "subjetiva" de la información bancaria.

⁵⁴⁶ Incluso podemos plantear si la entidad de crédito podrá resolver el contrato si, ante sus requerimientos de aclaración sobre los términos de la solicitud o de datos sobre el solicitante, éste se negara a prestarlos. Creemos que en estos casos, la entidad de crédito podrá resolver el contrato, quedando liberada, y también reclamar al solicitante el pago de los gastos que, en su caso, le hubiese acarreado la búsqueda de información.

interpretar de forma adecuada el informe recibido, actuando con la diligencia que le resulte exigible. Este aspecto podrá tener cierta importancia en el ámbito de la moderación de la responsabilidad de la entidad por concurrencia de culpa del destinatario de la información⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ Véase *infra*, Capítulo IV de la segunda parte.

CAPÍTULO TERCERO

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INFORMACIÓN SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO Y EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

I. LA LEGISLACIÓN SOBRE TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. PRINCIPIOS GENERALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

A) CONSIDERACIONES PREVIAS.

La prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito o, en la terminología que veníamos utilizando hasta ahora, de informes comerciales, supone, como ya hemos tenido ocasión de mencionar en la primera parte de nuestro trabajo, una necesaria delimitación de las informaciones que son susceptibles de ser proporcionadas, de tal modo que ello no suponga una intromisión ilegítima vulneradora del derecho a la intimidad consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución.

El art. 18, 4º de nuestra Norma Fundamental establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos. El refuerzo constitucional de la protección de los derechos al honor y a la

intimidad frente al uso de la informática que dicha norma supone obedece a la existencia, en la actualidad, de nuevas tecnologías que permiten realizar un cruce de datos de un mismo sujeto del cual resulte un perfil completo del mismo, sobre cualquier aspecto, personal, profesional, económico o cultural, de modo que pudiera conllevar una violación de su derecho a la intimidad⁵⁴⁸.

Simultáneamente, desde la perspectiva contraria no puede negarse la posibilidad de limitar o al menos ponderar la supremacía del derecho a la intimidad⁵⁴⁹ cuando entre en colisión con otros bienes

⁵⁴⁸En la doctrina italiana señala ZANELLI, P., "La legge n. 675 del 96': una strategia integrata di protezione per la privacy", CI 2/1997, pág. 689, que la "riservatezza" puede "ser violada no sólo a través de una simple recogida de informaciones relativas a la vida personal del sujeto, sino sobre todo a través de la recomposición de noticias fragmentarias y por sí aparentemente "inocuas" con el uso de la informática, conectando y elaborando toda una serie de variables de comportamiento idóneas para delinear el perfil político-social del individuo y a encuadrar preventivamente sus reacciones ante cualquier acontecimiento". Con el fin de proceder a la efectiva protección de los datos personales y de adaptar el ordenamiento italiano a las disposiciones de la Directiva 95/46/CE, se ha dictado la Ley n. 675, de 31 de diciembre de 1996, sobre tutela de las personas y de otros sujetos respecto al tratamiento de los datos personales (G. U. n. 5, de 8 de enero de 1997), que ha sido completada por el D. Lv. n. 123, de 9 de mayo de 1997, "Disposiciones correctivas e integradoras de la ley de 31 de diciembre de 1996, n. 675, en materia de tutela de las personas y de otros sujetos respecto al tratamiento de los datos personales" (G. U. n. 107, de 10 de mayo de 1997).

⁵⁴⁹ Conforme a lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LORTAD ("la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad, que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación extrínseca pero que, coherentemente entrelazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo"), ha manifestado parte de la doctrina la distinción entre intimidad y privacidad (DAVARA RODRÍGUEZ, M. Á., *Derecho Informático*, Pamplona, 1993, pág. 56). Creemos, sin embargo, que en realidad lo que se está protegiendo es la intimidad, para intentar evitar que mediante el cruce de datos que, en apariencia, no atentan contra la intimidad del sujeto (que pertenecerían al ámbito de la denominada privacidad), puedan obtenerse datos que pertenezcan al estricto ámbito de la intimidad personal o familiar. Ese es el bien jurídico que se pretende proteger con la legislación sobre tratamiento de datos de

jurídicos o derechos dignos de protección⁵⁵⁰. Dicha ponderación es especialmente relevante en el ámbito del tráfico negocial, donde el buen fin de las operaciones y la seguridad del tráfico podrán servir de elementos correctores de la "privacidad" de las situaciones patrimoniales y de las operaciones financieras cuando éstas pudieran ser susceptibles de afectar intereses de terceros⁵⁵¹. El interés en la

carácter personal, como señalan ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, Granada, 1994, págs. 51-53; GRIMALT SERVERA, P., "El tratamiento automatizado de datos sobre solvencia patrimonial obtenidos de resoluciones judiciales (Comentario a la STS, Sala 3ª, de 3 de marzo de 1995)", *Derecho Privado y Constitución* 1995, Vol. 3, nº 6, pág. 223, en especial nota 11. Sin embargo, parece que podría igualmente resultar dicho bien jurídico el propio de la denominada, si bien impropia, "privacidad". De ahí que otros autores hayan optado por adoptar otra terminología, como derecho a la autodeterminación informativa, así PÉREZ-LUÑO, A. E., "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en LOSANO, M., PÉREZ-LUÑO, A. E. y GUERRERO MATEUS, M. F., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, 1989, págs. 155 y ss.; o LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 1990, págs. 115 y ss. Una exposición conjunta de las cuestiones que suscitan ambas posturas es el objeto del estudio realizado por GONZÁLEZ MURÚA, A. R., *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales*, Barcelona, 1994, págs. 13 y ss.

⁵⁵⁰La doctrina italiana ha resaltado la relevancia que puede tener en este campo el derecho a la libertad de iniciativa económica reconocido en el art. 41 de la Constitución italiana, que presupone necesariamente un cierto nivel de libertad de circulación de informaciones. Como afirma ZANELLI, P., "La legge n. 675 del '96: una strategia...", op. cit., pág. 704, "en una realidad económicamente avanzada, de hecho, la disponibilidad de un flujo de informaciones cuantitativa y cualitativamente suficiente representa hoy en día una necesidad absoluta para los operadores tanto públicos como privados, a fin de programar y gestionar de modo racional las actividades propias".

Tras la ratificación del Convenio de Estrasburgo por Italia y con anterioridad a la aprobación de la Directiva 95/46/CE, señalaba LATTANZI, R., "La tutela dei dati personali dopo la ratifica della Convenzione Europea sulle banche-dati", *Dir. Inf.* 1990, pág. 229, que parecía necesario diferenciar datos económicos de datos personales, sometiendo a cada grupo de datos a un tratamiento jurídico igualmente diferenciado.

⁵⁵¹DE JULIOS CAMPUZANO ESPAÑA, A., "Derecho a la intimidad y publicidad de datos personales de carácter patrimonial", *ID* 1994, vol. I, nº 4, págs. 92 y 93. Igualmente, dicha ponderación de intereses es apreciable en los textos internacionales, sobre todo en lo relativo a transferencias internacionales de datos, ya que "tienen como objetivo principal proteger la intimidad personal, sin que ello suponga una carga excesiva al libre flujo de información afectando negativamente al comercio y a las relaciones internacionales" (ESTADELLA YUSTE, O., "La transmisión internacional de datos personales y su control", en *Jornadas sobre el derecho español de*

adquisición de información sobre los sujetos con los que puede contratar es evidente para cualquier empresa, si bien se incrementa notablemente respecto de las entidades de crédito, que basan la mayor parte de sus decisiones en los datos de solvencia con que cuentan de la clientela potencial⁵⁵².

La relación que se establece entre el tratamiento automatizado de datos personales y los servicios de información prestados por las entidades de crédito resulta del mismo modo evidente. Éstas normalmente recogen los datos de clientes y de sujetos con los que han iniciado una relación comercial en ficheros, los cuales, dado el estado actual de la tecnología, suelen encontrarse sometidos a procesos de tratamiento automatizado, de tal modo que se agilice su utilización y consulta por la entidad. Incluso en algunos supuestos la información que deben recabar de sus clientes viene exigida por las normas legales,

la protección de datos personales, Agencia de Protección de datos, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 1996, pág. 197; de la misma autora, *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Madrid, 1995, págs. 126 y ss.).

En efecto, en el ámbito mercantil, el propio Considerando 30 de la Directiva 95/46/CE establece que "para asegurar el equilibrio de los intereses en juego, garantizando a la vez una competencia efectiva, los Estados miembros pueden precisar las condiciones en las que podrán utilizar y comunicar a terceros datos de carácter personal, en el desempeño de actividades legítimas de gestión ordinaria de empresas y otras entidades... los Estados miembros pueden asimismo establecer previamente las condiciones en que pueden efectuarse comunicaciones de datos personales a terceros con fines de prospección comercial o de prospección realizada por una institución benéfica u otras asociaciones o fundaciones, por ejemplo de carácter político, dentro del respeto de las disposiciones que permiten a los interesados oponerse, sin alegar los motivos y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernen".

⁵⁵²Y ello, no sólo con fines dirigidos a una disminución de los riesgos en la contratación, sino incluso para poder determinar qué productos son los que puede ofrecer al cliente y que puedan resultar más adecuados para él, como afirma MUÑOZ LOMBARDÍA, A. B., "Tratamiento jurídico de las bases de datos de clientes (incidencia de la LORTAD en los ficheros informatizados)", en ALONSO UREBA, A., MARTÍNEZ-SIMANCAS y SÁNCHEZ, J., (Dirs.), *Derecho del mercado financiero*, T. II, *Operaciones bancarias de activo y pasivo*, Vol. 1, Madrid, 1994, pág. 183.

que con fines de control de la actuación en los mercados de valores⁵⁵³ o de prevención del blanqueo de dinero⁵⁵⁴, entre otros, imponen la solicitud de suficientes datos de identificación de los clientes, así como sobre su actividad y experiencia comercial. Cabría pensar, por tanto, en los problemas que surgirían ante una negativa del cliente a proporcionar dicha información amparándose en el texto de la LORTAD⁵⁵⁵.

A la circunstancia apuntada se une, además, en el supuesto de que se trate de ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito, el hecho de que los datos en ellos contenidos son con frecuencia obtenidos de fuentes accesibles al público o por otros cauces que no precisan el previo consentimiento del sujeto afectado. Igualmente, ya hemos visto en el capítulo precedente que la legislación sobre tratamiento

⁵⁵³ En este sentido, como señalamos en el segundo capítulo de la primera parte de nuestro trabajo, el art. 4 del Código general de Conducta incluido como anexo en el R.D. 629/93, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, impone a sus destinatarios la obligación de solicitar a sus clientes información "necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer". La norma establece a continuación que la información obtenida tendrá carácter confidencial y "no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita", debiendo las entidades establecer "sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes".

⁵⁵⁴ A este respecto, la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, prevé la obligación para la entidad financiera de solicitar de sus clientes datos de identificación suficientes en el momento de iniciar las relaciones comerciales (cfr. art. 3). El Reglamento de desarrollo de dicha Ley, aprobado por R.D. 925/1995, de 9 de junio, desarrolla dicha norma en sus arts. 3 a 6, estableciendo algunas excepciones a la obligación de identificación en el art. 4. A dicha obligación de identificación se ha referido igualmente la Circular núm. 660, de 6 de julio de 1995, de la Asociación Española de la Banca Privada.

⁵⁵⁵ LOMBARDÍA MUÑOZ, A. B., "Tratamiento jurídico de las bases de datos de clientes...", op. cit., pág.186, se plantea dicha posibilidad, señalando que la entidad, ante tal actitud del cliente, podrá negarse a contratar con él, "sólo deberá informarle acerca de las consecuencias de tal negativa pero, en ningún caso, podrá ser sancionada por violar la Ley".

automatizado de los datos de carácter personal puede delimitar el objeto del contrato, así como establecer determinadas obligaciones a las entidades de crédito en aras de la protección de la intimidad de las personas físicas, de tal modo que en otro caso incurrirían en responsabilidad⁵⁵⁶.

Por este cúmulo de razones, es imprescindible abordar las implicaciones que la legislación sobre protección de datos de carácter personal tiene en la actividad de información desarrollada por las entidades de crédito, refiriéndonos en este caso concreto a los que hemos denominado informes comerciales bancarios.

De este modo, una vez puesto de relieve el carácter no absoluto del derecho a la intimidad y el posible reconocimiento de intereses legítimos dignos de protección que justifiquen una intromisión controlada en dicho derecho, es necesario establecer unas condiciones para la adquisición y transmisión de datos personales con el fin de contribuir con ello a una mayor seguridad en las inversiones y a la mejora de la información de los contratantes⁵⁵⁷. Igualmente, se han de establecer, en la medida de lo posible las pautas que permitan la compatibilidad entre la protección de las informaciones y su

⁵⁵⁶ Véase *supra*, Capítulo II de la segunda parte.

⁵⁵⁷La propia Directiva 95/46/CE, en su art. 1º, establece que los países miembros no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros, alegando la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, de su derecho a la intimidad. Sin embargo, la Directiva reconoce simultáneamente la necesidad de someter la circulación de dichos datos a una legislación de control equivalente en todos los Estados miembros, considerándose principalmente como un instrumento de armonización que garantice un nivel de protección mínimo en todos los Estados miembros (DUMORTIER, J., "Aplicación de la Directiva de protección de datos en Bélgica", en *X Años de Encuentros sobre Informática y Derecho 1996-1997*, Pamplona, 1997, pág. 57).

circulación⁵⁵⁸, compatibilidad que sigue planteando problemas actualmente en el campo de la protección de datos.

No nos referiremos, finalmente, a los ficheros con datos de carácter personal mantenidos por el Banco de España, que han sido objeto de regulación por la Circular 4/1994, de 22 de julio⁵⁵⁹. Dichos ficheros comprenden tanto aquellos dirigidos a atender el propio funcionamiento interno u operativo de la institución, como aquellos otros cuya finalidad sea atender alguna de las funciones públicas encomendadas al Banco de España por la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, resultándoles de aplicación el régimen establecido en los arts. 18 a 22 de la LORTAD, relativos a los ficheros de titularidad pública.

B) LA POLÍTICA LEGISLATIVA.

La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), pretende desempeñar, conforme al tenor de su Exposición de Motivos, la enunciada función de garantía de los derechos al honor y a la

⁵⁵⁸Al respecto, en la doctrina alemana véanse EHMANN, H., "Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht", en AcP 188 (1988), pág. 350. En el mismo sentido, MALLMANN, O., "Kreditinformationsdienste und Datenschutz", BB 1980, págs. 1020 y ss.

⁵⁵⁹B.O.E. núm. 178, de 27 de julio de 1994. La Circular ha sido objeto de modificaciones posteriores por Circulares 4/1995, de 25 de septiembre (B.O.E. núm. 245, de 13 de octubre), 1/1996, de 30 de enero (B.O.E. núm. 39, de 14 de febrero) y 10/1996, de 27 de septiembre, (B.O.E. núm. 251, de 17 de octubre de 1996). La Circular reconoce expresamente en su Norma Tercera el derecho de las personas físicas afectadas al acceso, la rectificación y la cancelación de los datos de carácter personal obrantes en los ficheros a que se refiere la Circular, refiriéndose específicamente a la CIR.

intimidad frente al uso de la informática. En este sentido, afirma que "su finalidad es hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos".

No obstante, en la actualidad, también la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, regula su tratamiento automatizado en el ámbito de la Comunidad Europea. Reconoce, a este fin, la necesidad de favorecer la libre circulación de datos personales en el ámbito de la Comunidad, de modo que impone, por ejemplo, medidas más flexibles para entender respetado el derecho de información que ostenta el titular de los datos cuando sea él quien los proporcione⁵⁶⁰.

⁵⁶⁰ Puede realizarse una comparación entre el art. 5 de la LORTAD o el art. 4 de la Ley belga de 8 de diciembre de 1992 con el art. 10 de la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de la vida privada en materia de tratamiento automatizado de datos de carácter personal. El art. 4 de la Ley belga, a semejanza de lo dispuesto en la LORTAD (art. 5), impone al responsable del fichero una estricta obligación de informar al sujeto del cual se recaban los datos de la existencia del fichero, de su finalidad, del carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas, de las consecuencias de la obtención de datos o de su negativa, etc., (al respecto, véase DUMORTIER, J., y ALONSO BLAS, D. M., "La transposición de la Directiva de protección de datos en Bélgica", AIA, nº 20, julio de 1996, págs. 9 y 10). La Directiva, por el contrario, impone la obligación de informar, no en cada supuesto de recogida de datos, sino sólo cuando la persona no hubiera sido informada con anterioridad de los aspectos relativos a la identidad del responsable del tratamiento de los datos y de la finalidad que vaya a tener el mismo (letras a y b). Las demás informaciones, obligatorias conforme a las Leyes belga y española, relativas a los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos, el carácter obligatorio o no de la respuesta y las consecuencias de una u otra conducta, y la existencia de derechos de acceso y rectificación de los datos, sólo será proporcionada "en la medida en que, habida cuenta de las circunstancias específicas en que se obtengan los datos, dicha información suplementaria resulte necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal respecto del interesado". En el mismo sentido se pronuncia el art. 11 de la Directiva para el supuesto de que los datos no hayan sido recabados del interesado, al aludir al deber de información del responsable del fichero desde el momento de registro de los datos o en caso de que los datos personales piensen comunicarse a un tercero.

La Directiva, como norma de mínimos, se caracteriza por una mayor flexibilidad que las normas nacionales sobre protección de datos personales dictadas con anterioridad a su aprobación. La Directiva 95/46/CE pretende conseguir un nivel de protección de los datos personales equivalente en todos los países miembros de la Comunidad Europea, pero simultáneamente no impide el establecimiento de un sistema más rígido que refuerce la protección de su titular, razón por la cual puede mantenerse la tendencia de las normas citadas con anterioridad⁵⁶¹. Esta es la opción que ha adoptado la Ley italiana sobre tratamiento de datos personales, al mantener la rigidez característica de estas normas que se aprobaron con anterioridad a la Directiva. La norma italiana de transposición de la Directiva no se limita a los mínimos establecidos en la misma, sino que refuerza el nivel de protección del ciudadano por medio de una obligación exhaustiva de información que permita garantizar la prestación de un consentimiento "informado y consciente"⁵⁶². Distinta es la vía de flexibilización abierta en el ordenamiento belga, que opta por eximir de las obligaciones de notificación y registro a determinadas categorías de tratamiento de datos personales⁵⁶³.

⁵⁶¹ Sobre la Directiva y la transposición de la misma a diversos ordenamientos, véase HEREDERO HIGUERAS, M., *La Directiva comunitaria de protección de los datos de carácter personal*, Pamplona, 1997.

⁵⁶² ZANELLI, P., "La legge n. 675 del 96: una strategia...", op. cit., pág. 698.

⁵⁶³ En efecto, el ordenamiento belga ha empezado ya a reaccionar y a flexibilizar obligaciones que, como las de notificación y registro de la creación de ficheros pueden sobrecargar el órgano de control cuando se imponga dicha obligación a todo tipo de ficheros, con independencia de su relevancia y susceptibilidad de afectar los derechos y libertades fundamentales. De este modo se ha publicado en Bélgica el Decreto-Ley núm. 13, de 12 de marzo de 1996 (Diario Oficial Belga de 15 de marzo de 1996), relativo al establecimiento de exenciones condicionadas de la obligación de declarar para ciertas categorías de tratamientos automatizados de datos de carácter personal que no presenten ningún riesgo manifiesto de atentar a la vida privada. Se contienen en dicha disposición trece categorías de tratamiento de datos personales a

En cuanto a nuestro Derecho, ha de advertirse que el plazo de tres años desde su adopción otorgado por la Directiva (art. 32) para su transposición al ordenamiento interno finaliza el próximo 24 de octubre de 1998. A partir de este momento, a falta de transposición de la misma empezarán a plantearse los problemas derivados de la compatibilidad de la norma nacional y la comunitaria en cuanto a la posible aplicación directa de esta última, que, por lo demás, supone alguna novedad, como incluir expresamente dentro de su ámbito de aplicación el tratamiento no sólo automatizado de los datos de carácter personal, sino cualquier tipo de tratamiento, manual o no, que se efectúe de los mismos (cfr. art. 2, b) de la Directiva).

En la misma línea, podemos plantearnos las diferencias existentes entre la LORTAD y el texto de la Directiva que pudieran hacer pensar en una necesaria modificación de las líneas inspiradoras de la primera de las normas citadas. Se plantean cuestiones como la definición de "tratamiento de datos personales" o la distinción entre ficheros de titularidad pública y ficheros de titularidad privada, existente en la LORTAD y que no se recoge en el texto de la norma comunitaria. Respecto de esta última cuestión, puede defenderse que aun cuando la Directiva 95/46/CE no establece diferenciación alguna entre ficheros de titularidad pública y ficheros de titularidad privada, ello no es razón suficiente para rechazar dicha distinción, puesto que en principio únicamente sería contraria al mínimo de protección

los cuales se exime de la obligación de notificación y registro, dado el riesgo tan nimio que suponen para el ciudadano (entre ellos, se encuentran tratamientos relativos a la administración de personal, de salarios, de clientes, la seguridad social, registros públicos, etc.).

establecido en la norma comunitaria si conllevara una minoración de los derechos reconocidos al interesado o afectado⁵⁶⁴.

C) ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.

1. Ámbito subjetivo de aplicación.

La LORTAD se articula sobre una serie de principios que rigen el tratamiento automatizado de datos y que pretenden garantizar el ámbito del derecho al control de los datos personales del sujeto⁵⁶⁵. Se trata, en consecuencia de que este último pueda tener conocimiento (salvo en los supuestos excepcionados por la Ley) de la existencia de ficheros conteniendo datos que se refieren a él mismo, así como de las cesiones de dichos datos y la finalidad del fichero, entre otros aspectos que puedan resultarle de interés.

La Ley se aplica exclusivamente a los datos personales relativos a personas físicas, por lo que aquellos datos referidos a personas jurídicas no precisan ajustarse en su adquisición, tratamiento y cesión

⁵⁶⁴Si fuera posible adoptar dicha interpretación respecto de la ausencia, en la Directiva 95/46/CE, de un diferente régimen para ficheros de titularidad pública y privada, afirma MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J. J., "Implicaciones de la Directiva sobre protección de datos en la normativa española", AIA, n° 20, julio de 1996, pág. 6, que "tal criterio permitiría la casi conservación de lo establecido en los artículos 18 y 45 y la derogación total del artículo 19, cesiones de datos entre Administraciones públicas, con la obligada derogación igualmente del artículo 11, 2, letra e)".

⁵⁶⁵En efecto, dicha finalidad queda reflejada en el propio art. 1 de la LORTAD, el cual, bajo la rúbrica "Objeto", establece: "La presente Ley Orgánica, en el desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos".

a las disposiciones contenidas en la LORTAD y disposiciones de desarrollo⁵⁶⁶. Esta tendencia se observa igualmente en el Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio n° 108), redactado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y ratificado por España el 27 de enero de 1984⁵⁶⁷. No obstante, dicho Convenio permitía a cada uno de los Estados ampliar el régimen de tutela a las personas y entes colectivos⁵⁶⁸. Por otra parte, si bien existen leyes de protección de datos que, como las de Luxemburgo⁵⁶⁹, Austria⁵⁷⁰, Noruega⁵⁷¹ o Dinamarca⁵⁷²

⁵⁶⁶ En el texto inicial de la LORTAD remitido por el Gobierno a las Cortes (B.O.C.G., Congreso de los Diputados, n° 59, de 24 de julio de 1991), se preveía la posibilidad de extender su sistema de protección a las personas jurídicas en su Disposición Final Tercera, al igual que ocurre para los ficheros manuales. Las personas jurídicas, afirma PÉREZ-LUÑO, A. E., "La tutela de la libertad informática", en *Jornadas sobre el derecho español de la protección de datos personales*, Agencia de Protección de datos, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 1996, pág. 103, tendrán que acudir a la vía penal cuando se hubieran realizado tratamientos indebidos de sus datos, a l amparo del art. 200 del Código Penal.

⁵⁶⁷B.O.E. de 15 de noviembre de 1985.

⁵⁶⁸Conforme al tenor del art. 3, 2º, letra b) del Convenio de Estrasburgo, "Todo Estado podrá, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en cualquier otro momento ulterior, manifestar por medio de declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa:

b) Que aplicará asimismo el presente Convenio a informaciones relativas a grupos de personas, asociaciones, fundaciones, sociedades, corporaciones y cualquier otro organismo formado directa o indirectamente por personas físicas, tuvieren o no personalidad jurídica". Como puede apreciarse, el ámbito de aplicación del Convenio de Estrasburgo es mucho más amplio que el propio de la Directiva 95/46/CE.

⁵⁶⁹Art. 1, 2º de la Ley de 31 de marzo de 1979, de regulación de la utilización de datos personales en los tratamientos informáticos (*Data and Computer Processing Act*).

⁵⁷⁰ Art. 3, 2º de la Ley de 18 de octubre de 1978 (*Federal Data Protection Act*).

⁵⁷¹Art. 1 de la Ley 48, de 8 de junio de 1978 (*Act Relating to Personal Data Registers*), ley que incluye dentro de la definición de "personas" a los individuos, asociaciones y fundaciones.

⁵⁷²*Public and Private Authorities' Registers' Act*, 1978. La Ley danesa difiere en algún punto de la regulación de los restantes países mencionados, puesto que pretende más bien proteger la información financiera, tanto de personas físicas como de personas jurídicas, de tal modo que se proteja la confidencialidad de tales datos. Como consecuencia de ello no se incluyen en su ámbito de aplicación más que los datos de carácter personal o financiero de personas físicas, empresas, asociaciones y otros tipos de organizaciones, otorgándoles una protección limitada.

permiten la aplicación de sus normas a los datos personales de las personas jurídicas, la mayoría de normas de otros Estados europeos se caracterizan, al igual que la LORTAD, por su exclusión⁵⁷³.

También la normativa europea sobre protección de datos, que se contiene en la ya citada Directiva 95/46/CE⁵⁷⁴, restringe su ámbito de aplicación a las personas físicas⁵⁷⁵, entendiendo por datos personales, en su art. 2, letra a), "toda información sobre una persona física identificada o identificable⁵⁷⁶ (el "interesado")". La Ley italiana de

⁵⁷³A modo de ejemplo, son normas sobre protección de datos personales que optan por la exclusión en su ámbito de aplicación de los datos relativos a personas jurídicas, la Ley belga de 8 de diciembre de 1992, de protección de la vida privada respecto a los tratamientos de datos de carácter personal (art. 1, 5º), la Ley francesa 17/1978, de 6 de enero (art. 4), la Ley portuguesa 10/1991, de 29 de abril, de protección de datos frente a la informática (art. 2, letra a), o la Ley alemana de protección de datos, que entró en vigor para los nuevos Länder el 3 de octubre de 1990 (§§ 1 y 3), que resulta de aplicación a todo tipo de personas físicas, sean o no empresarios (al respecto, ZÖLLNER, W., "Datenschutzrechtliche Aspekte der Bankauskunft", ZHR 149 (1985), pág. 182).

Sin embargo, en muchos de estos países se deja entrever una tendencia de reconocimiento de algunos derechos consagrados en la legislación sobre protección de datos personales también a las personas jurídicas, como es el derecho de acceso, como ha ocurrido ya en Francia o Suecia, bien se trate de acceso a datos insertos en ficheros de titularidad pública o datos de carácter económico cuya cesión puede perjudicarles gravemente al proporcionar información a sus competidores.

⁵⁷⁴Publicada en el D.O.C.E. N° L 281/31, de 23 de noviembre de 1995.

⁵⁷⁵Concretamente, excluye de su objeto las legislaciones relativas a la protección de las personas jurídicas respecto del tratamiento de los datos que las conciernen (Considerando 24).

⁵⁷⁶La propia Directiva, en el art. 2, letra a), especifica qué deba entenderse, a sus efectos, por persona identificable: "toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social". La relevancia de esta especificación es evidente, por cuanto al definir el dato personal incluye toda información audio-visual (pensemos, por ejemplo, en imágenes captadas por videocámaras situadas en la entrada de edificios o en los cajeros automáticos de las entidades de crédito). En nuestro ordenamiento interno, el art. 1, 4º del Reglamento de la Agencia de Protección de datos, aprobado por R.D. 1332/1994, de 20 de junio, al definir el dato personal también incluye la información fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo. Como afirma al respecto GARCÍA BEATO, Mª J., "Principios y derechos en la LO 5/1992, de 29 de octubre, y en la Directiva 95/46/CE", en *Jornadas sobre el derecho español de la protección de datos personales*, Agencia de protección de datos, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 1996, págs. 36 y 37, "el reconocimiento de la

tratamiento de datos personales incluye dentro de su ámbito de aplicación también a las personas jurídicas (art. 26), si bien con importantes diferencias en cuanto al régimen jurídico de sus datos respecto de los propios de personas físicas. En la práctica, no son de aplicación las normas sobre obligación de notificar, sobre el consentimiento, así como tampoco les son de aplicación las normas italianas sobre transferencia de datos personales al exterior. En realidad, lo que se ha pretendido al adaptar el ordenamiento italiano a la Directiva 95/46/CE es someter los datos de las personas jurídicas a idénticos requisitos de calidad, a través del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de datos de los que sea titular⁵⁷⁷, especificándose en este último caso el supuesto de que la finalidad del fichero fuera la de proporcionar informes comerciales.

La restricción del ámbito de aplicación de la LORTAD a las personas físicas excluye del mismo todo tipo de ficheros que contengan exclusivamente datos para elaborar informes comerciales referidos a personas jurídicas⁵⁷⁸. Únicamente se aplicará, por lo tanto, a

imagen y el sonido como datos personales efectuado por la Directiva va a potenciar la protección de los mismos en aras de la salvaguarda de la intimidad personal".

⁵⁷⁷ En este sentido, MIRABELLI, G., "In tema di tutela dei dati personali (note a margine della Proposta modificata di Direttiva CEE", en *Dir. Inf.* 1993, pág. 612; también ZANELLI, P., "La legge n. 675 del '96: una strategia...", op. cit., págs. 706 y 707.

⁵⁷⁸ No obstante los claros términos de la Ley al definir en su art. 3 tanto los conceptos "datos de carácter personal" como "afectado", restringiéndolos a personas físicas, algún autor afirma que a las personas jurídicas "les será plenamente de aplicación... la legislación sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal" (véase al respecto GUILLÉN FERRER, M^a. J., *El secreto bancario y sus límites legales*, op. cit., pág. 93). No obstante los argumentos evidentes que pueden encontrarse para justificar una igual protección de los datos propios de las personas jurídicas (que podrían incluso, como señala GONZÁLEZ MURÚA, A. R., *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación...*, op. cit., pág. 31, representar intereses protegidos por la libertad de empresa consagrada

los datos personales relativos a personas físicas, dejando abiertas cuestiones tan importantes como la aplicación o no de la misma a los datos que hacen referencia, por ejemplo, a una sociedad unipersonal⁵⁷⁹. Como persona jurídica es claro que quedaría excluida, pero simultáneamente los datos relativos a dicha sociedad pueden ofrecer un perfil completo del sujeto que es el único socio de la misma, y en la mayoría de supuestos también su administrador:

constitucionalmente) no puede hacernos modificar la literalidad de la Ley.

⁵⁷⁹ Se plantea igualmente la cuestión en la doctrina alemana, ZÖLLNER, W., "Datenschutzrechtliche Aspekte der Bankauskunft", op. cit., pág. 183, al señalar que la estrecha conexión entre sociedad y socio en estos supuestos resulta evidente, tanto más cuando en la actualidad numerosos empresarios individuales transforman su empresa en una sociedad de responsabilidad limitada de carácter unipersonal. Sobre la misma cuestión, ULMER, P., "Diskussionsbericht", ZHR 149 (1985), pág. 197, quien además plantea la posible conveniencia de establecer una exclusión general para los datos de carácter económico o negocial, tal como planteaba igualmente LATTANZI, R., "La tutela dei dati personali dopo la ratifica della Convenzione Europea...", op. cit., pág. 229.

Otra discusión doctrinal en el ámbito de la protección de datos personales se plantea en Alemania sobre la posibilidad de que queden dentro del ámbito de la Ley de protección de datos los relativos a las sociedades personalistas. Si bien se ha afirmado de forma tajante por algunos autores (entre otros, UNGNADE, D., *Datenschutz im Kreditgewerbe*, Frankfurt am Main, 1978, págs 25 y 26; KIRCHHERR, R., STÜTZLE, R., "Aktuelle Probleme zu Bankgeheimnis und Bankauskunft", op. cit., pág. 519; DAHM, J., SCHEBESTA, M., SCHROETER, A., WEBER, A., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis*, op. cit., págs. 72 y 73) y la jurisprudencia (véanse al respecto sentencia KG Berlin de 4 de marzo de 1980 y sentencia del BGH WM 1986, 89) que no entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley sobre tratamiento de datos personales, la doctrina mayoritaria ha realizado una matización a dicha exclusión (véanse, entre otros, AUERNHAMMER, H., *BDSG*, 2ª ed., Köln, 1981, § 2, Anm. 6; UNGNADE, D., GORYNIA, E., GORYNIA, F. J., "Datenschutz und Kreditgewerbe -5 Jahre BDSG-", WM 1983, Sonderbeilage 7, págs. 9 y ss.), al defender que es necesario distinguir los datos que describen la relación entre las personas físicas y la sociedad personalista (forma de la participación, importe de la aportación), que son datos personales, sometidos a las disposiciones de la Ley; de aquellos que hacen referencia a las relaciones de la sociedad, a sus relaciones económicas, que no constituyen datos personales de los socios. Por lo tanto, tanto el empresario individual, en lo que respecta a sus datos personales, como el socio de una sociedad capitalista, como persona física, estarán amparados por la Ley (STEUER, S., SCHRÖTER, J., SINGER, P., HEMELT, K.-H., *Datenschutzgesetz in der Bank. Erläuterungen und Hinweise für die Bankpraxis*, Köln, 1978, pág. 18).

2. Ámbito objetivo de aplicación.

Para determinar las actividades que quedan sujetas a las normas contenidas en la LORTAD, debemos acudir con carácter previo a los conceptos de fichero automatizado y de tratamiento de datos, a los que hace referencia la Ley en su art. 2, 1^o⁵⁸⁰. Del tenor de la norma parece desprenderse que cabe su empleo igualmente cuando el tratamiento de los datos personales contenidos en los ficheros se realice de forma manual. Sin embargo, en la Disposición Final 2^a se concede al Gobierno la facultad de extender, previo informe del Director de la Agencia, la aplicación de la Ley, "con las modificaciones y adaptaciones que fuesen necesarias, a los ficheros que contengan datos almacenados en forma convencional y que no hayan sido sometidos todavía o no estén destinados a ser sometidos a tratamiento automatizado". Como ya apuntamos con anterioridad, la Directiva 95/46/CE prevé de forma expresa la aplicación de la normativa sobre protección de datos personales a todo tipo de tratamiento de datos personales, aun cuando no sea automatizado, si bien siempre que cuente con una organización y estructura determinadas que permitan un fácil acceso a los datos contenidos en los ficheros⁵⁸¹. Sin embargo, ello no supone ningún

⁵⁸⁰ Dispone este precepto que "la presente Ley será de aplicación a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado".

⁵⁸¹ La Directiva 95/46/CE establece que "la protección de las personas debe aplicarse tanto al tratamiento automático de datos como a su tratamiento manual". Conforme al tenor del Considerando 27 de la norma comunitaria, "el alcance de esta protección no debe depender, en efecto, de las técnicas utilizadas, pues lo contrario daría lugar a riesgos graves de elusión; que, no obstante, por lo que respecta al tratamiento manual, la presente Directiva sólo abarca los ficheros, y no se aplica a las carpetas que no están estructuradas; que, en particular, el contenido de un fichero debe estructurarse conforme a criterios específicos relativos a las personas, que permitan acceder fácilmente a los datos personales...".

problema a la hora de transponer la norma comunitaria a nuestro ordenamiento interno, por cuanto la posibilidad de extender la aplicación de la LORTAD a ficheros que no sean objeto de tratamiento automatizado se recoge expresamente en la D. F. 2ª de la propia Ley⁵⁸². No obstante, no parece que esta sea la vía correcta para extender el ámbito de aplicación de la LORTAD a los ficheros manuales, al tratarse de materia reservada a ley orgánica⁵⁸³.

El art. 2, 1º de la LORTAD únicamente exige para que sus normas resulten aplicables que los datos de carácter personal se encuentren en un fichero automatizado, entendiéndose por tal "todo

⁵⁸² D.F. 2ª de la LORTAD, "Extensión de la aplicación de la Ley a ficheros convencionales": "El Gobierno, previo informe del Director de la Agencia de Protección de Datos, podrá extender la aplicación de la presente Ley, con las modificaciones y adaptaciones que fuesen necesarias, a los ficheros que contengan datos almacenados en forma convencional y que no hayan sido sometidos todavía o no estén destinados a ser sometidos a tratamiento automatizado".

⁵⁸³ Se plantea, por tanto, al respecto una cuestión fundamental, cual es la de determinar si un Reglamento podría efectuar dicha ampliación del ámbito de aplicación de una norma que tiene rango de ley y además, por la materia que regula, de ley orgánica. Creemos que la modificación de la LORTAD, en aquellos puntos esenciales, que afecten a su ámbito y límites, y no meramente procedimentales, deberá efectuarse por una norma de igual rango jerárquico y respetándose, además, la reserva material de ley orgánica. En este sentido, nuestro TC ha manifestado, en Sentencia 101/1991, de 13 de mayo (con cita de las SSTC 160/1987, 161/1987, 57/1989 y 132/1989, entre otras), que el art. 81, 1º CE "tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o los desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto, aquellos otros que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites". Si bien lo expuesto no impide la existencia de remisiones reglamentarias, éstas no pueden contradecir la finalidad de la reserva de ley orgánica, sino que deben ser "un complemento de la regulación legal... indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley" (STC 83/1984).

En consecuencia, no creemos que la Agencia de protección de datos esté facultada para, a través de sus Instrucciones, ampliar el ámbito de aplicación de la Ley, como ha efectuado, no obstante, al dictar la Instrucción 2/1995, de 4 de mayo, sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal.

conjunto organizado de datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso" (art. 3, letra b). Se plantean, por tanto, problemas interpretativos para poder delimitar cuál es el concreto ámbito de aplicación de la norma, si bien podemos partir de que, en principio, y hasta que se produzca la transposición a nuestro Derecho interno de la Directiva 95/46/CE, únicamente resultará de aplicación a los datos personales contenidos en ficheros sometidos a algún tipo de tratamiento automatizado⁵⁸⁴. Ello incluye, pensamos, todo fichero de clientes de entidades de crédito en lo referente a los datos de clientes personas físicas, puesto que dichos datos se encontrarán recogidos en soportes informáticos, a los que será posible acceder a través de la red instalada en la propia entidad, siempre que quien desea consultarlos cuente con la autorización necesaria (representada por la titularidad de una clave de acceso o *password*)⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴Ello obedece a que la Directiva adopta un diferente concepto de tratamiento, referido no a un conjunto de operaciones, sino incluso a una sola, englobando en dicha noción también la recogida de datos. Asimismo la Directiva extiende su ámbito de aplicación a todo tipo de tratamiento, sea manual o automatizado (Considerando 27). El concepto de tratamiento de la Ley española es coincidente con el establecido en la Ley belga de 8 de diciembre de 1992, separando ambas en su contenido la obtención de datos del ulterior tratamiento de los datos personales (véase al respecto DUMORTIER, J., "Aplicación de la Directiva de protección de datos...", op. cit., pág. 59).

⁵⁸⁵Los ficheros convencionales, esto es, *a contrario*, los que no se someten a algún tipo de tratamiento automatizado, no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley, si bien, como se afirma en la D. F. 2ª de la misma, cabe que por vía reglamentaria se efectúe dicha extensión con carácter general. Ya nos hemos manifestado con anterioridad sobre dicha posibilidad, que no creemos se acomode al sistema de fuentes establecido en la CE.

D) PRINCIPIOS QUE RIGEN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.

Los ficheros automatizados de clientes deberán ajustarse en su creación, tratamiento y cesión de datos contenidos en ellos, a los principios consagrados en la LORTAD, que deberá ser interpretada a la luz de lo dispuesto en el Convenio de Estrasburgo de 1981, así como de aquellos principios reconocidos por la Directiva 95/46/CE⁵⁸⁶, tantas veces citada. Los mencionados principios, conforme señala la Exposición de Motivos de la Ley española, "definen las pautas a las que debe atenerse la recogida de datos de carácter personal, pautas encaminadas a garantizar tanto la veracidad de la información contenida en los datos almacenados cuanto la congruencia y la racionalidad de la utilización de los datos".

La legislación sobre tratamiento de datos de carácter personal se rige por concretos principios a los que deberán ajustarse las actividades que se desarrollen en torno a la creación, tratamiento y cesión de datos personales contenidos en los ficheros existentes en el ámbito bancario, bien se trate de meros ficheros de clientes o de ficheros de solvencia. De este modo se pretende garantizar lo que se ha venido en llamar el derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), entendido según ha señalado el TC, como "una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente

⁵⁸⁶Sobre todo, podrán resultar de utilidad, en tanto sea transpuesta la Directiva 95/46/CE a nuestro ordenamiento, las definiciones contenidas en la misma que pueden ayudar a matizar el contenido de las disposiciones internas, si bien con un valor puramente interpretativo.

a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso, estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo de tratamiento mecanizado de datos, lo que la CE llama "la informática"... la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es así, también derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*)⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷ STC 254/1993, de 20 de julio (B.O.E. núm. 197. Suplemento de 18 de agosto de 1993, págs. 28 y ss.). Dicha Sentencia, que resolvió sobre la negativa de la Administración del Estado a comunicar a una persona física la existencia de ficheros en los cuales se contuviese información sobre la misma, así como los datos en concreto contenidos en dichos ficheros, supone, en opinión de GONZÁLEZ MURÚA, A. R., "Comentario a la S.T.C. 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales", RVAP 1993, n.º 37, págs. 244 y 245, una activación de la "conciencia ciudadana sobre los peligros que la informática conlleva en el disfrute de los derechos y libertades", reconociendo el derecho de acceso del ciudadano tanto al conocimiento de la existencia de datos relativos al mismo en un fichero determinado, como a los datos que sobre el mismo se contienen en dichos ficheros.

No obstante, dicha STC no nos aclara finalmente si el derecho de autodeterminación informativa o libertad informática se configura como un derecho fundamental autónomo (así parecen considerarlo la autora antes citada o PÉREZ-LUÑO, A. E., "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", op. cit., pág. 160) o como la vertiente positiva del derecho a la intimidad, entendiendo que en la actualidad el derecho a la intimidad se ve integrado "por un aspecto positivo..., de control por su titular de los datos e información relativos a la propia persona. Con esta nueva perspectiva y doble contenido, el derecho a la intimidad queda enriquecido, y se nos presenta como el derecho del individuo no sólo a reservarse una esfera de la vida propia como secreta e intangible respecto de los demás, sino también a ostentar la capacidad y medios para evitar su manipulación e instrumentalización por otros" (RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Derechos de la personalidad", en LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, I, Parte general del Derecho Civil, Vol. II, Personas*, Barcelona, reimpresión actualizada, 1992, págs. 75-76; en la misma línea, pueden consultarse ROJO AJURIA, L., "La tutela civil del derecho a la

Los principios que inspiran las legislaciones sobre protección de datos se refieren, bien a la calidad de los datos contenidos en los ficheros, bien a la legitimidad del tratamiento que de ellos se realiza con posterioridad a su obtención⁵⁸⁸.

1. Principios relativos a la calidad de los datos.

Dentro del primer grupo de principios, recogidos en el art. 4 de la LORTAD⁵⁸⁹, exige la Ley el cumplimiento del principio de

intimidación", ADC 1986, pág. 148; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "El derecho a la intimidad", en *Estudios homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, volumen I, Barcelona, 1992, pág. 647; y GRIMALT SERVERA, P., "El derecho a controlar los datos personales: algunas consideraciones jurídico-constitucionales", en *X Encuentros sobre Informática y Derecho 1996-1997*, Pamplona, 1997, págs. 155 y 156). Esta última posición es igualmente la defendida en la doctrina italiana por LIBRANDO, V., "La tutela della riservatezza nello sviluppo tecnologico", *Giust. Civ.* 1987-II, págs. 16 y ss.; RODOTÀ, S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pág. 80 y ZANELLI, P., "La legge n. 675 del '96: una strategia...", op. cit., pág. 697, al considerar que se ha producido un desarrollo del propio concepto de intimidad, de la definición tradicional como derecho a ser dejado solo, se pasa gradualmente a una visión de la misma como "derecho del individuo a escoger aquello que está dispuesto a revelar a los demás, así como de controlar el uso que otros hagan de las informaciones que se refieran a él".

⁵⁸⁸Esta clasificación, establecida por la Directiva 95/46/CE, también es adoptada por GARCÍA BEATO, M^a J., "Principios y derechos en la Ley Orgánica 5/1992...", op. cit., págs. 37 y ss.

⁵⁸⁹Dispone el precepto, bajo la rúbrica "Calidad de los datos":

"1. Sólo se podrán recoger datos de carácter personal para su tratamiento automatizado, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido.

En su clasificación sólo podrán utilizarse criterios que no se presten a prácticas ilícitas.

2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.

