

**RECENSIÓN A LA OBRA COLECTIVA *LA CONTRATACIÓN
BANCARIA*, DIRIGIDA POR A. SEQUEIRA, E. GADEA Y F.
SACRISTÁN**

(Ed. Dykinson, Madrid, 2007. 1500 pgs.)

Publicado en la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* n° 109 (2008)

M^a Teresa Martínez Martínez
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Complutense

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

Resumen:

Se trata de la recensión a una obra que contiene un tratamiento exhaustivo y actualizado de la contratación bancaria

Palabras claves:

Derecho contractual, bancos, entidades de crédito.

Abstract:

It is a review of a book with a comprehensive and modern study of the contracts made by banks

Key –Words:

Law of contracts, banks, credit institutions.

I. Preámbulo

El régimen jurídico de la actividad de las entidades de crédito, un sector singularmente vital por su función vertebradora del sistema financiero y por tanto, de enorme trascendencia en el doble plano de lo que suele conocerse por macro y microeconomía (se trata de una actividad empresarial con implicación del interés público y de intereses difusos de trascendencia general, y que afecta cotidianamente a la capacidad económica de la práctica totalidad de los ciudadanos) ha merecido hasta hoy la frecuente y a menudo cualificada atención de la doctrina jurídica y especialmente, de la doctrina mercantil. Las bibliotecas jurídicas abundan en obras de diversa extensión y formato en la materia, algunas eminentemente doctrinales o “teóricas”, otras con un marcado acento y abundante material “práctico”, no pocas con pretensión didáctica o de orientación profesional. No puede afirmarse, en consecuencia, que se trate de un sector escasamente tratado ni tratado sin el suficiente rigor o consideración a su singular complejidad, que deriva entre otras circunstancias, del carácter multidisciplinar de la

normativa bancaria (en la que confluyen normas de diversa procedencia territorial y encuadramiento sistemático), de la permanente exigencia de actualización que imprime el dinamismo de la propia actividad, y de la progresiva e imparable implantación de las entidades de crédito en sectores de actividad tradicionalmente reservados a otras empresas. Un buen número de profesionales jurídicos, y no sólo los abogados y los Tribunales de Justicia, sino también notarios, registradores y funcionarios públicos, se enfrentan habitualmente con problemas relacionados con la actividad bancaria. De ahí que toda obra que venga a enriquecer, clarificar o actualizar el tratamiento de esta actividad deba acogerse con interés por el estudioso o el práctico, y con el respeto inicial que merece el esfuerzo que exige abordar una materia tan compleja.

Atendido lo anterior, se entenderá lo que pretendo decir cuando considero que en esta ocasión no nos encontramos con una obra de Derecho bancario “al uso” (e insisto que no me parece “usual” ninguna obra que con algún rigor y pretensión *totalizadora* aborde el régimen jurídico de la actividad de las entidades de crédito). Se trata, de entrada, de una obra colectiva, que más que aglutinar, sistematiza sobre presupuestos estructurales y de contenido singularmente ambiciosos, el esfuerzo de treinta y siete autores procedentes de todos los ámbitos profesionales implicados o interesados en la contratación bancaria: profesores universitarios (y no sólo mercantilistas), abogados, notarios, registradores, magistrados, profesionales en el sector público encargado de la supervisión de las entidades de crédito o de la fiscalidad. La orientación de tan heterogéneo y cualificado equipo humano, bajo presupuestos metodológicos comunes hacia el objetivo de ofrecer una visión global, rigurosa pero al tiempo lo suficientemente aligerada de densidad dogmática y lo bastante enriquecida por una cuidadosa selección de aportaciones prácticas (en particular, decisiones de los Tribunales de cualquier jerarquía y de la DGRN) cómo para poner en aviso al lector de los problemas que plantean los diversos aspectos de la contratación bancaria y de las soluciones que reciben, requería de un ingente -y diligente- esfuerzo de dirección. La generosidad y el rigor de este esfuerzo se revelan en el resultado que es la obra, pero también en su magnífica introducción, a cargo del catedrático de Derecho Mercantil Adolfo Sequeira Martín.

II. La Introducción

La lectura de la introducción me parece imprescindible, de entrada, para obtener la información que se espera de todo buen prólogo acerca de los presupuestos

metodológicos que explican la estructura y los contenidos de la obra. Esta información resulta particularmente necesaria en una obra que, aunque no plantea una ruptura abierta con las clasificaciones más habitualmente empleadas en el tratamiento de la disciplina de las entidades de crédito y, sobre todo, de las operaciones bancarias –ruptura seguramente problemática tratándose de una obra en la que participan múltiples autores, lo bastante cualificados como para sostener sus propias concepciones al respecto-, ofrece una sistemática que no es la convencional, e incluye trabajos difícilmente esperables por su temática, enfoque o extensión.