3. Dichos datos serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado.

4. Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados, sin perjuicio de las facultades que a

congruencia y racionalidad en la utilización de los datos, que ha de conectarse necesariamente con la específica finalidad que el responsable del fichero haya establecido para éste. De este modo, los datos contenidos en el fichero únicamente podrán ser utilizados cuando lo justifique dicha finalidad. Asimismo, de dicho principio de finalidad de los datos se desprende que únicamente podrán recogerse en el fichero aquellos datos que se acomoden a la finalidad declarada por el responsable del mismo. Sin embargo, no se produce una imposibilidad de tratar los datos recabados para otra finalidad legítima, sino que ello será posible siempre que el interesado haya prestado su consentimiento o, al menos, haya sido informado con anterioridad, como se desprende del Considerando 39 de la Directiva 95/46/CE⁵⁹⁰.

los afectados reconoce el artículo 15.

5. Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados y registrados.

No serán conservados en forma que permitan la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.

Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos sus valores históricos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos.

6. Serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso por parte del afectado.

7. Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos".

⁵⁹⁰En dicho Considerando se establece que "determinados tratamientos se refieren a datos que el responsable no ha recogido directamente del interesado; que, por otra parte, pueden comunicarse legítimamente datos a un tercero aun cuando dicha comunicación no estuviera prevista en el momento de la recogida de los datos del propio interesado; que, en todos estos supuestos, debe informarse al interesado en el momento del registro de los datos o, a más tardar, al comunicarse los datos por primera vez a un tercero". Este es el supuesto recogido en nuestra Ley por el art. 28 al referirse a los ficheros de datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, cuyos datos son facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés, estableciendo el último inciso del art. 28, 1º que "en estos casos se notificará a los afectados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros automatizados, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos en la

El art. 6 de la Directiva 95/46/CE recoge el principio de finalidad en su nº 1, letra b)⁵⁹¹, si bien en el texto de la norma se incide en la necesidad de que dicho principio se vea cumplido igualmente con posterioridad a la recogida de los datos. En consecuencia, los datos personales no podrán ser tratados posteriormente de manera incompatible con estos fines.

La normativa de protección de datos no debe limitarse a establecer principios de control en el momento de su selección. Por el contrario, dado que podrán ser objeto de tratamiento automatizado por encontrarse insertos en un fichero, se exige también el cumplimiento de los principios de exactitud y actualización. La aplicación de dichos principios exigirá que los datos reflejen la situación real del sujeto sobre el cual versan, permitiendo al interesado o titular de los mismos, el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación. En relación con este último aspecto, la conexión existente entre los principios de exactitud y actualización y el que con anterioridad hemos denominado principio de pertinencia, o de finalidad, impide que los datos sean conservados en forma que permitan la identificación de su titular durante un período superior al necesario para los fines para los cuales fueron recabados⁵⁹².

presente Ley".

⁵⁹¹Art. 6, 1º, letra b) de la Directiva 95/46/CE: los "Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas".

⁵⁹²GARCÍA BEATO, Mª J., "Principios y derechos en la Ley Orgánica 5/1992...", op. cit., pág. 37.

En todo caso, la obtención de los datos incluidos en los ficheros automatizados sujetos a la LORTAD deberá realizarse por medios lícitos y de forma leal y no fraudulenta, como establecen igualmente el art. 5, letra a) del Convenio de Estrasburgo y el art. 6, 1, letra a) de la Directiva 95/46/CE. Dicha obligación ha sido entendida por parte de nuestra doctrina como presupuesto de la juridicidad de la obtención de datos personales susceptibles de tratamiento automatizado⁵⁹³. La obligación pesa sobre quienes recopilan los datos de carácter personal, que a su vez deberán poner en conocimiento de los titulares de dichos datos el destino específico de las informaciones recabadas que vayan a ser sometidas a tratamiento automatizado (en este sentido se pronuncia el art. 5 de la LORTAD).

2. Principios relativos al tratamiento legítimo de los datos.

El segundo grupo de principios se refiere, como indicamos, a la legitimidad del tratamiento de los datos incluidos en el fichero. El sistema de garantías de los derechos fundamentales de las personas físicas en el ámbito del tratamiento de sus datos personales instaurado por la LORTAD gira alrededor del denominado principio del consentimiento, consagrado en su art. 6⁵⁹⁴. El consentimiento del

⁵⁹³ FREIXES SANJUÁN, T., "Obtención y utilización de datos personales automatizados", en *Jornadas sobre el derecho español de la protección de datos personales*, Agencia de protección de datos, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 1996, pág. 121.

⁵⁹⁴ Art. 6 de la LORTAD: "1. El tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan en fuentes accesibles al público, cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias, ni

titular será, por tanto, necesario para proceder al tratamiento automatizado de los datos, a salvo los supuestos excepcionados por la Ley. Del mismo modo, dispone el primer párrafo del art. 11 de la Ley, que se ocupa de la cesión de datos, que "los datos de carácter personal objeto del tratamiento automatizado sólo podrán ser cedidos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del afectado". No obstante, en el párrafo siguiente se establecen numerosas excepciones al principio del consentimiento para la cesión de los datos. En lo que a nosotros interesa, por afectar a la existencia de ficheros sobre relaciones negociales de las entidades de crédito, el art. 11, 2º, letra c) no considera preciso el consentimiento "cuando el establecimiento del fichero automatizado responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho fichero con ficheros de terceros. En este caso la cesión sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique".

El consentimiento en la obtención de los datos exigido por el art. 6 de la LORTAD puede ser tanto un consentimiento expreso como tácito. Como supuestos de prestación de consentimiento tácito a la inclusión de nuestros datos personales en un fichero susceptible de tratamiento automatizado se han apuntado aquellos en los cuales se ofrecen voluntariamente las informaciones, con el fin de obtener una prestación, celebrar un contrato o participar en algún tipo de actividad

cuando se refieran a personas vinculadas por una relación comercial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato.

3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos."

social, cultural, recreativa o de servicios, entre otras. En estos casos, podría entenderse que la concesión voluntaria de los datos personales conlleva una tácita autorización para su tratamiento automatizado⁵⁹⁵. Sin embargo, la postura nos parece claramente discutible, puesto que, en todo caso, los datos se proporcionan para una finalidad concreta, no para su circulación.

La Directiva 95/46/CE reconoce igualmente, en su art. 7, el principio del consentimiento del titular de los datos personales, estableciendo asimismo una serie de supuestos tasados en los cuales se podrá autorizar por los Estados Miembros el tratamiento automatizado de datos sin necesidad de consentimiento de su titular⁵⁹⁶. La letra b) del precepto hace referencia a la necesidad del tratamiento automatizado de los datos "para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado", excepción al principio del consentimiento que parece coincidir con el art. 6, 2º, *in fine* de la LORTAD. Bien en dicha norma, bien en el art. 7, letra f)⁵⁹⁷ de la Directiva, que contiene una cláusula de carácter general,

⁵⁹⁵FREIXES SANJUÁN, T., "Obtención y utilización de datos personales automatizados", op. cit., págs. 125 y ss.; DAVARA ROGRÍGUEZ, M. Á., "La teoría del consentimiento en la protección de datos personales: su implicación con la relación contractual", en *Encuentros sobre Informática y Derecho 1995-1996*, Pamplona, 1996, págs. 75 y ss.

⁵⁹⁶Se observa, por tanto, una importante diferencia respecto del contenido del art. 5, letra a) del Convenio de Estrasburgo, en el cual se establecía que los datos de carácter personal que fueran objeto de tratamiento automatizado debían ser obtenidos y elaborados leal y lícitamente.

⁵⁹⁷El art. 7, letra f) de la Directiva 95/46/CE señala que "los Estados Miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo podrá efectuarse si... f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva".

podrá ampararse la creación de ficheros para prevenir el fraude o ficheros para la prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito⁵⁹⁸, siempre que a su vez se cumplan los requisitos que la propia Directiva, en su art. 11, establece, para garantizar la información del interesado cuando los datos no hubieran sido proporcionados por él mismo⁵⁹⁹. La Directiva 95/46/CE establece, por tanto, la subordinación de la comunicación de datos personales concernientes a la vida privada al consentimiento del interesado. Las excepciones al consentimiento para la comunicación de datos referidos a la vida de relación del sujeto se condicionan a la existencia de un interés, del cual puede ser titular el propio sujeto, el responsable del fichero o un tercero, siempre que dicho interés sea merecedor de tutela⁶⁰⁰.

Si bien la Directiva se articula, al igual que la LORTAD, en torno al principio del consentimiento, no alude a excepciones al mismo basadas en la obtención de datos de fuentes accesibles al público⁶⁰¹, a

⁵⁹⁸El art. 7, letra f) de la Directiva coincide casi totalmente con el contenido del derogado § 24, 1º de la Ley federal alemana de protección de datos personales de 27 de enero de 1977, que entró en vigor el 1 de enero de 1978 y fue modificada el 20 de diciembre de 1990. En dicho precepto basó además la doctrina la posibilidad de transmitir a la organización SCHUFA datos personales sin el consentimiento de los clientes, por considerar que con ello se tutelaban derechos e intereses de la entidad transmisora de los datos, de terceros o de la colectividad, y que con dicha actividad no se lesionaban intereses legítimos de la persona en cuestión.

⁵⁹⁹GARCÍA BEATO, Mª J., "Principios y derechos en la Ley Orgánica 5/1992...", op. cit., pág. 41, considera que dichos ficheros podrán ampararse únicamente en la letra f) del art. 7 de la Directiva. Sin embargo, nosotros no vemos mayores obstáculos para que pudieran existir de igual modo al amparo de su letra b), ya que éste es precisamente el supuesto de hecho que subyace en numerosas ocasiones a una solicitud de informes comerciales.

⁶⁰⁰MIRABELLI, G., "In tema di tutela dei dati personali...", op. cit., pág. 626.

⁶⁰¹Tanto el art. 6, 2º, primer inciso, como el art. 11, 2º, b) de la LORTAD excluyen la necesidad del consentimiento del titular de los datos para el tratamiento automatizado y la cesión, respectivamente, de los datos personales, cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público. La utilización de dicho concepto jurídico indeterminado ha originado debates doctrinales, sobre la inclusión dentro de dichas fuentes, por ejemplo, de los libros de sentencias. Véanse al respecto GRIMALT

diferencia de la Ley española de protección de datos. Ello conducirá a que, con la adaptación de nuestro ordenamiento interno a la norma comunitaria, deberán desaparecer las diferencias en el tratamiento que tengan su fundamento en el origen de los datos⁶⁰². E incluso podemos observar cómo en alguna legislación nacional resultado de la transposición de la Directiva 95/46/CE, se endurecen los requisitos relativos al consentimiento del afectado. En este sentido, la Ley italiana n. 675/96, en su art. 11 subordina de hecho cualquier operación de tratamiento de datos por parte de sujetos privados o entes públicos económicos a la obtención por parte del interesado del consentimiento "manifestado libremente, en forma expresa y documentada por escrito". De este modo, en la Ley italiana desaparece la posibilidad de que exista un consentimiento prestado tácitamente⁶⁰³,

SERVERA, P., "El tratamiento automatizado de datos sobre solvencia patrimonial...", op. cit., págs. 219 y ss.; RUEDA HERNANDO, M. F., "La información automatizada como base del desarrollo económico", en *X Encuentros sobre Informática y Derecho 1996-1997*, Pamplona, 1997, págs. 262 y ss.; ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M^a., "La protección de los datos personales frente a los tratamientos y ficheros automatizados del poder judicial: la LORTAD, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Reglamento 7/1995, de 7 de junio, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales", en *Jornadas sobre el derecho español de la protección de datos personales*, Agencia de Protección de datos, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 1996, págs. 190 y ss.

⁶⁰²Al respecto, véase GARCÍA BEATO, M^a J., "Principios y derechos en la Ley Orgánica 5/1992...", op. cit., pág. 41. Subraya igualmente dicho carácter imperativo y excluyente del art. 7 de la Directiva en cuanto a las excepciones al principio del consentimiento, DUMORTIER, J., "Aplicación de la Directiva de protección de datos...", op. cit., pág. 57.

⁶⁰³Ello, junto con el establecimiento de estrictas obligaciones de información y notificación al titular de los datos, ha sido objeto de críticas por el sector empresarial italiano, que considera excesivas las medidas de seguridad y control establecidas por la norma, y que incrementarán notablemente los costes estructurales en su actividad empresarial. En lo que respecta a los sectores bancario y asegurador, plantean la dificultad añadida que se introduce a la recogida de datos por las centrales de riesgos, teniendo en cuenta que los datos relativos al nivel de riesgo y al comportamiento precedente del cliente resultan necesarios para la puesta en funcionamiento de los nuevos procedimientos de "credit scoring" y de valoración del riesgo y, en general, para la prevención del fraude (ZANELLI, P., "La legge n. 675 del '96: una strategia...", op. cit., pág. 706).

si bien la doctrina entiende que, a excepción del supuesto de tratamiento de datos sensibles, el consentimiento expresado por escrito no constituye un requisito de validez, sino que sirve de instrumento probatorio. No obstante lo expuesto, la Ley italiana introduce numerosas exclusiones al principio del consentimiento en su art. 12, incluyendo entre ellas una relativa al origen de los datos (letra c), a semejanza de la Ley española.

Todos los principios enunciados deberán ser cumplidos por las entidades de crédito que posean ficheros automatizados sobre clientes, cuyo contenido, dada la actividad fundamental de dichas entidades, adquiere cada vez mayor relevancia en el desarrollo de sus negocios, basados en su gran mayoría en un elemento de riesgo que los datos concretos ayudan a disminuir. Por ello, para las entidades de crédito son fundamentales los ficheros a los cuales alude la LORTAD en su art. 28, ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito, relativos bien a la capacidad económica o patrimonial de los sujetos, bien al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias por ellos⁶⁰⁴. Tales ficheros están sometidos igualmente a los principios enunciados con anterioridad, si bien con ciertas particularidades que subrayaremos a continuación.

⁶⁰⁴En todo caso, sean las entidades de crédito o no titulares de dicho tipo de ficheros, deberán actuar conforme a lo establecido en el art. 28 y la Instrucción 1/1995, que lo desarrolla, puesto que en todo caso, deberán facilitar el ejercicio por el titular de los datos de los derechos de defensa (acceso, rectificación y cancelación) reconocidos por la Ley.

II. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INFORMACIÓN SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO (ART. 28 LORTAD).

Como señala la Agencia de Protección de datos en su Memoria correspondiente al año 1995, gozan de un importante peso específico entre los ficheros objeto de inscripción en el Registro de ficheros automatizados, aquellos que entre sus finalidades cuentan la de gestión de clientes y el mantenimiento de datos económicos, de gran importancia para las relaciones negociales⁶⁰⁵.

Los ficheros de información sobre solvencia patrimonial, crédito y morosidad adquieren simultáneamente una importancia considerable por constituir el grupo de ficheros que más preocupa a los ciudadanos, y, en consecuencia, los que ocasionan un mayor número de reclamaciones ante la Agencia de protección de datos⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ En concreto, se afirma en la *Memoria de la Agencia de Protección de datos correspondiente al año 1995*, Madrid, 1996, págs. 13 y 14, que es de destacar, entre los datos personales que integran los ficheros inscritos, el predominio de los datos económico-financieros (68%) y de los datos de información comercial (17%). En cuanto a las finalidades de los ficheros inscritos en 1995, la clasificación hace referencia a los que se dedican a la gestión contable fiscal y administrativa (56%), gestión de personal (45%), gestión de cobros y pagos (39%), obtención de estadísticas diversas (29%), gestión de clientes (22%), prestaciones sociales (12%), históricos de relaciones comerciales (10%), auditorías, asesorías y servicios relacionados (9%), publicidad propia (9%), información sobre la solvencia patrimonial y el crédito (5%) y otros servicios financieros (5%).

⁶⁰⁶ Conforme a los datos estadísticos publicados en la *Memoria de la Agencia de protección de datos correspondiente al año 1995*, op. cit., pág. 97, la Agencia inició durante 1995 noventa y cinco procedimientos de tutela de derechos, al amparo de los arts. 14, 15 y 17 de la LO 5/92 y las disposiciones del R.D. 1332/1994, de 20 de junio, de desarrollo de la citada Ley. Contra el sector de información sobre solvencia patrimonial, crédito y morosidad van dirigidas más de la mitad de las reclamaciones de tutela de derechos que motivaron apertura de procedimientos de esta naturaleza en 1995 (54 de los 95 procedimientos iniciados). En segundo lugar se sitúa el sector de actividad financiera, respecto de sus propios ficheros.

La situación descrita llevó a la Agencia a elaborar un plan de inspección de dichos ficheros, comprobando sobre todo cuáles eran los autorizados por el TDC que no se encontraban inscritos en el Registro General de Protección de datos. De dicha labor,

La LORTAD ha reconocido igualmente la importancia que en el tráfico económico actual adquieren los informes sobre solvencia y sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, aunque la práctica habitual se ha limitado a considerar estos últimos, calificados de forma general como ficheros de morosidad. Bajo la rúbrica "prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito", regula el art. 28 LORTAD las fuentes de las que pueden proceder los datos que integran dicho tipo de ficheros y los derechos de información del titular de los datos⁶⁰⁷. Dicha norma ha sido objeto de desarrollo por la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, y, en concreto, respecto del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación, por la norma cuarta de la Instrucción 1/1998, de 19 de enero. Los preceptos mencionados, además de la regulación contenida

la Agencia obtuvo los siguientes datos (Memoria de 1995), la existencia de veintidós inspecciones, en las que se detectó la existencia de nueve ficheros de morosos, de los que ocho no habían sido notificados al Registro, estando el noveno en trámite de inscripción. Igualmente, en cinco de dichos ficheros no se cumplía el requisito de notificar al afectado la inclusión de sus datos en el fichero, si bien se manifestó que estaban orientados a contener datos de personas jurídicas (excluidos del ámbito de aplicación de la LORTAD) y sólo excepcionalmente datos relativos a empresarios individuales.

⁶⁰⁷ Dispone el art. 28 de la LORTAD: "1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar automatizadamente datos de carácter personal obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el afectado o con su consentimiento. Podrán tratarse, igualmente, datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los afectados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros automatizados, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley.

2. Cuando el afectado lo solicite, el responsable del fichero le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre sí mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección del cesionario.

3. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los afectados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años".

en el R.D. 1332/1994, de 20 de junio, y que resulte de aplicación a dichos ficheros, serán objeto de un breve análisis, en el cual se pretende determinar en qué medida debe desarrollarse el tratamiento de datos personales referidos a personas físicas en nuestro ordenamiento⁶⁰⁸.

A) ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 28 DE LA LORTAD.

La primera cuestión que es necesario dilucidar y en la cual no ha incidido la doctrina es la de determinar a qué ficheros se está

⁶⁰⁸ En este sentido, una de las asociaciones que en nuestro país agrupa a las empresas de servicios de informes comerciales, ASEICO (Asociación de Empresas de Servicios de Informes Comerciales), ha elaborado un Código ético de protección de datos personales de las empresas de servicios de informes comerciales, que fue aprobado en Asamblea General Extraordinaria de la Asociación de fecha 14 de mayo de 1993 (puede examinarse el contenido de dicho Código de conducta en el Anexo III de la *Memoria de la Agencia de protección de datos correspondiente al año 1995*, op. cit., págs. 217 y ss.). Dicho Código fue elaborado, como señala su art. 1, al amparo de lo dispuesto en el art. 31 de la LORTAD, que alude a la formulación de códigos tipo que "tendrán el carácter de códigos deontológicos o de buena práctica profesional". En cuanto al ámbito de aplicación de dicho Código deontológico, su art. 2, 1º lo declara aplicable a "las relaciones que mantengan las empresas asociadas a ASEICO con los comerciales o profesionales sobre los que se elaboran informes comerciales, con los usuarios de los mismos, así como a las relaciones que dichos asociados mantengan entre sí y con terceras personas, empresas, entidades u organismos relacionados de forma directa o indirecta con el ejercicio de la actividad de Información Comercial". De ello se deriva que podrá resultar de aplicación dicho Código ético a las entidades de crédito, bien como responsables de un fichero, bien como usuarios de los servicios de información comercial proporcionados por empresas asociadas.

La aprobación de este Código ético constituye un paso importante en la materia relativa a informes sobre solvencia patrimonial y crédito o informes comerciales, por la tendencia hasta el momento imperante en el sector, de evitar dar demasiada publicidad a la forma en que desarrollan sus actividades (en el mismo sentido, ESTADELLA YUSTE, O., *La protección de la intimidad...*, op. cit., pág. 48, autora que dudaba de que las empresas dedicadas a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, u otras actividades como la de cobro de morosos e informes comerciales, llegaran algún día a elaborar un código de conducta reconociendo aplicables los principios de la legislación sobre tratamiento de datos personales a su actividad). (

refiriendo el art. 28 de la Ley. Dentro de la actividad crediticia pueden coexistir, como es sabido, varios tipos de ficheros; así, el fichero de clientes de la propia entidad de crédito, en el que se contienen datos relativos a las relaciones contractuales mantenidas por la entidad de crédito; los ficheros conjuntos de varias entidades (normalmente ficheros de morosidad), y, por último los ficheros pertenecientes a quienes "se dediquen a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito".

Se ha afirmado que los primeros no estarían incluidos dentro del ámbito del art. 28 y, por tanto, tampoco de la Instrucción 1/1995, de la Agencia de protección de datos. Serían únicamente los ficheros conjuntos y los ficheros propios de las empresas dedicadas a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito los que constituirían el ámbito de aplicación de la norma⁶⁰⁹.

Sin embargo, dado que el art. 28 de la LORTAD no establece claramente que en su primer inciso únicamente puedan estar comprendidos quienes se dediquen de forma exclusiva y profesional a la prestación de dichos servicios, no vemos mayores obstáculos para entender incluidos en su ámbito también los ficheros mantenidos por las entidades de crédito para la emisión de informes comerciales. Las entidades de crédito podrían entrar, por tanto, en el concepto de "quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito", si bien para ellas la prestación de

⁶⁰⁹Esta opinión es mantenida por ALONSO MARTÍNEZ, C., "Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito", AIA, n° 18, enero de 1996, pág. 5.

informes comerciales bancarios constituye la prestación de un servicio accesorio a la clientela⁶¹⁰.

B) EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DE LOS DATOS EN LOS FICHEROS SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO.

Conforme al art. 6, 1º de la LORTAD, se requiere el consentimiento del afectado (titular de los datos personales que van a ser objeto de tratamiento automatizado), salvo que la Ley disponga otra cosa. A continuación, el mismo precepto establece, en su párrafo 2º, una serie de excepciones a dicho principio, basadas, bien en el origen de los datos ("fuentes accesibles al público"), bien en la finalidad del fichero (recogida de datos para "el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias", o en el supuesto de ficheros de titularidad privada, "cuando se refieran a personas vinculadas por una relación negocial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato").

La propia Instrucción 1/1995, de la Agencia de protección de datos ha manifestado que dichos ficheros se ajustan a las reglas comunes establecidas en la LO 5/92, si bien estimamos que las

⁶¹⁰Esta postura parece defender igualmente LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y protección de datos personales*, Madrid, 1993, pág. 117, quien opta por una interpretación amplia de la norma, al señalar que "no se reduce al ámbito de los ficheros que puedan actuar en este campo (*el de los servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito*), sino que cubren todas las actividades informatizadas que tengan esos objetivos de información económica".

excepciones al consentimiento del afectado se reducen a una sola, relativa a la procedencia de los datos personales objeto de inclusión en el fichero. La procedencia de dichos datos personales de fuentes accesibles al público hace superflua la necesidad de contar con el consentimiento del afectado, quien, por otra parte, conserva intactos sus derechos de acceso, rectificación y cancelación.

La cuestión no resulta, sin embargo, pacífica, puesto que no es unánime la doctrina en la consideración de cuáles puedan ser dichas fuentes accesibles al público. Por otra parte, la Directiva 95/46/CE no hace ninguna referencia al origen de los datos para excluir el consentimiento del afectado. Ello planteará, en el momento de transposición de la Directiva, una necesaria modificación de la norma interna, en el sentido de exigir en todo caso el consentimiento del interesado. No obstante, como manifestamos con anterioridad, podrá entenderse igualmente aplicable la excepción de la letra b) o f) del art. 7 de la Directiva, y que podría encuadrarse en la Ley española en el contenido del art. 6, 2º, último inciso.

1. El concepto de fuentes accesibles al público.

Las dudas planteadas por la doctrina en cuanto al concepto de fuentes accesibles al público, se han visto igualmente plasmadas en algún pronunciamiento jurisprudencial en el cual se cuestiona la posibilidad de obtener de las resoluciones judiciales los datos personales sobre solvencia patrimonial, con el fin de proceder a su tratamiento automatizado. En concreto, en la STS (Sala 3ª) de 3 de

marzo de 1995⁶¹¹, se planteó la posibilidad de considerar a una sociedad anónima, cuyo objeto era "la prestación de todo tipo de servicios informáticos tendentes a solucionar cualquier problema de mecanización de ficheros, relaciones de aceptados impagados, relaciones de morosos, la prestación de servicios relacionados con la investigación financiera, de mercados y privadas" (art. 2 de sus estatutos), interesada en la obtención de datos sobre solvencia de los libros de sentencias de determinados juzgados de primera instancia. El TS basa su argumentación en que el interés general que dicha sociedad ostenta en el conocimiento de los datos no guarda relación concreta y singular con los procesos; así, a juicio del Alto Tribunal "el interés legítimo que es exigible en el caso, sólo puede reconocerse en quien, persona física o jurídica, manifiesta y acredita, al menos "prima facie", ante el órgano judicial, una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquél se ha desarrollado y que están documentados en autos...". A mayor abundamiento, incide el TS igualmente en que tampoco basta con que el interesado tenga un interés concreto y singular, sino que el ejercicio del derecho del interesado no puede afectar a derechos fundamentales, básicamente al derecho a la intimidad. De este modo, concluye el TS que en este supuesto se vería afectado el derecho a la intimidad, además de no cumplirse las garantías que la CE y, en su desarrollo, la LORTAD,

⁶¹¹ RJ 1995, 2292 . Un comentario a dicha Sentencia realiza GRIMALT SERVERA, P., "El tratamiento automatizado de datos sobre solvencia patrimonial ...", op. cit., págs. 219 y ss. Mención de la misma realizan también RUEDA HERNANDO, M. F., "La información automatizada como base del desarrollo económico", op. cit., pág. 262, y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M^a., "La protección de los datos personales frente a los tratamientos...", op. cit., págs. 190 y ss.

establecen frente al tratamiento automatizado de los datos, en especial, por cuanto se refiere al necesario consentimiento del afectado.

En cuanto a la información contenida en los Registros Mercantil y de la Propiedad, si bien es manifiesto su carácter público, se han planteado dudas sobre si su finalidad puede ser la de poner a disposición del público en general datos personales. Por ello, se ha afirmado que no sería correcta la solicitud masiva de datos, puesto que toda manifestación del contenido del Registro exige la concurrencia de interés legítimo⁶¹². Sin embargo, del tenor de la Exposición de Motivos de la LORTAD se desprende el carácter de fuente accesible al público que tiene la información contenida en dichos Registros, por lo que podrán integrar los datos obtenidos de los mismos ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito sin necesidad de obtener el consentimiento del titular de los datos. Al respecto, en la actualidad, la Instrucción de 17 de febrero de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre principios generales de publicidad formal y actuación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en caso de petición en masa⁶¹³, ha manifestado, en su Exposición de Motivos, que cuando los datos personales sean objeto de tratamiento automatizado para finalidades propias de la institución registral, "la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular, ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento..."⁶¹⁴. La finalidad propia de la institución registral

⁶¹²MACHUCA, J., y FERNÁNDEZ-ALLER, C., "La protección de datos personales y la publicidad registral", *X Encuentros sobre Informática y Derecho 1996-1997*, Pamplona, 1993, pág. 209.

⁶¹³ B.O.E. de 27 de febrero de 1998.

⁶¹⁴ Ello, como continúa estableciendo la Exposición de Motivos, "sin perjuicio del derecho de aquél a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y

comprende "la investigación jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales (objeto, titularidad, limitaciones, representación,...), pero no la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en el Registro, de manera que el Registrador sólo podrá dar publicidad de los mismos si se cumplen las normas sobre protección de datos"⁶¹⁵.

Se exige, en todo caso, que quien pretende acceder a la información contenida en el Registro acredite un interés, que podrá ser obviado respecto de determinados sujetos, entre los que se cuentan aquellas personas o entidades para las cuales "la obtención de la información registral constituya el objeto específico de sus actividades profesionales o empresariales o sea elemento esencial para su regular desenvolvimiento"⁶¹⁶.

domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes".

⁶¹⁵ Como se establece, además, de forma expresa en el acuerdo Cuarto de la Instrucción mencionada: "Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles deberán cumplir las normas aplicables sobre protección de datos de carácter personal.

La solicitud de información sobre datos personales sin relevancia patrimonial se realizará con expresión del interés perseguido, que ha de ser conforme con la finalidad del Registro".

⁶¹⁶ En este sentido se pronuncia la Instrucción de 5 de febrero de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre publicidad en los Registros de la Propiedad, incluyendo dentro del grupo de sujetos a quienes exige de acreditar interés en la información registral, a entidades y organismos públicos, entidades financieras, profesionales del Derecho, detectives, gestores, agentes de la propiedad inmobiliaria, informadores comerciales, verificadores de fincas y demás profesionales que desempeñen actividades similares, siguiendo la línea iniciada por la Resolución-Circular de 12 de junio de 1985, sobre publicidad formal de los Registros.

2. Excepción al principio del consentimiento basada en la propia finalidad del fichero.

La segunda de las excepciones mencionadas hacía referencia, conforme señala el art. 6, 2º de la LORTAD, a la finalidad del fichero. De este modo, no resultaría necesario recabar el consentimiento del titular de los datos cuando éstos se refieran a “personas vinculadas por una relación comercial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato”. La norma resulta, por tanto, perfectamente aplicable a las entidades de crédito, e incluso podría excluirse la necesidad de obtener el consentimiento del afectado para la cesión de dichos datos, por aplicación de lo dispuesto en el art. 11, 2º de la LORTAD, al excluir igualmente dicho requisito cuando el fichero “responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho fichero con ficheros de terceros”. No obstante, en estos casos la cesión sólo se reputará legítima si se ajusta estrictamente al principio de finalidad.

El consentimiento a la cesión de los datos por parte de su titular puede prestarse tanto de forma individualizada para cada uno de los contratos que estipulen, de tal modo que se incluya una cláusula por la cual se entiende que el titular consiente la cesión de sus datos⁶¹⁷, o bien

⁶¹⁷ Este suele ser el supuesto más común, de tal modo que las condiciones generales que incluyen las entidades de crédito en sus formularios contractuales incluyen una cláusula que hace referencia al “tratamiento automatizado de datos”. La cláusula incorporada al contenido contractual suele ser del siguiente tenor: “El titular del contrato presta su consentimiento para que los datos recogidos en el mismo, o que se originen en su desarrollo, sean objeto de tratamiento automatizado, integrándose en el fichero de clientes de la entidad, y para que sean cedidos a cualquier empresa del Grupo..., a fin de posibilitar el normal desarrollo de la operación concertada, así como

de forma general, para todas las operaciones que suscriban, mediante un convenio firmado por el cliente y la entidad de crédito.

Respecto de los clientes que ya se encontraban incorporados a las bases de datos de las entidades de crédito en el momento de entrada en vigor de la LORTAD, las entidades de crédito han optado por incluir, en las comunicaciones enviadas por la entidad, un texto en el cual solicitaban la autorización para la incorporación de los datos personales en sus bases de datos.

C) FICHEROS SOBRE CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DINERARIAS.

El art. 28, 1º de la LO 5/92 se refiere, por otra parte, a los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias⁶¹⁸. En ellos se establece una excepción absoluta al principio del consentimiento del titular de los datos, por cuanto en este supuesto son proporcionados por el acreedor, o bien por quien actúe por su cuenta o interés. Para contrarrestar esta falta de consentimiento del titular de los datos, se establece en la norma una especial obligación de notificación de los datos que hubiesen sido recabados

otras operaciones o servicios que en el futuro pudieran interesarle, y ofrecerle dicho servicio u operaciones.

El titular tiene derecho a obtener información de dichos datos, así como a solicitar su rectificación o cancelación, si fueren inexactos o incompletos, en los términos previstos en la LORTAD”.

⁶¹⁸ A ellos se refiere básicamente la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, señalando que "presentan un conjunto de especialidades (excepción del principio del consentimiento tanto en la recogida de datos como en su tratamiento), que hacen necesario efectuar una serie de precisiones”.

sobre él, acompañándoles también el responsable del fichero comunicación sobre su derecho a recibir información de todos ellos, en los términos establecidos en la Ley. Por tanto, es, como puede apreciarse, en este tipo de ficheros en los cuales se establecen las especialidades más notables de la regulación general contenida en la Ley.

La Instrucción 1/1995 ha realizado un desarrollo y aclaración de determinados aspectos del art. 28 de la LORTAD, aun cuando ha sido objeto de críticas por su carácter parcial, pues parece identificar todo fichero sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias con un fichero de morosidad⁶¹⁹. Como primer argumento de apoyo a dicha crítica doctrinal puede citarse el párrafo 1º de la norma primera de la Instrucción 1/1995, que al establecer los requisitos que debe reunir la inclusión de los datos de carácter personal en dichos ficheros, hace referencia a "la existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada", así como a la existencia de un "requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación". Otro argumento es proporcionado por la norma segunda de la Instrucción 1/1995, que se ocupa de la notificación al titular de los datos de la inclusión de los mismos en el fichero, especificando que se efectuará una notificación por cada deuda concreta y determinada, con independencia de que ésta se tenga con el mismo o con distintos acreedores.

⁶¹⁹RUEDA HERNANDO, M. F., "La información automatizada como base del desarrollo económico", op. cit., pág. 259; ALONSO MARTÍNEZ, C., "Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial...", op. cit., pág. 8.

1. Tipos de ficheros sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Uno de los tipos más comunes de ficheros sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias es el fichero común a una agrupación de acreedores. La finalidad de dicho fichero es la de controlar la morosidad en el sector, mediante la comunicación recíproca de datos sobre deudores. Estos ficheros, también denominados registros de morosos, se ven sometidos actualmente, como ya indicamos con anterioridad, a un sistema de doble control. Por un lado, se ven sometidos a la regulación sobre defensa de la competencia y, por otro, a la regulación que la LORTAD y sus normas de desarrollo contienen sobre tratamiento automatizado de datos de carácter personal⁶²⁰.

Dentro del marco de la legislación sobre defensa de la competencia, el funcionamiento de dichos ficheros se considera como una práctica que precisa de autorización singular al amparo de lo estipulado en el art. 2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia⁶²¹.

⁶²⁰ Como señala el periódico EL PAÍS, del martes 21 de mayo de 1996, pág. 30, de las 10.000 consultas de información que en 1995 fueron dirigidas a la Agencia de Protección de datos, el 40% estuvo relacionada con la morosidad, debido a la trascendencia que el hecho de figurar en dichos ficheros tiene a la hora de solicitar un préstamo, una tarjeta de crédito, etc. Entre los ficheros de morosidad más conocidos se encuentra el creado por la Asociación Nacional de Entidades de Financiación, ASNEF-EQUIFAX, que actualiza quincenalmente sus ficheros con los datos que le proporcionan bancos, cajas y entidades de financiación. Al proporcionar los datos a través de las bases de datos de las propias entidades, la actualización de los mismos es general. Por el contrario, con mayores problemas para el cumplimiento de las normas contenidas en la LORTAD se enfrenta el Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI), que funciona a modo de asociación, y que proporciona la información en cintas magnéticas, impidiendo la actualización automática de los datos.

⁶²¹ Por Resolución del TDC de fecha 18 de septiembre de 1992 se autorizó el funcionamiento del fichero ASNEF, resaltando el propio Tribunal la importancia y

Por otra parte, en cuanto a la legislación sobre tratamiento automatizado de datos de carácter personal, debemos hacer referencia, de forma particular al contenido de la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, que desarrolla el contenido del art. 28, fundamentalmente en lo relativo a los ficheros sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, ya que omite toda referencia a los ficheros de cumplimiento. Dicha Instrucción establece los ya mencionados requisitos para la inclusión en el fichero en su norma primera, haciendo referencia en su norma segunda a una especial obligación de notificar la inclusión de los datos en el fichero, en un plazo de treinta días. Para los datos incluidos en ficheros automatizados con

utilidad de dichos ficheros, susceptibles de "sanear el mercado sin merma alguna de la competencia". En la Resolución del expediente señaló el TDC que "el Registro de morosos instaurado por "ASNEF" cumple una función positiva en aras de prevenir la morosidad de este mercado —que es el mercado de intermediación financiera en el territorio nacional—, máxime en unos momentos en que ésta alcanza unas cotas cuya gravedad, por notoria, no es necesario ponderar. Baste recordar que, de acuerdo con los datos facilitados por la peticionaria, no desmentidos de contrario, en el sector financiación ha aumentado desde un 2,35% en 1988 a un 7,54% en 1991. Y que en el sector de leasing han aumentado desde un 1,17% en 1988 a un 6,67% en 1991. Es lógico que el conjunto de los acreedores se preocupe por la enorme extensión que en estos momentos está teniendo la morosidad y que exija que se ponga coto a esta situación mediante medidas que sin deprimir la competencia permitan a cada uno de sus miembros tener la información suficiente para que, responsablemente, puedan otorgar o no el crédito solicitado a través de una valoración fidedigna de las circunstancias concretas de cada peticionario de crédito.

Si bien no se observan circunstancias que permitan afirmar que los consumidores o usuarios participen de forma directa en las ventajas de la autorización, no es menos cierto que indirectamente estas medidas, que permiten sanear el mercado sin merma alguna de la competencia, constituyen un beneficio general nada desdeñable al que tenemos que atender".

El RAI fue igualmente objeto de autorización singular por el TDC mediante Resolución de fecha 30 de diciembre de 1993 (véase al respecto la nota de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Autorización por el Tribunal de Defensa de la Competencia del Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI)" (Noticias), RDBB 1994, págs. 543-544).

En general, sobre la aplicación a los registros de morosos del Derecho de defensa de la competencia español, puede verse VICIANO PASTOR, J., "Los registros de morosos en cuanto intercambios de información contrarios al Derecho de defensa de la competencia español", RGD 1995, págs. 781 y ss.

anterioridad a la entrada en vigor de la LORTAD, se otorgó un plazo máximo de un año desde la publicación de la Instrucción (el 4 de marzo de 1995), aun cuando se recomendaba la notificación al afectado en el menor plazo posible⁶²².

Un segundo tipo de ficheros a los que no realiza mención alguna la Instrucción 1/1995, son los ficheros sobre cumplimiento de obligaciones o ficheros de información positiva. De los mismos no existen precedentes en nuestro país, pero sí importantes ejemplos en otros países europeos, en los que funcionan desde hace tiempo, facilitando de este modo la concesión y seguimiento de los riesgos⁶²³.

⁶²²En los debates parlamentarios de la Ley, la enmienda nº 153 del Grupo Parlamentario Popular pretendió condicionar la obligación de notificación a la circunstancia de que no exigiera esfuerzos desproporcionados al responsable del fichero. No obstante, dicha enmienda no prosperó, estableciéndose sin condicionamiento alguno la obligación de notificación del responsable del fichero en estos supuestos. Actualmente, la Directiva 95/46/CE ha incluido dicha condición en su Considerando 40, al establecer que "no es necesario imponer esta obligación si el interesado ya está informado, si el registro o la comunicación están expresamente previstos por la ley o si resulta imposible informarle, o ello implica esfuerzos desproporcionados, como puede ser el caso para tratamientos con fines históricos, estadísticos o científicos; que a este respecto pueden tomarse en consideración el número de interesados, la antigüedad de los datos, y las posibles medidas compensatorias", aspecto que ha tenido su reflejo en el art. 11, 2º de la propia Directiva. Por lo tanto, en el momento en que sea transpuesta la Directiva a nuestro ordenamiento interno puede producirse la liberalización de la notificación en parecidos términos a los que fueron propuestos en la tramitación de la Ley.

⁶²³El ejemplo más antiguo lo encontramos en la ya mencionada organización SCHUFA, en Alemania, cuya finalidad es la de servir de mecanismo de información para los profesionales del crédito y los distribuidores de bienes y servicios en el mercado. Funciona conforme al principio de la reciprocidad, de forma que las entidades de financiación se obligan a proporcionar información positiva y negativa sobre sus actividades. Se recogen los siguientes datos personales de los sujetos: apellidos, nombre, fecha y lugar de nacimiento, dirección actual y anterior; créditos al consumo, incluyendo los créditos hipotecarios, superiores a 100.000 DM y créditos en cuentas corrientes. Para una referencia más amplia a la institución, puede verse el Capítulo I de esta 2ª parte de nuestro trabajo, donde se establecen las diferencias entre los informes-SCHUFA y los informes comerciales bancarios. También otros países, como Holanda y Gran Bretaña cuentan con un sistema semejante de ficheros sobre cumplimiento, que resultan de gran utilidad en el tráfico negocial.

En el mismo sentido, las empresas que se dedican con carácter profesional a la prestación de servicios sobre solvencia patrimonial y crédito cuentan también con ficheros de información judicial. Puede tratarse de aquellos que recogen la información directamente de los libros de sentencias, o bien los que se limitan a reproducir las situaciones procesales publicadas en los repertorios oficiales. Ambos tipos de ficheros aluden a reclamaciones de cantidad, bien se encaucen procesalmente a través de un juicio ejecutivo o declarativo.

El primer tipo de ficheros de información judicial ha visto cuestionada su legitimidad tras el pronunciamiento del TS en su Sentencia de 3 de marzo de 1995, a la que ya se hizo referencia con anterioridad.

En cuanto al segundo subgrupo de ficheros, que se limitan a reproducir las situaciones aparecidas en los repertorios oficiales, han planteado problemas en cuanto a su inclusión o no en el ámbito de aplicación de la LORTAD⁶²⁴. La Agencia de protección de datos en su Memoria de 1995, ha señalado que "la recopilación de datos de cualquier tipo de fuente no puede suponer la vulneración de los derechos reconocidos en la Ley, por lo que hay que atender para determinar la posibilidad de dicha recopilación y las condiciones de la misma, entre otros criterios, a la naturaleza de los datos, la finalidad para la que han sido publicados y en todo caso, la finalidad para la que fueron recopilados"⁶²⁵.

⁶²⁴Sobre la polémica doctrinal, véase RUEDA HERNANDO, M. F., "La información automatizada como base del desarrollo económico", op. cit., págs. 261 y ss.

⁶²⁵ En relación con dicho tipo de ficheros la Agencia llega a las siguientes conclusiones: a) No pueden incorporarse a ficheros automatizados datos que supongan una información sesgada de aquellos que aparecen publicados; b) Sólo podrían incorporarse aquellos datos que supongan una información exacta, teniendo en cuenta la

2. Controles sobre la calidad de los datos y la seguridad del sistema informático.

Los ficheros que contengan datos sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias requieren, como ha destacado la propia Ley, especiales controles que hacen referencia tanto a la calidad o seguridad de la información, como a la seguridad en el tratamiento o seguridad informática. Respecto al primero de los controles, relativo a la calidad de los datos, la Instrucción 1/1995, de la Agencia de protección de datos, además de los requisitos antes mencionados para poder incluir un dato en el fichero, impone al acreedor que los suministra o a quien actúe por su cuenta o interés la obligación de asegurarse de que concurren dichos requisitos en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero.

De otro lado, la Instrucción establece un segundo mecanismo de control: impide en la Norma primera, párrafo 2º, que se incluyan en el fichero "datos personales sobre los que exista un principio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de los requisitos

firmeza y la naturaleza de las resoluciones judiciales en las que se contienen; c) No podrían tampoco incorporarse a los ficheros automatizados aquellas informaciones que por su naturaleza y circunstancias no permitieran una identificación completa del interesado, de modo que le sea posible ejercitar con garantías los derechos de acceso, rectificación y cancelación; d) Será necesario proceder a la notificación de la inclusión de los datos en el fichero, conforme dispone el art. 28, 1º, "in fine" de la LORTAD (no comparte esta posición de la Agencia RUEDA HERNANDO, M. F., "La información automatizada como base del desarrollo económico", op. cit., pág. 264, por considerar que la obligación de notificación del art. 28, 1º, último inciso es únicamente aplicable a los ficheros sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias); e) Al no existir en estos supuestos un sujeto que facilite los datos, los responsables de los ficheros serán los únicos responsables de los datos personales en ellos contenidos.

anteriores". Dicho principio de prueba aportado en un momento posterior a la recogida del dato supondrá la "desaparición cautelar del dato personal desfavorable".

La norma presenta algunos problemas. El primero de ellos por la imposibilidad, en la mayoría de supuestos, de que el afectado sea informado antes de la efectiva inclusión del dato en el fichero, ya que en estos casos los datos son proporcionados por los acreedores o por quien actúe por su cuenta o interés y el plazo otorgado para notificar su inclusión al titular de los mismos es de treinta días desde ese momento. Sólo en el supuesto de que el afectado pudiera conocer la recogida de dicho dato con el fin de proceder a su inclusión en el fichero con carácter previo, le sería posible probar la incorrección del dato mediante la presentación de un principio de prueba documental. Por tanto, como la mayoría de derechos de defensa reconocidos por la legislación española, actuará fundamentalmente con posterioridad a la inclusión de los datos en el fichero.