La Introducción se ocupa, de entrada, de explicar las opciones de estructura e inclusión de contenidos en la obra. Ya la mera lectura del índice deja ver que no hay poco que explicar. Si la Primera Parte contiene aportaciones poco usuales cuando no ausentes en los planteamientos habituales sobre el sistema bancario y los aspectos generales de la contratación (los relativos a las relaciones de las entidades de crédito y la Agencia Tributaria, y sobre todo, al Derecho penal bancario), en la Segunda Parte, resulta evidente el alejamiento de las clasificaciones más tradicionales: las que distinguen entre operaciones bancarias pasivas, activas y neutras, los contratos bancarios de los *parabancarios*, las actividades de mediación en el crédito de las que se desarrollan las entidades de crédito en otros mercados financieros, de inversión en valores y seguros. La Introducción expone los motivos, que podrán compartirse o no, pero que desde luego han sido bien meditados, para un tratamiento tan comprensivo de los diversos aspectos implicados en la actividad de unas entidades de crédito que no son sólo los bancos en sentido amplio (sino también los establecimientos financieros de crédito), y que no sólo se dedican profesional y habitualmente a la intermediación en el crédito, sino a la generación y transformación de activos financieros de diversa naturaleza; que financian aunque no capten fondos reembolsables del público, y que tienen una función cada vez más relevante en la contratación de seguros y en la prestación de servicios de inversión en valores negociables. La Introducción expone los presupuestos metodológicos que explican la amplitud de la obra y hasta su título (la contratación, y no los contratos bancarios), con rigor y con generosidad, incluyendo numerosas citas de obras y de autores que se han ocupado antes del régimen de las entidades de crédito y de su actividad.

Sin duda, un tratamiento comprensivo de los heterogéneos aspectos de esta actividad es lo que necesitan los profesionales implicados en ella, y me parece que hay que resaltar la utilidad práctica de la obra a pesar de lo que su considerable extensión

podiera dar a entender, y a pesar de que no estamos, desde luego, ante un manual “con formularios”. Cuando se desciende a los trabajos en particular, me atreveré a decir que resulta perceptible en ellos una pretensión clarificadora que a menudo es, incluso, didáctica. La obra es muy extensa por la gran cantidad de aportaciones que contiene y que corresponde a su ambición temática. Pero la apreciación general que surge de la lectura de los trabajos es que los temas están bien acotados y estructurados, con epígrafes detallados y no demasiado extensos, y que se ha hecho un gran esfuerzo de simplificación dogmática y de clarificación de orientaciones jurisprudenciales. Como profesora de Universidad, yo no dudaría en recomendar su lectura y empleo a un alumnado motivado, con tiempo suficiente para preparar más allá de lo básico que en materia bancaria exigen nuestros programas de estudios “generalistas”. A una obra como ésta, quizás “adelgazada” con miras a una mayor simplificación de contenidos e incentivada su orientación pedagógica, es posible asignarle utilidad si en los futuros planes de estudios con miras al proceso de convergencia europea se da un espacio relevante a la especialización sectorial.

Pero la Introducción no sólo expone los aspectos implicados en la estructura de la obra, sino que contiene un tratamiento sustantivo de alguno de los temas más complejos de cuantos deben afrontarse en el estudio de la contratación bancaria. Uno de ellos es el problema de la atipicidad contractual en este sector. Hasta tal punto abunda el profesor Sequeira en consideraciones sobre esta problemática, que el lector (al menos, esta lectora) no puede dejar de preguntarse si las minuciosas y cuidadas consideraciones al respecto no deberían haber quedado integradas en un capítulo de la obra, quizá entre las cuestiones generales sobre los contratos bancarios. En cualquier caso, el lector hará bien en darle más de una vuelta a la aproximación a la atipicidad de estos contratos en la Introducción. El autor, lejos de solventar el tema con inexpresivas consideraciones generales, toma postura sobre el alcance (en numerosas ocasiones, más aparente que real) de la atipicidad en los contratos bancarios y sobre la idoneidad de las diversas técnicas empleadas para dotar de régimen jurídico a los contratos atípicos según las opciones (que no siempre pasan por la yuxtaposición de regímenes de los contratos típicos más afines o por la “adscripción” a lo sustancial del régimen del que parezca predominante) que parezcan más adecuadas en función de las características jurídicas y la función económica del contrato en cuestión. La claridad con que se exponen estas cuestiones y la valoración que de las mismas hace el autor son muy de agradecer en una materia tan vidriosa. La Introducción abunda también en consideraciones sobre la