La segunda cuestión que se desprende de la lectura del precepto es de carácter interpretativo. La norma hace referencia a un principio de prueba documental que aparentemente contradice alguno de los requisitos anteriores. El interrogante que plantean las expresiones "principio de prueba" y "aparentemente" es si estamos ante la prueba definitiva y plena del hecho que pretende demostrarse, o si meramente estamos ante una primera justificación que permitirá evitar, de forma provisional, y hasta que se logre la certeza sobre la situación del afectado, la inclusión del dato en el fichero o, en su caso, la cancelación del mismo. Normalmente, cuando en la legislación procesal se habla de principio de prueba se hace referencia a requisitos

para la realización de actos o adopción de medidas que no atribuyen ni quitan derechos de un modo definitivo, de tal modo que parecería excesivo exigir en este primer momento una prueba plena sobre el fondo de la cuestión. Dicha postura vendría apoyada por el segundo inciso del precepto, al permitir la cancelación cautelar de los datos incluidos en el fichero cuando se presente dicho principio de prueba, que deberá ser, en todo caso, documental⁶²⁶.

Los mecanismos descritos constituyen, como hemos señalado, controles de calidad de los datos económicos incluidos en el fichero, pero es necesario también asegurar en lo posible que el sistema informático que crea y mantiene el fichero no permita la alteración, pérdida o el tratamiento o acceso no autorizados a los datos personales incluidos en el mismo. La propia LO 5/92 establece, en su art. 9, la obligación, a cargo del responsable del fichero, de adoptar las medidas necesarias para ello, que, conforme al párrafo 2º de la norma, deberán ser objeto de determinación reglamentaria⁶²⁷.

⁶²⁶ En efecto, en nuestro sistema procesal, las medidas cautelares vienen establecidas como medidas aseguratorias de la efectividad de una resolución definitiva posterior. Requieren, por lo tanto, como requisitos para su adopción, la existencia de un peligro tangible por el transcurso del tiempo hasta la adopción de dicha resolución (procedimiento de ejercicio de los derechos de rectificación y cancelación), ya que podrían proporcionarse en este período datos inexactos sobre el afectado, así como una justificación del derecho que se reclama. A dicha justificación hace referencia la expresión "principio de prueba documental", que en ningún caso supone prueba plena de derecho sino simple probabilidad de la existencia del mismo. En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Las medidas cautelares", en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal, Tomo I (Vol. II), Proceso Civil (2)*, 5ª ed., Valencia, 1991, pág. 522.

⁶²⁷ En desarrollo del art. 9 de la LORTAD, la Agencia de Protección de datos incluyó en su Instrucción 1/1995, una Norma cuarta, en la cual se reitera dicha obligación impuesta al responsable del fichero, si bien la Instrucción no especifica cuáles son esas medidas de seguridad, ni siquiera establece unos mínimos a cumplir por los responsables de los ficheros. Por el contrario, opta por un sistema de control individualizado, de modo que puedan tomarse en consideración "la naturaleza, volumen y características de los datos personales", constituyendo en consecuencia, la

D) ESPECIAL RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE FINALIDAD DE LOS DATOS.

Las consecuencias que pueden derivarse de las decisiones tomadas, teniendo en cuenta los datos contenidos en los ficheros sobre solvencia patrimonial o crédito hacen necesario reforzar la necesaria conexión entre los datos personales susceptibles de integrar el contenido del fichero y la finalidad del mismo. En consecuencia, el art. 28, en su párrafo 3º, hace referencia explícita a que "sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los afectados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años". Dicha norma, especificación de la más amplia contenida en los arts. 4, 5⁶²⁸ y 15, 5⁶²⁹ de la misma Ley, hace referencia al denominado por la doctrina "derecho al olvido"⁶³⁰, cuya consagración expresa es especialmente necesaria debido a la capacidad ilimitada de almacenamiento de datos

previsión reglamentaria, un reflejo de la importancia del principio de finalidad de los datos.

La Norma cuarta, párrafo 6º de la Instrucción establece algunas particularidades en relación con los ficheros sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias. De un lado, impone que los sistemas que creen dichos ficheros deberán ser objeto de nueva auditoría tras la adopción de las medidas que, en su caso, la Agencia determine, a resultados de la auditoría practicada; de otro, "dichos sistemas deberán ser auditados periódicamente, a intervalos no mayores de dos años".

⁶²⁸Dispone el precepto que "Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos sus valores históricos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos".

⁶²⁹Art. 15, 5º de la LORTAD: "Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del fichero y el afectado".

⁶³⁰Véase al respecto LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y protección de datos personales*, op. cit., págs. 68 y 69.

por los nuevos sistemas informáticos, tanto respecto al volumen de datos almacenado como al ámbito temporal durante el cual se mantienen.

La norma es equivalente a la contenida en la Ley alemana de protección de datos, conforme a la cual, y con carácter previo a la cesión de datos para decidir sobre un crédito, se ha de probar que el conocimiento de dichos datos es necesario para la referida finalidad⁶³¹. Se trata de la exigencia de un interés legítimo en la obtención de los datos, requisito que, entre otros, motivó la modificación de las condiciones generales de los bancos y de las Cajas de Ahorros alemanas, con el fin de exigir también a las entidades de crédito el cumplimiento de los controles y garantías establecidos en la legislación de protección de datos⁶³².

El art. 28, 3º ha sido objeto de desarrollo en cuanto al cómputo del plazo por la norma tercera de la Instrucción 1/1995, que especifica que "se iniciará a partir del momento de la inclusión del dato personal desfavorable en el fichero y, en todo caso, desde el cuarto mes, contado

⁶³¹MALLMANN, O., "Kreditinformationsdienste und Datenschutz", op. cit., pág. 1021; DAHM, J., SCHEBESTA, M., SCHROETER, A., WEBER, A., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis*, op. cit., pág. 76. En Alemania, es el n° 2 de los Principios del procedimiento de emisión de informes bancarios entre entidades de crédito (*Grundsätze für die Durchführung des Bankauskunftsverfahrens zwischen Kreditinstituten*), el que establece de forma expresa la necesidad de acreditar la legitimidad del interés en la obtención del informe, norma que resulta aplicable tanto a los informes solicitados por entidades de crédito como por otros sujetos interesados. Dicha norma se impuso incluso a las cláusulas reguladoras de la institución SCHUFA, por efecto de una Sentencia del BGH de 19 de septiembre de 1986 (WM 1985, 1305), que señaló que el funcionamiento de dicho servicio debía quedar igualmente sometido a la legislación sobre protección de datos.

⁶³²Sobre la polémica surgida en Alemania en torno a la versión de las Condiciones generales de los Bancos y de las Cajas de Ahorro del año 1984, entre otros, THILO, L., "Bankgeheimnis, Bankauskunft und Datenschutzgesetz", NJW 1984, pág. 582.

a partir del vencimiento de la obligación incumplida o del plazo en concreto de la misma si fuera de cumplimiento periódico". Esta norma no aporta ninguna aclaración sobre lo que debamos entender por dato personal adverso o desfavorable. En todo caso, podrá recibir dicha calificación el dato que se refiera a una deuda cierta, líquida y exigible que haya resultado impagada, si bien la amplitud del concepto es tal que puede incluir cualquier tipo de datos que puedan dar una imagen de dificultad económica o de falta de seriedad comercial del titular de los mismos.

E) EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCESO, RECTIFICACIÓN Y CANCELACIÓN EN FICHEROS SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO.

La relevancia que las decisiones sobre la situación patrimonial y la capacidad de asumir crédito tienen en la práctica negocial y comercial exige que se permita al sujeto titular de los datos personales sobre los que se basan dichas decisiones, ejercer un control sobre la existencia de los ficheros en que se contengan, así como también de los datos concretos integrados en ellos. La posibilidad de control de los datos por sus titulares incrementa las garantías acerca de su certeza y, simultáneamente, la seguridad del tráfico jurídico⁶³³.

En los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito ocurre con frecuencia, como ya apuntamos, que los datos son obtenidos de fuentes accesibles al público o por otros cauces que no precisan el

⁶³³FREIXES SANJUÁN, T., "Obtención y utilización de datos personales automatizados", op. cit., pág. 151.

previo consentimiento del sujeto afectado. Por lo general, en estos supuestos, el titular de los datos conoce su inclusión en el fichero en el momento en que se han cedido por primera vez, al cumplir el responsable del fichero con la obligación que le impone el art. 25, 1º de la LORTAD. La importancia de esta comunicación es fundamental, a pesar de permitir al afectado el control de sus datos personales únicamente *a posteriori*⁶³⁴.

La LORTAD recoge entre sus disposiciones una serie de derechos de defensa en favor del titular de los datos, que desempeñan una función de garantía del derecho a controlar el tratamiento de sus datos personales. El art. 13 de la Ley se refiere, en primer lugar, al derecho a conocer la existencia de un fichero automatizado que le afecte, su finalidad, así como la identidad y la dirección del responsable. Dicha información podrá ser recabada del Registro General de Protección de Datos, de forma gratuita.

El derecho de acceso se encuentra regulado en el art. 14, permitiendo a su titular solicitar y obtener información sobre aquellos datos que se encuentren incluidos en ficheros automatizados. Este derecho corresponde a toda persona, debidamente identificada. Se establece, sin embargo, una limitación al mismo, pues sólo podrá ejercitarse cada doce meses.

⁶³⁴ El control obedece a que "en estos ficheros sobre solvencia patrimonial, debe ser absolutamente necesario el contraste y control de los datos por parte de los afectados, ya que la seguridad del tráfico jurídico exige que existan garantías suficientes acerca de la certeza de los datos" (FREIXES SANJUÁN, T., "Obtención y utilización de datos personales automatizados", op. cit., pág. 152).

Por último, los derechos de rectificación y cancelación⁶³⁵ se encuentran regulados en el art. 15 de la LORTAD. Se trata con dichos derechos de posibilitar la efectividad del principio de exactitud y actualidad de los datos, a través del propio control ejercitado por su titular. El control de los datos no debería dejarse exclusivamente a un eventual control de sus titulares, puesto que cabe pensar que éstos no ejerciten los derechos de rectificación y cancelación.

Dichos derechos, que se encuentran recogidos igualmente en la Directiva 95/46/CE, son de aplicación a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, conforme al último inciso del art. 28, 1º de la LORTAD. Sin embargo, el párrafo 2º de dicho precepto establece un especial derecho de acceso al interesado⁶³⁶. Se trata aquí de imponer al responsable del fichero cedente de los datos, una comunicación sobre los datos cedidos a su titular. No obstante, deberá comunicar igualmente las evaluaciones y apreciaciones que se hayan realizado

⁶³⁵El derecho de cancelación se ha visto completado por la previsión establecida en el art. 16 del R.D. 1332/1994, de 20 de junio, que prevé la posibilidad de que no sea posible la cancelación del dato, y, en consecuencia, establece: "En los casos en que, siendo procedente la cancelación de los datos, no sea posible su extinción física, tanto por razones técnicas como por causa del procedimiento o soporte utilizado, el responsable del fichero procederá al bloqueo de los datos, con el fin de impedir su ulterior proceso o utilización. Se exceptúa, no obstante, el supuesto de que se demuestre que los datos han sido recogidos o registrados por medios fraudulentos, desleales o ilícitos, en cuyo caso la cancelación de los mismos comportará siempre la destrucción del soporte en que aquéllos figuren".

⁶³⁶Señala el art. 28, 2º de la LORTAD que "cuando el afectado lo solicite, el responsable del fichero le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre sí mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección del cesionario". La norma es recogida igualmente en la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, Norma cuarta, párrafo 4º, al señalar que "en los ficheros de prestación de servicios de información de solvencia patrimonial y crédito, cualquiera que sea el origen de los datos, cuando el afectado lo solicite el responsable del fichero común deberá cumplir la obligación establecida en el artículo 28, 2º de la Ley Orgánica 5/1992 de facilitar las evaluaciones y apreciaciones que sobre el afectado se hayan comunicado en los últimos seis meses y el nombre y dirección de los cesionarios".

con fundamento en dichos datos y el nombre y dirección del cesionario. Con ello se pretende reforzar la información del afectado por el tratamiento automatizado de los datos personales, de tal modo que pueda, bien ejercitar sus derechos de acceso, rectificación y cancelación evitando, en su caso, una decisión que pudiera perjudicarlo, bien recabar elementos de prueba para ejercitar el derecho a la impugnación reconocido en el art. 12 de la LORTAD.

El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación ha sido objeto de desarrollo por los arts. 11 y ss. del R.D. 1332/1994, de 20 de junio, de desarrollo de la LORTAD, así como recientemente por la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la Agencia de protección de datos.

De tales preceptos se desprende que los mencionados derechos son de carácter personalísimo, por lo que su ejercicio incumbirá al afectado, debidamente identificado. En los supuestos de incapacidad o minoría de edad del afectado, podrá actuar su representante legal, acreditando dicha condición. Por su parte, los ficheros de solvencia patrimonial y crédito se someterán al régimen general previsto para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación, si bien con algunas especialidades, sobre todo relativas al procedimiento a seguir en el supuesto de ficheros comunes (Norma Cuarta, 1º Instrucción 1/1998)⁶³⁷.

⁶³⁷ Conforme a la Norma Cuarta, 1º, de la Instrucción 1/1998, el responsable de un fichero de prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito con datos obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el afectado, o con su consentimiento, estará obligado a satisfacer, en cualquier caso, los derechos a que se ha hecho referencia. Si el afectado se dirigiese a alguna de las personas y entidades a las que se presta el servicio de información, éstas sólo estarán obligadas a comunicarle aquellos datos a los que ellas tengan acceso, así como la

En consecuencia, las entidades de crédito podrán resultar directamente afectadas por lo dispuesto en esta Instrucción de desarrollo de la LORTAD. Ello les exigirá, en numerosas ocasiones, proceder ellas mismas a la rectificación o cancelación de datos personales por ostentar la condición de responsable de un fichero o, en caso de tratarse de un fichero común, por haber suministrado los datos necesitados de rectificación o cancelación⁶³⁸.

identidad del responsable del fichero común para posibilitarle el ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, si el afectado ejercita el derecho de acceso ante el responsable de un fichero común en el que se traten automatizadamente datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés, éste deberá comunicarle todos los datos relativos al afectado incluidos en el fichero. Si la solicitud del afectado fuera presentada a cualquier otra entidad participante del fichero común, comunicará al afectado los datos a los que pueda acceder, así como la identidad del responsable del fichero común.

En el supuesto de que el derecho ejercitado sea el de rectificación o cancelación de datos, si se ha planteado la solicitud ante el responsable del fichero común, éste trasladará la solicitud a la entidad que facilitó los datos, con el fin de que proceda a su resolución. Si no recibe contestación en el plazo de cinco días, rectificará o cancelará cautelarmente dichos datos.

Si la solicitud de rectificación o cancelación se plantea ante una de las entidades participantes en el sistema y se trata de datos por ella facilitados al fichero común, procederá a su rectificación o cancelación y lo notificará al responsable del fichero común en un plazo de cinco días. Si dicha entidad no hubiera facilitado los datos cuya rectificación o cancelación se pretende, se informará al afectado sobre el hecho, comunicándole simultáneamente la identidad del responsable del fichero común con el fin de que solicite ante él el ejercicio de sus derechos.

⁶³⁸ En la actualidad, por otra parte, son muchas las agencias de informes comerciales que ofrecen el servicio de tramitar el ejercicio de tales derechos, ante la inactividad que en muchas ocasiones ha caracterizado a la entidad que suministró los datos y que recibe la solicitud de acceso, rectificación o cancelación. En nuestra opinión no existe inconveniente para reconocer a las agencias de informes comerciales la posibilidad de prestar un servicio de asesoría y gestión para facilitar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación reconocidos al afectado por la Ley.

No obstante, se ha de diferenciar entre dicho tipo de servicios y el efectivo ejercicio de los derechos en nombre del afectado. En la doctrina alemana se plantean STEUER, S., SCHRÖTER, J., SINGER, P., HEMELT, K.-H., *Datenschutzgesetz in der Bank...*, op. cit., pág. 45, la posibilidad de que el apoderado ejercite dichos derechos. Los autores citados llegan a la conclusión de que el ejercicio de dicho derecho será posible cuando el apoderado goce de un poder general bancario, mientras que si se trata de un mero poder para disponer del saldo de las cuentas, no estará legitimado para ello.

La doctrina se ha planteado la posibilidad de que dichos derechos sean ejercitados por el representante del titular de los datos. Parte de la doctrina, reconociendo carácter personalísimo a dichos derechos, conforme a la calificación reglamentaria, rechaza dicha posibilidad. En consecuencia reduce el ámbito de la representación a los supuestos en que pueda actuar un representante legal (incapacidad o minoría de edad)⁶³⁹.

La primera cuestión que debe ser analizada es si un Reglamento puede calificar un derecho como personalísimo. En este caso, la LORTAD delega en el Reglamento el establecimiento de plazos y del procedimiento de ejercicio de los derechos, pero en su articulado no se hace ninguna mención a que se trate de derechos personalísimos. Por tanto, dependiendo de la opción que tomemos, la solución permitirá el juego de la representación o, por el contrario, únicamente autorizará a ejercitar tales derechos a los representantes legales. No obstante, no se ha de olvidar que, si bien el carácter personalísimo impide la posibilidad de representación, sí permite la figura del *nuntius*, como portavoz de la voluntad ya formada por el titular del derecho⁶⁴⁰.

Si, por el contrario, estimamos que el Reglamento no puede asignar dicho carácter a los derechos de acceso, rectificación y cancelación, no quedaría excluida la posibilidad de representación, que

⁶³⁹ ALONSO MARTÍNEZ, C., "Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito", op. cit., pág. 10.

⁶⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 7ª ed., Madrid, 1990, pág. 372.

en el supuesto de ser voluntaria precisaría de un poder especial al efecto.

Tras la adopción de la Directiva 95/46/CE resulta preceptivo igualmente en favor del titular de los datos personales, el derecho de oposición, conforme a lo expuesto en su artículo 14. El contenido de dicho derecho supone reconocer al interesado su derecho a oponerse, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que se refieren a él mismo sean objeto de tratamiento, salvo que de la legislación nacional se desprenda otra cosa.

Por otra parte, el segundo párrafo del art. 14 de la Directiva permite el ejercicio del derecho de oposición cuando se trate de ficheros cuya finalidad sea la prospección, entendida ésta como publicidad o marketing directo.

F) IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES INDIVIDUALES AUTOMATIZADAS.

El art. 12 de la LORTAD, bajo la rúbrica "Impugnación de valoraciones basadas exclusivamente en datos automatizados", establece que "el afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento automatizado de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad"⁶⁴¹.

⁶⁴¹ Art. 15 de la Directiva 95/46/CE ("Decisiones individuales automatizadas"):

Si bien la norma transcrita se asemeja a la contenida en el art. 15 de la Directiva 95/46/CE, entre ambas pueden también observarse algunas diferencias. Mientras la norma española permite la impugnación de cualquier acto administrativo o decisión privada que implique una valoración del sujeto basada únicamente en un tratamiento automatizado de datos de carácter personal, la Directiva establece diversas condiciones para permitir dicha impugnación.

Se exige, de un lado, que se trate de una decisión que haga recaer sobre los sujetos efectos jurídicos o que sea de importancia significativa para ellos. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados que no facilitan la delimitación de los supuestos de hecho incluidos en la norma.

De otro lado, el único fundamento de la decisión debe estar constituido por informaciones proporcionadas por la automatización de datos, previsión que ha de considerarse correcta, puesto que si aparecen otros elementos éstos pueden haber resultado decisivos en la toma de la decisión. Sin embargo, no parece ser éste, en principio, el sentido de la norma, puesto que se excluye la prohibición por el mero

"1. Los Estados miembros reconocerán a las personas el derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etc.

2. Los Estados miembros permitirán, sin perjuicio de lo dispuesto en los demás artículos de la presente Directiva, que una persona pueda verse sometida a una de las decisiones contempladas en el apartado 1 cuando dicha decisión:

a) se haya adoptado en el marco de la celebración o ejecución de un contrato, siempre que la petición de celebración o ejecución del contrato presentada por el interesado se haya satisfecho o que existan medidas apropiadas, como la posibilidad de defender su punto de vista, para la salvaguardia de su interés legítimo;

b) esté autorizada por una ley que establezca medidas que garanticen el interés legítimo del interesado".

hecho de que intervenga otro elemento en la toma de la decisión, sin exigirle un nivel de calidad suficiente para eludir la prohibición establecida en el art. 15, 1º de la Directiva⁶⁴².

En cuanto al contenido de las decisiones que no pueden basarse de forma exclusiva en datos automatizados, se encuentran indudablemente los aspectos patrimoniales, así como las calificaciones de honorabilidad profesional o personal de los individuos. Se puede plantear, no obstante, un problema al respecto puesto que la Directiva amplía su ámbito de protección a los ficheros manuales, mientras el art. 15 hace referencia únicamente a datos que son objeto de tratamiento automatizado. Salvo que entendiésemos el término tratamiento automatizado como mero "tratamiento", conforme a la definición del mismo ofrecida por el art. 2, letra b)⁶⁴³ de la Directiva 95/46/CE, resultaría perfectamente posible adoptar dicho tipo de decisiones con fundamento en ficheros que no fueran objeto de tratamiento automatizado, puesto que se corren en estos casos los mismos riesgos sobre la ausencia de actualización y la posibilidad de errores en los datos que contienen.

No obstante, la Directiva reconoce expresamente algunas excepciones a la prohibición impuesta en su art. 15, 1º. Permite, de este modo, que la decisión se base de forma exclusiva en datos

⁶⁴²Véase en este sentido FREIXES SANJUÁN, T., "Obtención y utilización de datos personales automatizados", op. cit., pág. 157.

⁶⁴³ Define la Directiva 95/46/CE el "tratamiento de datos personales" como "cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción" (art. 2, letra b).

automatizados cuando hubiera sido adoptada en el marco de la celebración o ejecución de un contrato, con la matización de que la petición de celebración o ejecución del contrato presentada por el interesado se hubiera satisfecho o sólo si se arbitrasen mecanismos adecuados, como la posibilidad de defender su punto de vista, para salvaguardar su interés legítimo. La segunda excepción se refiere a los supuestos en que la toma de una decisión fundada exclusivamente en datos automatizados se halle autorizada por una ley que a su vez garantice el interés legítimo del interesado.

Las excepciones establecidas por la Directiva muestran también un elevado grado de indeterminación que dificulta el establecimiento de un adecuado sistema de garantías para el titular de los datos. La primera de las excepciones mencionadas es susceptible de dejar sin efecto la prohibición para los aspectos patrimoniales o profesionales de la persona titular de los datos. En cuanto a la excepción relativa a la autorización legal, requiere el establecimiento de garantías suficientes que a pesar de permitir la toma de dicha decisión, tutelen el interés legítimo del afectado.

No obstante, hemos de subrayar que a pesar de las buenas intenciones que parecen presidir la inclusión de normas como el art. 12 de la LORTAD o el art. 15 de la Directiva 95/46/CE, se plantean en estos casos numerosos problemas para el ejercicio efectivo de la garantía sustancial⁶⁴⁴ de los derechos del afectado que constituye la impugnación por parte del titular de los datos. De un lado, el sujeto al cual se refieran los datos deberá conocer los datos contenidos en el

⁶⁴⁴LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y protección de datos personales*, op. cit., págs. 81 y ss.

fichero y en los cuales se han basado de forma exclusiva dichas decisiones privadas o actos administrativos. De otro, deberá probar que la decisión que le afecta se basó exclusivamente en dichos datos.

CAPÍTULO CUARTO

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO POR LA EMISIÓN DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DE LOS INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.

Llegados a este punto de nuestro trabajo, podemos hacer una breve recapitulación de los aspectos que han sido objeto de estudio hasta el momento. En la primera parte se perseguía el propósito de encuadrar el tema de la tesis en un marco más amplio, cual es el de las informaciones bancarias, distinguiendo a su vez los informes comerciales bancarios de los deberes u obligaciones de información que incumben a las entidades de crédito en el desarrollo de su actividad, y que encuentran su razón última en el principio de buena fe. En cambio, en la segunda parte cambia el enfoque del estudio, pasamos de la sujeción a la autonomía, con el fin de mostrar la información bancaria o, mejor, la información poseída por las entidades de crédito, como objeto de una prestación de servicios ofrecida como servicio accesorio.

Dentro de la segunda parte, y tras el análisis de cómo se presenta en la práctica bancaria la prestación de informes comerciales, hemos pretendido justificar su carácter contractual, así como la aplicación, en

determinados supuestos, de la normativa sobre tratamiento de datos personales. Falta, por tanto, para concluir el presente trabajo, la referencia al aspecto de mayor relevancia cuando de informes comerciales bancarios hablamos, es decir, la responsabilidad de las entidades de crédito por su prestación. Es necesario en este punto determinar tanto los supuestos en los que es exigible dicha responsabilidad, como las vías que nuestro ordenamiento nos ofrece para encauzar la reclamación frente a la entidad informante. Si bien el ámbito de los informes comerciales bancarios es difuso y algunas veces carente de documentación, con los consiguientes problemas de prueba, ello no impide que, venciendo estos obstáculos, pueda exigirse responsabilidad a las entidades de crédito.

En realidad, el núcleo de la problemática de los informes comerciales bancarios se encuentra en la responsabilidad de las entidades de crédito. En el desarrollo de esta actividad, dichas entidades pueden incurrir en responsabilidad tanto frente al destinatario del informe como frente al sujeto sobre el cual se ha informado, bien por haber violado el secreto bancario, como por haber suministrado informaciones falsas o inexactas. Por ello, resulta imprescindible determinar, en un primer momento, ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos, para pasar después al análisis de los distintos elementos que permiten reconocer la existencia de dicha responsabilidad a cargo de la entidad de crédito. Al hilo de la exposición haremos referencia igualmente a estudios doctrinales y aportaciones jurisprudenciales sobre la materia en otros países de nuestro entorno.

En el estudio de la responsabilidad por la emisión de informes comerciales cabe destacar la atención sobresaliente que han prestado la doctrina y la jurisprudencia alemanas desde comienzos de siglo, cuyo relieve se hace más patente ante la escasa consideración que ha recibido entre nosotros. Por ello, si bien el sistema de responsabilidad establecido por el BGB se diferencia notablemente del español⁶⁴⁵, que, al igual que el francés y el italiano, se caracteriza por la atipicidad del ilícito, se realizarán al hilo de nuestro discurso extensas referencias a las construcciones doctrinales y soluciones jurisprudenciales relativas a la responsabilidad por la emisión de informes comerciales bancarios en aquel ordenamiento. Del mismo modo, dentro de los ordenamientos europeos, resulta conveniente, a nuestro juicio, dadas las similitudes con nuestro sistema de responsabilidad, el estudio de los Derechos francés e italiano, así como también, si bien de forma puntual, del ordenamiento portugués, pues se trata de un sistema peculiar, a medio camino entre el modelo consagrado por el BGB y el adoptado por los ordenamientos que recogen la herencia del Código francés⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵El sistema alemán de responsabilidad, caracterizado por la tipicidad del ilícito, dificulta notablemente la exigencia de responsabilidad por informaciones a través del cauce de la responsabilidad extracontractual, por lo que tanto doctrina como jurisprudencia precisan encuadrar el problema en el ámbito de la responsabilidad contractual (una descripción sintética del sistema de responsabilidad por daños alemán realiza MONTEIRO, F. J. Sinde, *Responsabilidade por conselhos...*, op. cit., págs. 33 y ss.). De ahí la proliferación de construcciones que fundamenten el carácter contractual, cuasi-contractual o legal de la obligación de informar, o, en su caso, de la obligación asumida por la entidad de crédito al prestar un informe comercial bancario.

⁶⁴⁶En efecto, el Cc. portugués opta por una posición intermedia en cuanto al concepto de ilicitud. Si bien no recoge una enumeración de los bienes y derechos protegidos, como hace el BGB, se aparta claramente del estilo de cláusula general característico de los sistemas francés, italiano y español. De este modo, su art. 483, 1º establece dos modalidades fundamentales de ilícito, como son la violación de los derechos de otro y la violación de una disposición de protección destinada a tutelar intereses ajenos.

II. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO POR LA EMISIÓN DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS: DIVERSAS APORTACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES.

El aspecto más relevante en el tratamiento de los informes comerciales bancarios, como se ha destacado reiteradamente, es el de encontrar una vía para la exigencia de responsabilidad a las entidades de crédito informantes. Las soluciones doctrinales y jurisprudenciales son variadas, centrándose en los países de nuestro entorno en la delimitación del carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad, tanto frente al solicitante del informe como frente al sujeto sobre el cual versa dicho informe. Las aportaciones germánicas son las más numerosas puesto que las notas características del régimen de responsabilidad contenido en el BGB han obligado a los autores

Una ulterior nota distintiva puede observarse respecto del BGB, puesto que, a diferencia de éste, que admite como modalidad residual de ilicitud la causación dolosa de daños contra las buenas costumbres (§ 826 BGB), el Cc. portugués no es tan restrictivo. En su Parte General consagra una prohibición general del abuso de derecho que permite una interpretación más amplia de los términos en que una conducta violadora de normas elementales de conducta social ha de poder generar una obligación de indemnizar (véase MONTEIRO, J. F. Sinde, *Responsabilidade por conselhos...*, op. cit., págs. 607 y ss.). Ello permite, además, escapar de los estrechos límites que la exigencia de dolo marca en el ordenamiento alemán. También en nuestro ordenamiento podemos encontrar tal prohibición del abuso de derecho en el art. 7, 2º Cc., el cual no sólo se refiere a que el abuso del derecho o su ejercicio antisocial no se encuentran amparados por la Ley, sino que expresamente subraya que "todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso" (véase el comentario a dicho precepto realizado por DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo I, Madrid, 1991, págs. 57 y ss., quien encuentra en el art. 1902 Cc. una manifestación de dicho principio, véase pág. 60).

alemanes a buscar vías que posibiliten la exigencia de responsabilidad a las entidades de crédito.

A) LA ESPECIALIDAD DEL SISTEMA ALEMÁN DE RESPONSABILIDAD.

En efecto, si bien el BGB no contiene un precepto relativo a la responsabilidad por la emisión de informes comerciales, posee, a diferencia de nuestro Cc., una norma relativa a la responsabilidad derivada de consejos o recomendaciones. Se trata, en concreto, del § 676 BGB, que, bajo la rúbrica "Ausencia de responsabilidad por consejo o recomendación", dispone que "quien proporcione a otro un consejo o una recomendación, salvo que la responsabilidad derive de una relación contractual o de una actividad ilícita, no está obligado al resarcimiento de los daños producidos a consecuencia del consejo o la recomendación"⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ Al origen histórico del precepto se refiere en concreto SEILER, H. H., "§ 676", Rdn. 1, en REBMANN, K., y SÄCKER, F.-J., (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band. 3. Schuldrecht, besonderer Teil, 2. Halbband, München, 1980, manifestando que el § 676 sirve al objetivo de unificar los dos puntos de vista que se habían defendido en Derecho Romano y Derecho común (la irresponsabilidad por el consejo o la recomendación como regla general, pero admitiendo la posibilidad de excepciones) y de proporcionar un poco más de claridad, tanto sistemática como dogmática. Si bien por una parte, se destaca la falta de obligatoriedad del consejo, que queda dentro de los actos realizados "por cortesía" (*Gefälligkeit*), por otra no se excluye la posibilidad de una responsabilidad contractual o extracontractual derivada de consejo y recomendación. En el mismo sentido, MUSIELAK, H.-J., "Die Bankauskunft nach dem Recht...", op. cit., pág. 22.

El precepto cumple, pues, como afirma SEILER, H. H., "§ 676", Rdn. 2, op. cit., una función declarativa de situaciones que en relación al análisis de las conductas de emisión de consejos y recomendaciones habían surgido en la dogmática del siglo pasado. Sin embargo, el precepto ha resultado excesivamente limitado para la gran cantidad de problemas que en distintos campos jurídicos plantea la emisión de informes (entendidos, conforme a nuestra distinción inicial, como informaciones bancarias en sentido amplio).

Del precepto, por tanto, no se desprende ninguna consecuencia que resulte aplicable de forma general a los informes comerciales bancarios, sino que debe analizarse caso por caso si nos encontramos en presencia de una relación contractual o de una conducta ilícita que sean origen, respectivamente, de responsabilidad contractual o extracontractual. La cuestión primordial será, pues, la relativa a determinar sobre qué fundamento se asienta la emisión de consejos y recomendaciones por las entidades de crédito, así como la naturaleza de los denominados informes comerciales bancarios⁶⁴⁸.

No es éste, sin embargo, el único elemento distintivo del sistema alemán de responsabilidad respecto de los sistemas que encuentran su origen en el Cc. francés, como ocurre con los ordenamientos italiano y español. En principio, el ordenamiento alemán, siguiendo la tradición del Derecho común, prevé la existencia de una obligación de resarcir el daño ocasionado únicamente a cargo de quien haya violado un derecho absoluto, conforme al § 823 BGB⁶⁴⁹. Únicamente se establece otro supuesto de responsabilidad por daño en el § 826 BGB, referido a quien, contraviniendo las buenas costumbres, ocasionara dolosamente daños a otro⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸MUSIELAK, H. J., "Die Bankauskunft nach dem Recht...", op. cit., pág. 22.

⁶⁴⁹Conforme a dicho precepto, "quien por dolo o culpa dañe injustamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualesquiera derechos absolutos de otro, responde frente a éste del resarcimiento de los daños originados". En su segundo párrafo, el parágrafo citado continúa estableciendo que estarán también sujetos a la obligación de resarcimiento "quienes vulneren una norma dirigida a la protección de otro. Si conforme al contenido de la ley es posible una vulneración de la misma sin responsabilidad, la obligación de resarcimiento sólo se producirá en el supuesto de existencia de la misma".

⁶⁵⁰Resulta apreciable en la norma la huella de la *actio doli* de la tradición del Derecho Romano. En este sentido, RANIERI, F., "La responsabilità da false informazioni", op. cit., pág. 274.

Como se desprende de ambas normas, el derecho de daños en el BGB conoce tres modelos generales de conductas ilícitas. Reciben tal consideración el daño (*Verletzung*) a determinados bienes de la personalidad y derechos (§ 823, Abs. 1), la vulneración de una norma de protección (§ 823, Abs. 2), y el daño doloso a las buenas costumbres (§ 826)⁶⁵¹. Se separa, por tanto, del modelo francés (arts. 1382, 1383 de su Cc.), caracterizado por la existencia de una cláusula general de responsabilidad, como manifestación del principio *neminem laedere*, de tal modo que todo aquel que por dolo o culpa ocasione un daño, quede obligado a su resarcimiento⁶⁵².

La peculiaridad del sistema de responsabilidad establecido en el BGB ha situado a la doctrina y jurisprudencia alemanas ante la posibilidad de escoger entre dos opciones. La primera de ellas pasa por aplicar el § 826⁶⁵³ al supuesto de responsabilidad por informes comerciales ante la imposibilidad de encauzar la acción de responsabilidad al amparo del § 823 BGB. La segunda opción consiste en construir soluciones dogmáticas que permitan la exigencia de responsabilidad por la vía de la responsabilidad contractual.

⁶⁵¹MERTENS, H.J., "Vor §§ 823-853", en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, herausgegeben von REBMANN, K. und SÄCKER, F.-J., Band 3. Schuldrecht, 2. Halbband, 2. Auflage, München, 1986, Rdn. 1.

⁶⁵²FIKENTSCHER, W., *Schuldrecht*, 3ª ed., Berlin-New York, 1971, § 103, I, c), pág. 619.

⁶⁵³Son notables los problemas que puede, igualmente, plantear la aplicación del precepto, puesto que en numerosas ocasiones la prueba del dolo del informante presentará muchas dificultades. Por ello, la jurisprudencia tiende a considerar suficiente el dolo eventual para fundar la pretensión resarcitoria del § 826 BGB, e incluso, en supuestos de flagrante reprobabilidad del comportamiento, la culpa grave de quien ocasionó el daño. En este sentido se pronuncia la Sentencia BGH WM 1966, 1150. Sobre el tema pueden consultarse, entre otros, LORENZ, W., "Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft", en *Festschrift für K. Larenz*, München, 1973, pág. 576, n. 3.

B) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL BGH SOBRE LOS INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.

El BGH ha mantenido en numerosos pronunciamientos⁶⁵⁴ la existencia de un contrato de información en el supuesto de emisión de informes bancarios. En el ámbito de la responsabilidad frente al solicitante del informe se ha hablado en la jurisprudencia alemana de un contrato tácito de información (*stillschweigender Auskunftsvertrag*), o bien de deberes accesorios a un contrato cuya vulneración daría origen a una responsabilidad por daño contractual positivo (*Haftung aus positiver Vertragsverletzung*). En cuanto a la responsabilidad frente al sujeto sobre el cual versa el informe, los tribunales alemanes han propuesto igualmente diferentes soluciones, que hacen referencia, bien a un contrato de garantía (*Garantievertrag*)⁶⁵⁵, a un supuesto de *culpa in contrahendo*⁶⁵⁶, o bien a un contrato en favor de tercero (*Vertrag zugunsten Dritter*)⁶⁵⁷ o con eficacia de protección frente a terceros (*Auskunftsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*)⁶⁵⁸, figuras estas últimas que, o bien

⁶⁵⁴Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: RG JW 1917, 100, 101; RG JW 1918, 89, 90; RGZ 101, 297, 301; BGHZ 7, 371, 374; BGHZ 21, 102, 107; BGHZ 74, 103, 106; BGH WM 1958, 397, 398; BGH WM 1960, 660, 662; BGH WM 1962, 1110; BGH WM 1963, 913, 914; BGH WM 1965, 287; BGH NJW 1972, 678, 680; BGH WM 1985, 450, 451; BGH NJW 89, 1029= WM 88, 1828= ZIP 89, 317; BGH NJW 89, 2882= WM 89, 1409= ZIP 89, 1205; BGH NJW 90, 513= WM 89, 1836= ZIP 89, 1523; BGH WM 90, 1990= WuB I B 4.-1.91, con nota de HEYMANN.

⁶⁵⁵RGZ 82, 337; OLG München, DB 74, 866.

⁶⁵⁶BGH WM 74, 1224.

⁶⁵⁷RGZ 52, 365; BGH WM 74, 685.

⁶⁵⁸OLG Stuttgart VersR 74, 272.

aparecen cumulativamente junto al contrato de información⁶⁵⁹, o son expresamente rechazadas⁶⁶⁰.

Se ha reconocido la existencia de un contrato tácito de información cuando el informe tiene para el destinatario una evidente relevancia económica y puede constituir para él la base de importantes disposiciones patrimoniales⁶⁶¹. Simultáneamente, el solicitante de la información debe haber reconocido al emisor de la misma como sujeto cualificado para la emisión del informe solicitado, constituyendo también un indicio de la existencia de dicho contrato tácito el interés particular que ostente, en su caso, la entidad de crédito informante.

De este modo, en Derecho alemán la existencia de una responsabilidad por incumplimiento contractual a cargo de la entidad de crédito por la emisión de un informe no depende ni de la existencia de una previa relación contractual entre la entidad de crédito y el solicitante de la información⁶⁶², ni de la estipulación o no de una retribución económica por su emisión⁶⁶³. En consecuencia, el aspecto fundamental para la determinación de la existencia o no de contrato

⁶⁵⁹BGH WM 74, 1224.

⁶⁶⁰RGZ 52, 365; OLG Stuttgart VersR 74, 272. Sobre las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales, véase, entre otros, LAMMEL, S., "Zur Auskunftshaftung", AcP 179 (1979), pág. 340.

⁶⁶¹OLG Karlsruhe, WM 21 (1967), 1257.

⁶⁶²No obstante, la nueva redacción de las Condiciones generales de los Bancos y de las Cajas de Ahorro, establece que únicamente podrán darse informes comerciales bancarios a clientes de la entidad informante (*Eigenauskunft*). Dicha limitación, como hemos visto, no existe en nuestro sistema, de tal modo que resulta perfectamente posible prestar un informe comercial a un no cliente. Sin embargo, en la mayor parte de supuestos, el solicitante de la información será cliente de la entidad de crédito informante, por las relaciones de confianza que fundan la contratación en este sector. Al respecto, véase Capítulo III de la primera parte.

⁶⁶³Sentencia BGH NJW-RR 86, 484= WM 85, 450= ZIP 85, 398.

será el análisis del conjunto de circunstancias del caso para determinar si, en relación con la realidad del tráfico, permiten llegar a la conclusión de que las partes han querido, conforme al contenido objetivo de sus declaraciones, considerar el informe como objeto de derechos y obligaciones contractuales⁶⁶⁴.

Se reconoce, de un lado, la existencia de un contrato de información en el supuesto de requerimiento de informes entre entidades de crédito (*Bank-an-Bank Auskünfte*), cuando éste se realiza en el propio interés de la entidad solicitante. Cuando una entidad de crédito, en su propio interés o por orden y en interés de su cliente, solicita a otra entidad un informe sobre uno de sus clientes, se estipula entre dichas entidades de crédito un contrato de información⁶⁶⁵.

En el supuesto de informes entre entidades de crédito, el Nr. 2 de los principios de procedimiento de emisión de informes bancarios entre entidades de crédito, señala que deberá especificarse si el informe es solicitado en propio interés o en el de un cliente. Si se requiere la información en interés de uno de sus clientes, estima la doctrina que éste (tercero) queda incluido dentro del ámbito de protección del contrato de información⁶⁶⁶. En consecuencia, se considerará protegido

⁶⁶⁴ BGH NJW 86, 180= WM 85, 1531= ZIP 86, 1506. En este sentido, en la Sentencia del BGH publicada en WM 90, 1990= WuB I B 4.- 1.91 con nota de HEYMANN, se afirma que no existe un contrato de información con eficacia jurídico-negocial cuando la información ha sido proporcionada en el curso de una fiesta, sin haber tenido intención de estipular un contrato ninguna de las partes integrantes en la conversación.

⁶⁶⁵ BGH WM 91, 1629= WuB I B 4.- 1.93 con nota de LOCHER.

⁶⁶⁶ El BGH permite la extensión del ámbito de protección del contrato a terceros, incluso en los supuestos de contratos tácitos (BGH WM 85, 450). Sin embargo, esta construcción de contrato con eficacia de protección para terceros tiene su razón de ser únicamente para permitir a la entidad de crédito responder por los perjuicios al mismo, puesto que no se habla en la doctrina alemana de la existencia de dos contratos, uno estipulado entre el solicitante de la información y la entidad de crédito de la cual es

por el contrato estipulado entre las entidades de crédito el cliente solicitante de la información, puesto que confía en que la valoración en que el informe consiste será efectuada de forma diligente.

Como afirma el BGH⁶⁶⁷, la entidad de crédito que proporciona el informe a petición de otra entidad de crédito responderá frente a los terceros que confían en la corrección del mismo, así como también frente al cliente de la entidad de crédito que solicite la información, ya que determina la realización de disposiciones patrimoniales.

Condición para la existencia de dicho amplio ámbito de protección del contrato es el uso de la información para la finalidad indicada, en concreto, para el propio interés de la entidad o para el de un cliente. Si el informe obtenido no es destinado finalmente al objetivo enunciado en la solicitud del mismo, ello supondrá la exoneración de responsabilidad de la entidad concedente de la información, cuando ésta sea defectuosa⁶⁶⁸, frente al sujeto a quien no iba destinada la información. De este modo, si una entidad de crédito solicita en propio interés una información, la entidad concedente del informe responderá únicamente frente a ésta, pero no frente al cliente de aquélla, a quien haya transmitido ulteriormente la información, puesto que éste queda situado fuera del ámbito de protección del contrato⁶⁶⁹.

cliente, y otro estipulado entre dicha entidad de crédito y una segunda entidad, de la cual es cliente el sujeto sobre el cual versa el informe. Si se adoptase dicha posición, y a no tendría sentido hablar de un contrato con eficacia protectora frente a terceros, puesto que éstos -que ya no serían terceros, sino partes contractuales- estarían protegidos por el contrato por ellos celebrado.

⁶⁶⁷BGH WM 76, 498; BGHZ 75, 321; NJW 80, 589; BGH NJW 86, 180= WM 85, 1531= ZIP 86, 1506.

⁶⁶⁸ En este sentido, BGH WM 91, 1629= WuB I B 4.- 1.93 con nota de LOCHER.

⁶⁶⁹ BGH WM 76, 498; también OLG Köln WM 85, 598.

En esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia alemana más reciente respecto de la responsabilidad por opiniones y firmas de personas, de las cuales se presume una especial experiencia⁶⁷⁰, así como respecto de las certificaciones bancarias. Se trata en estos casos de un contrato o de una relación análoga a la contractual (*vertragsähnliches Verhältnis*), aun cuando no puede reconocerse una responsabilidad de la entidad de crédito frente a cualquiera que pueda entrar en contacto con el informe, esto es, no puede considerarse como una oferta a persona indeterminada (*Angebot "für wen es angeht"*)⁶⁷¹, sino que el ámbito de los destinatarios debe estar suficientemente determinado o ser al menos determinable.

C) PROPUESTAS DOCTRINALES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR LA PRESTACIÓN DE INFORMES COMERCIALES BANCARIOS.

1. Responsabilidad contractual.

En la doctrina alemana se han propuesto diversas soluciones para justificar la existencia de responsabilidad contractual a cargo de las entidades de crédito. De este modo, la entidad incurrirá en responsabilidad contractual por vulnerar las obligaciones derivadas de un contrato general bancario, o los deberes de protección que fundamentan la responsabilidad por los informes comerciales en un deber del tráfico.