importancia y la diversidad de las garantías en los contratos bancarios. A esta lectora le parecen singularmente interesantes las consideraciones acerca de la distinción entre las garantías propiamente dichas, personales y reales tradicionales yuxtapuestas a los contratos bancarios, y los numerosos aspectos del clausulado o de la documentación contractual que tienen una función de garantía (asegurar la recuperación del dinero o el valor de las prestaciones objeto del contrato) sin proclamarse como tales.

III. La estructuración de la obra y sus contenidos.

La obra se estructura formalmente en dos partes y en una sucesión correlativa de capítulos (ocho en total), que agrupan los *temas* que corresponden a las contribuciones de cada autor. Cada uno de los temas, con alguna excepción singular, ofrece una reseña final de la bibliografía citada por el autor. Finalmente, se ofrece un índice general, pero por referencia a cada tema, de la jurisprudencia citada, que incluye Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de Tribunales *inferiores* (Audiencia Nacional, Audiencias Provinciales, juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil), así como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con indicación del repertorio jurisprudencial o de la publicación periódica donde es posible localizar cada sentencia. La cuidadosa selección y consideración a la jurisprudencia revela, como ya he dicho, el propósito de la obra de ofrecer un tratamiento actual, minucioso y pragmático de la conflictividad jurídica de la actividad bancaria, propósito que se evidencia también por la consideración a los formularios que se emplean en la práctica, a los criterios empleados por las autoridades de supervisión, y por la muy expresa atención que en cada uno de los trabajos sobre los contratos en singular reciben sus implicaciones concursales.

1. La Primera parte: el marco general de la contratación bancaria.

La Primera Parte de la obra se dedica al marco normativo y conceptual general de la contratación bancaria, y se estructura en tres capítulos. El primero e “inevitable” es el que se ocupa lo que solemos conocer como “aspectos institucionales” de la contratación, con dos temas, sobre la organización del sistema bancario y sobre sus fuentes, en los que resulta patente el esfuerzo que exige comprimir sin omitir y aportar claridad en una materia tan compleja. El capítulo segundo comienza por el también

ineludible tema del concepto y clasificación de los contratos bancarios. El “clasicismo” del planteamiento cede paso, desde este momento, a una sucesión de trabajos sobre temas novedosos que vienen planteados, fundamentalmente, por el frecuente empleo de las nuevas tecnologías en la contratación bancaria, y por el hecho de tratarse de un sector con un evidente desequilibrio contractual entre las partes (entidad y cliente). Este desequilibrio ha generalizado la práctica de la contratación por adhesión y la apropiación por las entidades de una ingente cantidad de datos relevantes en el tráfico económico acerca de sus clientes, y con ello, ha hecho surgir específicas exigencias de tutela del usuario de servicios bancarios a las que trata de hacer frente la normativa comunitaria y nacional más reciente. El cliente-consumidor de servicios bancarios aparece como referente primordial de las preocupaciones temáticas de este capítulo de la obra, que incluye seis trabajos sobre la comercialización a distancia de servicios financieros, la autenticidad en la contratación bancaria electrónica, el empleo de condiciones generales y el papel de su registro en los contratos bancarios, la protección del cliente en general y específicamente, de sus datos personales. Resulta evidente el interés de estos trabajos, desiguales en cuanto al perfil profesional de sus autores y el nivel de generalidad de las cuestiones tratadas, pero todos ellos minuciosos en sus planteamientos y en las referencias a las numerosas fuentes normativas y prácticas.

Para finalizar con esta Primera Parte, un tercer capítulo contiene dos trabajos inusuales en el tratamiento de la contratación bancaria, acerca, respectivamente, de sus implicaciones penales y fiscales. Ambos trabajos, además de compartir un enfoque normativo al menos en parte represor y sancionador, tienen en común su amplitud temática, ya que bajo el perfil del Derecho penal y de las relaciones con la Agencia Tributaria, es posible incluir numerosos y heterogéneas conductas respecto a las cuales las entidades de crédito asumen una posición desigual: como autores o cooperadores (a veces, como en el caso de la normativa contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, a resultas de no prestar la colaboración exigible con las autoridades que persiguen estos delitos), o como víctimas en el caso de los delitos; como contribuyentes, retenedores o responsables del pago de tributos respecto a Hacienda. Estos trabajos corren a cargo de especialistas en la materia y cada uno, con sus peculiaridades –más descriptivo el relativo a las cuestiones fiscales, más analítico y extenso el de las penales– representan un notable esfuerzo de sistematización y análisis, con un planteamiento general de las implicaciones penales y tributarias de la actividad bancaria y una consideración minuciosa a las distintas conductas relevantes.