⁶⁷⁰ BGH NJW 87, 1758= WM 87, 257= ZIP 87, 376; BGH NJW 89, 1029= WM 88, 1828= ZIP 88, 317; BGH NJW-RR 88, 696= WM 89, 375.

⁶⁷¹ BGH WM 76, 498; BGH NJW 79, 1595= WM 79, 558; véase también NOBBE, G., *Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Bankrecht*, 6ª ed., Köln, 1995, págs. 30 y ss., y las sentencias allí citadas.

Para los autores que patrocinan la existencia de un contrato general bancario, éste surge con el inicio de relaciones entre la entidad de crédito y un cliente, normalmente por medio de la apertura de una cuenta. Esta posición ofrece un fácil fundamento para la responsabilidad contractual en que incurrirá la entidad de crédito en el supuesto de que emita un informe incorrecto⁶⁷².

Otros autores han optado, sin embargo, por el reconocimiento de una peculiar relación de confianza que comporta una verdadera obligación legal y que generaría deberes de protección frente al destinatario del informe. De este modo, la responsabilidad por la emisión de informes comerciales bancarios se fundaría en la infracción de deberes del tráfico, de modo que estaríamos igualmente ante supuestos de responsabilidad contractual⁶⁷³.

Al amparo de la construcción jurisprudencial de la figura del contrato tácito de información, algunos autores germánicos han mantenido que la difusión de noticias escritas comporta la conclusión de un contrato con persona indeterminada (*Vertrag mit denen, für die es angeht*). Dicho tipo de contrato incluiría en su ámbito de protección a todo tercero que pudiera servirse de las informaciones suministradas por la entidad de crédito. La responsabilidad sería, en estos casos, una

⁶⁷²Defienden esta posición, entre otros, GAEDE, B., "Die vertragliche Haftung der Banken für Kreditauskünfte", op. cit., págs. 926 y 927; y SCHRAEPLER, H.-J., "Kreditauskunft-Einschränkung des Bankgeheimnisses", op. cit., págs. 1236 y 1239.

⁶⁷³La postura expuesta es defendida, entre otros, por CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, op. cit., págs. 90 y ss.; LOCHER, T. H., *Grundlagen der Haftung einer Bank für Kreditauskünfte*, op. cit., págs. 90 y ss.; HONSELL, H., "Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten", op. cit., págs. 621 y ss.; LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, op. cit., pág. 333.

Pueden citarse las sentencias RGZ 27, 118, 121 y ss.; RGZ 65, 134, 141; RGZ 67, 384, 395; RG JW 1930, 2927, 2928; BGHZ 13, 198, 199 y ss.; BGHZ 9, 167, 168; BGH WM 1980, 527, 528.

responsabilidad análoga a la contractual (*vertragsähnliche Haftung*) que, como consecuencia de la inexactitud de los datos proporcionados, permitiría el resarcimiento de los daños patrimoniales sufridos por todos los destinatarios de los mismos⁶⁷⁴.

Otra solución propuesta para cubrir el resarcimiento de dichos daños es la del contrato con eficacia protectora frente a terceros (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*), de tal modo que los terceros perjudicados podrán quedar incluidos en la esfera de protección del contrato. De este modo, les será posible reclamar el resarcimiento de la entidad de crédito que los ha dañado violando su obligación de diligencia (*sekundäre Leistungspflichten*)⁶⁷⁵.

Elemento esencial de dicha figura de contrato con eficacia de protección frente a terceros es la confianza del público en la capacidad profesional de quien transmite noticias u opiniones⁶⁷⁶. La confianza permite incluir en la esfera del contrato igualmente a aquellas personas en relación con las cuales el destinatario de las

⁶⁷⁴Representantes de la doctrina germánica que se inclinan por esta posición son, entre otros, LOCHER, T. H., "Die Haftung für Expertisen", NJW 1969, págs. 1567 y ss.; GERRIK, "Zur Haftung des Versteigerers und Sachverständigen", comentario a la Sentencia del BGH de 15 de enero de 1975, NJW 1975, pág. 962.

⁶⁷⁵En este sentido se pronuncia MUSIELAK, H., *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*, op. cit., págs. 38 y ss.

La figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, si bien en un principio se calificó como desarrollo del contrato en favor de tercero (regulado en el § 328 BGB), hoy es considerada por la doctrina como una figura independiente que además no encuentra ningún fundamento legal (véanse en este sentido, LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, op. cit., págs. 167 y ss.; FIKENTSCHER, W., *Schuldrecht*, op. cit., págs. 147 y ss.).

⁶⁷⁶SCHMITZ, B., "Die Vertragshaftung des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters gegenüber Dritten. -Eine Auseinandersetzung mit den Haftungsausdehnungstendenzen der Rechtsprechung des BGH-", DB 1989, págs. 1909 y ss.

informaciones no estaba obligado a ningún deber de tutela ni de protección⁶⁷⁷.

Sin embargo, estas construcciones que pretenden extender artificiosamente el tradicional ámbito propio de la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato⁶⁷⁸, han sido severamente criticadas por la doctrina, intentando la jurisprudencia algunas soluciones más acordes con la teoría general de las obligaciones. En tal sentido, el BGH ha intentado apreciar en numerosos casos la existencia de una relación caracterizada por poseer una vertiente jurídico-personal (*Verhältnis mit personenrechtlichen Heimschlag*), conforme a la cual quien recibe información y la transmite a un tercero, aparece como corresponsable, por reconocer que frente al destinatario de la información está obligado por específicos deberes de asistencia y protección⁶⁷⁹. Otros autores germánicos han hablado, en esta línea, de una responsabilidad por la apariencia jurídica (*aus veranlassem Rechtschein*)⁶⁸⁰, mientras existen también quienes todavía fundan la responsabilidad de la entidad de crédito en una aplicación analógica de las normas sobre el

⁶⁷⁷ Un parecer crítico frente a esta construcción mantiene LORENZ, W., "Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden...", op. cit., págs. 575 y ss.; el mismo autor en la recensión a "MUSIELAK, H., *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*", ZHR 1975, págs. 567-568.

⁶⁷⁸ En este sentido, HONSELL, H., "Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten", op. cit., pág. 262; SÖLLNER, "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte oder Drittschadensliquidation?", JuS 1970, pág. 162; LAMMEL, S., "Zur Haftung eines Wirtschaftsprüfers gegenüber Kreditgebern seines Auftraggebers", NJW 1973, pág. 700.

⁶⁷⁹ Pueden citarse las Sentencias BGH de 30 de septiembre de 1969, NJW 1969, págs. 38 y ss., con nota de la redacción con el título "Zur Einbeziehung Dritter in den Schutz eines Vertrages"; BGH de 22 de enero de 1968, BGHZ 49, 350, 355; BGH de 18 de junio de 1968, NJW 1968, pág. 1931; BGH de 25 de abril de 1974, WM 1974, pág. 686.

⁶⁸⁰ STOLL, H., "Haftung aus Bescheinigung", AcP (135) 1931, págs. 88 y ss.; CANARIS, C.-W., *Die Vertrauenshaftung in deutschen Privatrecht*, München, 1971, págs. 243 y ss.; HONSELL, H., "Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten", op. cit., pág. 627.

mandato (§ 663)⁶⁸¹ o sobre los efectos de la declaración de voluntad, conforme al tenor del § 122 BGB⁶⁸².

En la jurisprudencia alemana es prevalente hoy la posición que funda la responsabilidad de la entidad de crédito frente al tercero dañado en la relación de confianza. Se trata, como ha subrayado CANARIS⁶⁸³, de una responsabilidad por la confianza depositada en la corrección de dicha información (*Vertrauenshaftung*). No obstante, no es suficiente con el mero hecho de prestar la información para generar dicho derecho al resarcimiento, sino que únicamente se reconocerá la responsabilidad del informador cuando pueda apreciarse una determinada intensidad en tal actuación, intensidad que, por otra parte, no es posible definir con carácter previo⁶⁸⁴.

Para los autores italianos la responsabilidad será, por el contrario, en la mayor parte de supuestos, extracontractual.

⁶⁸¹NISSL, G., *Die Haftung des Experten für Vermögensschäden Dritter bedingt durch unrichtige Gutachten im deutschen, englischen und amerikanischen Recht*, München, 1971, pág. 170. Dispone el § 663 BGB que "quien haya sido designado o se hubiera ofrecido públicamente para la gestión de negocios determinados, en caso de no aceptar el mandato para dichos negocios en concreto, estará obligado a comunicar inmediatamente su negativa al mandante. Lo mismo se aplicará cuando alguien se hubiera ofrecido al mandante para la gestión de negocios determinados".

⁶⁸² Conforme al tenor del § 122 BGB, "si una declaración de voluntad es nula conforme al § 118 BGB (emitida "jocandi causa" pensando que la falta de seriedad no será desconocida) o anulable conforme a los §§ 119 (error) y 120 (error en la transmisión de la real voluntad a su destinatario), y ha sido emitida a un tercero, el declarante deberá indemnizar a éste o al tercero perjudicado el daño que sufran por haber confiado en la validez de la declaración, si bien la indemnización no podrá exceder de la medida del interés que el destinatario de la declaración o el tercero pudieran tener en su validez.

No cabrá indemnización cuando el perjudicado conociese la causa de nulidad o el motivo de anulabilidad o no las conociese por falta de diligencia (las debía conocer)".

⁶⁸³CANARIS, C.-W., *Die Vertrauenshaftung...*, op. cit., págs. 246 y ss.

⁶⁸⁴Al respecto, véanse, entre otros, LORENZ, W., "Das Problem der Haftung...", op. cit., pág. 619; CANARIS, C. -W., *Die Vertrauenshaftung...*, op. cit., págs. 246 y ss.; HONSELL, H., "Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten", op. cit., pág. 627

Únicamente reconocen el carácter contractual de la información bancaria en los supuestos en los que se aprecia la estipulación de un contrato, como el de comisión o el de agencia, que conllevan una obligación accesoria de información, asumida de forma expresa en el momento de celebrar el contrato⁶⁸⁵.

En los demás casos, la doctrina y la jurisprudencia italianas mantienen una posición muy restrictiva a la hora de reconocer obligaciones contractuales, considerando, además, cuando el servicio es gratuito, que en la mayor parte de ocasiones se encuadra dentro de la categoría de servicios realizados por cortesía que darán lugar, en su caso⁶⁸⁶, a responsabilidad extracontractual⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ Al respecto, RANIERI, F., "La responsabilità da false informazioni", op. cit., págs. 630 y ss.; GERACI, L., "Lineamenti della responsabilità...", op. cit., págs. 191-192; DÖRNER, H., "Die Auskunftshaftung italienischer Banken im deutsch-italienischen Geschäftsverkehr", WM 1977, pág. 964.

⁶⁸⁶ Esta es la calificación que otorga la Sentencia de la Corte di Appello de Nápoles de 13 de marzo de 1967, BBTC 1967-II, págs. 267 y ss., a un supuesto de información sobre solvencia de un cliente proporcionada por una entidad de crédito, concretamente el Banco de Nápoles, ante la solicitud de un sujeto al cual el cliente de la entidad ha solicitado un préstamo. En esta ocasión, el Tribunal rechaza la pretensión del prestamista perjudicado, alegando que la prestación de información no es más que una actividad auxiliar de las entidades de crédito, que presta por cortesía, sin contraprestación alguna. Resultaría, conforme al tenor de la sentencia citada, excesiva la exigencia de responsabilidad a la entidad de crédito, pues supondría la traslación a la misma de los riesgos propios del prestamista.

⁶⁸⁷ Una evolución se aprecia ya en la Sentencia de la Corte di Appello de Reggio Emilia de 23 de octubre de 1974, Corti Brescia 1975, pág. 576, que reconoce la responsabilidad de la entidad de crédito por el cauce de los arts. 2043 y ss. Cc. italiano, en los supuestos en los cuales las informaciones hagan referencia a la solvencia actual, no futura, del sujeto sobre el cual se requiere la información, de tal modo que los informes proporcionados por la entidad de crédito son susceptibles de fundar la legítima confianza del solicitante de los mismos. De este modo, se reconoce la existencia de un nexo de causalidad entre la información incorrecta y el daño causado al destinatario de la misma, de tal modo que ello permite considerar la posibilidad de transferir a la entidad de crédito el riesgo económico de la desafortunada operación económica concluida por el informado (en este sentido, comentando el pronunciamiento citado, ALPA, G., *Il problema della atipicità...*, op. cit., págs. 233-234).

No obstante, aunque minoritaria, parte de la doctrina tiende a reconocer la posibilidad de que exista en estos supuestos un contrato de información o de asesoramiento⁶⁸⁸, en cuyo caso el cumplimiento de la obligación de informar o incluso de asesorar, se regirá por las normas relativas al incumplimiento de las obligaciones, contenidas en los arts. 1218 y ss. Cc. italiano.

Esta tendencia puede igualmente apreciarse en la doctrina francesa, que reconoce que la responsabilidad por la emisión de informes comerciales bancarios, será, en la mayor parte de casos, de naturaleza contractual, bien porque su prestación constituya una obligación accesoria de un contrato estipulado con el solicitante, bien por constituir el propio informe el objeto de un contrato autónomo, independientemente de que el solicitante de la información fuera o no cliente con anterioridad de la entidad de crédito⁶⁸⁹.

⁶⁸⁸ Entre los autores que aceptan la responsabilidad contractual por la emisión de informaciones falsas o inexactas, RAO-TORRES, G., "La responsabilità per false informazioni...", op. cit., págs. 1520 y ss.; PORTALE, G.B., "Tra responsabilità della banca e "ricomercializzazione" del diritto commerciale", en MACCARONE, S., NIGRO, A. (a cura di), *Funzione, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981, págs. 266 y ss.; LUMINOSO, A., "Responsabilità civile della banca...", op. cit., pág. 242.

⁶⁸⁹ VÉZIAN, J., *La responsabilité du banquier...*, op. cit., Nr. 304, pág. 231, quien además señala como fundamento de dicha posición el que la entidad de crédito tenga la precaución de incluir en la emisión de informes cláusulas de exoneración de la responsabilidad; GAVALDA, Ch., STOUFFLET, J., *Droit de la Banque*, op. cit., Nr. 618 bis, págs. 837 y ss.

No se puede considerar, por tanto, para esta doctrina, la emisión de informes comerciales por las entidades de crédito como una mera prestación de cortesía por el hecho de que se emitan sin contraprestación, puesto que la entidad de crédito se compromete a prestar un servicio con seriedad y diligencia, desprendiéndose de la actuación de las partes que han llegado a un acuerdo generador de obligaciones.

2. Responsabilidad extracontractual.

La doctrina y la jurisprudencia italianas no se muestran, por lo general, acordes con el reconocimiento de naturaleza contractual a la prestación de informes comerciales bancarios. Muy al contrario, la doctrina italiana es casi unánime en la afirmación de que se trata en la mayor parte de supuestos de una mera recomendación, por lo que únicamente resultaría posible encauzar la exigencia de responsabilidad por la vía de la responsabilidad aquiliana, conforme a los arts. 2043 y ss. Cc. italiano. La jurisprudencia adopta igualmente criterios muy restrictivos, hablando en algunos pronunciamientos de informaciones prestadas por cortesía, que, a lo sumo, podrán dar lugar a responsabilidad extracontractual.

En nuestro país, si bien las referencias al tema de los informes comerciales bancarios, como hemos dicho con anterioridad, son escasas, la doctrina se muestra igualmente dividida. Frente a los que opinan que la responsabilidad frente al solicitante de la información será en todo caso extracontractual⁶⁹⁰, se encuentran quienes, sin pronunciarse sobre la naturaleza del servicio de prestación de informes comerciales bancarios, apuntan que la responsabilidad será contractual, puesto que además reconocen la posibilidad de incluir cláusulas de exoneración⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ Al respecto, véanse SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C., "La responsabilidad de las entidades de crédito...", op. cit., pág. 2442; FERNÁNDEZ COSTALES, J., "Aspectos de la responsabilidad del banquero...", op. cit., pág. 3237.

⁶⁹¹ En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., págs. 328 y 329.

Del mismo modo, también entre los autores germánicos se ha iniciado una tendencia contraria al reconocimiento de un contrato tácito de información, y de este modo se propugna la posibilidad de encauzar la exigencia de responsabilidad por la vía del § 823 BGB⁶⁹². Considera este sector doctrinal que el ejercicio de una actividad económica sin intromisiones (*Recht auf ungestörte wirtschaftliche Betätigung*), constituye un derecho absoluto. El origen de tal derecho se encontraría en el propio derecho al ejercicio de la empresa, dentro del cual se ampararían las informaciones bancarias.

3. Soluciones intermedias.

Otros autores germánicos optan por soluciones que podríamos denominar intermedias o mixtas, puesto que aun cuando no reconocen explícitamente la existencia de un contrato, la consecuencia a la que llegan es la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual. En este sentido, MUSIELAK afirma que la emisión de informes comerciales bancarios a los propios clientes de la entidad constituye una oferta de servicios en el marco de una relación de negocios preexistente. Sin embargo, si esta relación negocial constituye el fundamento y origen de la responsabilidad por la emisión de un informe comercial a solicitud del cliente, la actuación de la entidad de crédito no debe calificarse como una declaración de voluntad dirigida a celebrar un contrato de información autónomo. En realidad, el

⁶⁹² Véase al respecto, BREINERSDORFER, S., *Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte...*, op. cit., págs. 166 y ss., quien estima que el derecho al ejercicio de una actividad sin intromisiones es un derecho que correspondería a todos, incluyéndose su vulneración dentro del ámbito del § 823, Abs. 1 BGB.

fundamento de la responsabilidad será la propia relación de negocios entablada entre la entidad de crédito y el cliente.

Con posterioridad, se habrá de determinar si la relación comercial tiene un carácter contractual, como reconocen los defensores de la doctrina del contrato general bancario (*allgemeiner Bankvertrag*), o si la responsabilidad surge por el incumplimiento de una obligación impuesta por la ley⁶⁹³.

En realidad, esta posición no supone destacar una especialidad del ámbito de la contratación bancaria, sino que, por el contrario, de todas las relaciones comerciales se derivan obligaciones para las partes que les prohíben dañar el patrimonio de la contraparte mediante la emisión de informaciones falsas⁶⁹⁴. Condición, igualmente, para la existencia de una obligación de reparación del daño será la existencia de un nexo causal entre el objeto de la relación de negocios y la información falsa⁶⁹⁵.

Sin embargo, existen también nuevas propuestas que tienden a encuadrar la responsabilidad por la emisión de informes comerciales bancarios en ámbitos diferentes de los propios de la responsabilidad contractual o extracontractual. En esta línea, KÖNDGEN⁶⁹⁶ se refiere a

⁶⁹³ En este sentido, CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, op. cit., Rdn. 12 y ss., págs. 7 y ss.

⁶⁹⁴ HOPT, K. J., *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, Gesellschafts-, bank- und börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute*, München, 1975, págs. 406 y ss.; MUSIELAK, H.-J., *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*, op. cit., págs. 16 y ss.

⁶⁹⁵ MUSIELAK, H.J., *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*, op. cit., pág. 18; WITTMANN, "§ 676", en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zweites Buch*, §§ 657-740, 12ª ed., Berlín, 1980, § 676.

⁶⁹⁶ KÖNDGEN, J., *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenen Handeln*, Tübingen, 1981, pág. 16.

la "autovinculación sin contrato", reconociendo así una forma de autonomía privada que se encontraría en un nivel intermedio entre la vinculación por efecto del contrato y de la ley.

Los aspectos más relevantes de tal construcción residen, de un lado, en el papel otorgado al consentimiento, y, de otro, en la delimitación del comportamiento humano susceptible de originar una vinculación. Respecto del primer aspecto mencionado, al consentimiento no se le otorga el papel decisivo que ostentaba en la teoría general de los contratos, sino que quedaría convertido en un acto formal que determinaría el estado de las negociaciones⁶⁹⁷. En cuanto a la segunda de las cuestiones mencionadas, la aprecia el autor en los casos en que la conducta hubiera generado expectativas en el destinatario⁶⁹⁸.

En relación con la responsabilidad por informaciones, afirma KÖNDGEN que el efecto autovinculante de la información o el consejo reside en que ambos constituyen "un actuar comunicativo con pretensión de validez", que produciría en el destinatario una expectativa normativa. De este modo, la pretensión de validez constituiría el elemento cuasi-contractual de la responsabilidad por informaciones⁶⁹⁹. Igualmente, otra nota que asimilaría la responsabilidad por informaciones a la contractual es el hecho de que, por regla general, la relación entre las partes se inicia por una solicitud; su aceptación por el informante da origen a una relación

⁶⁹⁷ KÖNDGEN, J., *Selbstbindung ohne Vertrag...*, op. cit., págs. 161 y 280.

⁶⁹⁸ Como ejemplo de dicha situación cita MONTEIRO, J. F. Sinde, *Responsabilidade por conselhos...*, op. cit., pág. 479, nota 68, la figura del *venire contra factum proprium*.

⁶⁹⁹ KÖNDGEN, J., *Selbstbindung ohne Vertrag...*, op. cit., pág. 385.

especial que es caracterizada como "concesión consensual al informante de una posición de poder fiduciariamente vinculada"⁷⁰⁰.

Destaca asimismo KÖNDGEN que es posible presumir la conciencia del informante respecto de la relevancia jurídica de su conducta, sobre todo en los casos en que ostente un interés económico, que, por otra parte, no tiene por qué constituir una remuneración en sentido estricto⁷⁰¹. A ello debe añadirse el hecho de que la información debe insertarse en un ámbito profesional, con el cual deberá conectarse la información proporcionada⁷⁰².

El ámbito profesional de la prestación de informaciones ha llevado a LAMMEL⁷⁰³ a defender que el fundamento de la responsabilidad sea la confianza en el conocimiento especializado, relacionado con su profesión, que deposita el destinatario en el informante. De este modo, se trataría de una especial categoría de responsabilidad profesional, que no deberá necesariamente reconducirse a los sectores tradicionales del contrato o el delito, sino que deriva específicamente de la posición profesional del informante⁷⁰⁴.

Las actividades profesionales generan, por tanto, una confianza en la capacidad y cualificación del sujeto que las presta para la

⁷⁰⁰ KÖNDGEN, J., *Selbstbindung ohne Vertrag...*, op. cit., pág. 358.

⁷⁰¹ KÖNDGEN, J., *Selbstbindung ohne Vertrag...*, op. cit., pág. 359.

⁷⁰² KÖNDGEN, J., *Selbstbindung ohne Vertrag...*, op. cit., pág. 360.

⁷⁰³ LAMMEL, S., "Zur Auskunftshaftung", op. cit., págs. 337 y ss.

⁷⁰⁴ LAMMEL, S., "Zur Auskunftshaftung", op. cit., págs. 363 y ss. En esta misma línea se mueve HOPT, K. J., "Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich -Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung", AcP 183 (1983), págs. 608 y ss.; el mismo autor en "Berufshaftung und Berufsrecht der Börsendienste, Anlageberater und Vermögensverwalter", *Festschrift für R. Fischer*, Berlin/New York, 1979, págs. 252 y ss.

generalidad de sus demandantes. Ello ha llevado igualmente a algunos representantes de la doctrina alemana ha elaborar teorías sobre la confianza como fundamento de la responsabilidad por la prestación de informaciones⁷⁰⁵. Así, fundamento de la responsabilidad será el comportamiento del informante, el cual, con base en su profesión, conocimiento especializado, o experiencia, ofrece en el tráfico jurídico una garantía de corrección de las informaciones que proporciona, y así presta informaciones a otros, que confían en ellas⁷⁰⁶. Se reconoce, además de un fundamento objetivo, el denominado *Vertrauenstatbestand* (hecho capaz de suscitar confianza), la necesidad de que concurren los presupuestos de la responsabilidad por la declaración⁷⁰⁷ en la responsabilidad generada por la confianza.

4. Recapitulación.

Si bien la mayor parte de las construcciones doctrinales propuestas por la doctrina germánica no son susceptibles de aplicación en nuestro sistema, de ellas pueden extraerse determinadas conclusiones que nos ayuden a realizar una caracterización adecuada de la figura de los informes comerciales bancarios, y, fundamentalmente de la responsabilidad de ellos derivada. Un elemento esencial en las relaciones banco-cliente es la confianza recíproca entre las partes. Parte de la doctrina alemana basa la responsabilidad por la prestación de informaciones falsas o inexactas

⁷⁰⁵ CANARIS, C.-W., "Schutzgesetze- Verkehrspflichten- Schutzpflichten", en *Festschrift für Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983, págs. 27 y ss.

⁷⁰⁶ CANARIS, C.-W., *Die Vertrauenshaftung...*, op. cit., págs. 491 y ss.

⁷⁰⁷ CANARIS, C.-W., "Schutzgesetze,..." , op. cit., pág. 94.

en el quebrantamiento de dicha relación de confianza existente entre las partes. Otros, sin embargo, prefieren incidir en el aspecto de la actividad profesional desarrollada por las entidades de crédito o incluso proponen una autovinculación sin contrato, generada por las expectativas que surgen en el destinatario de la información.

En realidad, todos los elementos mencionados por la doctrina han sido utilizados ya en nuestro trabajo. A la especial relación de confianza entre las partes y al carácter profesional de la actividad bancaria aludimos al caracterizar, en un primer momento, la relación de clientela y los deberes de información que de ella derivan para las partes⁷⁰⁸; a la posibilidad de que exista una vinculación de la entidad de crédito por la prestación del informe nos referimos al justificar la naturaleza contractual de la figura⁷⁰⁹.

En definitiva, observamos que las especiales características que concurren en los sujetos que operan en el sector bancario, así como las peculiaridades de la actividad por ellos desarrollada resultan determinantes, no sólo para fundar un deber de informar que podríamos considerar "reforzado" en este ámbito, sino también para permitir la circulación de ciertas informaciones poseídas por las entidades de crédito en beneficio de los intereses del tráfico.

⁷⁰⁸ Véase *supra*, Capítulo III de la primera parte.

⁷⁰⁹ Véase *supra*, Capítulo II de la segunda parte.

III. RESPONSABILIDAD FRENTE AL SOLICITANTE DEL INFORME.

La consideración de la prestación del informe comercial bancario como un contrato atípico de prestación de servicios conduce necesariamente al estudio de la responsabilidad por incumplimiento contractual en los diversos supuestos en los cuales el solicitante del informe no vea satisfecha la prestación a que el informante se obligó. La doctrina no es, sin embargo, unánime en reconocer dicho carácter contractual⁷¹⁰.

En este trabajo se ha optado por defender la contractualidad de la prestación de informes comerciales bancarios⁷¹¹, puesto que es posible apreciar en la figura los elementos determinantes de la existencia de un contrato. Por tanto, en sede de responsabilidad contractual resulta esencial determinar de la forma más exacta posible a qué se obliga la entidad de crédito cuando contrata con el solicitante del informe y, simultáneamente, cuándo se produce el incumplimiento de la obligación asumida por aquélla.

Nos referiremos básicamente a dos supuestos de incumplimiento que pensamos son los que se plantean en la práctica de los informes comerciales bancarios, y que constituyen las situaciones básicas de insatisfacción del derecho de crédito del acreedor

⁷¹⁰En nuestro país, véase, SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C., "La responsabilidad de las entidades de crédito...", op. cit., págs. 2441 y ss.

⁷¹¹ Vid. *supra*, Capítulo 2, parte segunda del presente trabajo.

en el campo de las obligaciones en general⁷¹². La entidad de crédito incumple su obligación si no emite el informe cuando se hubiera obligado a ello (supuesto de inexistencia del informe); pero también incumplirá si presta un informe falso o inexacto, que ocasione perjuicios al destinatario por haberlo tomado como base para decisiones que influyan en su esfera patrimonial⁷¹³ (prestación de informe falso o inexacto). Se trata de dos supuestos diferentes, el incumplimiento definitivo, y la ejecución de una prestación defectuosa. La emisión de un informe defectuoso supondrá igualmente un incumplimiento de carácter definitivo en la medida en que, aun cuando fuera objetivamente posible la subsanación de los defectos, ello ya no resultara útil para el acreedor, quien probablemente haya visto ya dañada su esfera patrimonial por la realización de inversiones o disposiciones patrimoniales desacertadas al confiar en la corrección de la información recibida.

El carácter contractual de la obligación asumida por la entidad de crédito frente al solicitante del informe nos conduce a la aplicación del régimen que para la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones se establece en los arts. 1101 y ss. del Cc. Con esa finalidad, se hace necesario determinar, en un primer momento, en qué supuestos se produce la insatisfacción del solicitante del informe, y

⁷¹²En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., pág. 570.

⁷¹³Pensamos que el retraso en la prestación del informe únicamente podrá tener alguna relevancia cuando se hubiera fijado un plazo para su emisión y con posterioridad todavía fuera posible lograr una prestación objetivamente satisfactoria para el acreedor. Sin embargo, en el supuesto común de prestación de informe comerciales bancarios, el solicitante de la información pretende conseguirla de forma rápida y con la máxima seguridad sobre su adecuación a la realidad, de tal modo que precisa conocer la información solicitada en el plazo de tiempo más breve posible, puesto que la agilidad del tráfico económico exige no prolongar de forma excesiva las decisiones que se adopten en su ámbito.

sobre todo, cuándo se dan las condiciones necesarias para que sea posible el resarcimiento o indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al mismo⁷¹⁴.

Todo ello sin perjuicio de que, excepcionalmente, a la hora de interponer una acción por incumplimiento contractual, el solicitante del informe aprecie que además de incumplimiento de la obligación derivada del contrato estipulado con la entidad de crédito se ha producido una vulneración del principio general de no dañar a otro⁷¹⁵. En estos casos, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial de nuestro TS existirá una yuxtaposición de las responsabilidades contractual y extracontractual⁷¹⁶, que dará lugar a acciones que pueden

⁷¹⁴ A ellas se refiere nuestra jurisprudencia en SSTS de 30 de noviembre de 1973 [RJ 1973, 4547], 29 de mayo y 20 de diciembre de 1978 [RJ 1978, 1919], 16 de mayo de 1979 [RJ 1979, 1831], 10 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7592] y 4 de marzo de 1995 [RJ 1995, 3132], entre otras. En la última de las sentencias citadas considera el TS que son requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1101 del Cc.: "la preexistencia de una obligación entre las partes, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a la otra parte y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos".

⁷¹⁵ En efecto, nuestro TS ha señalado en numerosas ocasiones que "no es bastante que haya un contrato (o una preexistente relación de otra naturaleza) entre las partes, para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana (extracontractual), sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado", por lo que es posible "la concurrencia de ambas clases de responsabilidades en yuxtaposición", "sin otro límite que la indemnidad del patrimonio económico" (véanse las SSTS de 9 de marzo de 1983 [RJ 1983, 1463], 10 de mayo y 19 de junio de 1984 [RJ 1984, 2405 y 3250], 16 de diciembre de 1986 [RJ 1986, 7447], 2 de enero de 1990 [RJ 1990, 30], 20 de julio de 1992 [RJ 1992, 6438], 1 de febrero de 1994 [RJ 1994, 854], 20 de junio de 1995 [RJ 1995, 4933], 21 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 9195] y 22 de julio de 1997 [RJ 1997, 6156]). Sin embargo, dicha posibilidad, como afirma la STS de 3 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 9490] debe ser considerada excepcional.

⁷¹⁶ Sobre la concurrencia de ambos tipos de responsabilidad en nuestra doctrina véanse, entre otros, CAVANILLAS MÚGICA, S., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual: tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1995; BLANCO GÓMEZ, J. J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Madrid, 1996.

ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra, e incluso proporcionando los hechos al juzgador con el fin de que sea éste quien aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos (en aplicación de los principios *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*), todo en beneficio del perjudicado y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible⁷¹⁷. El perjudicado podrá optar en estos supuestos por ejercitar la acción de responsabilidad contractual o la extracontractual, habiendo consagrado nuestra jurisprudencia el principio de unidad de la culpa civil⁷¹⁸.

En consecuencia, resulta conveniente realizar una referencia inicial a los supuestos en los cuales el solicitante del informe ve insatisfecho su interés en el cumplimiento de la prestación a la que la entidad de crédito se obligó al contratar. Con posterioridad, serán

⁷¹⁷ SSTS de 6 de octubre de 1992 [RJ 1992, 7529], 15 de febrero de 1993 [RJ 1993, 771], 5 de julio, 27 de septiembre y 29 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 5602, 7307 y 9165], 20 de junio de 1995 [RJ 1995, 4933], 15 de junio de 1996 [RJ 1996, 4774], 19 de mayo de 1997 [RJ 1997, 3885] y STS de Navarra de 17 de mayo de 1993 [RJ 1993, 4064].

⁷¹⁸ Véanse, entre otras, las SSTS de 24 de marzo y 23 de diciembre de 1952 [RJ 1952, 1209 y 2673] y la de 1 de febrero de 1994 [RJ 1994, 854]. Nuestra jurisprudencia, por aplicación del principio de unidad de culpa civil, sostiene, al igual que la doctrina civilista actual, que "sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La "causa petendi" que con el "petitum" configura la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico". A pesar de que tal doctrina jurisprudencial es mayoritaria, en contra se manifiesta la STS de 18 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7544], salvo que no se haya alegado norma alguna y se hubiera dejado a la actividad del órgano jurisdiccional la determinación de la norma aplicable. El TS basa su pronunciamiento en las diferentes características de ambos tipos de responsabilidad. Sobre el empleo de un concepto unitario de culpa por nuestro TS, SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y derecho procesal*, 5ª ed., Madrid, 1989, págs. 71 y ss.

objeto de nuestra atención los títulos de imputación del incumplimiento a la entidad de crédito, y la determinación y cuantificación del daño producido, así como la necesaria relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño ocasionado al solicitante del informe.

A) SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR UN INFORME COMERCIAL BANCARIO.

La mayor parte de los casos en los cuales cabe constatar que la entidad de crédito ha incumplido el contrato de prestación de informes comerciales bancarios son supuestos en los cuales se detecta la prestación de un informe incorrecto o manifiestamente falso. Dicho informe, al ser tomado como fundamento de importantes disposiciones patrimoniales por su solicitante, produce daños que deben ser indemnizados. Si bien cabría reconocer igualmente la existencia de incumplimiento por la ausencia de prestación⁷¹⁹, por no haber prestado la entidad de crédito el informe comercial cuando se había obligado a ello, el primer supuesto es el más común en la práctica.

Hipotéticamente cabría pensar que la entidad de crédito se obliga, al prestar el informe, a proporcionar una información rigurosa y exacta (en cuando correspondiente con la verdadera situación del

⁷¹⁹Como señalamos con anterioridad (vid. cap. II, 2ª parte), consideramos que el contrato es consensual y, por ello cabría reclamar el cumplimiento forzoso de la prestación. Si se considerara que el contrato fuese real, no cabría dicha posibilidad, puesto que para su perfección se requiere la entrega.

sujeto sobre el cual se informa). Pero no es éste, sin embargo, el parámetro que sirve para determinar la corrección del informe, puesto que no debe necesariamente referirse a todos los aspectos relevantes para formar un juicio sobre el sujeto sobre el cual versa. Por el contrario, los informes comerciales bancarios suelen contener en realidad una impresión o valoración que la entidad deduce de los datos de los que dispone, normalmente por las relaciones que ambos han mantenido. En principio, no se exige a la entidad de crédito que realice una investigación exhaustiva sobre la situación económica del sujeto respecto del que ha accedido a prestar un informe. Entre otros motivos⁷²⁰, ello es debido a que, en el supuesto de tratarse de datos de personas físicas, la legislación sobre protección de datos impone algunos controles y obligaciones de información y notificación a dichos sujetos⁷²¹.

Puede encontrarse igualmente un fundamento a dicha postura en la teoría general de las obligaciones y contratos, a través del concepto de inexigibilidad de la prestación, al entender que la posibilidad de cumplimiento debe medirse conforme al principio de buena fe. De este modo, la prestación devendría imposible cuando el

⁷²⁰Entre los que podemos mencionar que al tratarse de una información solicitada con urgencia, implícitamente se entienden excluidas ulteriores investigaciones que exijan un plazo de tiempo más largo, debiéndose, en todo caso, tener en cuenta los conocimientos que el informante debe ya poseer. Ello se aplica sobre todo a los supuestos de consejos o pareceres, en los cuales se integra como contenido la concepción personal que tiene el informante (MONTEIRO, F. J. Sinde, *Responsabilidade por conselhos...*, op. cit., pág. 387).

⁷²¹En Alemania, dicho principio encuentra su fundamento en el Nr. 7 de los Principios para el procedimiento de emisión de informes bancarios entre entidades de crédito. En cuanto a los principios inspiradores de la legislación sobre protección de datos, que resultarían de aplicación a la emisión de informes comerciales bancarios, véase cap. III de esta Segunda parte de nuestro trabajo.

resultado perseguido no pudiera ser realizado a no ser con medios excepcionales para el tipo de relación de que se trate⁷²².

El informe comercial bancario se refiere, por tanto, a la situación subjetiva de conocimiento del cliente que posee la entidad informante, o más exactamente, la concreta sucursal que proporciona la información. Se trata, por tanto, de la valoración que de su cliente posea la entidad de crédito, formada a través de la experiencia adquirida por la entidad en sus relaciones con el mismo. En consecuencia, no será considerado defectuoso el informe cuando los datos y conocimientos poseídos por la entidad de crédito hayan sido utilizados correctamente en su redacción, sin que hubiera podido evitar el desconocimiento de otros datos relevantes. Por lo tanto, de estas manifestaciones se extrae la conclusión de que el parámetro de corrección exigible al informe bancario no es objetivo, sino subjetivo, refiriéndose, por tanto, a la fidelidad con la que la entidad de crédito ha plasmado en el informe su conocimiento del cliente⁷²³. Se trata, por tanto, como afirma CANARIS⁷²⁴, de que el informe comercial bancario

⁷²² En la doctrina italiana, MENGONI, L., "Obbligazioni di "risultato"...", op. cit., págs. 282 y 283; VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, op. cit., págs. 83 y ss.; en nuestra doctrina, JORDANO FRAGA, F., "Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español", ADC 1985, pág. 324. En contra, BIANCA, C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, op. cit., págs. 168 y 169, quien niega que de la aplicación del art. 1176 Cc. italiano, norma sobre la corrección en el desarrollo de la relación obligatoria, pueda deducirse una reducción del contenido de la prestación del deudor.

⁷²³ En este sentido, en la doctrina alemana, véanse BRUCHNER, H.; STÜTZLE, R., *Leitfaden zu Bankgeheimnis...*, op. cit., págs. 113 y ss.; SCHEERER, H.-P., "Probleme der Haftung der Kreditinstitute für die Erteilung von Auskünften in Deutschland und Frankreich unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsfreizeichnungsklauseln", en LUTTER, M., KOLLHOSSER, H., y TRUSEN, W., *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Bärmann zum 70. Geburtstag*, München, 1975, pág. 803, quien señala que el informe será incorrecto cuando de datos correctos se hubiera extraído una conclusión incorrecta conforme a los principios de valoración o cuando no se hubiera informado sobre hechos conocidos.

⁷²⁴ CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, op. cit., Rdn. 81 a), pág. 47.

será siempre defectuoso cuando las conclusiones extraídas por la entidad de los datos relativos al cliente sobre el cual informa contradigan las reglas de la lógica o de la sana crítica (*Denkgesetze*) y las máximas generales de la experiencia (*allgemeine Erfahrungssätze*). Será apreciable, por tanto, la culpa de la entidad de crédito en estos casos. Asimismo, podrá incurrir en responsabilidad la entidad de crédito cuando la ausencia de datos suficientes sobre el cliente sea debida a su falta de diligencia.

En relación con la delimitación de lo que deba entenderse por informe "correcto" se ha planteado en Alemania la posibilidad de que la solicitud de un informe comercial sobre un cliente a una sucursal bancaria, implique para ésta un deber de informar acerca de todos los datos que sobre el mismo se contengan en las diferentes sucursales de la entidad de crédito en cuestión. La doctrina se ha mostrado contraria al reconocimiento de tal obligación, apoyándose tanto en el secreto bancario interno de la entidad, como en principios inspiradores de la legislación de tratamiento de datos personales⁷²⁵. Se ha señalado, en tal sentido, que la sucursal requerida debe simplemente enunciar en el contenido del informe que el cliente sobre el cual informa es titular de operaciones en otras sucursales de la propia entidad -siempre que pueda acceder a dichos datos a través de los sistemas de información internos-, remitiendo al destinatario del informe a las mismas. Si la sucursal requerida tuviese conocimiento de que los datos existentes en otras sucursales de la entidad son de gran relevancia para el

⁷²⁵WAGNER-WIEDUWILT, K., *AGB der Banken Kommentar*, op. cit., págs. 1/12 y ss.

destinatario de la información, deberá advertírselo de forma idónea y comprensible⁷²⁶.

B) DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER DEFECTUOSO O FALSO DEL INFORME.

El informe, para ser correcto, debe corresponderse con el conjunto de informaciones sobre el cliente existentes en la sucursal que recibe la solicitud de información, cuando no se encargue un departamento general en la entidad de crédito de la prestación de dicho tipo de servicios. De gran importancia es el reflejo en el informe, de forma especialmente clara y adecuada, de todos aquellos datos que puedan dar una imagen desfavorable del cliente, con el fin de indicar al destinatario de la información que su actuación debe ser cautelosa o que, al menos, debe recabar datos procedentes de otras fuentes. En este sentido, la jurisprudencia alemana consideró incorrecto un informe en el cual la entidad había comunicado a su destinatario la concesión de un importante crédito al cliente sobre el cual se informaba, previa aportación de las debidas garantías, pero sin

⁷²⁶ Dicho deber de la sucursal bancaria a la cual se ha solicitado la información responde al principio general de buena fe que informa el cumplimiento de los contratos, y, con particular relevancia, de los contratos bancarios. En efecto, el principio de buena fe, por medio de sus aplicaciones jurisprudenciales (véase *supra* Capítulo III de la primera parte) ha desarrollado una labor integrativa de la autonomía privada fundando los denominados deberes de protección (en este sentido, VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, op. cit., pág. 91). Una de las manifestaciones de tales deberes está constituida por los deberes de información, dentro de los cuales se integra a su vez el deber de advertencia o aviso a la contraparte (en este sentido, en la doctrina alemana, véase HORN, N., "Die Aufklärungs- und Beratungspflichten...", op. cit., pág. 140).

realizar advertencia alguna sobre su rescisión⁷²⁷, que se había producido con anterioridad a la emisión del informe.

Del mismo modo, la incorrección del informe puede provenir en muchas ocasiones de su carácter incompleto. Así sucede cuando la entidad hace referencia a la propiedad de inmuebles por el sujeto sobre el cual informa, pero oculta la existencia de gravámenes sobre los mismos, con el consiguiente perjuicio para el destinatario que confía en que dichas propiedades garanticen los créditos concedidos o la realización de otro tipo de disposiciones patrimoniales en favor de aquél. Por lo tanto, en todo supuesto en el cual se muestre por la entidad una inexistente situación de solvencia estaremos ante un informe incorrecto⁷²⁸.

El informe comercial bancario, a pesar de contener expresiones generales y ofrecer una visión global de la situación económica del sujeto sobre el cual informa, no debe en ningún caso inducir a error a la persona a quien va destinado. El carácter equívoco del informe podría derivarse de afirmaciones como la de haber contemplado para su elaboración el último balance de la sociedad sobre la que se

⁷²⁷BGH NJW 79, 1595= WM 79, 548. El BGH estimó en esta ocasión que no resultaba suficiente la expresión de que el cliente se hallaba en una situación de iliquidez momentánea, puesto que en el supuesto que dio lugar al litigio, el cliente ya no estaba en situación ni de pagar sus facturas ni de hacer efectivos los cheques previamente librados en el momento de prestar el informe comercial. Los tribunales alemanes ha aludido también a otros supuestos de informes defectuosos. En la sentencia BGH WM 74, 685, el litigio surgió en torno a un caso en el cual la entidad de crédito había comunicado que el sujeto sobre el cual informaba había actuado siempre conforme a lo estipulado en el contrato, cuando, bien al contrario, y a pesar de las advertencias expresas de la entidad, había sobrepasado desde tiempo atrás el crédito concedido sin aportar suficientes garantías.

⁷²⁸OLG Oldenburg WM 87, 836.

informa, demostrando de este modo que se proporciona una visión completa de la realidad económica de dicha sociedad⁷²⁹.

No obstante, cabe que la entidad proporcione un informe incompleto, pero simultáneamente manifieste a su destinatario esta circunstancia, de tal modo que quede advertido de la conveniencia de realizar ulteriores averiguaciones. En estos supuestos, cuando el destinatario del informe confíe en el mismo sin cerciorarse de la exactitud de las afirmaciones que contiene, ha estimado la jurisprudencia alemana que deberá soportar las consecuencias para él perjudiciales derivadas de una decisión equivocada fundada en dicho informe⁷³⁰. Del destinatario del informe es de esperar también una actuación diligente, en el sentido de poder extraer las conclusiones correctas del contenido del informe comercial bancario⁷³¹.

Las consideraciones que anteceden no conducen, sin embargo, a reconocer toda oscuridad en la redacción del informe como defecto del mismo. Las entidades de crédito suelen ser muy cautelosas en la redacción de los informes comerciales bancarios, e incluso parcas en la expresión de las opiniones que sustentan sobre sus clientes. De ahí, como ya hemos apuntado, la necesidad de exigir una actuación también diligente a su destinatario⁷³².

⁷²⁹BGH WM 85, 381.

⁷³⁰BGH NJW 89, 2882= WM 89, 1409, 1412= ZIP 89, 1250= WuB I B 4.-2. 89 con nota de PETERHOFF.

⁷³¹En Alemania, en sentencia OLG Frankfurt WM 85, 253= WuB I B 4.-1.85 con nota de A. WEBER, el Tribunal estimó que si la pregunta fundamental de la solicitud del informe se refiere a si el cliente sobre quien se informa puede asumir un crédito comercial por un montante de un millón de marcos, y en el informe la entidad no se pronuncia, ello debe entenderse como una respuesta negativa a la asunción de un crédito contra dicho sujeto por el importe indicado.

⁷³²Resultan muy gráficas las Sentencias alemanas BGH WM 61, 510; BGH WM 71, 817, en las cuales se señala que el solicitante del informe deberá ser capaz de "leer

C) CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA ENTIDAD DE CRÉDITO POR LA EMISIÓN DE UN INFORME COMERCIAL BANCARIO.

La prestación por la entidad de crédito de un informe falso o inexacto puede ocasionar daños al solicitante que confía en su contenido. Sin embargo, ello no basta para poner en marcha el mecanismo de la responsabilidad. Es necesario, además, que el daño sufrido por el destinatario del informe sea imputable a la entidad de crédito, de modo que se conecten la prestación del informe con el resultado lesivo para su destinatario⁷³³. Como es sabido, los títulos de imputación de responsabilidad se corresponden con un comportamiento incorrecto del deudor, bien por carecer de la diligencia adecuada, en cuyo caso estaremos ante un supuesto de incumplimiento culpable, bien por estar su conducta dirigida consciente y voluntariamente a evitar el cumplimiento, supuesto de comportamiento doloso⁷³⁴.

entre líneas" (*zwischen Zeilen lesen*).

⁷³³En este sentido, JORDANO FRAGA, F., "Las reglas generales de la responsabilidad contractual...", op. cit., pág. 351, quien subraya que "para establecer la responsabilidad en modo definitivo, el incumplimiento definitivo o "imputable", no basta ni la culpa en las obligaciones de medios, ni la falta de resultado en las de resultado, sino que en ambos casos ha de procederse ulteriormente al juicio de responsabilidad (o imputabilidad) que presupone la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, y en el que se juzga con arreglo a las normas generales de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Cc. y el límite general de la responsabilidad en ellas establecido".

⁷³⁴Como afirma la STS de 11 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3658], "para que un obligado a hacer algo (cualquiera que sea el título -legal o contractual- originador de su obligación) le puedan ser exigibles las consecuencias previstas para el caso de su incumplimiento, es requisito ineludible que éste (el incumplimiento) sea reprochable o atribuible a un acto voluntario (doloso o culposo) del propio obligado".

1. La culpa.

La culpa de la entidad de crédito adquiere, por otra parte, especial relevancia si consideramos que la obligación que asume por el contrato de prestación de informes comerciales es una obligación de medios. En efecto, en este tipo de obligaciones la culpa determina la existencia de incumplimiento del deudor. Si se entendiera, por el contrario, que la obligación es de resultado, la culpa no serviría como criterio de determinación del comportamiento del deudor, de modo que sería la existencia o no del resultado el que determinaría si ha existido o no cumplimiento⁷³⁵, si bien, claro está, con el límite de la imposibilidad objetiva establecido en el art. 1184 Cc.⁷³⁶. Esta última consideración ha perdido, sin embargo, gran parte de su relevancia si se observa la tendencia jurisprudencial a aplicar la presunción de culpa del deudor también en las obligaciones de medios, ya que de este modo, en la práctica los efectos de una obligación de medios se igualan a los propios de una obligación de resultado⁷³⁷.

⁷³⁵MONTÉS PENADÉS, V. L., "El incumplimiento de la obligación", op. cit., pág. 183.

⁷³⁶En este sentido se manifiesta MENGONI, L., "Obbligazioni "di risultato"...", op. cit., pág. 202, al afirmar que "en realidad la afirmación de que la ausencia objetiva del resultado final determina sin más el incumplimiento en las obligaciones de resultado, prescindiendo de cualquier otra investigación sobre la diligencia empleada por el deudor, es verdadera sólo en cuanto el deudor no pruebe encontrarse en una situación de imposibilidad objetiva de cumplir". En nuestra doctrina, véase JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 460 y 461.

⁷³⁷En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, op. cit., pág. 314; en la doctrina italiana se plantea también la equiparación de efectos a que ha conducido la jurisprudencia LATTANZI, R., "La tutela dei dati personali dopo la ratifica...", op. cit., pág. 229, nota 38. En un sentido contrario, dando sobre todo relevancia a la diligencia exigible en todo tipo de obligaciones, llega a defender BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, op. cit., págs. 190 y ss., que la obligación de obra está constituida jurídicamente como una obligación de actividad del deudor, que cumple realizándola, y no como una obligación de resultado, ya que éste no cualifica jurídicamente la obligación.

Interesa, por tanto, determinar cuándo estaremos ante una actuación culposa de la entidad de crédito en la emisión de la información solicitada. La entidad deberá emplear la diligencia exigible en la consulta de las fuentes de la información, así como en la obtención de conclusiones y valoraciones generales de los datos obtenidos. En el supuesto, bastante común como ya hemos apuntado, de que en el informe se contengan simultáneamente las opiniones o valoraciones que sobre el cliente o sobre la operación a realizar por el solicitante de la información tenga la propia entidad informante, se atenderá a la corrección lógica de las conclusiones a las que llegue la entidad de crédito, considerados tanto el nivel de conocimientos técnicos que sobre la materia posea, como la existencia de datos previos en su poder.

Como es bien sabido, en nuestro sistema el deudor será responsable en tanto no pruebe la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor. Se admite la relevancia de la culpa⁷³⁸, de tal modo que el acreedor demandante podrá fundar su demanda en la falta de diligencia del deudor, siempre que sea reconocible en éste la infracción del deber de esfuerzo que le es exigible con el fin de conservar la posibilidad de cumplimiento de la prestación⁷³⁹.

⁷³⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., pág. 608. En efecto, como afirma JORDANO FRAGA, F., "Las reglas generales de la responsabilidad contractual...", op. cit., pág. 297, "el deudor sólo deja de responder probando su diligencia (exclusivamente ésta) cuando el contenido de la obligación consiste en una prestación de un *facere* diligente (obligaciones de actividad). Pero entonces, el deudor no está dando una prueba liberatoria (que presupone la ausencia de un cumplimiento defectuoso como ya probado por el acreedor), sino que está probando el cumplimiento de su obligación".

⁷³⁹ En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., pág. 608. Se trata del concepto de "diligencia promotora" acuñado por BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, op. cit., págs. 175 y ss., de modo que la diligencia tiene aquí una función

El modelo de diligencia (entendida como no-culpa) propuesto en nuestro ordenamiento en el art. 1104 Cc., cuando no se señale otra cosa, es el correspondiente al buen padre de familia⁷⁴⁰. No obstante, el precepto citado permite, en su primer párrafo, adecuar la diligencia exigible a la naturaleza de la obligación, así como a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Esta última previsión intenta ajustar el nivel de diligencia exigible al caso concreto⁷⁴¹, mientras el modelo tradicional de conducta del buen padre de familia se encuentra recogido en el párrafo segundo del art. 1104, si bien con ciertas concreciones o modificaciones, según manifiesta la doctrina⁷⁴².

meramente instrumental, al posibilitar la realización de otra actividad de naturaleza distinta que es la prestación, conforme al art. 1104 Cc.

⁷⁴⁰El modelo instaurado por el art. 1104 de nuestro Cc., al igual que el art. 1176 del Cc. italiano, hace referencia al nivel medio de diligencia en cada caso, tanto al del hombre medio, como, en su caso, al profesional medio, si bien afirma FERRI, G., "La diligenza del banchiere", BBTC 1958-I, pág. 2, que la media debe tomarse con tendencia al nivel superior de diligencia exigible, si bien no porque en este caso se trate de una entidad de crédito, sino porque el modelo instaurado por el Cc. cumple también una función ética. Se trata, en palabras de JORDANO FRAGA, F., "Las reglas generales de la responsabilidad contractual...", op. cit., pág. 305, del carácter deontológico de la diligencia del buen padre de familia, puesto que "aquello que se exige del deudor no es lo que normalmente se practica en el tráfico, sino aquello que la conciencia social -de la que se hace intérprete la jurisprudencia- considera racionalmente como debido, justamente exigible de un profesional tipo".

⁷⁴¹Como afirma JORDANO FRAGA, F., "Las reglas generales de la responsabilidad contractual...", op. cit., pág. 304, se trata de una diligencia objetiva ("determinación del comportamiento debido al margen de las aptitudes subjetivas del deudor"), lo que no es incompatible con su carácter elástico, en el sentido de dar cabida en la valoración de la conducta debida a las diversas circunstancias en que se produce. Nuestro TS, por aplicación del principio de unidad de la culpa civil, define la culpa extracontractual con base en dicho precepto, y en este sentido podemos citar las SSTs de 24 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10656] y 7 de julio de 1997 [RJ 1997, 5508], disponiendo esta última que "la culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a bienes ajenos".

⁷⁴² Para BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, op. cit., pág. 266, el contenido del art. 1104, 2º Cc. modifica sólo de forma parcial el modelo de conducta tradicional propio del Derecho intermedio, que hacía referencia al no profesional. Frente al sistema antiguo, que se descomponía en

La posibilidad de adaptar el nivel de diligencia exigible a la obligación que en concreto es asumida por el deudor, nos permite plantear cuál es la diligencia que la entidad de crédito debe emplear en la prestación de un informe comercial bancario. Parece que no podrá simplemente tratarse de la propia del buen padre de familia, sino que resultará exigible un nivel superior de diligencia, la correspondiente al "bonus argentarius", esto es, la diligencia media que deban observar las entidades de crédito en el desarrollo de sus actividades⁷⁴³. A pesar de que el objeto principal de las entidades de crédito no sea la prestación de informes comerciales, como ocurre, por el contrario, con las agencias de informes o los investigadores mercantiles, no puede negarse que la materia sobre la cual deben informar forma parte de su labor cotidiana, en cuanto que el análisis de la solvencia y de los

dos modelos, el común de los hombres para hacer referencia a la intensidad mínima y el del padre de familia para señalar la media y la máxima, el sistema establecido por el Código mantiene sólo el grado de la diligencia media, representada por la propia del buen padre de familia. En cambio, manifiesta CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art. 1104 Cc.", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., Tomo XV, vol. 1, Madrid, 1989, págs. 615 y ss., que en realidad lo que se produce es una concreción del modelo de diligencia del buen padre de familia para adaptarlo a las circunstancias del caso concreto.

⁷⁴³En este sentido se pronuncia SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C., "La responsabilidad de las entidades de crédito...", op. cit., pág. 2432, quien afirma para apoyar su posición que "no parece que ni legal ni prácticamente se dé igualdad de posición jurídica entre las entidades de crédito y sus clientes; las entidades de crédito son empresarios organizados para una actividad concreta, de gran importancia económica, a los que se les exige una cualificación superior al de otras actividades y de esta forma les es exigible una responsabilidad adecuada a dicha actividad, no sólo desde el punto de vista administrativo, mediante las sanciones impuestas por la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención, sino en su relación negocial con sus clientes". La autora citada califica sin ninguna duda la responsabilidad de la entidad de crédito como responsabilidad profesional; su diligencia debe ser la de un profesional experto y no la de un *bonus pater familiae*. En el mismo sentido, CACHÓN BLANCO, J. E., "La relación jurídica de asesoramiento del Mercado de Valores...", op. cit., pág. 127. Sobre la diligencia de las entidades de crédito en sus relaciones contractuales, véase *supra*, Capítulo II de esta segunda parte.

riesgos que puede asumir un determinado sujeto, persona física o jurídica, constituyen el presupuesto de las operaciones crediticias⁷⁴⁴.

También en el ordenamiento italiano el criterio de la diligencia exigible, consagrado en el art. 1176 Cc. italiano⁷⁴⁵, constituye el elemento esencial para determinar la ausencia de culpa en el deudor ante el incumplimiento de la prestación⁷⁴⁶. Ello es debido a que el art. 1218 Cc. italiano viene interpretándose en el sentido de que probado el hecho del incumplimiento, al deudor corresponde probar, no que tal cosa se deba a una causa que no le es imputable, sino que actuó con

⁷⁴⁴Esta consideración podría basarse en algún pronunciamiento jurisprudencial, por cuanto el TS, en sentencias de 20 de mayo y 15 de julio de 1988 [RJ 1988, 4318 y 5717], considera que la diligencia de las entidades de crédito debe ser la de un comerciante experto, pues estima nuestro Alto Tribunal que su actividad requiere una cierta cualificación y experiencia.

⁷⁴⁵ El art. 1176 del Cc. italiano encuentra sus precedentes inmediatos en el art. 1224 del Codice de 1865 y en el art. 1137 del Cc. francés. VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, op. cit., págs. 120 y ss., describe, sin embargo, las novedades que el citado precepto supone respecto de las otras dos normas que constituyen sus antecedentes. Respecto del art. 1224 del Codice de 1865, señala, de un lado, que mientras este precepto se encontraba situado en el capítulo relativo a los efectos de las obligaciones, el art. 1176 se encuentra en sede de cumplimiento de las mismas, junto a las restantes normas reguladoras de las modalidades de cumplimiento. De otro lado, se suprime el reenvío a la regla de la diligencia en el depósito y a los supuestos en los cuales la diligencia debía apreciarse con mayor o menor rigor. Por último, el art. 1176, 2º alude a la diligencia exigible en el cumplimiento de una prestación profesional, que vendrá determinada por la naturaleza de la propia actividad, si bien se generaliza la regla de la diligencia del buen padre de familia a todas las obligaciones, como hacía su antecesor, el art. 1224 del Codice de 1865.

⁷⁴⁶Efectivamente, como afirma VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, op. cit., pág. 91, mientras la regla de buena fe reúne el carácter de fuente de integración del contrato, el concepto de diligencia supone una cualificación de la conducta del deudor de la prestación. El art. 1175 Cc. italiano recoge el concepto de buena fe en sentido objetivo, en tanto el art. 1176 contempla la regla de diligencia, siendo, por tanto, imposible una coincidencia entre ambos conceptos. En las decisiones de los tribunales, además, como afirma la autora citada, el concepto de buena fe ha desarrollado una función integrativa de la autonomía privada fundando los denominados deberes de protección, en tanto la diligencia desarrolla actualmente sólo la función de medida del cumplimiento en las prestaciones susceptibles de ser apreciadas cualitativamente (págs. 158 y 159).

toda la diligencia exigible con el fin de cumplir la obligación asumida⁷⁴⁷.

En efecto, el sistema consagrado en el Cc. italiano responde a un esquema concreto⁷⁴⁸. Cuando la prestación del deudor sea posible en sentido objetivo, no parece existir ningún problema para compatibilizar las normas de sus arts. 1218 y 1176. Por el contrario, cuando se verifique la imposibilidad objetiva de la prestación, ello constituirá una causa de extinción de la obligación (cfr. art. 1256 Cc.

⁷⁴⁷Como puede apreciarse, se plantea un conflicto interpretativo entre los arts. 1218 y 1176 Cc. italiano, del cual se ha ocupado extensamente la doctrina de este país. Como afirman BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, págs. 259 y ss., y BIANCA, C. M., "La autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale", en *Studi in onore di Gaetano Zingali*, Vol. III, *Diritto Privato e Storia del Diritto*, Milano, 1965, pág. 162, las normas parecen a simple vista contradictorias. Mientras la primera de ellas impone al deudor el cumplimiento con la diligencia del buen padre de familia, parece que debería excluir la responsabilidad cuando se hubiese podido evitar el incumplimiento y satisfacer el interés del acreedor sólo con un esfuerzo diligente superior al normal, relacionando así los conceptos de responsabilidad y culpa. La segunda norma, por el contrario, sanciona que el deudor es responsable por el incumplimiento si no prueba la imposibilidad sobrevenida. De este modo se establece que, mientras sea posible la prestación, el obligado responde del incumplimiento cualquiera que haya sido su esfuerzo diligente y, por ello, independientemente de la existencia o no de culpa. En el mismo sentido, FERRI, G., "La diligenza del banchiere", op. cit., págs. 7 y ss.

Para BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., págs. 48 y ss. y 113 y ss., el art. 1176 establece un criterio de valoración para las prestaciones de diligencia y para aquella actividad instrumental que en las obligaciones de resultado debe desarrollar el deudor en la ejecución de la obra. El criterio, sin embargo, aun cuando es necesario, no es decisivo, puesto que el deudor no puede pretender liberarse de responsabilidad demostrando haber desarrollado diligentemente la actividad instrumental que le era requerida. El verdadero límite de responsabilidad se encuentra en el art. 1218, que prevé la imposibilidad objetiva, es decir, aquella que no depende de condiciones particulares del obligado, de impedimentos relativos a su persona o a la esfera interna de su economía individual. Dicha imposibilidad objetiva deberá, a su vez, adaptarse al tipo de relación obligatoria ante la cual nos encontremos.

Por otra parte, para MENGONI, L., "Obbligazioni di "risultato"...", op. cit., págs. 185 y ss., el precepto sobre la diligencia del buen padre de familia no pone un límite diverso de responsabilidad, sino que la negligencia valdrá como ulterior fundamento de imputabilidad del deudor únicamente en el caso en el cual la prestación deviniese objetivamente imposible.

⁷⁴⁸CANNATA, C. A., "Dai giuristi ai Codici, dai Codici ai giuristi...", op. cit., pág. 237.

italiano), por lo que originará responsabilidad en el deudor únicamente cuando le sea imputable a título de culpa (art. 1218 del Cc. italiano), esto es, cuando el deudor hubiera infringido el deber de diligencia. De este modo, la culpa aparece como fundamento de la responsabilidad, pero no en cuanto directamente conectada con el incumplimiento, sino como criterio de imputación de la imposibilidad de la prestación al deudor.

En ambos ordenamientos, al igual que ocurre en la delimitación del modelo del buen padre de familia, la diligencia exigible en el ámbito profesional se corresponderá, aun tratándose de una diligencia objetiva, a la diligencia media en el sector profesional al cual pertenece el deudor. La doctrina ha manifestado, sin embargo, que la referencia al buen padre de familia constituye una mención imprecisa, de tal modo que si la diligencia se entiende en el sentido de culpa, debería contener igualmente el concepto de impericia⁷⁴⁹. En consecuencia, los arts. 1104 del Cc. español y 1176 del italiano, más que una definición de la culpa contienen una definición de los deberes en cuya violación se concreta la culpa⁷⁵⁰.

⁷⁴⁹Señala CANNATA, C. A., "Dai giuristi ai Codici...", op. cit., págs. 240 y ss., que en las prestaciones técnicas la única considerada es la culpa entendida como impericia. El art. 1176, 2º Cc. italiano recoge la circunstancia de que se responda por negligencia en relación con la impericia, considerándose como apéndice del art. 1176, 2º el propio art. 2236 Cc. italiano, relativo a la responsabilidad de quien está obligado a realizar una obra. En el mismo sentido, FERRI, G., "La responsabilità del banchiere", op. cit., pág. 3, para quien en las actividades profesionales, diligencia no significa solamente cuidado, solicitud, sino también utilización y aplicación correctas de los conocimientos técnicos, esto es, pericia; y JORDANO FRAGA, F., "Las reglas generales de la responsabilidad contractual...", op. cit., pág. 307.

⁷⁵⁰CANNATA, C. A., "Dai giuristi ai Codici, ...", op. cit., págs. 240 y ss. En nuestra doctrina, MONTÉS PENADÉS, V. L., "La responsabilidad por incumplimiento", op. cit., pág. 206.

2. El dolo.

Junto a la conducta culposa de la entidad de crédito, ésta puede haber actuado de forma consciente con la finalidad de proporcionar una información falsa. Dicha circunstancia agravatoria puede apreciarse con claridad cuando la entidad de crédito ostente un interés notorio en conseguir el pago de deudas que contrajo con ella el sujeto sobre quien versa el informe. La entidad de crédito espera que con el crédito obtenido o los beneficios que aporte el posible negocio motivado por un informe excesivamente favorable y que no corresponde a la real situación del sujeto sobre el cual versa, sean satisfechas dichas deudas.

En realidad, en el sistema de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones instaurado por nuestro Cc., el dolo aparece, no como elemento integrante del incumplimiento y de la lesión del derecho de crédito, ni tampoco como un presupuesto de la facultad del acreedor para exigir el resarcimiento, sino como criterio de agravación de responsabilidad⁷⁵¹. De este modo, en materia civil se define el dolo como la consciencia en el deudor de que su

⁷⁵¹En este sentido DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., pág. 612; JORDANO FRAGA, F., "Las reglas generales de la responsabilidad contractual...", op. cit., pág. 397; MONTÉS PENADÉS, V. L., "La responsabilidad por incumplimiento", op. cit., pág. 207, quien si bien señala que "el dolo se aproxima a los supuestos en que el obligado se comporta de modo contrario a la buena fe en cuanto la situación de mala fe aparece también presidida por la conciencia de ocasionar al acreedor un daño injusto, colocarle en una situación de injusta lesión y no adoptar las medidas necesarias para la exclusión de tal daño", subraya simultáneamente que la prueba es distinta en cada caso: la del dolo se realiza mediante la demostración de la actividad especialmente reprobable del deudor; la mala fe, mediante la demostración de que el deudor pudo conocer, actuando con la diligencia media, las consecuencias de su actuación. Nuestro TS reconduce la idea de mala fe al dolo en el ámbito del art. 1107 Cc., norma que entiende igualmente aplicable al ámbito de la responsabilidad extracontractual (STS de 24 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 6362]).

comportamiento provoca o puede provocar un daño, sin que éste adopte las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo⁷⁵².

En todo caso, siempre responderá la entidad de crédito cuando haya actuado de forma dolosa en la prestación de informes, bien en su propio interés, bien en el del sujeto sobre quien informa. Sin embargo, en estos casos, el solicitante de la información se encontrará con el problema de la necesaria prueba del dolo para que pueda ser efectiva su concurrencia como circunstancia agravatoria de responsabilidad⁷⁵³. Sólo en este caso, entrará en juego la previsión del art. 1107 Cc., relativa a que el deudor de mala fe responderá de todos los daños que de su actuación hayan derivado⁷⁵⁴.

Dado que la voluntad pertenece al arcano íntimo de la conciencia, la prueba de la concurrencia de dolo resultará difícil para el solicitante del informe. No obstante, determinadas circunstancias pueden facilitar dicha prueba, como puede ser la existencia de un interés directo por parte de la entidad en proporcionar un informe

⁷⁵²DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., pág. 612.

⁷⁵³ En efecto, como señala la STS de 8 de junio de 1995 [RJ 1995, 4637], con cita de las de 14 de junio de 1963 [RJ 1963, 3057] y 21 de mayo de 1982 [RJ 1982, 2586], el dolo nunca se presume, sino que requiere, al tratarse de una cuestión de hecho, una cumplida prueba. Sin embargo, ello no impide la posible admisión de la prueba de presunciones, cuando exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano (cfr. art. 1253 Cc.).

⁷⁵⁴ Como afirma CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, pág. 91, no es necesaria la prueba del dolo para conseguir el resarcimiento, puesto que para ello es suficiente únicamente con la prueba del incumplimiento, sino que lo es para conseguir un resarcimiento integral, de modo que "es, pues, a estos limitados y circunscritos efectos a los que debe reducirse la común y sobreentendida afirmación de que corresponde al acreedor la prueba del dolo del deudor, sin que resulte lícito extender la misma fuera del estricto campo del ámbito de la responsabilidad que afecta a aquél cuando por hecho que le es imputable se ha desencadenado el incumplimiento de la obligación".

favorable con el fin de estimular el ingreso de bienes o dinero en el patrimonio del sujeto sobre el cual informa.

La doctrina alemana ha enunciado igualmente diversos supuestos de actuación dolosa de las entidades de crédito en la prestación de informes comerciales bancarios. Se trata de casos en los cuales, bien existe un interés directo en la prestación del informe falso, bien se ocultan datos relevantes, o éstos no son comprobados suficientemente con anterioridad al momento en que es proporcionado el informe⁷⁵⁵.

En todo caso, se debe subrayar que en el ámbito civil el dolo, como circunstancia agravatoria de responsabilidad, determina exclusivamente la posibilidad de que el acreedor de la prestación se vea resarcido en su integridad⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ En este sentido, SICHTERMANN, H., *Bankgeheimnis und Bankauskunft*, op. cit., págs. 403 y 404. Al último de los supuestos mencionados se ha referido igualmente alguna sentencia (BGH WM 79, 428), señalando que la actuación será considerada también dolosa cuando los informes hayan sido emitidos sin la más mínima diligencia, completamente a la ligera, asimilando así la culpa "grave" al dolo (*culpa lata ad dolo aequiparatur*).

⁷⁵⁶ En este sentido, Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi-contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., revisada y puesta al día, Madrid, 1994, pág. 216; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. II*, op. cit., pág. 612. No obstante, en nuestra doctrina se ha subrayado que el término "conocidamente" contenido en el art. 1107, II Cc. debe interpretarse en el sentido de que los daños de que habla el precepto no pueden ser otros que los derivados necesariamente del incumplimiento (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Comentario al art. 1107", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 60), de tal modo que en la práctica se produce una unificación del régimen establecido para "el deudor que incumple por culpa y quien incumple por dolo" (así, CARRASCO PERERA, Á., "Comentario al art. 1107 Cc.", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., Tomo XV, vol. 1, Madrid, 1989, pág. 751).

D) EL DAÑO RESARCIBLE.

Conviene, por tanto, determinar qué daños serán los indemnizables por la entidad de crédito que ha proporcionado un informe sin emplear la diligencia exigible. Conforme al art. 1106 Cc. son indemnizables tanto el daño emergente (pérdida sufrida por el solicitante del informe) como el lucro cesante (ganancia dejada de obtener). El daño vendrá representado para el solicitante del informe por toda situación desventajosa en que "se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito, que no puede medirse únicamente, de acuerdo con los postulados de la llamada teoría de la diferencia, por la diferencia entre el valor de su patrimonio antes y después de la lesión, sino que exige una comprobación más amplia de la situación patrimonial entera"⁷⁵⁷. En todo caso, el propio hecho del incumplimiento es considerado por algunos pronunciamientos jurisprudenciales⁷⁵⁸, como constitutivo en sí mismo de un perjuicio para el acreedor de la prestación.

El daño causado por el informe comercial inexacto o falso ha de ser un daño patrimonial provocado por las disposiciones patrimoniales equivocadas realizadas por su destinatario confiando en

⁷⁵⁷DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., pág. 683. Sobre los criterios de delimitación del daño contractual resarcible, véase PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art. 1902", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991, págs. 1985 y ss., y, en concreto, sobre el ámbito de protección del contrato, SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Pamplona, 1998, págs. 39 y ss.

⁷⁵⁸SSTS de 9 de mayo y 27 de junio de 1984 [RJ 1984, 2403 y 3438], 26 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4852] y 25 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7432].

el juicio de valor emitido por la entidad de crédito. Es común la emisión de informes comerciales bancarios con anterioridad a la concesión de créditos, a la participación en capital de sociedades así como en la conclusión de negocios. Los daños surgen, por lo general, porque el contratante o el deudor entran en quiebra o concurso, o en situación de iliquidez tal que les impide hacer frente a sus obligaciones⁷⁵⁹.

Podemos afirmar, como se desprende del art. 1106 Cc., que podrán integrar el daño tanto las pérdidas efectivamente sufridas por el destinatario del informe, como las ganancias que haya dejado de obtener. En todo caso, los daños deberán ser acreditados al menos de modo razonable, de tal modo que no bastará con acreditar pérdidas dudosas o contingentes⁷⁶⁰. En consecuencia, el perjudicado se enfrentará con la necesidad de probar los daños, así como la dificultad de su cuantificación, por la trascendencia de las operaciones económicas respecto de las cuales puede haber servido de base el informe comercial bancario.

Especialmente problemático será el cálculo de las ganancias dejadas de obtener, por la dificultad que entraña determinar si efectivamente el curso de los acontecimientos se hubiera desarrollado de ese modo⁷⁶¹. La doctrina y la jurisprudencia recurren a conceptos

⁷⁵⁹Véanse las sentencias alemanas BGH 73, 1015; BGH WM 79, 548, 550.

⁷⁶⁰SSTS de 22 de junio de 1967 [RJ 1967, 2926], 30 de junio y 30 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 5340 y 9222], 29 de septiembre de 1994 [RJ 1994, 7026], 12 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9601] y 8 de junio de 1996 [RJ 1996, 4831].

⁷⁶¹Como señala la STS de 17 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 10282], para el reconocimiento del lucro cesante se requiere, no sólo la posibilidad de haber podido obtener ganancias en caso de no haberse producido el evento (también SSTS de 6 de mayo y 22 de junio de 1967 [RJ 2283 y 2926] y 25 de abril de 1970 [RJ 1970, 2044]), sino también su apreciación restrictiva, de tal modo que "ha de probarse rigurosamente que

como los de ganancia probable⁷⁶² o curso normal de los acontecimientos⁷⁶³, que resultarán de gran utilidad en los casos en los cuales podamos contar con precedentes para valorar el curso normal de las ganancias en el futuro⁷⁶⁴. Mayores problemas planteará el cálculo del lucro cesante cuando se trate de una nueva actividad económica, puesto que en estos casos únicamente se podrá recurrir a "las ganancias verosímilmente probables atendiendo el curso normal de los acontecimientos, utilizando, prudentemente, los módulos que ofrezcan otros negocios similares en la misma zona o en una zona parecida"⁷⁶⁵.

se dejaron de obtener las ganancias, sin que sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas; además, según la misma doctrina, ha de guardar la debida relación de causa a efecto".

⁷⁶² De este modo, la STS de 21 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7235] afirma que, probada la existencia de pérdidas, para su cuantificación se han de "aplicar criterios de razonable probabilidad, de forma que el juicio de valor obtenido sea lo más próximo a lo que podía resultar realidad cierta y comprobada, de acuerdo con el desarrollo normal que corresponde a los acontecimientos".

⁷⁶³ Conforme dispone la STS de 16 de junio de 1993 [RJ 1993, 5272], "el art. 1106 del Código Civil establece el lucro cesante como concepto indemnizable (ganancia dejada de obtener), pero su determinación, tanto en su misma existencia como en la cuantía en que se cifre, ha de ser objeto de una apreciación ponderada por su misma naturaleza, ya que ha de estar fundamentada en hechos de realización posible (no imaginarios ni utópicos), o, como dice una autorizada doctrina, aplicando criterios de probabilidad, de acuerdo con lo que se puede llamar el curso normal de los acontecimientos" (véanse en el mismo sentido, SSTs de 22 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 10108] y 24 de abril de 1997 [RJ 1997, 3396], comentada por SABATER BAYLE, E., CCJC 1997, nº 45, págs. 961 y ss.).

El BGB recoge igualmente una norma sobre la integración del lucro cesante en el daño indemnizable, estableciendo su § 252 que el lucro cesante será aquel beneficio que probablemente podía ser esperado según el curso normal de los acontecimientos, atendiendo en especial a las circunstancias concurrentes conforme a las medidas y previsiones adoptadas.

⁷⁶⁴ Así, en la STS de 3 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 9999], por no haber ocupado ciertas plazas hoteleras que se habían reservado con anterioridad, o en la STS de 9 de febrero de 1993 [RJ 1993, 697], por el sueldo que como funcionario hubiera obtenido de no haber solicitado la excedencia que fue motivada por el ofrecimiento de otro puesto de trabajo que posteriormente no le fue otorgado.

⁷⁶⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., pág. 687. En efecto, este parece ser el criterio de apreciación de los daños en el concepto de lucro cesante en la STS de 7 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3890], si bien en este caso se aplicó la facultad moderadora de la

En consecuencia, tanto el daño emergente como el lucro cesante serán indemnizables, siempre que hayan sido probados⁷⁶⁶, si bien el ámbito de resarcibilidad de los mismos puede ser diferente según estemos ante un deudor de buena o mala fe. En efecto, en el primer caso, únicamente responderá de los daños previstos o que hubieran podido preverse en el momento de celebración del contrato; en el segundo, de todos los daños derivados de su actuación, consiguiendo el acreedor un resarcimiento total. Ello no quiere decir, sin embargo, que se excluya, en el supuesto de concurrencia de dolo o culpa en el deudor, la necesidad de existencia de un nexo causal entre el hecho del incumplimiento y el daño⁷⁶⁷. Por el contrario, en caso de que exista otra causa que haya dado lugar al mismo, la relación de causalidad

indemnización contenida en el art. 1103 Cc. La apreciación del lucro cesante se basó en dos informes periciales, calculando la media de ambos el tribunal y condenando al pago de su mitad al demandado en uso de su facultad moderadora del "quantum" indemnizatorio.

⁷⁶⁶ Sobre la necesidad de probar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, SSTS de 17 y 24 de julio de 1990 [RJ 1990, 5944 y 6179], 22 de abril de 1991 [RJ 1991, 3017], 5 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2391], 6 de abril y 29 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 3415 y 9816], 1 de abril y 9 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 2875 y 8787]. No obstante, cuando de los hechos probados se desprenda necesariamente la existencia del daño, no es preciso acreditar su realidad además de la de los hechos que inexcusablemente lo han causado, puesto que "en los casos de incumplimiento contractual no ha de exorbitarse la prueba de los daños cuando los mismos se pueden apreciar como necesariamente derivados de los hechos base del incumplimiento y de la propia naturaleza de la expectativa que se ha visto frustrada" (STS de 26 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4852]).

⁷⁶⁷ Los órganos jurisdiccionales germánicos se han referido en numerosos pronunciamientos al tema de la relación de causalidad entre la emisión del informe y el daño derivado de la misma. Si en un razonamiento lógico se llega a la conclusión de que el destinatario del mismo no hubiera realizado disposiciones patrimoniales erradas si la información hubiera sido correctamente emitida por la entidad de crédito, existirá dicho nexo causal. Para apreciarlo, bastará que al menos la información haya contribuido a la producción del daño, sin que se excluya el nexo causal por el hecho de que su destinatario hubiera consultado otras informaciones en sentido contrario (BGH WM 73, 1015; BGH NJW 79, 1595=WM 79, 548; BGH WM 62, 1110; BGH WM 79, 428). Corresponderá, en todo caso, a la entidad de crédito, la prueba de que la proporcionó de forma correcta, de acuerdo con los datos y medios a su alcance (BGH NJW 79, 1595= WM 79, 548; BGH WM 85, 381).

queda excluida y el deudor, aún doloso, no estará obligado al resarcimiento de estos daños⁷⁶⁸.

La prueba del nexo de causalidad es el principal problema ante el cual se enfrenta el destinatario del informe comercial, ya que el tribunal competente, en su caso, podrá siempre mantener que se dejaba a la libre determinación del destinatario de la información la posibilidad de actuar o no conforme al contenido del informe recibido. Por ello, el órgano jurisdiccional deberá considerar el grado de preparación del sujeto que solicitó la información, su experiencia en el campo comercial, la seguridad o no que el informe haya podido crear en el destinatario, así como las posibilidades de realización del riesgo teniendo en cuenta la actuación negligente de la entidad de crédito. Se entiende, por lo general, que el nexo de causalidad estará suficientemente probado cuando se trate de informes extremadamente favorables y proporcionados sin ninguna reserva, que inciten claramente al destinatario a contratar con el sujeto sobre el cual solicitó la información.

Partiendo de esta base, serán indemnizables, a nuestro juicio, aquellos gastos y consecuencias desventajosas derivadas de la prestación del informe falso o incorrecto que hayan llevado a su solicitante a contratar cuando de otro modo no lo hubiera hecho, a exigir menos garantías para la concesión de un crédito confiando en la buena situación económica del sujeto, o a incluir cláusulas contractuales distintas a las que hubiera acordado atendiendo a una situación diferente de la contraparte.

⁷⁶⁸DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., pág. 690.

E) POSIBILIDAD DE MODERAR LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN.

El hecho de que, como hemos apuntado, el art. 1107 Cc. establezca un ámbito más limitado de daños resarcibles en favor del deudor de buena fe, no impide que en el momento de cuantificar los daños, sea aplicable por el tribunal de instancia una ulterior moderación. Dicha moderación no debe entenderse de la responsabilidad, sino de la cuantía de la indemnización⁷⁶⁹, una vez han sido valorados los daños⁷⁷⁰. Por tanto, al amparo del art. 1103 del Cc. cabe ponderar las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho y moderar la cuantía de la indemnización en beneficio del deudor que ha incurrido en culpa⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ En efecto, como afirma la STS de 26 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1731], "la concurrencia de conductas (más que la compensación de culpas) permite atribuir proporciones en la causación del daño y, como consecuencia, en la obligación de resarcirlo mediante la indemnización", añadiendo la de 16 de enero de 1991 [RJ 1991, 297], que la compensación no es de culpas, "como incorrectamente se dice de ordinario sino que la compensación se produce al efectuar la liquidación de las consecuencias del evento dañoso en cuyo acaecimiento han concurrido, como causa eficiente o adecuada, en mayor o menor grado, la culpabilidad del agente material productor del mismo y la de la propia víctima o perjudicado" (véanse también las SSTS de 28 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3940], 18 de julio de 1994 [RJ 1994, 6446], 1 de julio de 1995 [RJ 1995, 5423]); 23 de febrero y 25 de septiembre de 1996 [RJ 1996, 1587 y 6655] y 11 de julio de 1997 [RJ 1997, 5605].

⁷⁷⁰ No cabrá, por tanto, dicha moderación de responsabilidad cuando se reclame simplemente el pago del precio y no una indemnización por daños (al respecto, STS de 3 de octubre de 1995 [RJ 1995, 6981]).

⁷⁷¹ PANTALEÓN PRIETO, F., "El sistema de responsabilidad contractual", ADC 1991, págs. 1041 y ss., interpreta la norma del art. 1103 Cc. en un sentido restrictivo, considerándola aplicable únicamente en los supuestos de responsabilidad por incumplimiento contractual, excluyendo de su ámbito de aplicación la responsabilidad extracontractual (también en este sentido, SSTS de 15 de diciembre de 1981 [RJ 1981, 5157], 15 de diciembre de 1982 [RJ 1982, 7484] y 22 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4088]). Consideran también aplicable dicha moderación a los supuestos de responsabilidad extracontractual DÍAZ ALABART, S., "Comentario al art. 1103 del Código Civil", en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, Vol. I, Madrid, 1989, pág. 510; MONTÉS PENADÉS, V.

En el ámbito de la responsabilidad por la prestación de informes comerciales bancarios podrá moderarse igualmente la cuantía de la indemnización, sobre todo en los supuestos de concurrencia de culpa en el destinatario de la información⁷⁷², Tal proceder puede fundarse, bien en su falta de experiencia en la interpretación correcta de dichos informes, bien en no haber seguido las recomendaciones de la entidad

L., "Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el art. 1.107 CC", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, T. II, Valencia, 1995, pág. 2437.

Nuestro TS se ha referido igualmente a la aplicación del precepto únicamente cuando no concorra dolo en el agente, pudiéndose citar las SSTS de 15 de julio de 1991 [RJ 1991, 5572], 3 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 9995] y 20 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 10100]. Sin embargo, es unánime en reconocer la aplicación del precepto tanto a supuestos de responsabilidad contractual como extracontractual (véanse las SSTS de 22 de febrero de 1985 [RJ 1985, 739], 20 de junio de 1989 [RJ 1989, 4702], 7 de febrero de 1991 [RJ 1991, 1151], 20 de abril y 22 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 3103 y 10105], 24 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 6362] y 24 de junio de 1996 [RJ 1996, 4849]), señalando que, en principio, se trata de una facultad del tribunal de instancia fundada en la equidad (SSTS de 3 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 9994] y 24 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 6362]), únicamente revisable en casación en aquellos supuestos en los que su decisión resulte ilógica, injusta o fruto de un error de hecho (al respecto, SSTS de 26 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1731], 28 de mayo y 30 de julio de 1991 [RJ 1991, 3940 y 5492] 27 de julio de 1992 [RJ 1992, 6461] y 10 de abril de 1997 [RJ 1997, 2877]). Será, por otra parte, apreciada de oficio, sin necesidad de que la pida la parte demandada (STS de 5 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7020]).

⁷⁷²En el ordenamiento jurídico italiano, el art. 1227 Cc. establece igualmente la posibilidad de minorar o excluir la responsabilidad del deudor en los supuestos de concurrencia de culpa en el acreedor de la prestación que constituye el objeto del contrato celebrado, estableciendo asimismo el párrafo 2º de dicho precepto que no deberá resarcir el deudor los daños que su acreedor hubiera podido evitar haciendo uso de la ordinaria diligencia. En relación con este precepto, ha propuesto GERACI, L., "Lineamenti della responsabilità...", op.cit., pág. 195, la aplicación de la norma contenida en el art. 2236 del mismo Código, relativa a la responsabilidad de quien realiza una obra intelectual, señalando que sólo responderá por dolo o culpa grave cuando la prestación suponga la solución de problemas técnicos de especial dificultad. Sin embargo, creemos, que la norma está pensando en supuestos distintos, en los cuales la obligación del deudor se concreta en la producción de un resultado que debe ser correcto, de ahí la moderación de la responsabilidad, que será únicamente exigible cuando la actuación no diligente del deudor alcance un nivel determinado. Por otra parte, en el supuesto de informes comerciales bancarios es cuestionable que se trate de resolver problemas técnicos de especial dificultad, puesto que la valoración de la solvencia y de la situación económica de los sujetos es una actividad ordinaria realizada por las entidades de crédito, una de cuyas funciones esenciales reside en la concesión de crédito.

de consultar otras fuentes, cuando a juicio de la entidad ello fuera necesario para formarse un juicio adecuado sobre la situación del cliente.

Es exigible, por tanto, también al solicitante del informe un comportamiento diligente en la interpretación del mismo, puesto que deberá examinar y analizar correctamente todas las declaraciones de carácter general contenidas en él. Asimismo, constituirá un supuesto de concurrencia de culpa en el solicitante del informe el hecho de haber realizado una solicitud de información ambigua que no muestre claramente a qué operación o finalidad va dirigida, o bien los supuestos en los que se base en un informe obtenido con anterioridad, cuando las circunstancias del sujeto sobre el cual verse dicho informe puedan haber variado considerablemente⁷⁷³. Incluso cabe pensar que la buena fe impondría al destinatario del informe que hubiera resultado

⁷⁷³En Alemania, doctrina y jurisprudencia se han ocupado de los supuestos de concurrencia de culpa del solicitante del informe, de tal modo que éste debe ser capaz de interpretarlo correctamente (OLG Frankfurt WM 85, 253); debe contrastarlo con otros datos que pueda poseer, si bien no será necesario que realice una investigación (OLG Frankfurt ZIP 84, 976; LOCHER, T. H., *Grundlagen der Haftung einer Bank für Kreditauskünfte*, op. cit., págs. 320 y ss.); debe también ser capaz de reconocer una información prestada superficialmente (así cuando se trata de un informe telefónico); la solicitud de información debe ser clara, sin ambigüedades (WOLFF, H., "Bankgeheimnis und Kreditauskunft", op. cit., pág. 286) y determinar bien el sujeto sobre el cual se desea información, la finalidad para la cual pretende obtenerse la misma y su ámbito; intentar recabar ulterior información cuando la entidad informante así lo recomienda, o cuando analizando las circunstancias del caso se considere conveniente (SICHTERMANN, S., *Bankgeheimnis und Bankauskunft*, op. cit., pág. 416; LOCHER, T. H., *Grundlagen der Haftung einer Bank für Kreditauskünfte*, op. cit., pág. 218); en caso de duda, podrá incluso volver a solicitar el informe (BGH WM 73, 164). La moderación de la cuantía de los daños se realizará en el ordenamiento alemán al amparo del § 254 del BGB. En Francia, se reconoce igualmente la posibilidad de moderar la responsabilidad de la entidad de crédito cuando se aprecia la concurrencia de culpa en el solicitante del informe (al respecto, Sentencia del Tribunal de Nimes de 11 de enero de 1956, Banque 1956, pág. 306, con nota de MARIN, y en RTDC 1957, pág. 691 con nota de BECQUE, J., CABRILLAC, H.; Sentencia de la Cour de Cassation de 9 de junio de 1980, en Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, Chambres Civiles, IV, Nr. 241.

perjudicado una obligación de no agravar las circunstancias perjudiciales del mismo, así, por ejemplo, adoptando medidas para el aseguramiento de los riesgos asumidos⁷⁷⁴.

Llevando hasta el extremo estas conductas del solicitante del informe comercial bancario, podría llegar a existir culpa exclusiva por su parte, lo cual supondría la inexistencia de responsabilidad en la entidad de crédito. Así, cabría pensar en un supuesto en el cual, a pesar de haberse proporcionado un informe favorable sobre un determinado sujeto, el solicitante del informe que deseaba concederle un crédito, procede a celebrar dicho contrato pero no exige garantías adecuadas, o cualesquiera otros casos en los cuales el solicitante del informe adoptara una conducta manifiestamente negligente que no pudiera entenderse derivada de la valoración sobre el sujeto efectuada por la entidad de crédito.

Distinto del supuesto que nos ocupa es la posible aplicación de la *compensatio lucri cum damno* a la emisión de informes comerciales por las entidades de crédito⁷⁷⁵. En realidad, creemos que lo

⁷⁷⁴ Aunque en un ámbito bien distinto, como es el de actividades de construcción de las que derivan daños para terceros, la STS de 29 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8361] reconoce que el dañado debe abstenerse de conductas que agraven su situación en un cálculo de previsibilidad normal, según la naturaleza de aquéllas, de tal modo que dicha circunstancia deberá tenerse igualmente en cuenta para determinar el importe de la indemnización.

⁷⁷⁵ Los tribunales alemanes se han referido a la aplicación de la *compensatio lucri cum damno* en algún supuesto de informes comerciales bancarios (BGH NJW 92, 1599= ZIP 92, 1297). Un empresario al cual no le fue abonado el suministro de mercancías que había realizado previamente solicitó a una entidad de crédito un informe sobre el deudor. El informe proporcionado por la entidad de crédito resultó excesivamente positivo y el solicitante del informe realizó un ulterior envío. Señaló el tribunal que si con posterioridad a dicho ulterior envío, no hubieran sido tampoco pagadas las mercancías, se habría ocasionado un daño evidente al solicitante de la información. Pero si, por el contrario, tras el segundo envío, el deudor abonó el importe correspondiente al primero, ello debería considerarse como efecto positivo del informe,

que ocurre en muchos de los supuestos en que se ha reconocido la operatividad de dicha "compensación", no es que se descuente del importe de los daños el de los efectos positivos del incumplimiento, sino que los daños cuantificables e indemnizables son los efectivamente causados y que si existen efectos positivos, en su misma proporción, no podrá existir daño⁷⁷⁶.

F) LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN O LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

Como ya señalamos al justificar la contractualidad de los informes comerciales bancarios⁷⁷⁷, la inclusión de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad ha sido considerada por algunos autores como prueba de la inexistencia de consentimiento contractual por parte de la entidad de crédito. Sin embargo, como también indicamos podría tratarse de indicios de la existencia del mismo⁷⁷⁸. En realidad, lo que se pretende con la inclusión de las cláusulas es limitar la responsabilidad de la entidad informante, quien no desea correr excesivos riesgos, dados tanto el carácter gratuito que

de tal modo que la entidad de crédito podrá probar que a través del ulterior envío de mercancías se saldaron deudas que de otro modo hubieran permanecido impagadas.

⁷⁷⁶ CRISTÓBAL MONTES, Á., *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., pág. 261.

⁷⁷⁷Vid. supra Capítulo II de la segunda parte.

⁷⁷⁸ De hecho, la posibilidad de incluir cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad constituye uno de los elementos característicos de la responsabilidad contractual frente a la extracontractual o aquiliana o la responsabilidad legal (cfr. art. 1591 Cc.). En este sentido, STS de 18 de octubre de 1995 [R] 1995, 7544], que hace referencia a las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad con carácter de *obiter dictum*.

por lo general tiene su prestación de información, así como la materia sobre la cual versa el informe.

Con la intención de lograr una total exoneración de responsabilidad, las entidades de crédito suelen emitir sus informes con la advertencia de que el destinatario deberá comprobar igualmente por sus propios medios la real situación del sujeto sobre quien se informa, exonerándose en consecuencia de responsabilidad la entidad emisora. Se trataría, por tanto, de una cláusula de exoneración de responsabilidad, cuya validez, si bien no podría negarse *a priori*, no abarcaría en ningún caso los supuestos de concurrencia de dolo o culpa grave en la actuación de la entidad de crédito⁷⁷⁹.

En nuestra doctrina la admisión de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad no es unánimemente reconocida. Algunos autores defienden que no cabrán cláusulas de exoneración de responsabilidad, no sólo en caso de dolo (por el contenido expreso del art. 1102 Cc.⁷⁸⁰), sino tampoco en el de culpa⁷⁸¹. Por el contrario, otros representantes de nuestra doctrina se muestran partidarios, en el marco de los límites que a la autonomía de la voluntad impone el art.

⁷⁷⁹ANCEL, P., "Die Erteilung von Bankauskunften...", op. cit., pág. 127. Sobre cláusulas de exoneración de responsabilidad en el ámbito de la contratación bancaria, puede verse, en la doctrina francesa, VÉZIAN, J., *La responsabilité du banquier*, op. cit., Nr. 311, pág. 235. Véase igualmente la Sentencia de la Cour de Cassation de 22 de abril de 1977, Sala de lo Comercial, Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, Chambres Civiles, IV, Nr. 107.

⁷⁸⁰Al igual que el § 276 BGB.

⁷⁸¹En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F., "Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", ADC 1982, págs. 987 y ss.; también GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, op. cit., pág. 523, quien consideraba, con anterioridad a la LGDCU, que las cláusulas limitativas de responsabilidad de los bancos, eran nulas por cuanto contravenían los principios generales de los contratos impuestos tanto por el art. 57 del C. de co. como por los arts. 1255 y ss. del Cc. Sobre los límites de validez de las cláusulas limitativas, véase también JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 360 y ss.

1255 Cc., de reconocer la eficacia de dichas cláusulas en los supuestos de culpa, que no caen dentro de la órbita del art. 1102 Cc.⁷⁸².

Esta última posición se ve matizada por la inclusión de las cláusulas de exoneración en contratos de adhesión o condiciones impuestas a la parte adherente, de tal modo que resulten, en su caso, aplicables las normas de la LGDCU o de la nueva LCGC, que califican dicho tipo de cláusulas como abusivas y las sancionan con la nulidad⁷⁸³.

Las cláusulas de limitación de responsabilidad, de otro lado, no presentan tantos problemas de validez, aun cuando la problemática derivada de las mismas se presenta a la hora de determinar su operatividad, ya que pueden ir dirigidas a moderar la cuantía del

⁷⁸²DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., pág. 616. Sin embargo, estima JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 362 y 363, que no cabría una cláusula exoneratoria por culpa grave, puesto que la equiparación de dolo y culpa grave tendría en estos casos una eminente razón práctica, dada la dificultad de su distinción, "ya que el límite entre ambos conceptos sólo se puede establecer indagando la voluntad interna del sujeto deudor, voluntad que, en definitiva, es inescrutable. De modo que si se consintiera la exoneración también por culpa grave (además de menoscabar, en términos absolutos, la tutela del crédito hasta límites insatisfactorios), la incerteza de la determinación (prueba) del dolo sería siempre una ventaja que jugaría a favor del deudor doloso, que lograría así exonerarse en supuestos teóricamente prohibidos (dolo) pero prácticamente tolerados, al subrogarse, por la aludida dificultad probatoria, en los pactos admitidos (sobre la culpa grave)".

⁷⁸³SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C., "La responsabilidad de las entidades de crédito...", op. cit., pág. 2447. En el ordenamiento italiano, son los arts. 1341 y 1469 bis-sexies Cc. italiano los que se encargan de establecer los controles de las condiciones generales y la calificación de las cláusulas como abusivas. En concreto, el art. 1341, 2º de dicho Código impone la necesaria aprobación expresa por escrito de las cláusulas limitativas de responsabilidad incluidas en condiciones generales para reconocer su validez. Por su parte, en el art. 1469-bis del mismo cuerpo legal se establece un elenco no exhaustivo de cláusulas consideradas abusivas en las relaciones entre el profesional y el consumidor (persona física), entre las que pueden citarse las relativas a excluir o limitar las acciones por incumplimiento o por cumplimiento defectuoso del contrato. En el mismo sentido se pronuncia la nueva D.A. 1ª LCGC.

resarcimiento a que el acreedor puede tener derecho, o bien establecerse en orden a las causas de que derive la responsabilidad o a las clases de culpa que den lugar a ella.

En el ámbito de los informes comerciales bancarios, adquieren relevancia sobre todo las citadas en segundo lugar, dirigidas a graduar la responsabilidad mediante expresa determinación de la clase de diligencia que el deudor debe prestar en el cumplimiento, que entrarían dentro del ámbito del art. 1104 Cc.. También destacan aquellas cláusulas limitativas que delimitan los supuestos en los que responde la entidad informante (si no se integran en condiciones generales), siempre y cuando persigan liberar al deudor de la responsabilidad nacida de un incumplimiento debido a circunstancias extrañas a su control, pero que no constituyan en rigor caso fortuito⁷⁸⁴.

Normalmente, las entidades de crédito incluyen cláusulas de limitación de responsabilidad, conforme a las cuales se les exige una diligencia menor a la habitual en su actividad, pero sin que ello pueda suponer en ningún caso que no esté obligada a prestar el informe con la diligencia debida⁷⁸⁵.

En nuestra jurisprudencia se mantiene la no validez de las cláusulas exoneratorias de responsabilidad sobre la base de su prohibición en el art. 10, c) de la LGDCU⁷⁸⁶, cuando el cliente es consumidor. En los demás supuestos, podría entenderse que incluso

⁷⁸⁴Al respecto, véase DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, op. cit., pág. 617.

⁷⁸⁵En este sentido, VÉZIAN, L., *La responsabilité du banquier...*, op. cit., Nr. 311, pág. 235.

⁷⁸⁶Norma que ha sido modificada por la D. A. 1ª de la reciente Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

las cláusulas limitativas de responsabilidad serían nulas, si se mantiene que la entidad de crédito asume un riesgo profesional, que permite la exigencia por sus clientes de una cualificación adecuada para la actividad que se realiza. En consecuencia, únicamente cuando dichas cláusulas recogiesen causas de exoneración (culpa o negligencia del cliente, negligencia en la custodia de efectos comerciales, etc.) podrían considerarse válidas⁷⁸⁷.

IV. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO FRENTE AL SUJETO SOBRE EL CUAL VERSA EL INFORME.

El ámbito de responsabilidad de la entidad de crédito no se ciñe exclusivamente a la derivada del incumplimiento contractual frente al solicitante del informe comercial bancario, sino que puede igualmente incluir la reclamación por daños entablada por el sujeto al cual se refiera la información proporcionada.

Las respuestas que en otros ordenamientos se han dado a la naturaleza de la responsabilidad derivada de informes falsos o inexactos, o incluso, de aquellos que pudieran vulnerar el deber de discreción que afecta a las entidades de crédito, pueden clasificarse en dos sistemas diferentes: el germánico, donde, a causa de las especiales características de su sistema de responsabilidad por acto ilícito, se ha intentado incluir la responsabilidad frente al sujeto sobre el cual se informa dentro de la órbita del contrato estipulado con la entidad de

⁷⁸⁷SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C., "La responsabilidad de las entidades de crédito...", op. cit., pág. 2447.

crédito, y los ordenamientos de origen latino, donde la atipicidad del ilícito permite sin más problemas la inclusión del supuesto dentro del cauce de la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

En efecto, en los ordenamientos de origen latino, caracterizados, como ya hemos indicado, por la atipicidad del hecho productor de responsabilidad por acto ilícito⁷⁸⁸, existe práctica unanimidad en la consideración de que la responsabilidad en estos casos es de naturaleza extracontractual.

⁷⁸⁸No obstante, en Italia la doctrina ha llegado a plantearse si en realidad se trata de un sistema en el cual caben infinitos supuestos que originen responsabilidad extracontractual o, por el contrario, se incluirán únicamente aquellos hechos que vulneren derechos subjetivos absolutos o una norma de protección específica (DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 2ª ed., Milano, 1967, págs. 65 y ss.; FORCHIELLI, P., Recensione "Di Cupis. Il danno. Teoria generale della responsabilità civile, 2ª ed., Milano, 1967", RDC 1967-I, pág. 529), posición que en un primer momento fue negada mayoritariamente por la doctrina (así, SACCO, R., "La ingiustizia di cui all'art. 2043", nota a la Sentencia del Tribunal de Apelación de Palermo de 11 de junio de 1959, Foro padano 1960, cols. 1420 y ss.; CIAN, G., *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, págs. 133 y ss.; RODOTÀ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, págs. 79 y ss.; SCHLESSINGER, P., "La ingiustizia del danno nell'illecito civile", JuS 1960, pág. 340; BUSNELLI, F. D., "Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per "fatto ingiusto", RDC 1969-I, pág. 433; CENDON, P., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, pág. 479; ALPA, G., *Il problema della atipicità...*, op. cit., págs. 48 y ss.).

Una posición que parece realizar una interpretación de los arts. 2043 y ss. del Código Civil italiano acorde con el origen de las normas, es la mantenida por FANELLI, G., "Un originale caso di responsabilità aquiliana", nota a la Sentencia de la Corte di Appello de Bologna de 17 de octubre de 1952, Foro It. 1953-I, col. 422. Para este autor la prohibición general del *neminem laedere* tiene como contenido un genérico deber de corrección, que, según los casos, se concreta en una obligación de respeto de los derechos de otro. Dichos derechos, aun cuando los más relevantes son aquellos protegidos por las normas penales, son innumerables, correspondiéndose con todas las posibles formas de contacto y de relación entre las partes.

Sin embargo, los tribunales italianos mantiene una fundamentación en apariencia contradictoria, por cuanto, si bien de una parte consideran que la responsabilidad por la emisión de informes falsos es extracontractual, reconduciéndola a la regla general del *neminem laedere*, de otra, reconocen la existencia de un *numerus clausus* de supuestos que pueden dar lugar a dicho tipo de responsabilidad (también apoya esta posición RAINIERI, F., "Bankgeheimnis und Haftung...", op. cit., pág. 154).

Así, en Italia, con independencia de que la obligación de informar tenga o no carácter contractual, la doctrina se muestra unánime en la consideración de que el sujeto sobre el cual versa el informe suministrado por la entidad de crédito únicamente podrá exigir resarcimiento por los daños que hubiera sufrido por el cauce de la responsabilidad extracontractual (arts. 2043 y ss. del Cc. italiano)⁷⁸⁹. La entidad de crédito responderá frente al tercero perjudicado por las informaciones tanto a título de dolo como de culpa, debiendo, quien ha sufrido el daño, probar tanto la actuación dolosa o culposa de la entidad de crédito como los daños producidos por la misma.

Del mismo modo, la doctrina francesa ha estimado que el sujeto sobre quien se informó podrá exigir responsabilidad a la entidad de crédito en aquellos supuestos en los cuales el informe fuera objetivamente incorrecto o hubieran sido suministrados datos falsos⁷⁹⁰. Igualmente, podrá incurrir la entidad de crédito en responsabilidad por violación del secreto bancario si ha proporcionado datos protegidos por el mismo en el informe, es decir, si no contenía exclusivamente observaciones generales sobre la solvencia o situación financiera del sujeto sobre el cual se informa. Para la doctrina francesa no cabe entablar una acción de responsabilidad por el mero hecho de que la entidad de crédito acceda a prestar el informe, suministrándolo efectivamente, aun cuando éste no fuera favorable⁷⁹¹. Para generar la responsabilidad de la entidad de crédito bastará con una actuación negligente de la misma, como ocurre al emitir un informe basándose

⁷⁸⁹ LUMINOSO, A., "Responsabilità civile della banca...", op. cit., pág. 269.

⁷⁹⁰ VÉZIAN, J., *La responsabilité du banquier...*, op. cit., pág. 233.

⁷⁹¹ Únicamente cabrá entablar la acción de responsabilidad cuando el informe sea incorrecto. En este sentido, VÉZIAN, J., *La responsabilité du banquier...*, op. cit., pág. 236, Nr. 313.

en datos y noticias sobre un sujeto muy lejanos en el tiempo, pues había dejado de ser cliente de la entidad⁷⁹².

En nuestro país, si bien suele defenderse el carácter extracontractual de la responsabilidad en estos casos⁷⁹³, se ha manifestado alguna opinión tendente a reconocer responsabilidad por incumplimiento contractual cuando el sujeto sobre el cual se informa sea cliente de la entidad⁷⁹⁴.

En efecto, para reconocer la existencia de responsabilidad contractual es necesario que "el hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial"⁷⁹⁵. A nuestro juicio, en el supuesto normal de prestación de informes sobre solvencia, no se incumple por la entidad de crédito el contrato estipulado con el cliente sobre el cual informa por el hecho de prestar la información, puesto que del art. 1258 Cc. no puede deducirse un deber absoluto de callar sobre toda información o circunstancia conocida del cliente. La entidad de crédito podrá, en cualquier caso, proporcionar datos o informaciones que sean públicos, así como una valoración general sobre el mismo. Entendemos, por tanto, que, dado que la entidad de crédito puede proporcionar la información

⁷⁹²Al respecto, Sentencia francesa del Tribunal de apelación de París de 6 de febrero de 1975, RD 1975, pág. 318, nota de VÉZIAN, J.,

⁷⁹³SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C., "La responsabilidad de las entidades de crédito...", op. cit., págs. 2442 y ss.

⁷⁹⁴FERNÁNDEZ COSTALES, J., "Aspectos de la responsabilidad del banquero...", op. cit., pág. 3237. Si bien el autor no ofrece más explicaciones de su posición, creemos que pueda ser debido a que integra el supuesto dentro de la órbita del contrato, como vulneración de los deberes de protección (así, en su caso, si reconocemos que al contrato bancario es inherente un deber de discreción, de cautela en la transmisión de datos sobre el propio cliente) insertos en el mismo, conforme al art. 1258 Cc.

⁷⁹⁵SSTS de 9 de enero de 1985 [RJ 1985, 168], 10 de junio de 1991 [RJ 1991, 434] y 21 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 9195], entre otras.

solicitada, no incurrirá en responsabilidad contractual, sino extracontractual, porque el daño no surge en la órbita del contrato estipulado con anterioridad con el sujeto sobre el cual se informa⁷⁹⁶.

En el supuesto de que del contrato celebrado con este sujeto se derivara una obligación de silencio sobre toda circunstancia conocida del cliente, aunque se tratara de una mera valoración, podría defenderse la naturaleza contractual de la responsabilidad, pues al prestar la información se incumple una obligación contractual. Sin embargo, es una circunstancia que hay que valorar caso por caso y que no puede generalizarse para todos los supuestos⁷⁹⁷.

A) SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD.

Con carácter previo al análisis de la responsabilidad extracontractual de la entidad de crédito en la emisión de informes comerciales, conviene hacer una breve referencia a los posibles supuestos en los que cabrá una acción de responsabilidad por parte del sujeto sobre quien ha versado la información. Resulta obvio reconocer dicha posibilidad en los supuestos en los cuales la información proporcionada sea conscientemente falsa, emitida con la intención de dañar al sujeto sobre quien se informa, ya que la actuación dolosa de la

⁷⁹⁶ Ya que determinados aspectos tratados en el apartado anterior, relativo a la responsabilidad frente al solicitante de la información, son igualmente aplicables a la responsabilidad extracontractual frente al sujeto sobre el cual versa el informe, analizaremos con mayor detalle únicamente los aspectos que pueden presentar problemas más relevantes en este ámbito, como son la prueba del nexo de causalidad o el título de imputación.

⁷⁹⁷ En contra, FERNÁNDEZ COSTALES, J., "Aspectos de la responsabilidad de los banqueros...", op. cit., 3237.

entidad de crédito y los perjuicios por ella ocasionados a dicho sujeto, deberán ser objeto de resarcimiento. Del mismo modo, parece evidente que dicho sujeto podrá igualmente reclamar contra la entidad de crédito cuando el informe proporcionado no contuviese únicamente apreciaciones generales sobre su solvencia y situación económica, sino que se hubieran incluido datos concretos sobre cuentas y operaciones protegidos por el deber de secreto bancario, con la consecuente violación de la confianza depositada en la entidad de crédito por el cliente. También en este supuesto, aparece claro el fundamento de una acción de responsabilidad por parte del perjudicado, si bien podríamos hablar en este caso de responsabilidad contractual.

Sin embargo, pueden plantearse en la práctica supuestos en los cuales no resulte tan nítida la posibilidad de reclamar a la entidad de crédito, así sucederá en concreto cuando la información proporcionada, aún siendo inexacta, no haya ocasionado perjuicios al sujeto sobre quien se informa. Cabe, por tanto, plantearse si es posible reclamar una indemnización por daños y perjuicios a la entidad de crédito por la violación del deber de secreto, así como, en este caso, la posible naturaleza contractual de la responsabilidad de la entidad de crédito⁷⁹⁸.

⁷⁹⁸ Efectivamente, podría entenderse que el deber incumplido por la entidad a l proporcionar información protegida por el secreto bancario es un deber contractual o, en su caso, legal, dependiendo del fundamento que se defiende de dicho deber. En tal caso, el incumplimiento podría entrar dentro de la órbita del contrato estipulado entre el sujeto sobre el cual se informa y la entidad de crédito, si bien surgiría el problema de determinar si el fundamento de la responsabilidad pudiera ser también contractual en el caso de que no existiese dicha relación contractual entre ambos, por haber finalizado con anterioridad o por tratarse de información relativa a un potencial cliente que no llegó a contratar una operación con la entidad informante. Respecto del cliente potencial, la responsabilidad será extracontractual. Más dudas pueden presentar

B) PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: LA CULPA DEL CAUSANTE DEL DAÑO.

Es bien conocida la doctrina tradicionalmente mantenida por nuestro TS respecto de los requisitos de aplicación del art. 1902 Cc. que se funda inicialmente en el mantenimiento del criterio subjetivo de imputación del riesgo al causante (culpable) del daño. Pero también es conocida la evolución de tal planteamiento a fin de superar las considerables dificultades de prueba con las que se enfrenta el perjudicado⁷⁹⁹.

Con esta nueva tendencia doctrinal y jurisprudencial⁸⁰⁰, que pretende realizar una corrección del criterio subjetivista contenido en

aquellos que ya no son clientes de la entidad de crédito, puesto que cabría argumentar incluso que el deber de callar se mantiene con posterioridad a la extinción del contrato.

⁷⁹⁹DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones de responsabilidad civil*, op. cit., págs. 32-33; el mismo autor en *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, págs. 751 y ss. Entre los pronunciamientos más recientes podemos citar las SSTs de 8 de febrero de 1991 [RJ 1991, 1157], 21 de octubre de 1994 [RJ 1994, 8124], 2 de octubre de 1995 [RJ 1995, 6974] y 8 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7059]. Véase al respecto el análisis de la tendencia jurisprudencial que, hasta el año 1974, realiza ROGEL VIDE, C. *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976, págs. 92-100. Para el autor citado, dicha tendencia jurisprudencial tiene como caracteres básicos los siguientes: 1) Mayor rigor en la aplicación e interpretación del artículo 1104 Cc.; 2) Insuficiencia del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias; 3) Principio de expansión en la apreciación de la prueba en beneficio del más débil; 4) Presunción "iuris tantum" de culpa del agente.

⁸⁰⁰ Véanse, entre otras, las SSTs de 25 de febrero, 8 de abril, 28 de mayo y 30 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 1554, 3187, 4499 y 10559], 20 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3718], 20 de junio de 1994 [RJ 1994, 6026], 15 de febrero y 29 de mayo de 1995 [RJ 1995, 851 y 4136], 9 de febrero, 25 de marzo, 29 de mayo y 7 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 953, 2440, 4009 y 7913] y 17 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7269]. Sin embargo, la corrección de dicho criterio subjetivista únicamente se aprecia en supuestos de creación de riesgo, y suele rechazarse en los casos en que se produce infracción de deberes profesionales (al respecto, véanse DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., págs. 203 y ss.).

el art. 1902 Cc., se reducen las desventajas que para el perjudicado tenía, en el ámbito probatorio, la acción de responsabilidad civil. Dicha tendencia jurisprudencial se sirve de determinados instrumentos con el fin de permitir la exigencia de responsabilidad al perjudicado. Junto a la presunción de que el agente ha actuado con culpa, por lo cual se invierte la carga de la prueba y a él le corresponderá probar que actuó con la diligencia que le era exigible⁸⁰¹, varía el propio contenido de la prueba de la diligencia empleada, ya que no es suficiente para que la dicha prueba sea completa que demuestre haber cumplido con todos los Reglamentos y normas que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños⁸⁰². De este modo, se realiza una aplicación rigurosa del artículo 1104 del Cc. al dominio de la responsabilidad extracontractual, en el sentido de exigir al agente la diligencia que corresponda conforme a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. La jurisprudencia más moderna ha añadido a dichos criterios de delimitación de la diligencia las exigencias derivadas "del sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio"⁸⁰³.

Sin embargo, consideramos de difícil aplicación esta doctrina jurisprudencial a los supuestos de responsabilidad extracontractual

⁸⁰¹SSTS de 23 de marzo de 1968 [RJ 1968, 1840], 11 de marzo de 1971 [RJ 1971, 1239], 9 de junio y 10 de octubre de 1975 [RJ 1975, 3264, 3585 y 3586] y 26 de mayo de 1976 [RJ 1976, 2365]. Incluso en los supuestos en los cuales no pueda probarse con exactitud la causa del daño, corresponderá al agente la prueba de su propia diligencia, así SSTS de 5 de abril de 1963 [RJ 1963, 1956] y 10 de octubre de 1975 [RJ 1975, 3585].

⁸⁰²En este sentido pueden citarse las SSTS de 25 de marzo de 1954 [RJ 1954, 1001], 30 de junio de 1959 [RJ 1959, 2944], 5 de abril de 1963 [RJ 1963, 1956] y 2 de febrero de 1976 [RJ 1976, 311].

⁸⁰³Entre otras, SSTS de 28 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7750] y 3 de mayo de 1997 [RJ 1997, 3668].

derivados de la prestación de informes comerciales bancarios, debido a que no creemos que sea reconocible en ellos un riesgo objetivo como se aprecia en la mayor parte de las sentencias citadas. En todo caso, ello no obsta para que los tribunales permitan al perjudicado, ante la dificultad de la prueba de la culpa o del dolo en la entidad de crédito, la posibilidad de servirse de la prueba de presunciones⁸⁰⁴. Dicha prueba requiere, sin embargo, la de los hechos, así como del enlace preciso y directo de los mismos con la consecuencia que de ellos pretende deducirse⁸⁰⁵.

C) FORMAS DE COMPORTAMIENTO DAÑOSO: ACCIÓN Y OMISIÓN.

A través de la prestación de informes comerciales pueden causarse daños al sujeto sobre el cual se informa, tanto por una acción como por una omisión de información por parte de la entidad de crédito.

Podemos pensar, por tanto, en un supuesto en el cual la entidad de crédito, negando la información solicitada, dé a entender que el

⁸⁰⁴ Mecanismo que considera útil DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., págs. 210 y ss., con el fin de mitigar el rigor de la prueba de la culpa por parte del perjudicado. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990)", ADC 1991, págs. 907-919, alude a la doctrina jurisprudencial en otros ordenamientos. Así, en Italia existe alguna sentencia que aplica una genuina presunción de culpa, mientras en Francia se acude al concepto de *faute virtuelle* (culpa virtual), de acuerdo con la cual, de los hechos probados es posible presumir que el demandado es culpable, correspondiéndole probar que el daño es debido a una causa ajena, que no le es imputable.

⁸⁰⁵ Cfr. art. 1253 Cc. y STS de 1 de febrero de 1990 [R] 1990, 648], que diferencia la admisión de la prueba de presunciones de la aplicación de una inversión de la carga de la prueba por el tribunal de instancia.

sujeto al que se refiere la información no era solvente, cuando la situación era totalmente la contraria⁸⁰⁶. O también, en el supuesto de que emita el informe, pero no incluya en él aspectos determinantes para que el solicitante del mismo pueda llegar a obtener una imagen completa de la situación del sujeto sobre el cual se informa, y que ello resulte perjudicial para este último.

En relación con las conductas omisivas se plantea el problema de la valoración de su reprochabilidad jurídica, por lo cual cuando no sea apreciable una clara intención de dañar o la omisión de un deber legal, se deberá atender al criterio de la diligencia para su enjuiciamiento⁸⁰⁷. Será la medida de la diligencia exigible a la entidad de crédito la que determinará la relevancia o no de la omisión a efectos de su resarcimiento.

En todo caso, estemos ante una acción (si la entidad proporciona datos incorrectos o falsos) o ante una omisión (cuando oculte datos pese a conocerlos, o niegue el informe dando una imagen negativa del sujeto sobre el cual se solicitó información), el comportamiento de la entidad de crédito deberá cumplir una serie de requisitos, para incurrir en responsabilidad. En efecto, la entidad de crédito, al suministrar un informe falso o inexacto, ha debido actuar de forma antijurídica y culpable.

⁸⁰⁶ Volvería a plantearse en esta sede la cuestión de la posible infracción de deberes de protección derivados de la buena fe dimanantes de la relación contractual que puede, en su caso, vincular a la entidad de crédito con el sujeto sobre el cual informa, y, en consecuencia, la calificación de la responsabilidad en que incurre la entidad informante frente a su cliente como responsabilidad contractual.

⁸⁰⁷ En este sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 44; el mismo autor en *Tratado de responsabilidad...*, op. cit., pág. 257.

D) REQUISITOS DEL COMPORTAMIENTO DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO.

1. Antijuridicidad.

La conducta de la entidad de crédito podrá considerarse antijurídica cuando haya vulnerado un precepto legal imperativo o prohibitivo, o bien haya simplemente violado el deber jurídico genérico de no causar daño a otro (*alterum non laedere*)⁸⁰⁸. Sin embargo, puede ocurrir que aun cuando la conducta sea antijurídica no dé lugar a responsabilidad por estar amparado el agente por una causa de justificación, que vendría determinada por el ejercicio del propio derecho (si bien matizada por la teoría del abuso del derecho), por el consentimiento de la víctima, la legítima defensa o el estado de necesidad.

La única causa de justificación que aquí podría tener alguna relevancia sería la del consentimiento de la víctima, entendiendo por tal al sujeto de cuya solvencia se ha emitido una valoración. Así, cuando pueda probarse que este último conocía el tenor del informe

⁸⁰⁸ En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., "Régimen de la responsabilidad por hecho propio", en LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 1º, Parte general. Delito y cuasidelito, 2ª ed., Barcelona, 1985, págs. 500 y ss.; DE ÁNGEL YAGÚEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 258. En contra, considera PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario a l art. 1902", op. cit., págs. 1993 y ss., que la antijuridicidad no puede ser considerada en nuestro Derecho un requisito de la responsabilidad extracontractual. Y ello por dos razones fundamentalmente, puesto que, de un lado, el art. 1902 Cc. "no requiere la lesión de un derecho subjetivo absoluto del dañado", y de otro, "ni siquiera la lesión de un derecho subjetivo u otra situación jurídica (de un interés jurídicamente protegido)" es requisito para su aplicación. Para el autor citado basta con la culpabilidad de la conducta para delimitar los supuestos en que se responda extracontractualmente.

conscientemente falso o inexacto que iba a ser comunicado por la entidad de crédito, consintiéndolo o absteniéndose de impedir su comunicación, no podrá ejercitar después una acción de responsabilidad frente a la entidad de crédito por los perjuicios que dicha información le haya ocasionado. Ello, claro está, no afecta en absoluto a la relación contractual entre la entidad de crédito y el solicitante de la información, frente a quien subsistirá la responsabilidad de la entidad de crédito, y también, creemos, en este caso, del sujeto sobre el cual se informa, que dolosa o negligentemente consintió la comunicación de dicha información⁸⁰⁹.

2. Culpabilidad.

La conducta de la entidad de crédito deberá ser también culpable, consecuencia de la intención deliberada de causar daño a otro (dolo) o de su negligencia o imprudencia (culpa). La culpa extracontractual no supone, como ha manifestado la jurisprudencia, simplemente una actuación disconforme con las exigencias impuestas reglamentariamente, sino que "ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que le vengán impuestas por las circunstancias (de personas, tiempo y lugar) concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso"⁸¹⁰.

⁸⁰⁹ La responsabilidad de este sujeto podría ser precontractual, y, por tanto, exigible por la vía de la responsabilidad extracontractual, si no se hubiera llegado a concluir el negocio para el cual se solicitó la información. Podría igualmente hablarse, en caso de que se hubiera celebrado dicho negocio, de un supuesto de dolo como vicio de la voluntad, que es susceptible de anular el contrato (arts. 1265, 1269 y 1270 Cc.).

⁸¹⁰ Véanse, en este sentido, SSTS de 24 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10656] y 7 de julio de 1997 [RJ 1997, 5508]. La STS de 14 de junio de 1991 [RJ 1991, 4415] destaca que dicha diligencia exigible se corresponde con la del "buen padre de familia

La estimación del dolo supone una dificultad en materia de prueba, como es la de demostrar la intencionalidad del agente, esto es, que actuó con intención de perjudicar, pero al margen de ello no presenta mayores problemas para su apreciación en el caso concreto⁸¹¹. En todo caso, el perjudicado soportará la carga de la prueba de la culpa del causante del daño, a no ser que resulte de aplicación una inversión de la carga de la prueba, con el fin de otorgarle una posición más beneficiosa. De este modo, si no se acredita que el daño se debió a la falta de diligencia del agente, y deriva de un hecho que no se puede prever y que causó daños a terceros, resultará de aplicación el art. 1105 del Cc. para eximir a aquél de responsabilidad, ya que no se le puede exigir una prestación exorbitante para prevenir los daños o vencer dificultades que hubieran exigido sacrificios absolutamente desproporcionados⁸¹².

Por el contrario, dada la multiplicidad de conductas que pueden entrar en el ámbito de la actuación culposa, se presenta el dilema de

puntualizada en el inciso final del artículo 1104 del Código, esto es, que la persona a quien se atribuye la autoría de los daños, está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y diligencia precisas para evitarlo". Se aprecia, no obstante, en la Sentencia mencionada la aplicación de la inversión de la carga de la prueba, motivada por la creación de un riesgo que permite la corrección del criterio culpabilista sentado por el art. 1902 Cc. (véanse, en el mismo sentido, SSTS de 18 de abril y 28 de mayo de 1990 [RJ 1990, 2726 y 4089], 22 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 7018], 1 de julio de 1995 [RJ 1995, 5423] y 28 de mayo de 1996 [RJ 1996, 3859], entre otras). En otro caso, la prueba, no de la diligencia, sino de la culpa, correspondería al perjudicado, como ocurre principalmente en los supuestos en que se aprecian infracciones de deberes profesionales (SSTS de 24 de mayo de 1990 [RJ 1990, 3836], 11 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2209], 8 de octubre y 23 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 7540 y 10715] y 2 de febrero de 1993 [RJ 1993, 793], entre otras).

⁸¹¹DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 50; el mismo autor en *Tratado de responsabilidad...*, op. cit., págs. 285 y ss.

⁸¹² En este sentido, STS de 6 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3888], con cita de las de 29 de abril de 1988 [RJ 1988, 3302] y 2 de febrero de 1989 [RJ 1989, 657]. La prueba de la existencia de concausas concurrentes con la causa probada y la del caso fortuito o fuerza mayor incumbe al autor del daño (STS de 11 de octubre de 1991 [RJ 1991, 6913]).

determinar el criterio general con el cual debe medirse la culpabilidad del agente. No parece adecuado seguir el criterio expuesto por el TS en alguna resolución de atender a la diligencia que el agente hubiese debido emplear en la situación en que se produjo el daño⁸¹³, pues tal cosa supondría dejar a la apreciación subjetiva del juez en cada caso concreto la determinación de la existencia o no de culpa en el agente. Por ello, el criterio generalmente aceptado es el de la diligencia media exigible, sin perjuicio de tomar en consideración las circunstancias particulares de cada caso. Tampoco debe olvidarse que en el supuesto de profesionales, la diligencia exigible será la propia del profesional medio en el sector de que se trate.

También en relación con la culpa ha planteado igualmente la doctrina la determinación del grado de culpa susceptible de originar responsabilidad civil. Del tenor del Código (arts. 1902 y 1101 Cc.) parece desprenderse que cualquier nivel de culpa, desde el dolo hasta la negligencia leve serviría como título de imputación de responsabilidad a la entidad de crédito por la emisión de informes comerciales. En tal sentido se expresa respecto del solicitante del informe la doctrina italiana, lo que resulta razonable atendiendo al contenido del art. 2043 Cc. italiano, como manifestación del principio general *neminem laedere*. Sin embargo, la jurisprudencia de aquel país no ha compartido del todo el criterio expuesto. En tal sentido, los tribunales italianos han reconocido mayoritariamente la responsabilidad de la entidad de crédito que emite un informe falso en los casos en los cuales su actuación ha sido dolosa o, al menos, gravemente culposa, pero no han admitido la pretensión del

⁸¹³STS de 20 de febrero de 1970 [RJ 1970, 938].

perjudicado en cualquier supuesto de actuación negligente de la entidad⁸¹⁴. Fundamentalmente, han puesto de relieve la diferencia existente entre un profano que emite por cortesía una información sobre la solvencia de un tercero, al cual sólo sería exigible un resarcimiento en el supuesto de conducta dolosa⁸¹⁵, y los supuestos en los cuales es una entidad de crédito la que proporciona dicha información, por ejemplo, al comunicar la existencia o no de suficiente provisión en la cuenta contra la cual se ha librado un cheque que se ha presentado al pago a la entidad requirente del informe. En este último caso, los tribunales italianos han reconocido la responsabilidad de la entidad de crédito aun cuando la información haya sido proporcionada por una actuación culposa. Dicha circunstancia se produce, por ejemplo, cuando el empleado que proporciona la información, confiando en la solvencia (hasta ese momento siempre reconocida) del cliente, confirma la existencia de provisión sin comprobar previamente el estado de la cuenta librada⁸¹⁶.

La doctrina italiana, frente a esta gradación de la culpa establecida jurisprudencialmente, se encuentra dividida. Algunos autores plantean la dificultad de exigir la responsabilidad por conducta meramente culposa cuando la actuación no sea constitutiva de ilícito penal por fraude o engaño⁸¹⁷. Por el contrario, otros⁸¹⁸ consideran que

⁸¹⁴Señala al respecto GERACI, L., "Lineamenti della responsabilità della banca...", op. cit., pág. 198, que cuando se trata de informaciones valorativas que implican un bagaje de experiencia y de cultura del representante de la entidad de crédito, la responsabilidad aflorará conforme al art. 2236 Cc. italiano, en los supuestos de dolo o culpa grave.

⁸¹⁵Sentencias de la Corte di Cassazione italiana de 4 de junio de 1962, n. 1342, y de 7 de agosto de 1962, n. 2441.

⁸¹⁶En este sentido, Sentencia de la Corte di Appello de Bologna de 28 de julio de 1961, Giur. it. 1963-I, 2, col. 250.

⁸¹⁷SACCO, R., "L'ingiustizia di cui all'art. 2043", op. cit., col. 1441.

⁸¹⁸Entre ellos, podemos citar a TRIMARCHI, P., Voz "Illecito", en *Enciclopedia*

la actuación culposa de la entidad de crédito cuando emite un informe constituye igualmente una conducta ilícita, y pretenden moderar la responsabilidad de la misma por el carácter gratuito o "de prestación de favor o de cortesía" que caracteriza a este servicio bancario, todo ello basándose, bien en las normas que el Cc. italiano contiene respecto a la moderación de responsabilidad en los supuestos de mandato y depósito gratuito (arts. 1710, párr. 1 y 1768, párr. 2 Cc. italiano), bien en la intención del legislador manifestada a través de ellas. Para estos autores, el legislador ha entendido que en los supuestos de informaciones prestadas por cortesía su emisor desea poner límites al propio riesgo asumido al proporcionarlas⁸¹⁹.

Sin embargo, frente al criterio de gradación de la culpa, es digna de mención la postura de LUMINOSO, quien, además de afirmar como criterio general la responsabilidad de la entidad de crédito incluso cuando hubiera actuado con culpa leve, ha reclamado la necesidad de tener en cuenta las circunstancias de cada supuesto concreto⁸²⁰. Niega, por tanto, que se puedan aplicar de modo uniforme las categorías generales de imputabilidad de la responsabilidad por suministro de informaciones falsas o inexactas. De este modo, debería considerarse si la información suministrada se refiere a hechos o

del Diritto, vol. XX, Milano, 1970, pág. 105; y el mismo autor en *Istituzioni di Diritto Privato*, 2ª ed., Milano, 1975, n. 67, pág. 109.

⁸¹⁹ Contraria a esta postura se mostró la Sentencia italiana del Tribunale di Messina de 6 de julio de 1906, RDCom. 1907-II, pág. 80, con nota de ZIINO, en la cual el tribunal reconoció la responsabilidad de la entidad de crédito informante incluso por culpa leve, con independencia del carácter gratuito de la información, puesto que ello no la eximía de realizar diligentemente las oportunas averiguaciones.

Además, consideramos que dichos preceptos únicamente serían aplicables al supuesto en el cual se reconociese la existencia de un contrato de informes comerciales de carácter gratuito, al cual serían acaso aplicables por analogía las normas señaladas sobre moderación de responsabilidad relativas al depósito y al mandato gratuitos.

⁸²⁰ LUMINOSO, A., "Responsabilità civile della banca...", op. cit., pág. 261.

materias que las entidades de crédito tratan habitualmente (respecto de las cuales el cliente pueda legítimamente presumir una competencia y organización adecuadas de la entidad, esto es, pueda confiar en su profesionalidad); si la información está constituida por una noticia o dato objetivo, o si también está integrada por juicios de valor o consejos, o, todavía más, si contiene datos internos de la propia entidad, que no pueden ser verificables por el solicitante de la información⁸²¹.

De los aspectos apuntados, parece evidente que la materia sobre la cual versan los informes, esto es, la valoración sobre la solvencia o situación patrimonial de un determinado sujeto no resulta ajena al tráfico normal de operaciones realizadas por las entidades de crédito. De otro lado, el informe contendrá normalmente un juicio de valor de la entidad sobre la solvencia y, en su caso, seriedad comercial del sujeto, siendo escasos los datos objetivos contenidos en el mismo, a excepción de los necesarios para proceder a una correcta identificación del sujeto.

E) LA PRUEBA DEL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CONDUCTA DEL AGENTE Y EL DAÑO.

La prueba del nexo de causalidad entre la conducta del obligado a indemnizar y el daño ocasionado corre a cargo del perjudicado, quien en el supuesto de responsabilidad por la emisión de informes comerciales se enfrenta con el problema de demostrar efectivamente

⁸²¹LUMINOSO, A., "Responsabilità civile della banca...", op. cit., pág. 263.

que la información proporcionada fue causa directa, o una de ellas, de la producción del daño⁸²². El mismo problema de prueba del nexo de causalidad se plantea, por tanto, en relación con el solicitante del informe, porque cabe pensar que nadie obligaba al destinatario de la información a confiar en la misma ni a eludir la solicitud de ulteriores informes por otras vías para confirmar la corrección de la información solicitada⁸²³. En sede de responsabilidad frente al solicitante del informe podría argumentarse, sin embargo, que la concurrencia del nexo causal deberá apreciarse cuando, valorando la situación en la cual es encontraban la entidad de crédito y el solicitante de la información, éste no debía tener motivos para dudar de la corrección y fiabilidad del informe, entre otras razones por la voluntariedad en la

⁸²² No obstante, el TS tiende a invertir la carga de la prueba cuando se ha originado una situación de riesgo, y así corresponderá al causante del daño la prueba, en todo caso, de la interferencia en la cadena causal o bien la existencia de caso fortuito o fuerza mayor con el fin de exonerarse de responsabilidad (en este sentido, SSTS de 11 de julio y 26 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 5852 y 9047]). La STS de 5 de julio de 1991 [RJ 1991, 5568], si bien afirma que es posible dicha inversión de la carga de la prueba por aplicación de la doctrina de los riesgos, reconoce igualmente que dicha inversión no puede aplicarse de forma generalizada a todos los supuestos, así niega su posible aplicación a un supuesto de pérdida de una causa judicial, originada, no por la negligencia del defensor, sino por la falta de razón con arreglo a derecho; y las SSTS de 3 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 8570] y 2 de abril de 1996 [RJ 1996, 2984] defienden que la necesidad de prueba terminante del nexo de causalidad no puede quedar desvirtuada por aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba.

⁸²³ Afirma la STS de 23 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6060], que "la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a conocimientos normalmente aceptados; y debiendo de valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido; no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos, que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo".

emisión de los mismos y el prestigio de las entidades de crédito como depositarios y generadores de informaciones económicas.

En el mismo sentido se pronuncian la doctrina italiana y francesa, que reconocen la prueba del nexo de causalidad como el principal problema para quien pretenda hacer valer ante los tribunales el efecto dañoso provocado por la información proporcionada⁸²⁴.

⁸²⁴ En efecto, en el ordenamiento italiano, el perjudicado debe probar no sólo la culpabilidad de la entidad de crédito, sino también el nexo de causalidad entre la actuación de la misma y el daño, existiendo un plazo de prescripción de la acción de cinco años (art. 2947 Cc. italiano). La falta de prueba de dicha relación de causalidad ha llevado a los tribunales a negar la pretensión de resarcimiento planteada por el perjudicado en la Sentencia de la Corte di Appello di Bologna de 14 de abril de 1956, BBTC 1956-II, pág. 228; Sentencia de la Corte di Cassazione de 11 de octubre de 1978, Mass. Foro It. 1978, n. 4538. En cuanto a los tribunales franceses, la Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 6 de febrero de 1975, hace recaer sobre la entidad de crédito la alegación de razones de las cuales se desprenda que actuó con total diligencia y objetividad. No obstante, el pronunciamiento ha sido duramente criticado por la doctrina (así, VÉZIAN, J., en la nota a la sentencia citada, RD 1975, pág. 318).

En la doctrina se plantean, entre otros, el problema de la prueba del nexo de causalidad en relación con los informes comerciales bancarios, RAO-TORRES, G., "La responsabilità per false informazioni...", op. cit., págs. 1512 y ss.; DÖRNER, H., "Die Auskunftshaftung italienischer Banken...", op. cit., pág. 965, señala que los tribunales de instancia suelen exigir la prueba de que los daños se han producido de forma inmediata y directa, para así denegar la pretensión de resarcimiento del perjudicado frente a la entidad de crédito informante. Más recientemente, se ha pretendido mejorar la situación del perjudicado y de este modo se ha calificado la responsabilidad de la entidad de crédito como responsabilidad profesional, de modo que se propicie la inversión de la carga de la prueba (véase COMPORTI, M., "Rischio professionale della banca e responsabilità contrattuale", op. cit., págs. 36 y ss.; un pronunciamiento en tal sentido es la Sentencia de la Corte di Cassazione de 13 de julio de 1967, n. 1742, Foro It. 1967, voz "Banca e Contratti bancari", n. 52). En esta línea, ALPA, G., "Lesione della reputazione economica e circolazione di notizie inesatte", nota a las Sentencias de la Corte di Cassazione de 11 de octubre de 1978, n. 4538, y de la Corte di Appello di Milano de 11 de diciembre de 1973, Resp. civ. e prev. 1979, pág. 757, defiende la aplicación de la doctrina del "riesgo de empresa".

Sin embargo, dicha posición es criticada por MAIMERI, F., "Note in tema di benessere telefonico", op. cit., pág. 1271, así como por LUMINOSO, A., "Responsabilità civile della banca...", op. cit., pág. 263, quien no aprecia ningún dato normativo que permita apartarse del régimen probatorio ordinario establecido en los arts. 2043 y 2697 Cc. italiano.

Frente a las teorías sobre la relación de causalidad que la doctrina ha enunciado, nuestro TS ha optado en la estimación de la prueba del nexo causal por una postura realista⁸²⁵, apreciando las circunstancias propias del supuesto concreto, como así ha afirmado en la ya clásica Sentencia de 22 de octubre de 1948⁸²⁶: "En la culpa extracontractual la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido ha de inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal". Se trata, pues, como ha afirmado ALBALADEJO, de valorar la conducta del agente desde un punto de vista social⁸²⁷.

F) LA PRUEBA DEL DAÑO Y LA POSIBILIDAD DE INDEMNIZAR EL DAÑO MORAL.

Al igual que en sede de responsabilidad contractual frente al destinatario de la información, el daño deberá ser probado por el perjudicado, integrándose tanto por la pérdida sufrida como por la ganancia dejada de obtener.

⁸²⁵En este sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 97; el mismo autor en *Tratado de responsabilidad...*, op. cit., pág. 761: "la culpa de la persona que ha intervenido en la sucesión de hechos provocadores del daño ha de ser valorada desde un punto de vista social, esto es, tomando como modelo de apreciación lo que usualmente se considera fuente, origen o causa de un resultado".

⁸²⁶RJ 1948, 1212.

⁸²⁷ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, Vol. II, T. II, 10ª ed., Madrid, 1997, pág. 348.

El sujeto sobre el cual versa el informe podrá ser objeto de un perjuicio evidente cuando la información proporcionada sobre su solvencia y seriedad comercial no responda a su real situación, sobre todo porque ello pueda conducir a que el destinatario se forme una imagen más desfavorable de su situación económica. Ello puede suponer, tanto perjuicios evaluables en el patrimonio del perjudicado, como también un ataque evidente al prestigio y reputación de dicho sujeto⁸²⁸, sobre todo si se dedica a una actividad empresarial o profesional⁸²⁹. Dicho efecto perjudicial podría incrementarse si dichas informaciones inexactas fueran transmitidas a terceros⁸³⁰.

Los "daños morales"⁸³¹, en su caso, serán valorados por el juez de forma discrecional, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. La valoración será realizada conforme a las exigencias de la equidad, teniendo en cuenta que el "daño moral" es el "impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido en casos como el debatido por agresión directa al acervo extrapatrimonial o de la personalidad

⁸²⁸ Efectivamente, señala la STS de 3 de junio de 1991 [RJ 1991, 4407], que "a partir de un mismo hecho, pueden producirse simultáneamente, daños materiales que repercuten en el patrimonio del perjudicado y son susceptibles de evaluación patrimonial y un daño moral, relacionado o derivado de aquél, que alcanza a otras realidades extrapatrimoniales, bien de naturaleza afectiva, como son los sentimientos, bien referida al aspecto social de la repercusión creadora, y también abarca, en proyección de heterogeneidad, otras situaciones motivadoras de efectivos y trascendentales daños morales".

⁸²⁹ En este sentido, las SSTs de 11 de junio de 1990 [RJ 1990, 4854], 22 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2430], 20 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 10087], 27 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4135] y 24 de julio de 1997 [RJ 1997, 5765], consideran que "el prestigio profesional de una persona ha de estimarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor".

⁸³⁰ En este sentido, STS de 19 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1708].

⁸³¹ Cabría pensar también que los daños originados por la lesión del prestigio profesional o empresarial fueran, no daños propiamente morales, sino daños patrimoniales indirectos, que a través de la lesión de intereses inmateriales trascienden a valores del patrimonio (en este sentido, SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil*, op. cit., pág. 157).

(ofensas a la fama, al honor, a la honestidad), y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado⁸³².

En todo caso, al cuantificar los daños originados por la actuación culpable del agente, deberá examinarse igualmente la ulterior actuación del perjudicado, puesto que el deber de buena fe le impone abstenerse de conductas que puedan agravar su situación en un cálculo de previsibilidad normal⁸³³.

⁸³² SSTS de 31 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2956] y 23 de julio de 1990 [RJ 1990, 6164].

⁸³³ STS de 29 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8361].

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La libre competencia, como presupuesto de un correcto funcionamiento del mercado exige, desde un punto de vista económico, la circulación de informaciones. Sólo así podrán mitigarse los efectos perjudiciales de la asimetría informativa, especialmente graves en el sector financiero, debido al carácter técnico y especializado de las operaciones que en él se celebran.

SEGUNDA.- Con la finalidad principal de favorecer una cierta uniformidad del lenguaje informativo en el sector bancario, las normas sobre transparencia imponen específicas obligaciones de información a las entidades de crédito, de tal modo que ello favorezca la libre competencia al posibilitar a los clientes una elección eficiente de los servicios y empresas que más se acomoden a sus necesidades y expectativas económicas. Por lo tanto, únicamente de forma indirecta se persigue la tutela del cliente bancario.

TERCERA.- El ámbito de la información bancaria comprende igualmente el volumen de datos, informaciones y valoraciones que las entidades de crédito poseen de sus clientes o de aquellos con quienes hayan entrado en contacto sin llegar a contratar. Su posición preeminente en el sector económico las convierte en sujetos especialmente capacitados para facilitar la circulación de cierto tipo de informaciones que supondrían una mayor seguridad del tráfico comercial. La prestación de tales informaciones se incluiría como servicio cualificado en la oferta de operaciones de la entidad de crédito.

CUARTA.- No obstante, dicho servicio de información prestado por las entidades de crédito plantea, desde una perspectiva jurídica, el

problema de su compatibilidad con el secreto bancario. Ante las diferentes soluciones que a la cuestión ha ofrecido la doctrina, pensamos que el criterio delimitador debe responder a los intereses que se protegen. En todo caso, el supuesto normal de informe comercial bancario, como valoración u observación general sobre solvencia o seriedad comercial no supondría, creemos, ni siquiera un límite al deber de secreto, sino que, más bien, se desarrollaría fuera de las fronteras de dicho deber.

QUINTA.- En todo caso, el deber de secreto no resultará oponible al propio cliente de la entidad respecto de las operaciones que mantienen. Por el contrario, la normativa sectorial establece expresas obligaciones de información a cargo de las entidades de crédito, que si bien persiguen de forma directa la defensa de la libertad de competencia, producen igualmente un efecto beneficioso en la tutela de los clientes, más necesitados de información.

SEXTA.- Dichas normas, al margen de las discusiones doctrinales sobre su naturaleza y eficacia jurídico-privada, resultan aplicables por igual a todas las entidades de crédito en las relaciones con todos sus clientes. Ello no obsta para que, en atención a las especiales condiciones subjetivas del cliente, se produzca un refuerzo de las obligaciones de información, lo que, en la práctica puede conllevar un trato más favorable.

SÉPTIMA.- Es el cliente, por tanto, el que concreta el ámbito subjetivo de aplicación de las normas sobre transparencia, que no se limitan al estricto ámbito del consumidor. También la duración, intensidad o calidad de la relación de clientela determinarán la

extensión de las obligaciones de información a cargo de las entidades de crédito, que podrán considerarse reforzadas en determinados supuestos por las circunstancias propias de las operaciones (normas sobre préstamos hipotecarios o crédito al consumo) o por las exigencias del principio de buena fe.

OCTAVA.- Las normas sectoriales establecen especiales obligaciones de información en las fases precontractual, contractual y de liquidación. En todo caso, dichas informaciones deberán ajustarse a un principio de oportunidad, en el sentido de ser proporcionadas en el momento, lugar y forma adecuados para producir los efectos que persiguen.

NOVENA.- De especial importancia resultan las obligaciones de información impuestas a las entidades que actúan en los mercados de valores por la LMV y el R.D. 629/1993, que responden al principio de protección del inversor. Dicho principio encuentra sus principales manifestaciones en la separación de patrimonios entre la entidad y los inversores, y en los criterios de resolución de los conflictos de intereses. En este ámbito resulta esencial, en todo caso, garantizar la protección de los datos poseídos sobre personas y operaciones, a la vez que el uso debido de la información.

DÉCIMA.- Junto a dichas normas, se establecen reglas específicas dirigidas a regular la relación entre las entidades que actúan en los mercados de valores y sus clientes. Se dirigen, principalmente, a la obligación de entrega del documento contractual y al reconocimiento de un derecho de información en favor del cliente. La información deberá ajustarse, en todo caso, a las circunstancias de la operación

(*anlagegerechte Beratung*), así como a las concurrentes en el inversor (*anlegergerechte Beratung*). De este modo, se imponen requisitos de corrección "objetiva" y "subjetiva" de la información que debe suministrarse al inversor.

UNDÉCIMA.- No obstante, nuestro ordenamiento contiene normas dirigidas a salvaguardar los intereses de aquellos contratantes que se presuponen en inferioridad de condiciones frente al empresario oferente. En este sentido, tanto la LCGC como la LGDCU resultan aplicables a aquellos sectores de clientes bancarios que puedan incluirse en los ámbitos subjetivos de aplicación de dichas normas. De este modo, el adherente o, en su caso, el consumidor, se beneficiarán de las especiales obligaciones impuestas por las normas enunciadas.

DUODÉCIMA.- Por las propias características de la contratación bancaria, resultarán de aplicación las normas contenidas en la LCGC y la LGDCU relativas a condiciones generales de la contratación y en el supuesto de que nos encontremos ante un consumidor, sobre cláusulas abusivas. En este ámbito el principio de buena fe adquiere una especial virtualidad, como criterio de integración del contrato en el ámbito del control de interpretación y como elemento determinante, en muchas ocasiones, del carácter abusivo de una cláusula contractual.

DECIMOTERCERA.- Cabe, por tanto, plantear la posibilidad de que exista un deber general de informar a cargo de las entidades de crédito. Las especiales características de las operaciones bancarias (complejidad, novedad y riesgo), así como de la información que dentro de su ámbito se proporciona al cliente (de carácter técnico-jurídico) llevan al

establecimiento de concretos deberes de información a cargo de las entidades que ofertan este tipo de servicios. Asumen, en todo caso, un deber de advertencia sobre las operaciones de alto riesgo por sus propias características objetivas o por las especiales circunstancias concurrentes en el contratante.

DECIMOCUARTA.- De las notas de profesionalidad y confianza que distinguen la relación banca-cliente derivan igualmente obligaciones concretas de información a cargo de la entidad de crédito, que quedará sujeta, en determinados casos, a una obligación de hablar (o de informar). El reconocimiento de dicho deber de informar no exime al cliente de desarrollar una actividad diligente dirigida a obtener una información correcta y completa sobre las operaciones que celebra.

DECIMOQUINTA.- Es, por tanto, la confianza que caracteriza las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes el origen de especiales deberes de lealtad en el desarrollo y finalización de los contratos que celebren. Dichos deberes a cargo de las entidades de crédito resultan de extraordinaria importancia en contratos caracterizados por la gestión de los intereses del cliente, como la cuenta corriente bancaria o los contratos de depósito administrado de títulos valores o de gestión de carteras de valores. En ellos, la actividad informativa de las entidades de crédito ha evolucionado de tal modo que debe hablarse más bien de actividades de asesoramiento.

DECIMOSEXTA.- El elevado número de obligaciones de información a que se encuentran sujetas las entidades de crédito permite plantear la posible existencia de un deber general de informar en el ámbito de la contratación bancaria. El fundamento de dicho

deber no puede ser otro que el principio de buena fe, que en su vertiente objetiva ha desarrollado una actividad integradora de la autonomía de la voluntad mediante la creación de deberes de protección e información a cargo de los contratantes. El contenido esencial del deber de informar se encuentra, de un lado, en las particularidades técnicas de la operación y de otro, en la adecuación de la información a la propia experiencia del cliente. Fuera de estas exigencias, cabría establecer límites al mismo con el fin de no configurarlo de un modo excesivamente amplio.

DECIMOSÉPTIMA.- La información bancaria puede contemplarse también desde una perspectiva diversa. El volumen de informaciones que están a disposición de las entidades de crédito las convierte en destinatarias de demandas de información sobre sus clientes o sobre terceros. Los supuestos que pueden plantearse en la práctica son muy numerosos, sin embargo, optamos por recoger dos en concreto, en los que pensamos concurren dos circunstancias que los hacen especialmente interesantes, como son la ausencia de regulación y la escasa atención que han merecido por parte de nuestra doctrina.

DECIMOCTAVA.- La confirmación telefónica de cheques, de un lado, surgió en la práctica bancaria como medio para facilitar el abono del cheque en entidad distinta de la librada, así como para garantizar en estos supuestos la satisfacción del tenedor que lo presentaba al cobro. En la actualidad, suprimido el procedimiento de conformidades vinculantes, la prestación de información sobre la provisión se realiza normalmente sólo a efectos informativos. Dicho carácter no excluye, sin embargo, la posibilidad de exigir la responsabilidad de la entidad de crédito por la emisión de una información falsa, incorrecta o

extremadamente ambigua, que no permita a su destinatario conocer si realmente existe o no provisión. Igualmente, el hecho de que la mayoría de confirmaciones sean informativas no excluiría, a nuestro juicio, la posible existencia de un pacto, extracambiario, que persiguiera idénticos efectos que la confirmación vinculante de cheques. A falta de dicho pacto, estimamos que no puede asimilarse la presentación directa del cheque al librado a su presentación en otra entidad de crédito distinta.

DECIMONOVENA.- El segundo supuesto, al que nos hemos referido con mayor detenimiento, es el propio de los informes sobre solvencia y seriedad comercial. Si bien dichos informes suelen prestarse en las propias oficinas de las entidades de crédito, de forma personalizada y normalmente a clientes de la propia entidad, en nuestro sistema no existe ninguna limitación que impida poder prestarlos a quienes no lo son. Resulta evidente el interés del solicitante y de la entidad de crédito en su emisión, así como, en la mayoría de supuestos, del propio sujeto sobre el cual se informa.

VIGÉSIMA.- En Alemania, las Condiciones generales de los bancos y de las cajas de ahorro se ocupan de los informes comerciales bancarios. En todo caso, suele tratarse de observaciones generales sobre la solvencia y situación patrimonial del sujeto, sin que contengan en ningún caso aspectos particulares relativos a las cuentas u otras operaciones bancarias. Dicha definición es igualmente trasladable a la práctica española, donde suelen proporcionarse simplemente juicios de valor u observaciones generales realizadas por las entidades de crédito sobre la situación de los clientes.

VIGÉSIMO PRIMERA.- Si bien la doctrina no se muestra unánime en el reconocimiento del carácter contractual de la relación que se entabla entre el solicitante del informe y la entidad de crédito, sobre todo en los ordenamientos latinos, pensamos que no puede tratarse de una mera prestación de cortesía y que la entidad de crédito presta un consentimiento contractual válido y vinculante. La caracterización contractual de los informes comerciales bancarios tendrá especiales consecuencias en el ámbito de la responsabilidad por su prestación.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- La caracterización contractual de los informes comerciales bancarios ha de pasar necesariamente por un análisis de los requisitos que el art. 1261 Cc. exige para la existencia de un contrato válido y eficaz. Entendemos que concurre el consentimiento de la entidad de crédito sobre el objeto y la causa del contrato. A ello no obsta el hecho de que la entidad de crédito no manifieste expresamente su aceptación, limitándose con posterioridad a proporcionar el informe solicitado. Igualmente, existe un objeto posible, lícito y determinado del contrato, constituido por la valoración diligente por parte de la entidad de crédito de la situación económica y patrimonial de un determinado sujeto.

VIGÉSIMO TERCERA.- En el ámbito del contrato de prestación de informes comerciales bancarios resulta esencial la determinación de los intereses concurrentes. Ello servirá, de un lado, para distinguir contrato gratuito de prestación de informes comerciales bancarios y mera prestación del informe por cortesía, de otro, para la determinación de cuál sea la causa del contrato, y, dado su carácter atípico, proceder al control de validez de la causa.

VIGÉSIMO CUARTA.- En el supuesto del contrato de prestación de informes comerciales bancarios pensamos que la entidad de crédito asume una obligación de medios o de actividad, en el sentido de que se compromete únicamente a realizar la búsqueda de los datos y su valoración de forma diligente, atendiendo a las circunstancias concurrentes. Por lo tanto, se trataría de un contrato de arrendamiento de servicios atípico, por faltar por lo general el precio.

VIGÉSIMO QUINTA.- El contrato de prestación de informes comerciales bancarios puede caracterizarse, de este modo, como un contrato atípico, consensual, unilateral, gratuito y, en nuestra opinión, difícilmente calificable como contrato mercantil, por la propia naturaleza del servicio que se presta. La gratuidad en su prestación ha sido uno de los argumentos esgrimidos en contra de su naturaleza contractual, al entender que únicamente podría tratarse de un servicio de favor prestado por la entidad de crédito.

VIGÉSIMO SEXTA.- Elementos personales del contrato son la entidad de crédito informante y el solicitante del informe, que puede ser o no cliente. No obstante, en el supuesto normal el solicitante de la información se dirigirá a la entidad con la que viene manteniendo relaciones negocials. Será esta entidad la que mejor conozca las necesidades informativas de su cliente, así como también la que, debido a los caracteres de la relación de clientela enunciados en la primera parte de nuestro trabajo, esté en disposición de adaptar la valoración realizada a la especial capacidad y experiencia del solicitante del informe. Cabrá igualmente pensar en la intervención de otra entidad de crédito en la elaboración del informe, cuando el sujeto sobre el cual verse no sea cliente de la entidad o ésta no posea

datos suficientes para emitir una valoración correcta. En estos casos, entre ambas entidades se celebrará un nuevo contrato de prestación de informes comerciales bancarios.

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- La entidad de crédito que estipula un contrato de prestación de informes comerciales bancarios se obliga a la emisión, con la diligencia que le es exigible, de un juicio de valor sobre solvencia patrimonial y crédito del sujeto sobre el cual le es solicitado. Su obligación es de medios o de diligencia, de tal modo que no se compromete a un resultado sino a un actuar diligente. La entidad de crédito deberá tener en cuenta las cualidades y experiencia del solicitante, pero en ningún caso se obliga a emitir un informe objetivamente correcto, y menos aún a garantizar por su mera emisión la solvencia del sujeto sobre el cual informa.

VIGÉSIMO OCTAVA.- El carácter naturalmente gratuito del contrato determina su unilateralidad. No obstante, cabría pensar en el establecimiento de obligaciones a cargo del solicitante de la información derivadas de la propia naturaleza del servicio que se presta por la entidad de crédito, como la prohibición de transmitir a terceros la valoración realizada. De la aplicación del principio de buena fe podría derivarse incluso un deber de aclarar los términos de la solicitud de información, un deber de hablar por parte del solicitante, así como, en todo caso, la necesidad de que éste emplee la diligencia que le es exigible en la interpretación del informe.

VIGÉSIMO NOVENA.- Cuando los informes comerciales bancarios versan sobre datos relativos a personas físicas debe considerarse igualmente la aplicación de la LORTAD. Las entidades de crédito

deberán aplicar dicha legislación a sus ficheros de clientes personas físicas, respetando en todo caso los principios relativos a la calidad de los datos y a su tratamiento legítimo. De especial relevancia en este ámbito puede resultar la posibilidad que se ofrece al titular de los datos de impugnar las decisiones o actos administrativos basados exclusivamente en una valoración de su comportamiento fundada en un tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como la regulación específica de la prestación de servicios sobre solvencia patrimonial y crédito contenida en el art. 28 LORTAD.

TRIGÉSIMA.- En el ámbito de la responsabilidad en que incurren las entidades de crédito por la emisión de informes comerciales bancarios se ha de diferenciar entre la responsabilidad frente al solicitante del informe y la responsabilidad frente al sujeto sobre el cual versa dicho informe. En el primer supuesto, dada la naturaleza contractual de la relación que se establece entre ellos, la responsabilidad será, a nuestro entender, contractual, sin perjuicio de la posibilidad de que concurran igualmente los presupuestos de la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

TRIGÉSIMO PRIMERA.- La responsabilidad frente al sujeto sobre el cual versa el informe será, por el contrario, extracontractual, puesto que no se encuentra incluido en la órbita del contrato de informes comerciales bancarios estipulado entre la entidad de crédito y el solicitante. Sin embargo, cabría pensar igualmente que cuando dicho sujeto fuera cliente de la entidad, del contrato que les liga derivase una obligación de silenciar dichos datos, aun tratándose sólo de valoraciones, de tal modo que la responsabilidad sería contractual en estos casos, por vulnerar un deber derivado del contrato que les une.

El sujeto sobre el cual se informa podrá reclamar tanto por el daño ocasionado por una información falsa o inexacta como por la transmisión de datos protegidos por el deber de secreto bancario.

TRIGÉSIMO SEGUNDA.- Observamos, en consecuencia, que las especiales características que concurren en los sujetos que operan en el sector bancario, así como las peculiaridades de la actividad por ellos desarrollada resultan determinantes, no sólo para fundar un deber de informar en este ámbito (sujeción normativa), sino también para permitir, dentro de ciertos límites, la circulación de ciertas informaciones poseídas por las entidades de crédito en beneficio de los intereses del tráfico (autonomía negocial).

BIBLIOGRAFÍA

ADAMS, M., "Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht", AcP 186 (1986).

ADAMS, M., "Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes. Verträge bei asymmetrischer Information", BB 1989.

AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Memoria de la Agencia de Protección de Datos correspondiente al año 1995*, Madrid, 1996.

ALAGNA, E., "Brevi note in tema di benessere telefonico", IIP 1978, n° 3.

ALAGNA, S., "Il segreto bancario in una dimensione assiologica: limiti e deroghe all'istituto nella prospettiva di una riforma del sistema bancario", VN 1979.

ALAGNA, S., "Le informazioni sulla clientela tra dovere di riservatezza e interesse alla conoscenza delle notizie economiche", RDCom. 1981-I.

ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, Vol. II, T. II, 10ª ed., Madrid, 1997.

ALBELLA AMIGO, S., "La nueva figura del agente de las entidades de crédito", en AA.VV., *Contratos bancarios*, Madrid, 1996.

ALBIEZ DOHRMANN, J.A., "Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales

del contrato [artículo 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato-AGBG]", ADC 1989.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La interpretación de las condiciones generales de los contratos", RDM 1987.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Comentario a la STS de 2 de febrero de 1990", CCJC 1990, nº 22.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.

ALLEGRI, V., "Nuove esigenze di trasparenza del rapporto banca-impresa nell'ottica della tutela del contraente debole", BBTC 1987-I.

ALONSO MARTÍNEZ, C., "Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito", AIA, nº 18, enero de 1996.

ALONSO UREBA, A., "Inexactitudes u omisiones en el contenido del folleto informativo con motivo de una emisión/oferta de valores (en torno a los arts. 20 y 21 RD 291/1992)", en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. III, *Contratos mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la navegación*, Madrid, 1996.

ALPA, G., "Il danno da informazione economica", Riv. Not. 1977.

ALPA, G., "Credito al consumo e tutela del debitore nell'esperienza francese (appunti sulla legge 10 gennaio 1978, n. 78-22)", *Foro It.* 1978.

ALPA, G., *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979.

ALPA, G., "Lesione della reputazione economica e circolazione di notizie inesatte", nota a las Sentencias de la Corte di Cassazione de 11 de octubre de 1978, n. 4538, y de la Corte di Appello di Milano de 11 de diciembre de 1973, *Resp. civ. e prev.* 1979.

ALPA, G., "Il ruolo dell'informazione nella tutela del consumatore", *RCDP* 1987-II.

ALPA, G., "Condizioni generali di contratto", *NGCC* 1988-II.

ALPA, G., "L'informazione del risparmiatore", *BBTC* 1990-I.

ALPA, G., "La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo", *Giur. it.* 1992-IV.

ALPA, G., Voz "Credito al consumo", *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, V, Torino, 1992.

ALPA, G., BESSONE, M., "Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di "credito al consumo", *Riv. Soc.* 1975.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M^a., "La protección de los datos personales frente a los tratamientos y ficheros automatizados del poder judicial: la LORTAD, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Reglamento 7/1995, de 7 de junio, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales", en *Jornadas sobre el derecho español de la*

protección de datos personales, Agencia de Protección de datos, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 1996.

ÁLVAREZ RENDUELES, J. R., "La armonización bancaria en la CEE", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, Tomo I, Madrid, 1994.

AMESTI MENDIZÁBAL, Ch., "Resoluciones de los Tribunales franceses en relación con la obligación de información y consejo que recae sobre las entidades bancarias respecto a sus clientes" (Noticias), RDBB 1992.

AMORÓS GUARDIOLA, M., "Comentario al art. 1274", *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991.

AMOROSO, G., "Contratti bancari e condizioni generali di contratto", en BIANCA, C. M. (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1981.

ANCEL, P., "Die Erteilung von Bankauskünften nach französischem Recht", en HADDING, W., SCHNEIDER, U. H. (Hrsg.), *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlín, 1986.

ANDREU MARTÍ, M^a del M., "La reciente normativa sobre protección del prestatario hipotecario", RDBB 1995.

ANDREU MARTÍ, M^a del M., *La protección del cliente bancario*, Tesis Doctoral, Murcia, 1997.

ARAGÓN REYES, M., "Las fuentes. En particular los Estatutos de los Bancos y Cajas de Ahorros y las Circulares del Banco de España", en GARCÍA VILLAVERDE, R. (Dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992.

ARAGÓN REYES, M., "Las fuentes. En particular los Estatutos de los Bancos y Cajas de Ahorros y las Circulares del Banco de España", en ALONSO UREBA, A., y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J. (Dir.), *Derecho del mercado financiero, II, Operaciones bancarias de activo y pasivo*, vol. 1, Madrid, 1994.

ARAGÓN REYES, M., "Constitución económica y libertad de empresa", en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, *Introducción y títulos valor*, Madrid, 1996.

ARE, M., "Cliente del banchiere e titolare di deposito a risparmio", nota a la Sentencia de la Corte di Appello di Bari de 17 de febrero de 1961, BBTC 1962-II.

ARENDTS, M., "Beratungs- und Aufklärungspflichten über das einem Wertpapier erteilte Rating. -Zugleich eine Besprechung der Gerichtsentscheidungen zu den Bond-Anleihen", WM 1993.

ARRILLAGA, J. I., "Cámaras de Compensación bancaria", RDM 1949.

ASSMANN, H.-D., "Entwicklungstendenzen der Prospekthaftung", WM 1983.

ASSMANN, H.-D., *Prospekthaftung*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1985.

AUBERT, M., BÉGUIN, P.-A., BERNASCONI, P., GRAZIANO-VON BURG, J., SCHWOB, R., TREUILLAUD, R., *Le secret bancaire suisse*, obra fundada por M. AUBERT, J.-Ph. KERNEN, H. SCHÖNLE, troisième édition mise à jour et complétée, Berna, 1995.

AUERNHAMMER, H., *BDSG*, 2ª ed., Köln, 1981.

AYNES, L., "Formalisme et prévention", en FADLALLAH, I. (Dir.), *Le droit du crédit au consommateur*, París, 1982.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987.

BALDÓ DEL CASTAÑO, V., CALAVIA MORENO, J. M., *El cheque. Estudio sistemático de la Ley del Cheque de 16 de julio de 1985*, Barcelona, 1987.

BALESTRERI, A., BARTESELLI, R., "Politiche di impiego e rischio di credito", *BISoc.* 3/1996.

BALLERSTEDT, K., "Schuldrecht", II, en SOERGEL y SIEBERT, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Stuttgart-Berlin-Mainz, 1970.

BANCO DE ESPAÑA, *Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondientes a los años 1988, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996*, Servicios Jurídicos, Banco de España, Madrid, 1989, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996 y 1997.

BAÑO LEÓN, J. M^a., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991.

BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948.

BARCELLONA, P., Voz "Libertà contrattuale", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIV, Milano, 1974.

BARCELÓ DOMENECH, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, 1995.

BARRECA, B., *Prestiti e usura. Prevenzione e tutela del consumatore in Francia e in Italia*, Milano, 1995.

BATLLE SALES, G., *Pago del cheque falso: responsabilidad del banco*, Madrid, 1991.

BENATTI, F., "Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria", en PORTALE, G. B. (a cura di), *Le Operazioni bancarie*, Milano, 1978.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", EC 1984, n° 3.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores", en BERCOVITZ, R. y SALAS, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y BERCOVITZ, A., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.

BERMEJO VERA, J., "El derecho a la información de los consumidores y usuarios", EC 1984, nº 3.

BERNDT, H., "Kunden- und Verbraucherorientierung in der Sparkassenorganisation", WM 1996.

BESSONE, M., "Segreto della vita privata e garanzia della persona. Materiali per uno studio dell'esperienza francese", RTDPC 1973.

BESSONE, M., "Mercato del credito, credito al consumo, tutela del consumatore", Foro It. 1980-V.

BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., traducción y concordancias con el Derecho español por A. MARTÍN PÉREZ, Madrid, 1959.

BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, I, traducción y notas de Derecho español por DE LOS MOZOS, Madrid, 1969.

BIANCA, C. M., "La autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale", en *Studi in onore di Gaetano Zingali*, Vol. III, *Diritto Privato e Storia del Diritto*, Milano, 1965.

BIANCA, C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, sub art. 1218, *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, 2ª. ed., Bologna-Roma, 1979.

BIANCA, C. M., *Diritto Civile III, Il Contratto*, Milano, 1984.

BILE, F., "In tema di benessere telefonico per il pagamento di assegno bancario", nota a las Sentencias de la Corte di Cassazione de 30 de octubre de 1963, n. 2909 y de la Corte di Appello di Bologna de 28 de julio de 1961, BBTC 1963-II.

BLANCO GÓMEZ, J. J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Madrid, 1996.

BLASCO GASCÓ, F., "El objeto de la obligación. La prestación", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R. (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994.

BOISSEAU, B., SAYAC, C., *Déontologie et Droit des activités financières au Royaume-Uni*, s. l., 1996.

BONOMI, A., "Giurisdizione e responsabilità aquiliana della banca per illegittimo pagamento di assegno non trasferibile", nota a la Sentencia de la Corte di Cassazione, sez. un., de 20 de noviembre de 1992, n. 12388, BBTC 1994-II.

BORRONI, M., ORIANI, M., *Le operazioni bancarie*, Bologna, 1997.

BORSELLI, E., "La responsabilità bancaria per le informazioni", *Nuovo Dir.* 1971.

BOZZO, C., "Pagamento di assegni di conto corrente in seguito a conferma telefonica o telegrafica della banca trattaria", BBTC 1949-I.

BRANDNER, H. E., "Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten", ZHR 153 (1989).

BRÄUNIG, G., *Der Konsumentenkredit im französischen Recht*, Berlin, 1982.

BREDEMEIER, W., "Banken als Informationsdienstleister", Die Bank 10/92.

BREINERSDORFER, S., *Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte gegenüber dem Verwender. Ein Beitrag zur dogmatischen Vertiefung*, Berlin, 1991.

BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 8ª ed., Madrid, 1990.

BRUCHNER, H., STÜTZLE, R., *Leitfaden zu Bankgeheimnis und Bankauskunft*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Frankfurt am Main, 1990.

BÜLOW, P., "Scheckprüfungspflicht der Kreditinstitute im Umbruch", WM 1/1997.

BUNTE, H. J., SCHRÖTER, J., *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Sonderbedingungen der Kreditinstitute. - Neuere Entwicklungen sowie Änderung der AGB zum 1. Januar 1986*, Frankfurt am Main, 1986.

BUOCONORE, V., "La Direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle "Clause abusive nei contratti stipulati con i consumatori" e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria: (leasing, factoring e credito al consumo)", BBTC 1994-I.

BUOCONORE, V., "Contratti del consumatore e contratti d'impresa", RDC 1995.

BÜRGER, P., *Rechtsfragen zur Bankauskunft*, Bochum, 1988.

BUSSOLETTI, M., "Poteri e responsabilità delle banche nella circolazione interbancaria dell'assegno (ICCRI) falso", nota a la Sentencia del Tribunale di Varese de 29 de abril de 1986, BBTC 1988-II.

BUSNELLI, F. D., "Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per "fatto ingiusto", RDC 1969-I.

BUTTARO, L., "Informazioni sulla provvista e benessere del trattario dell'assegno bancario", BBTC 1960-I.

BUTTARO, L., "Note in tema di benessere telefonico al pagamento di assegni bancari e di prova della sua concessione", nota a las Sentencias de la Corte di Cassazione de 10 de abril de 1961, n. 762, y de la Corte di Appello di Bari de 13 de abril de 1959, BBTC 1961-II.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990)", ADC 1991.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993.

CACHÓN BLANCO, J. E., "El principio jurídico de protección al inversor de valores mobiliarios: aspectos teóricos y prácticos", RDBB 1994.

CACHÓN BLANCO, J. E., "La relación jurídica de asesoramiento del mercado de valores. Especial referencia al contrato de asesoramiento del mercado de valores", CDC 1994, n° 3.

CALAIS-AULOY, M.T., "France", en GOODE, R. M., (ed.), *Consumer Credit*, Leyden/Boston, 1978.

CANARIS, C.-W., *Die Vertrauenshaftung in deutschen Privatrecht*, München, 1971.

CANARIS, C.-W., *Bankvertragsrecht*, en STAUB, H., *Handelsgesetzbuch Großkommentar*, dritter Band, 3. Teil, 3. Auflage, 2. Bearbeitung, Berlin /New York, 1981.

CANARIS, C.-W., "Schutzgesetze- Verkehrspflichten-Schutzpflichten", en *Festschrift für Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983.

CANNATA, C. A., "Dai giuristi ai Codici, dai Codici ai giuristi. Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al Codice civile italiano dal 1942", en *Legge, Giudici, Giuristi*, Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981, Milano, 1982.

CAPILLA RONCERO, F., "Contrato de servicios (I)", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R., (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994.

CAPOLINO, O., "Il ruolo della Banca d'Italia nella lotta all'usura", Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale. Studi in materia bancaria e finanziaria, a cura di

M. Perassi, R. d'Ambrosio, G. Carriero, O. Capolino, M. Condem i, n° 42, novembre 1996.

CAPOTOSTI, R. A., "Clausole contrattuali abusive: loro eliminazione per effetto di un obbligo legale o per interesse dell'imprenditore in un mercato concorrenziale?", Ass. 1993-II.

CAPRIGLIONE, F., "Le gestione bancarie di patrimoni mobiliari", en *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, 1986, n° 9.

CAPRIGLIONE, F., "Le gestione bancarie di patrimoni mobiliari", RDBB 1987-I.

CARBONE, S., "La tutela del consumatore: le clausole abusive", CG 1996.

CARLÓN SÁNCHEZ, L., "El cheque", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.), *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1986.

CARNELUTTI, F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933.

CARRASCO PERERA, Á., "Comentario al art. 1104 Cc.", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., Tomo XV, vol. 1, Madrid, 1989.

CARRASCO PERERA, Á., "Comentario al art. 1107 Cc.", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., Tomo XV, vol. 1, Madrid, 1989.

CARRESI, F., "Il comodato come rapporto di cortesia", RTDPC 1949.

CARRIERO, G., "Banca d'Italia e controllo delle clausole abusive", Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale. Studi in materia bancaria e finanziaria, a cura di M. Perassi, R. d'Ambrosio, G. Carriero, O. Capolino, M. Condem i, n° 42, novembre 1996.

CASADO CERVIÑO, A., "El crédito al consumo y la protección de los consumidores", RDBB 1983.

CATTANEO, F., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.

CAVALLI, G., "Le clausole vessatorie nei contratti bancari", en PORTALE, G. B. (a cura di), *Le Operazioni bancarie*, Milano, 1978.

CAVALLI, G., "Segreto bancario e informazioni sui clienti", en MACCARONE, S., NIGRO, A. (a cura di.), *Funzione, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981.

CAVANILLAS MÚGICA, S., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual: tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1995.

CECCHINI, A., *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977.

CENDON, P., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974.

CIAN, G., *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966.

CIAN, G., "Il nuovo Capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del Codice Civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori", SI 1996.

CIMINO, A., "La clausola generale di buona fede nell'esperienza francese", RDCom. 1995-I.

CIRILLO, F., "Giacenza in sospenso" dei titoli presentati all'incasso e configurabilità di un obbligo di informazione alla banca negoziatrice", nota a la Sentencia de la Corte di Appello di Milano, de 16 de febrero de 1990, BBTC 1991-II.

CLÉMENT, J.-F., "Le banquier, vecteur d'informations", RTDCom. 1997.

COMPOR TI, M., "Rischio professionale della banca e responsabilità extracontrattuale", en MACCARONE, S., NIGRO, A., (a cura di), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981.

CONSEJO SUPERIOR BANCARIO, *Conformidad telefónica de cheques de cuenta corriente*, 2ª ed. actualizada, Serie Normas y procedimientos bancarios, núm. 40, Madrid, octubre de 1986.

CORDEIRO, A. Menezes, "Direito Bancario Privado", en *Direito Bancario, Actas do Congresso Comemorativo do 150º aniversário do Banco de Portugal (22-25 Outubro de 1996)*, RFDUL, Coimbra, 1997.

CORDES, V., "Die Kreditauskunft der Banken", BB 1949.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Las medidas cautelares", en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal, Tomo I (Vol. II), Proceso Civil (2)*, 5ª ed., Valencia, 1991.

COSSU, C., "Credito al consumo: appunti in margine ad una recente legge francese", Riv. Soc. 1979.

COSTI, R., "Informazione e mercato finanziario", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, Tomo I, Madrid, 1994.

COSTI, R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2ª ed., 1994.

CRANSTON, R., "Il dovere di riservatezza delle banche", DBMF 1996.

CRESPI, A., *La tutela penale del segreto*, Palermo, 1952.

CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989.

CUÑAT EDO, V., "Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, Tomo I, Madrid, 1994.

DAHM, J., SCHEBESTA, M., SCHROETER, A., WEBER, A., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis*, Stuttgart, fünfte, überarbeitete Ausgabe, 1995.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. Á., *Derecho Informático*, Pamplona, 1993.

DAVARA ROGRÍGUEZ, M. Á., "La teoría del consentimiento en la protección de datos personales: su implicación con la relación contractual", en *Encuentros sobre Informática y Derecho 1995-1996*, Pamplona, 1996.

DE ANDRADE, M. A. Domingues, *Teoria Geral das Obrigações*, Vol. II, Coimbra, 1963.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones de responsabilidad civil*, Bilbao, 1978.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Comentario al art. 7, 2º", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo I, Madrid, 1991.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Comentario al art. 1107", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993.

DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., "El cheque y su vigente configuración legal", en AA.VV., *Títulos-valores: la letra de cambio, el pagaré y el cheque*, Granada, 1993.

DE CASTRO Y BRAVO, F., "Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", ADC 1982.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, reimpr., Madrid, 1991.

DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 2ª ed., Milano, 1967.

DE JUGLART, M., "L'obligation de renseignements dans les contrats", RTDC 1945.

DE JULIOS CAMPUZANO ESPAÑA, A., "Derecho a la intimidad y publicidad de datos personales de carácter patrimonial", ID 1994, vol. I, nº 4.

DE NOVA, G., *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996.

DEMOGUÉ, R., *Traité des obligations en général, V-1, Sources des obligations*, París, 1923.

DESIDERIO, L., "Credito al consumo e attività bancaria nella prospettiva comunitaria", en CESARINI, F., SCOTTI CAMUZZI, S. (Dir.), *Le Direttive della C.E.E. in materia bancaria. Stati di attuazione e riflessi sulla operatività del sistema italiano*, Milano, 1991.

DI AMATO, F., "Natura ed effetti del c. d. "benefondi" bancario", Giust. Civ. 1975-I.

DI AMATO, F., *Il segreto bancario*, Camerino, 1979.

DI NOLA, A., "Le agenzie d'informazioni commerciali e la loro responsabilità civile", RDCom. 1904-I.

DÍAZ ALABART, S., "Comentario al art. 1103 del Código Civil", en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, Vol. I, Madrid, 1989.

DÍAZ ALABART, S., "Comentario al art. 9", en PIÑAR MAÑAS, J. L., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a D., "Los contratos atípicos", AC 1998, n^o 16.

DÍAZ MORENO, A., "El cheque", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Derecho Mercantil*, T. II, 2^a ed., 1^a reimpr., Barcelona, 1995.

DÍAZ MORENO, A., "Tipos especiales de cheques", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., (Coord.), *Derecho Mercantil*, T. II, 2^a ed., 1^a reimpr., Barcelona, 1995.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Comentario al art. 1254", *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Comentario al art. 1258", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "La formación del contrato", ADC 1995.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Comentario al art. 18", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., (Dir. y Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, 1998.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 7ª ed., Madrid, 1990.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi-contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., revisada y puesta al día, Madrid, 1994.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid, 1995.

DIRICHS, J., "Die Haftung für die Erteilung einer falschen Kreditauskunft bei Mitwirkung zweier Banken", WM 1976.

DÖRNER, H., "Die Auskunftshaftung italienischer Banken im deutsch-italienischen Geschäftsverkehr", WM 1977.

DREWES, W., GILHAUSEN, W., "Der Kunde als Unternehmensberater", Sparkasse 1996.

DUMORTIER, J., "Aplicación de la Directiva de protección de datos en Bélgica", en *X Años de Encuentros sobre Informática y Derecho 1996-1997*, Pamplona, 1997.

DUMORTIER, J., y ALONSO BLAS, D. M., "La transposición de la Directiva de protección de datos en Bélgica", AIA, nº 20, julio de 1996.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores", EC 1984, nº 3.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo I, Madrid, 1994.

EHMANN, H., "Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht", en AcP 188 (1988).

EMBID IRUJO, J.M., "Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las prestaciones: El llamado "servicio de caja". El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad", en GARCÍA VILLAVARDE, R., (Dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992.

EMBID IRUJO, J.M., "Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las prestaciones: El llamado "servicio de caja". El secreto

bancario. El deber de información. La responsabilidad", en ALONSO UREBA, A., MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., (Dir.), *Derecho del mercado financiero*, Tomo II, Vol. 1, Madrid, 1994.

EMBID IRUJO, J. M., "La cuenta corriente bancaria", RDBB 1997.

EMBID IRUJO, J. M., "Notas sobre la regulación del contrato de agencia en el Derecho español", en AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, Vol. 2, Padova, 1997.

EMMERICH, V., *BGB-Schuldrecht. Besonderer Teil*, München, 1976.

EMPARANZA, A., "La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español", RDM 1995.

ENNECERUS y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones, II, Doctrina especial*, primera parte, traducción con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Barcelona, 1966.

ESPIAU ESPIAU, S., *Las obligaciones indivisibles en el Código Civil español*, Madrid, 1992.

ESSER y SCHMIDT, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, Heidelberg-Karlsruhe, 1976.

ESTADELLA YUSTE, O., *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Madrid, 1995.

ESTADELLA YUSTE, O., "La transmisión internacional de datos personales y su control", en *Jornadas sobre el derecho español de la*

protección de datos personales, Agencia de Protección de datos, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 1996.

ESTEVAN DE QUESADA, C., "El problema del insider trading. Materiales para la reflexión", RGD 1995.

FAILLACE, S., "Contratti stipulati con i consumatori", CI 1/1996.

FAJARDO GARCÍA, I. G., *El secreto bancario*, Tesis de Licenciatura, Universidad de Valencia, 1986.

FAJARDO GARCÍA, I. G., "Fundamentación y protección constitucional del secreto bancario", RDBB 1990.

FANELLI, G., "Un originale caso di responsabilità aquiliana", nota a la Sentencia de la Corte di Appello di Bologna de 17 de octubre de 1952, Foro It. 1953-I.

FERNÁNDEZ COSTALES, J., "Aspectos de la responsabilidad del banquero por las informaciones a los clientes y de los clientes", en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, *Contratos mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la Navegación*, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "El ordenamiento crediticio y bancario español: Reflexiones después de la crisis", en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito*, 2ª ed., Madrid, 1991.

FERRANDO, G., "Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti", RDCom. 1991-I.

FERRARA, F., *Le persone giuridiche*, Torino, 1958.

FERRI, G., "La diligenza del banchiere", BBTC 1958-I.

FERRI, G., "L' assegno bancario come atto di utilizzazione della provvista", BBTC 1960-I.

FERRO-LUZZI, P., "Attività bancaria e attività delle banche", BISoc. 1/1996.

FEUERBORN, S., "Bankgeheimnis und Bankauskunft", Sparkasse 3/82.

FEUERBORN, S., "Neue Grundsätze für die Durchführung des Bankauskunftsverfahrens zwischen Kreditinstituten", Sparkasse 1987.

FIKENTSCHER, W., *Schuldrecht*, 3^a ed., Berlin-New York, 1971.

FISCHER, R., KLANTEN, Th., *Bankrecht*, 2^a ed., Köln, 1996.

FISSOTTI, C., "Patto di prelazioni e negozio di cortesia", nota a la Sentencia de la Corte di Cassazione de 28 de enero de 1955, n. 223, RDCom. 1956-II.

FLUME, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, zweiter Band, *Das Rechtsgeschäft*, dritte, ergänzte Auflage, Berlin/Heidelberg/New York, 1979.

FONT GALÁN, J. L., "Notas sobre el modelo económico de la Constitución Española de 1978", RDM 1979.

FORCHIELLI, P., "Deposito de cortesia o deposito gratuito?", RTDPC 1953-II.

FORCHIELLI, P., Recensione "Di Cupis. Il danno. Teoria generale della responsabilità civile, 2ª ed., Milano, 1967", RDC 1967-I.

FORESTIERI, G., "Le banche e il risanamento delle imprese in crisi, modelli istituzionali e regole del gioco", BISoc. 2/1995.

FORSTMOSER, P., "Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr", en FORSTMOSER, P. (Hrsg.), *Rechtsprobleme der Bankpraxis*, Bern, 1976.

FORTUNATO, S., "I contratti bancari: dalla trasparenza delle condizioni contrattuali alla disciplina delle clausole abusive", DBMF 1996-I.

FREIXES SANJUÁN, T., "Obtención y utilización de datos personales automatizados", en *Jornadas sobre el derecho español de la protección de datos personales*, Agencia de protección de datos, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 1996.

FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, París, 1965.

GAEDE, B., "Die vertragliche Haftung der Banken für Kreditauskünfte", NJW 1972.

GALÁN CORONA, E., "Las Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España sobre protección de la clientela, su posición ordinamental", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, Tomo II, Madrid, 1994.

GALGANO, F., *Diritto privato*, Padova, 1983.

GALGANO, F., *Il negozio giuridico*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da CICU, A., e MESSINEO, F., continuato da MENGONI, L., Milano, 1988.

GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale, 2, Le obbligazioni e i contratti, 2*, Padova, 1990.

GALGANO, F., "La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali", CI 1989-I.

GARCÍA BEATO, M^a J., "Principios y derechos en la LO 5/1992, de 29 de octubre, y en la Directiva 95/46/CE", en *Jornadas sobre el derecho español de la protección de datos personales*, Agencia de protección de datos, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 1996.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "Derecho comunitario y Derecho del consumo", RDM 1989.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "La protección de la clientela en el ordenamiento sectorial de la banca (Consideraciones en torno a la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y la Circular 8/90)", RDBB 1992.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., "Contrato de descuento y cuenta corriente bancaria: condiciones y consecuencias de una interconexión", RDBB 1984.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., "La cuenta corriente bancaria en descubierto y los contratos de crédito: criterios para una interpretación legal y contractual. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1983)", RDBB 1985.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., "Depósitos bancarios y protección del depositante", en AA.VV., *Contratos bancarios*, Madrid, 1996.

GARCÍA VILLAVERDE, R., "Tipicidad contractual y contratos de financiación", en ALONSO UREBA, A., BONARDELL LENZANO, R., GARCÍA VILLAVERDE, R., (Coords.), *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990.

GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1933.

GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, 2ª ed., revisada, corregida y puesta al día por MOLL DE MIGUEL, S., Madrid, 1975.

GAßNER, O., ESCHER, M., "Bankpflichten bei der Vermögensverwaltung nach Wertpapierhandelsgesetz und BGH-Rechtsprechung", WM 1997.

GAVALDA, Ch., "L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (Commentaire de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978)", RD 1978-II.

GAVALDA, Ch., STOUFFLET, J., "Le secret bancaire en France", en *Le secret bancaire dans la CEE et en Suisse*, París, 1973.

GAVALDA, Ch., STOUFFLET, J., *Droit de la Banque*, París, 1974.

GEIGER, W., GRÖSCHEL, U., "Schufa-Verfahren auf neuer Grundlage", Sparkasse 7/86.

GERACI, L., "Lineamenti della responsabilità della banca per erronee o inesatte informazioni", en AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, (Banco de Sardegna-CIDIS), Milano, 1986.

GERACI NERVO, A., "Rapporto interbancario e reperibilità della provvista presso la banca trattaria", en AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche* (Banco di Sardegna-CIDIS), Milano, 1986.

GERRIK, "Zur Haftung des Versteigerers und Sachverständigen", NJW 1975.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C., "Comentario al art. 1271", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C., "Comentario al art. 1273", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991.

GHEZZI, G., Voz "Cortesia (Prestazioni di)", *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, Milano, 1962.

GIANNATTASIO, C., "Le fonti del segreto bancario e i suoi limiti specie nei confronti dell'autorità giudiziaria", nota a la

Sentencia del Tribunale di Firenze de 10 de abril de 1954 (Ord.), Giur. it. 1954-I, 2.

GIANNATTASIO, C., "L'appalto", en *Trattato di Diritto civile e commerciale diretto da CICU e MESSINEO*, XXIV-2, Milano, 1977.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952.

GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994.

GÓMEZ SEGADE, J. A., "Notas sobre el derecho de información del consumidor", RJC 1980.

GÓMEZ SEGADE, J. A., "La confirmación telefónica de cheques", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo II, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ MURÚA, A. R., "Comentario a la S.T.C. 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales", RVAP 1993, nº 37.

GONZÁLEZ MURÚA, A. R., *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales*, Barcelona, 1994.

GORLA, G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954.

GORLA, G., "Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale", RDC 1956-II.

GORLA, G., *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*, traducción y notas de comparación y adaptación al Derecho español, por FERRANDIS VILELLA, J., Barcelona, 1959.

GRIMALT SERVERA, P., "El tratamiento automatizado de datos sobre solvencia patrimonial obtenidos de resoluciones judiciales (Comentario a la STS, Sala 3ª, de 3 de marzo de 1995)", *Derecho Privado y Constitución* 1995, Vol. 3, nº 6.

GRIMALT SERVERA, P., "El derecho a controlar los datos personales: algunas consideraciones jurídico-constitucionales", en *X Encuentros sobre Informática y Derecho 1996-1997*, Pamplona, 1997.

GRUNDMANN, S., SELBHERR, B., "Börsenprospekthaftung in der Reform. Rechtsvergleichung, Europarecht, Interessenbewertung mit ökonomischer Analyse", WM 1996.

GRUSON, M., "Prospekterfordernisse und Prospekthaftung bei unterschiedlichen Anlageformen nach amerikanischem und deutschem Recht", WM 1995.

GUERRERA, F., "Sugli obblighi della banca mandataria per l'incasso nei casi di smarrimento del titolo", nota a la Sentencia de la Corte di Appello di Venezia de 22 de noviembre de 1991, BBTC 1993-II.

GUILLÉN FERRER, M^a J., *El secreto bancario y sus límites legales*, Valencia, 1997.

HEINSIUS, Th., "Anlageberatung durch Kreditinstitute", ZHR 145 (1981).

HENDRIKS, M., "Die SCHUFA -Aufgaben und Wirken", ZHR 149 (185).

HEREDERO HIGUERAS, M., *La Directiva comunitaria de protección de los datos de carácter personal*, Pamplona, 1997.

HERZFELDER, F., "L'obligation de renseigner et de rendre des comptes. Étude comparative", RIDC 24 (1972).

HONSELL, H., "Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten", JuS 1976.

HOPT, K. J., *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, Gesellschafts-, bank- und börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute*, München, 1975.

HOPT, K. J., "Berufshaftung und Berufsrecht der Börsendienste, Anlageberater und Vermögensverwalter", *Festschrift für R. Fischer*, Berlin/New York, 1979.

HOPT, K. J., "Rechtspflichten der Kreditinstitute zur Kreditversorgung, Kreditbelassung und Sanierung von Unternehmen. -Wirtschafts- und bankrechtliche Überlegungen zum deutschen und französischen Recht", ZHR 143 (1979).

HOPT, K. J., *Aktuelle Rechtsfragen der Haftung für Anlage und Vermögensberatung*, Köln, 1980.

HOPT, K. J., "Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens -und Bereicherungsausgleich –Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung", AcP 183 (1983)

HOPT, K. J., "Emission, Prospekthaftung und Anleihetreuhand im internationalen Recht", en PFISTER, B., WILL, M. R., (Hrsg.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1991.

HOPT, K. J., "Insiderwissen und Interessenkonflikte im europäischen und deutschen Bankrecht", en KÜBLER, MERTENS, WERNER (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991*, Berlín, 1991.

HORN, N., "Die Neufassung 1984 der AGB der Banken", WM 1984.

HORN, N., "Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde", en WIEGAND, W., (Hrsg.), *Aktuelle Probleme im Bankrecht*, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern, 1994.

HORN, N., "Die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken", ZBB 2/97.

ILLESCAS ORTIZ, R., "Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución", RDBB 1989.

JIMÉNEZ HORWITZ, M., *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *El cheque garantizado*, Sevilla, 1973.

JORDANO BAREA, J. B., "Los contratos atípicos", RGLJ 1953.

JORDANO BAREA, J. B., "La causa en el sistema del Código Civil español", en *Centenario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1990.

JORDANO FRAGA, F., "Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español", ADC 1985.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.

JORDANO FRAGA, F., "Obligaciones de medios y de resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", ADC 1991-I.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994.

KAISER, U., *Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten*, Bern, 1987.

KIRCHHERR, R., STÜTZLE, R., "Aktuelle Probleme zu Bankgeheimnis und Bankauskunft", ZIP 1984.

KOLLER, I., "Verhaltensregeln für Wertpapierdienstleistungsunternehmen", en ASSMANN, H.-D., SCHNEIDER, U. H. (Hrsg.), *Wertpapierhandelsgesetz*, Köln, 1995.

KÖNDGEN, J., *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenen Handeln*, Tübingen, 1981.

KÖNDGEN, J., "Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht", NJW 1989.

KOPP, N., ROSEN, P., "Beratungsleistungen der Sparkassen", Kreditwesen 4/93.

KREBS, E., *Kommentar zu den AGB der Sparkassen und privaten Banken*, 3^a ed., Stuttgart, 1989.

KÜBLER, F., "Anlageberatung durch Kreditinstitute", ZHR 145 (1981).

KUHN, M., "Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung", SJZ 82 (1986).

KÜMPEL, S., "Zur Anpassung der AGB der Banken an das AGB Gesetz", WM 1977.

KÜMPEL, S., *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Köln, 1995.

KÜMPEL, S., "Insiderrecht und Ad-Hoc Publizität aus Bankensicht", WM 1996.

LABANCA, A., "Il criterio dell'accorto banchiere e la clausola di non trasferibilità nell'assegno bancario", nota a la Sentencia del Tribunale di Milano de 20 de julio de 1990, BBTC 1992-II.

LACRUZ BERDEJO, J. L., "Régimen de la responsabilidad por hecho propio", en LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos*

de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, Vol. 1º, Parte general. Delito y cuasidelito, 2ª ed., Barcelona, 1985.

LACRUZ BERDEJO, J. L., "Contratos de obras y servicios", en LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, Vol. 3º, Contratos y cuasicontratos, Barcelona, 1986.*

LACRUZ BERDEJO, J. L., "La regulación contractual", en LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, Vol. 2º, Teoría general del contrato, 2ª ed., Barcelona, 1987.*

LACRUZ BERDEJO, J. L., "Objeto y causa", en LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones, Vol. 2º, Teoría general del contrato, Barcelona, 1987.*

LAMMEL, S., "Zur Haftung eines Wirtschaftsprüfers gegenüber Kreditgebern seines Auftraggebers", NJW 1973.

LAMMEL, S., "Zur Auskunftshaftung", AcP 179 (1979).

LANG, V., *Aufklärungspflichten bei der Anlageberatung*, Stuttgart, 1995.

LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts, II, besonderer Teil*, München, 1977.

LATTANZI, R., "La tutela dei dati personali dopo la ratifica della Convenzione Europea sulle banche-dati", *Dir. Inf.* 1990.

LE TOURNEAU, Ph., *La responsabilité civile*, Paris, 1982.

LENER, R., "Trasparenza delle condizioni contrattuali", *Le Società* 1994.

LENER, R., "La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori", *Foro It.* 1996-V.

LERCHE, P., "Bankgeheimnis -verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen", *ZHR* 149 (1985).

LIBRANDO, V., "La tutela della riservatezza nello sviluppo tecnologico", *Giust. Civ.* 1987-II.

LIPARI, N., "Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico", en *Studi in Onore di Gioacchino Scaduto, Diritto Civile, II*, Padova, 1970.

LOBATO GÓMEZ, J. M., "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", *ADC* 1992.

LOBEZ, F., *Banques et marchés du crédit*, Paris, 1997.

LOCHER, T. H., "Die Haftung für Expertisen", *NJW* 1969.

LOCHER, T. H., *Grundlagen der Haftung einer Bank für Kreditauskünfte*, Dissertation, Universität Mannheim, 1970.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., "El contrato", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a. R., (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994.

LORENZ, W., "Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft", en *Festschrift für K. Larenz*, München, 1973.

LORENZ, W., recensión a "MUSIELAK, H., *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*", ZHR 1975.

LUCAS FERNÁNDEZ, F., "El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales", ADC 1983.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 1990.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y protección de datos personales*, Madrid, 1993.

LUMINOSO, A., "Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni", en AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche* (Banco di Sardegna-CIDIS), Milano, 1986.

LUNA SERRANO, A., "El consentimiento contractual y su declaración", en LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, Vol. 2º, Teoría general del contrato*, 2^a. ed., Barcelona, 1987.

LUTTER, M., "Macht der Banken", NJW 1995.

LWOWSKI, H. J., "Das AGB-Gesetz und die AGB der Banken", Die Bank 3/78.

LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, 1996.

LLOBREGAT HURTADO, M^a. L., *El contrato de agencia mercantil: comentario sistemático de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia*, Barcelona, 1994.

MACCARONE, S., "Problemi in tema di responsabilità della banca per mancato pagamento di assegno", en MACCARONE, S., NIGRO, A. (a cura di), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981.

MACHUCA, J., y FERNÁNDEZ-ALLER, C., "La protección de datos personales y la publicidad registral", *X Encuentros sobre Informática y Derecho 1996-1997*, Pamplona, 1997.

MAIMERI, F., "Note in tema di benessere telefonico", *Bancaria* 1980.

MALLMANN, O., "Kreditinformationsdienste und Datenschutz", BB 1980.

MANTOVANI, R., *Il credito al consumo*, Milano, 1992.

MARCO COS, J. M., "La protección del cliente de la entidad de crédito", CDC 1995.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Á., *La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado*, Valladolid, 1993.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Á., "La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado: el artículo 156 LCCH a la luz de algunas resoluciones judiciales", RDBB 1996.

MARTIALAY-MAISONNAVE, C., "El secreto bancario", en ALONSO UREBA, A., MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., (Dir.), *Derecho del mercado financiero, II, Operaciones bancarias de activo y pasivo*, vol. 1, Madrid, 1994.

MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J. J., "Implicaciones de la Directiva sobre protección de datos en la normativa española", AIA, nº 20, julio de 1996.

MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, L., "El derecho a la información de la clientela de las entidades de crédito (Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y Circular 8/90 del Banco de España)", RDBB 1993.

MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Madrid, 1995.

MARTORANO, F., *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955.

MARTORANO, F., "Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie", BBTC 1991-I.

MARZONA, N., "Banca pubblica e responsabilità civile", nota a la Sentencia del Tribunale di Latina, de 28 de abril de 1980, BBTC 1985-II.

MATEU DE ROS, R., "La contratación bancaria telefónica", RDBB 1996.

MATEU DE ROS, R., "La contratación bancaria telefónica", en AA. VV., *Contratos bancarios*, Madrid, 1996.

MAZEAUD, H., "Essai et classification des obligations: Obligations contractuelles et extracontractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence", RTDC 1935.

MAZEAUD, H. y DE JUGLART, M., *Leçons de droit civil, III-2, Principaux contrats*, Paris, 1974.

MAZZONI, M., *Contratti di massa e controlli nel Diritto privato*, Napoli, 1975.

MENGONI, L., "Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni "di mezzi" (I), (II), (III) y (IV), RDCom. 1954-I.

MERTENS, H. J., "Vor §§ 823-853", en REBMANN, K., SÄCKER, F.-J. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, 2. Halbband, 2. Auflage*, München, 1986.

MESSINEO, F., *I titoli di credito*, I, Padova, 1933.

MESSINEO, F., Voz "Contratto (diritto privato)", en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo IX, Milano, 1961.

MIRABELLI, G., "In tema di tutela dei dati personali (note a margine della Proposta modificata di Direttiva CEE)", en *Dir. Inf.* 1993.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., "Comentario al art. 7, 1^o", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ,

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo I, Madrid, 1991.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., "Reflexiones sobre las condiciones generales", en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV, *Derecho Civil y Derecho Público*, Madrid, 1996.

MOLLE, G., "Il segreto bancario", BBTC 1937-I.

MOLLE, G., *I titoli di credito bancari*, Milano, 1972.

MOLLE, G., *I contratti bancari*, en *Trattato de diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1981.

MOLLE, G., DESIDERIO, L., *Manuale di Diritto Bancario e dell'Intermediazione finanziaria*, 4^a ed., Milano, 1994.

MONTEIRO, J. F. Sinde, *Responsabilidade por conselhos, recomendações o informações*, Coimbra, 1989.

MONTEIRO, J. F. Sinde, SÁ, J. Almeno de, "Concessão de crédito e deveres de informação do banco", ROA 1996.

MONTÉS PENADÉS, V. L., "El incumplimiento de la obligación", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a. R. (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994.

MONTÉS PENADÉS, V. L., "La responsabilidad por incumplimiento (II)", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a R., (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994.

MONTÉS PENADÉS, V. L., "Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el art. 1.107 CC", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, T. II, Valencia, 1995.

MONTI, E., ONADO, M., *Il mercato monetario e finanziario in Italia*, 2ª ed., Bologna, 1989.

MORALES MORENO, A. M., "El dolo como criterio de imputación de la responsabilidad", ADC 1982.

MORALES MORENO, A. M., "El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro. (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)", ADC 1983.

MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Madrid, 1988.

MORALES MORENO, A. M., "Comentario al art. 1261", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo I, Madrid, 1991.

MORELLI, G., "Informazione ed efficienza nella teoria dell'intermediazione finanziaria", BISoc. 1/1996.

MOTOS GUIRAO, M., "La interpretación del contrato mercantil y el artículo 59 del Código de Comercio", RJC 1955.

MOXICA ROMÁN, J., *Ley Cambiaria y del Cheque. Análisis de doctrina y jurisprudencia*, 4ª ed., Pamplona, 1996.

MUÑOZ LOMBARDÍA, A. B., "Tratamiento jurídico de las bases de datos de clientes (incidencia de la LORTAD en los ficheros informatizados)", en ALONSO UREBA, A., MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J., (Dir.), *Derecho del mercado financiero, T. II, Operaciones bancarias de activo y pasivo*, Vol. 1, Madrid, 1994.

MUÑOZ MARTÍNEZ, N., "La irrevocabilidad del cheque", en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, T. III, Contratos mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la Navegación*, Madrid, 1996.

MUÑOZ-PLANAS, J. M^a., *Cuentas bancarias con varios titulares*, Madrid, 1993.

MUSIELAK, H. J., *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*, Berlin/New York, 1974.

MUSIELAK, H.-J., "Die Bankauskunft nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland", en HADDING, W., SCHNEIDER, U. H., (Hrsg.), *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlín, 1986.

NIEHOFF, H., "Die Pflichten eines Kreditinstituts bei der Anlageberatung", *Sparkasse* 2/87.

NIERI, L., "Il ruolo delle banche nelle crisi d'impresa, l'esperienza del Regno Unito, Stati Uniti, Germania e Giappone", *BISoc.* 3/1996.

NIETO CAROL, U., "Préstamos y depósito sobre acciones", en GIL DEL MORAL, F., MOREU SERRANO, G., PASCUAL DE MIGUEL,

A., (Dir.), *Contratos sobre acciones. En homenaje a Federico Pérez Padilla y Yanci*, Madrid, 1994.

NIETO CAROL, U., "Condiciones generales en los contratos de crédito y protección del consumidor", en NIETO CAROL, U. (Dir.), *Crédito y protección del consumidor*, C.G.P.J., Madrid, 1996.

NIGRO, A., "Attività bancaria e vincoli a contrarre delle banche", *Economia e Credito* 1985.

NIGRO, A., "Operazione bancarie e parità di trattamento", *DBMF* 1987.

NIGRO, A., "La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: notte introduttive", *DBMF* 1992.

NISSL, G., *Die Haftung des Experten für Vermögensschäden Dritter bedingt durch unrichtige Gutachten im deutschen, englischen und amerikanischen Recht*, München, 1971.

NOBBE, G., *Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Bankrecht*, 6ª ed., Köln, 1995.

NÚÑEZ LOZANO, P. L., "Las entidades de crédito y sus clientes: disciplina de relaciones", *DN* 1991.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "El derecho a la intimidad", en *Estudios homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, volumen I, Barcelona, 1992.

OLIVIERI, G., "Compensazione plurilaterale e contratto di riscontro", *BBTC*, 1991-I.

ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, Granada, 1994.

OTERO NOVAS, J. M., "El secreto bancario. Vigencia y alcance", RDBB 1992.

OTT, C., "Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Recht des Güter- und Leistungsaustausches", en AA.VV., *Ökonomische Probleme des Zivilrechts. Beiträge zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Berlin/Heidelberg, 1991.

PACIFICI, T., "In tema di prestazioni di cortesia", nota a la Sentencia de la Corte di Cassazione de 14 de julio de 1952, n. 2188, Foro It. 1952-I.

PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art. 1902", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo II, Madrid, 1991.

PANTALEÓN PRIETO, F., "El sistema de responsabilidad contractual", ADC 1991.

PANUCCIO, V., Voz "Prestazioni di cortesia", en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, T. XIV, Torino, 1996.

PARADA VÁZQUEZ, J. R., "Valor jurídico de la Circular", RDBB 1981.

PEINADO GRACIA, J. I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto. [La comisión de garantía]*, Madrid, 1996.

PELLIZZI, G. L., *Contributi allo studio dell'assegno bancario*, Padova, 1955.

PERASSI, M., "Il rapporto banca-impresa nel Testo Unico. L'intervento dell'Organo di vigilanza", en *Contributi allo Studio del Testo Unico delle leggi bancaria e creditizia*, a cura di O. Capolino, G. Carriero, P. de Vecchis, M. Perassi, Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale, n° 38, novembre 1995.

PERETTI-GRIVA, D. R., "Sulle prestazioni cosiddette di cortesia", en *Studi in Onore di Mariano d'Amelio*, Vol. Terzo, Roma, 1933.

PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1990.

PÉREZ-LUÑO, A. E., "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en LOSANO, M., PÉREZ-LUÑO, A. E. y GUERRERO MATEUS, M. F., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, 1989.

PÉREZ-LUÑO, A. E., "La tutela de la libertad informática", en *Jornadas sobre el derecho español de la protección de datos personales*, Agencia de Protección de datos, Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 1996.

PERRONE, A., "Lo status (professionalità e responsabilità) dell'impresa bancaria in una recente sentenza della Cassazione", nota a la Sentencia de la Corte di Cassazione de 13 de enero de 1993, n. 343, BBTC 1994-II.

PETIT LAVALL, M^a V., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Valencia, 1996.

PIEPOLI, G., "Diritto bancario europeo e garanzia dei depositi", BISoc. 1/1996.

PINTO, P. Mota, *Declaração tácita e comportamento concludente no negocio jurídico*, Coimbra, 1995.

POLO, A., *Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1974.

PORTALE, G.B., "Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale", en MACCARONE, S., NIGRO, A. (a cura di), *Funzione, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981.

POWELL, R., (trad. de GARRIDO, J. M^a.) "La responsabilidad de los bancos en la concesión de crédito (*lender liability*) y el deber de diligencia en el asesoramiento bancario: el caso Verity" (Noticia), RDBB 1996.

PRATIS, C. M., *La disciplina giuridica delle aziende di credito*, Milano, 1972.

PRATIS, C. M., "Segreto bancario e informazioni bancarie", en AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche* (Banco di Sardegna-CIDIS), Milano, 1986.

PRESTI, G., RÜCKERT, B., "Valuta, trasparenza e tutela del cliente nei contratti bancari: un caso tedesco e la situazione italiana",

nota a la Sentencia del BGH de 17 de enero de 1989, BBTC 1990-II, págs. 324 y ss.

PROTO PISANI, N., "Appunti sulla natura e sui limiti del segreto bancario", *Dir. e Giur.* 1959.

PUGLIATTI, S., Voz "Autoresponsabilità", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. IV, Milano, 1959.

RAAB, H.-J., "Direktbanken: Das Beratungskonzept", *Die Bank* 5/96.

RAGUSA MAGGIORE, G., "La trasparenza e il mercato del credito", *DF* 1989.

RAMOS HERRANZ, I., "El pago de cheques como servicio inherente al depósito de fondos", *DN* 1995.

RAMOS HERRANZ, I., "Verificaciones que ha de realizar el banco librado con ocasión del pago de cheques", *RDBB* 1995.

RANIERI, F., "La responsabilità da false informazioni", en PORTALE, G. B., (a cura di), *Le Operazioni bancarie*, Vol. I, Milano, 1978.

RANIERI, F., "Bankgeheimnis und Haftung wegen unrichtiger oder falscher Bankauskünfte im italienischen Recht", en HADDING, W., SCHNEIDER, U. H., (Hrsg.), *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlín, 1986.

RAO-TORRES, G., "La responsabilità per falsa informazione nei rapporti fra banche", en *Studi in Onore di Cesare Grassetti*, Vol. Terzo, Milano, 1980.

REALMONTE, F., "Condizioni generali di contratto e norme uniforme bancarie", en PORTALE, G. B. (a cura di), *Le Operazioni bancarie*, Milano, 1978.

REALMONTE, F., "Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare", BBTC 1994-I.

RECALDE CASTELLS, A., "Responsabilidad del banco por los daños causados con motivo del asesoramiento a un cliente en materia de inversiones" (Noticias), RDBB 1993.

RECALDE CASTELLS, A., "En torno a la pretendida nominatividad de las anotaciones en cuenta y a su régimen de publicidad", RDBB 1993.

REHBEIN, D., "Die Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken", DB 1976.

REHBEIN, D., "Rechtsfragen zum Bankgeheimnis", ZHR 149 (1985).

REIFNER, "Bankentransparenz und Bankgeheimnis", JZ 1993.

REUSS, K. F., "Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements", AcP (154) 1955.

RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Pamplona, 1995.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Los grupos de contratos con disciplina común", en LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, Vol. 2º, Teoría general del contrato*, Barcelona, 1987.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Derechos de la personalidad", en LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, I, Parte general del Derecho Civil, Vol. II, Personas*, Barcelona, reimpresión actualizada, 1992.

RIVES-LANGE, J. L., CONTAMINE RAYNAUD, M., *Droit bancaire*, 5ª ed., París, 1990.

RIZZO, V., "Condizioni generali di contratto e vessatorietà", en CESARO, E., (a cura di), *Clausole abusive e Direttiva comunitaria*, Atti del Convegno di Studi sul tema Condizioni generali di contratto e Direttiva C.E.E. N. 93/13 del 5 aprile 1993, Milano, 1994.

ROCA GUILLAMÓN, J., "Los contratos de crédito al consumo. Forma y contenido, reembolso anticipado y cobros indebidos (Ley 7/1995, de 23 de marzo)", en NIETO CAROL, U., (Dir.), *Crédito y protección del consumidor*, C.G.P.J., Madrid, 1996.

RODIÈRE, R., RIVES-LANGE, J.-L., *Droit bancaire*, 3ª ed., París, 1980.

RODOTÀ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

RODOTÀ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

RODOTÀ, S., "La "privacy" tra individuo e collettività", *Pol. Dir.* 1974.

RODOTÀ, S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La representación del accionista en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Sobre la denominada solicitud pública de representación de los accionistas en la Junta General de las sociedades anónimas", en AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Contratación bancaria y protección de los consumidores. El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del Banco de España", en GARCÍA VILLAVARDE, R. (Dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Contratación bancaria y protección de los consumidores. El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del Banco de España", en ALONSO UREBA, A., y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, J. (Dirs.), *Derecho del mercado financiero, II, Operaciones bancarias de activo y pasivo*, vol. 1, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)", DN 1997.

ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976.

ROJO AJURIA, L., "La tutela civil del derecho a la intimidad", ADC 1986.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., "Actividad económica pública y privada en la Constitución Española", RDM 1983.

ROLL, H.-A., *Vermögensverwaltung durch Kreditinstitute*, Berlín, 1983.

ROLLER, H., *Die Prospekthaftung im Englischen und im Deutschen Recht*, Berlín, 1991.

RONCAGLIA, G. C., "Norma ed uso: in tema di segreto bancario", nota a la Sentencia de la Corte di Appello di Bologna de 14 de abril de 1956, Arch. Pen. 1957-II.

RONCERO SÁNCHEZ, A., "Admisibilidad en Derecho español de los "poderes en blanco" para la representación del accionista en la Junta General de la Sociedad Anónima", RdS 1996, nº 6.

ROPPO, E., *Contratti standard*, Milano, 1975.

ROPPO, E., *Il contratto*, Bologna, 1977.

ROPPO, E., Voz "Contratto", en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, T. IV, Torino, 1989.

ROVELLI, R., Voz "Prestazione di cortesia", en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIII, Torino, 1966.

RUBIO LLORENTE, F., "La libertad de empresa en la Constitución", en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, *Introducción y títulos valor*, Madrid, 1996.

RUEDA HERNANDO, M. F., "La información automatizada como base del desarrollo económico", en *X Encuentros sobre Informática y Derecho 1996-1997*, Pamplona, 1997.

RÜMELIN, M., *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen, 1905.

RUTA, G., "Segreto bancario, informazioni sui clienti e responsabilità", en AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche* (Banco di Sardegna-CIDIS), Milano, 1986.

RUTA, G., *Il sistema della legislazione bancaria*, Roma, 1975.

SABATER BAYLE, E., "Comentario a la STS de 24 de abril de 1997", CCJC 1997, nº 45.

SACCO, R., "L'ingiustizia di cui all'art. 2043", nota a la Sentencia de la Corte di Appello di Palermo de 11 de junio de 1959, *Foro padano* 1960.

SACCO, R., *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1975.

SALANITRO, N., "Il segreto bancario", *Giur. Com.* 1977-I.

SALANITRO, N., "Il segreto bancario", en PORTALE, G. B., (a cura di), *Le Operazioni bancarie*, vol. I, Milano, 1978.

SALINAS ADELANTADO, C., "La nueva normativa sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios", *RGD* 1994.

SAMPIETRO, L., "Responsabilità della banca per false o erronee informazioni", en AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, (Banco di Sardegna-CIDIS), Milano, 1986.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo", *RDM* 1980.

SÁNCHEZ CALERO, F., "Contrato de cuenta corriente mercantil, el de cuenta corriente bancaria y rendición de cuentas", *RDBB* 1992.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, dirigidos por MOTOS y ALBALADEJO, Tomo XXIV, *Ley de Contrato de Seguro*, Vol. 1, Madrid, 1994.

SÁNCHEZ CALERO, F., "Condiciones generales en los contratos bancarios", en AA.VV., *Contratos bancarios*, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 20ª ed., Madrid, 1997.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria", RDBB 1986.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Modificación de la Ley del Mercado de Valores en materia de "insider trading" (Noticias), RDBB 1991.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La responsabilidad derivada del folleto informativo en la jurisprudencia alemana" (Noticias), RDBB 1993.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Autorización por el Tribunal de Defensa de la Competencia del Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI)" (Noticias), RDBB 1994.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La separación del patrimonio de los clientes en los servicios de inversión", en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, *Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la Navegación*, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., TAPIA HERMIDA, A. J., "El abuso de información privilegiada (insider trading y operaciones de iniciados)", RDBB 1987.

SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C., "Modificación de las normas sobre condiciones del crédito y defensa del cliente en Derecho español", RDBB 1989.

SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C., "La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional", RDBB 1990, n^o 38.

SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C., "Impago de un talón por conformación de otro", en SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (Coords.), *Comentarios a jurisprudencia de Derecho bancario y cambiario*, Vol. I, Madrid, 1993.

SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C., "La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo III, Madrid, 1994.

SANTAGATA, C., "Condizioni generali di contratto e clausole limitative della concorrenza nei rapporti fra imprenditori e distributori", en AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, (Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969), Milano, 1970.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I., Madrid, 1988.

SANTOS BRIZ, J., "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", RDP 1972.

SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y derecho procesal*, 5ª ed., Madrid, 1989.

SANTOS MARTÍNEZ, V., "Operaciones pasivas", RDBB 1981.

SANTOS MARTÍNEZ, V., "Tratamiento informático de los efectos cambiarios a través de la banca", *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo III, Madrid, 1994.

SAVATIER, R., *La théorie des obligations. Vision juridique et économique*, París, 1974.

SCHÄFER, H., "Banken als Unternehmensberater", *Die Bank* 6/93.

SCHÄFER, F. A., *Haftung für fehlerhafte Anlageberatung und Vermögensverwaltung*, Köln, 1994.

SCHEBESTA, M., "Die Verfahrensgrundsätze zum Bankauskunftsverfahren", WM 1989.

SCHEERER, H.-P., "Probleme der Haftung der Kreditinstitute für die Erteilung von Auskünften in Deutschland und Frankreich unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsfreizeichnungsklauseln", en LUTTER, M., KOLLHOSSER, H., y TRUSEN, W., *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Bärman zum 70. Geburtstag*, München, 1975.

SCHIMANSKY, H., "Bankvertragsrecht und Privatautonomie", WM 1995.

SCHLENKE, R., *Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken und AGB-Gesetz*, Berlin, 1984.

SCHLESSINGER, P., "La ingiustizia del danno nell'illecito civile", *JuS* 1960.

SCHLÖTER, H. W., "Schufa- der Weg zum schnellen Kredit", *Die Bank* 1/78.

SCHMELZ, K.-J., *Der Verbraucherkredit*, München, 1989.

SCHMITZ, B., "Die Vertragshaftung des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters gegenüber Dritten. -Eine Auseinandersetzung mit den Haftungsausdehnungstendenzen der Rechtsprechung des BGH-", *DB* 1989.

SCHNEIDER, U. H., "Die Harmonisierung des Bankrechts in der Europäischen Gemeinschaft", *ÖBA* 1991.

SCHNEIDER, U. H., "Europäischer und globaler Wettbewerb der Bankensysteme", en KÜBLER, MERTENS, WERNER (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991*, Berlin, 1991.

SCHÖNLE, H., *Bank- und Börsenrecht*, 2ª ed., München, 1976.

SCHRAEPLER, H.-J., "Kreditauskunft- Einschränkung des Bankgeheimnisses", *NJW* 1972.

SCHUMACHER, R., *Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung erfahrener Vertragspartner*, Bonn, 1979.

SCHÜTZ, W., "Die Sorgfaltspflicht des Bankkunden", *JR* 1960.

SECCHI TARUGI, L. "In tema di segreto bancario", nota a la Sentencia de la Corte di Cassazione de 18 de julio de 1974, n. 2147, Foro It. 1975-I.

SEGRÉ, G., "Studi sul concetto di negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico", *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930.

SEILER, H. H., "§ 676", RdNr. 1, en REBMANN, K., y SÄCKER, F.-J., (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band. 3. Schuldrecht, besonderer Teil, 2. Halbband, München, 1980.

SICHTERMANN, S., "Das Bankgeheimnis als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes", MDR 1965.

SICHTERMANN, S., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland sowie in wichtigen ausländischen Staaten*, 3. vollständig neubearbeitete Auflage von FEUERBORN, S., KIRCHHERR, R., TERDENGGE, R., Frankfurt/Main, 1984.

SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Pamplona, 1998.

SÖLLNER, "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte oder Drittschadensliquidation?", JuS 1970.

SONNENHOL, J., "Die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Teil I (Nr. 1-10)", WM 1993.

SPANNO, E., "Informazione telefoniche sul buon fine di assegni", Banche e banchieri 1977

STEINDORFF, E., "Zivilrechtliche Grundlagen von Bankgeheimnis, Bankauskunft und Persönlichkeitsschutz", ZHR 149 (1985).

STEPPELER, W., KÜNZLE, J., *Die neuen AGB der Sparkassen (AGBSp 1993)*, Stuttgart, 1993.

STEUER, S., "Neufassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum 1. Januar 1984", *Die Bank* 1/84.

STEUER, S., SCHRÖTER, J., SINGER, P., HEMELT, K.-H., *Datenschutzgesetz in der Bank. Erläuterungen und Hinweise für die Bankpraxis*, Köln, 1978.

STOLFI, G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.

STOLL, H., "Haftung aus Bescheinigung", *AcP* (135) 1931.

STOLL, H., "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung", *AcP* 136 (1932).

STOLL, H., *Die Lehre von der Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Las declaraciones de patrocinio. Estudio sobre las denominadas "cartas de confort"*, Madrid, 1994.

TAPIA HERMIDA, A. J., "Los contratos bancarios de depósito, administración y gestión de valores negociables", en GARCÍA VILLAVARDE, R. (Dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992.

TAPIA HERMIDA, A. J., "Las normas de actuación en los mercados de valores. (Primeras reflexiones sobre el Real Decreto 629/1993)", RDBB 1993.

TAPIA HERMIDA, A. J., "Algunos aspectos del régimen jurídico de las actividades parabancarias", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo I, Madrid, 1994.

TARDIVO, C. M., "Revoca di finanziamento ed obbligo a contrarre: due facce di una sola medaglia?", nota a la Sentencia de la Pretura di Torino de 31 de diciembre de 1988-2 de enero de 1989, BBTC 1990-II.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *La Competencia en España: balance y perspectivas*, Madrid, 1995.

THILO, L., "Bankgeheimnis, Bankauskunft und Datenschutzgesetze", NJW 1984.

TIDU, A., "Il recepimento della normativa comunitaria sul credito al consumo (legge 19 febbraio 1992, n. 142, artt. 18-24)", BBTC 1992.

TILOCCA, E., "Onerosità e gratuità", RTDPC 1953-I.

TRIMARCHI, P., Voz "Illecito", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XX, Milano, 1970

TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto Privato*, 2ª ed., Milano, 1975.

TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano, 1983.

TUNC, A., "Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza", NRDCom. 1947-1948-I.

ULMER, P., "Diskussionsbericht", ZHR 149 (1985).

UNGNAGE, D., *Datenschutz im Kreditgewerbe*, Frankfurt am Main, 1978.

UNGNAGE, D., GORYNIA, E., GORYNIA, F. J., "Datenschutz und Kreditgewerbe -5 Jahre BDSG-", WM 1983, Sonderbeilage 7.

URÍA, R., "El derecho de voto del accionista", RCDI 1943.

URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 21ª ed., Madrid, 1994.

VALENZUELA GARACH, F., PEINADO GRACIA, J. I., "La utilización abusiva de informaciones confidenciales y privilegiadas en los mercados de valores. Especial consideración de las disciplinas CEE y española", Noticias CEE 1991, nº 81.

VALLETTA, V., "Delle cosiddette prestazioni "affectionis vel benevolentiae causa", nota a la Sentencia de la Corte di Cassazione de 3 de noviembre de 1956, n. 4110, Dir. e Giur. 1957.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª. R., "Elementos esenciales del contrato", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª. R., (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1994.

VAREA SANZ, M., "Comentario a la STS de 31 de julio de 1995", CCJC 1996, nº 40.

VASSEUR, M., "La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France", en MACCARONE, S., NIGRO, A. (a cura di), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981.

VÁZQUEZ BONOME, A., *Tratado de Derecho cambiario. Letra, pagaré y cheque*, Madrid, 1993.

VEGA PÉREZ, F., "Responsabilidad bancaria por impago indebido de cheque", RDBB 1983.

VEGA PÉREZ, F., "Intervención bancaria en la emisión y colocación de valores negociables", en GARCÍA VILLAVERDE, R. (Dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992.

VEGA PÉREZ, F., "La compensación bancaria", en GARCÍA VILLAVERDE, R., (Dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992.

VELASCO ALONSO, A., *La Ley de Sociedades Anónimas*, 5ª ed., Madrid, 1982.

VERDERA Y TUELLS, E., "Las actividades parabancarias. Innovación y desintermediación en el sistema financiero español", en RESTUCCIA, G. (Coord.), *L'attività parabancaria*, Milano, 1987.

VÉRGEZ, M., "La responsabilidad del banco frente al tenedor del cheque", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, Tomo III, Madrid, 1994.

VÉRGEZ, M., "Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente", en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio*

Menéndez, Tomo III, *Contratos mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la Navegación*, Madrid, 1996.

VERZARO, P., "Ammortamento del titolo smarrito e responsabilità della banca", nota a la Sentencia del Tribunale di Napoli de 19 de octubre de 1987, BBTC 1990-II.

VÉZIAN, J., *La responsabilité du banquier en droit privé français*, 10^a ed., París, 1977.

VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. II, 3^a ed., Barcelona, 1990.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 10^a ed., Valencia, 1997.

VICIANO PASTOR, J., "Los registros de morosos en cuanto intercambios de información contrarios al Derecho de defensa de la competencia español", RGD 1995.

VIGO, R., *Libertà e divieti nella circolazione delle notizie bancarie*, Milano, 1983.

VINEY, G., "Les obligations. La responsabilité: conditions", en *Traité de Droit civil sous la direction de J. Ghestin*, París, 1982.

VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979.

VITALE, P., "Fondamento e limiti della "libertà" del banchiere nel pagamento degli assegni bancari", BBTC 1959-I.

VON ROTTENBURG, F., "Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten", ZHR 153 (1989).

VORTMANN, J., "Aufklärungs- und Beratungspflichten bei grenzüberschreitenden Bankdienstleistungen", WM 1993.

VORTMANN, J., "Anlegergerechte Beratung und Maßnahmen zur Reduzierung des Haftungsrisikos", ÖBA 8/94.

VORTMANN, J., *Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken*, Köln, 1995.

WAGNER-WIUDUWILT, K., *AGB der Banken-Kommentar*, BuB 3.93.

WEBER, A., "Bank-an-Bank-Auskünfte", Die Bank 8/81.

WEBER, A., "Neue Grundsätze über die Erteilung von Bankauskünften", Die Bank 1983.

WEBER, A., "Bankauskunftsverfahren neu geregelt", Die Bank 11/84.

WEBER, A., "Neuordnung des SCHUFA-Verfahrens für Kreditinstitute", WM 1986.

WEBER, A., "Die neuen SCHUFA-Klausel", Die Bank 7/86.

WEBER, A., "Kartellverfahren wegen SCHUFA", Die Bank 3/87.

WEBER, A., "Neue Grundsätze für das Bankauskunftsverfahren", *Die Bank* 6/87.

WELSER, R., *Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, Zugleich ein Beitrag zur Bankauskunft*, Wien, 1983.

WERHAHN, J. W., SCHEBESTA, M., *Die neuen Bankbedingungen. Erläuterte Textausgabe der AGB Sonderbedingungen*, Wiesbaden, 1980.

WERNER, H.-S., MACHUNSKY, J., *Bankenhaftung für Börsenverluste. Anlageberatung, Vermögensverwaltung, Börsentermingeschäfte-Schadensersatz-ansprüche von Kapitalanlegern*, Göttingen, 1989.

WESTERMANN, H. P., "Banken als Kreditgeber und Gesellschafter. -Zur Entscheidungsfreiheit der Bank im Kreditgeschäft", *ZIP* 1982.

WESTERMANN, H.-P., "Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten", *ZHR* 153 (1989).

WESTERMANN, H.-P., "Das Transparenzgebot -ein neuer Oberbegriff der AGB- Inhaltskontrolle", en BAUR, HOPT, MAILÄNDER (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Berlin, 1990.

WESTERMANN, H.-P., "Zwecke der AGB-Kontrolle im Bankvertragsrecht", en KÜBLER, MERTENS, WERNER (Hrsg.),

Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, Berlín, 1991.

WESTERMANN, H. P., "Fortschritte durch die neuen AGB der Banken und Sparkassen?", WM 1993.

WIEGAND, W., "Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der AGB- Problematik", en WIEGAND, W. (Hrsg.), *Aktuelle Probleme im Bankrecht*, Bern, 1994.

WITTMANN, "§ 676", en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zweites Buch, §§ 657-740*, 12^a ed., Berlín, 1980.

WOLFF, J., "Bankgeheimnis und Kreditauskunft", DA 1968.

WOLFF/HORN/LINDACHER, *AGB-Gesetz Kommentar*, 3. Auflage, München, 1994.

WOSNITZA, R., *Das Recht auf Auskunft im bankvertraglichen Dauerschuldverhältnis*, Baden-Baden, 1991.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989.

ZANELLI, P., "La legge n. 675 del 96': una strategia integrata di protezione per la privacy", CI 2/1997.

ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Pamplona, 1995.

ZÖLLNER, W., "Datenschutzrechtliche Aspekte der Bankauskunft", ZHR 149 (1985).

ZUNZUNEGUI PASTOR, F., "El valor anotado en cuenta y su régimen jurídico", RDBB 1994.

ZUNZUNEGUI PASTOR, F., *Derecho del mercado financiero*, Madrid, 1997.

ZURITA, J., "El régimen español sobre el insider trading y la propuesta de Directiva Comunitaria", en AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991.