2. La Segunda Parte: contratos bancarios en particular, garantías, servicios de inversión y actividades complementarias.

La segunda y más extensa parte de la obra se dedica al análisis singularizado de los contratos bancarios, de las garantías en la contratación, de los servicios de inversión y de otras actividades “complementarias” de las entidades de crédito. La estructura y los contenidos de esta parte de la obra, se alejan tanto de la tradicional distinción entre operaciones activas, pasivas y neutras, como del binomio (cada vez más cuestionable) de actividad estrictamente bancaria y *parabancaria*. El primer capítulo, seguramente el menos novedoso de cuantos incluye esta Parte, contiene tres trabajos sobre operaciones y servicios bancarios habitualmente yuxtapuestos a otros contratos, pero cuya autonomía conceptual y problemática singular aconsejan, como se explica en la Introducción con respecto al contrato de cuenta corriente bancaria, su tratamiento preliminar y sustancial. Además del propio contrato de cuenta corriente, se analiza el régimen de las tarjetas bancarias de débito y de crédito y de la transferencia bancaria. La minuciosidad en el tratamiento y la abundancia de referencias a las resoluciones judiciales y a otros autorizados criterios –los emitidos, vgr., por el servicio de reclamaciones del Banco de España- resultan ya perceptibles en estos primeros trabajos sobre los contratos en particular. También se hace visible la importancia concedida a su tratamiento en el concurso de acreedores, tanto si el concursado es el cliente bancario como la entidad. La oportunidad y actualidad de la incorporación de esta óptica al régimen de los contratos bancarios en toda la obra, como ya dije, resultan evidentes, y el interés del conjunto se incrementa con ello.

El capítulo 5º, sobre los contratos de captación de pasivo, incluye dos temas. Al imprescindible tratamiento de los depósitos bancarios de dinero, minucioso en el análisis de sus modalidades y clarificador por lo que se refiere a la distinción respecto a figuras afines, se une un trabajo novedoso respecto a dos figuras de perfiles confusos y que tienen en común su trascendencia más en la fiscalidad del titular de la cuenta que en la configuración sustantiva de las figuras: la llamada cuenta ahorro vivienda, y la cuenta corriente en materia tributaria.

El Capítulo 6º, el más extenso de la obra, es el que se ocupa del régimen singularizado de los contratos de financiación, e incluye también el tratamiento de una cuestión, la posible rehabilitación por la administración concursal de préstamos y

créditos al deudor ya resueltos en las fechas anteriores a la declaración del concurso, que resulta aplicable a varios de ellos (y determinar a cuáles es, precisamente, una de las cuestiones que hay que despejar). Del tratamiento de los contratos de financiación más habituales (apertura de crédito, descuento, préstamo bancario, crédito al consumo, *factoring*, *leasing* financiero, *renting*), destaca la minuciosidad en el análisis de las distintas modalidades de préstamo, al que se dedican nada menos que cinco temas, sobre el préstamo en general, los préstamos especiales, el préstamo con garantía de valores, el préstamo sindicado y el préstamo participativo. Nada hay que objetar a esta extensión en el tratamiento del contrato básico de financiación, si no es la observación (que no objeción) de que en el seno de un tratado de Derecho bancario que dedica tanta atención a las garantías de toda índole (personales y reales, que favorecen o que obligan a las entidades de crédito), el análisis del préstamo con garantía de valores (cuyas especialidades, como se deduce de su tratamiento en el *tema* correspondiente, radican en la singularidad del objeto dado en prenda) quizá hubiera quedado mejor encuadrado entre los temas del capítulo (el 8º) sobre las garantías. Reconozco que no es ésta la óptica más extendida, que lo aborda como modalidad del contrato de préstamo, pero tampoco es habitual un tratamiento completo, como el que contiene esta obra, de la hipoteca como garantía en la contratación bancaria (y no sólo en relación con el préstamo hipotecario). El capítulo 6º ofrece dos trabajos de gran actualidad y por ello, de cierto riesgo: el que se refiere a las operaciones de financiación de proyectos, cuya importancia económica y singularidad jurídica ha atraído ya una considerable atención doctrinal, a menudo en el marco del tratamiento del más clásico tema de los préstamos sindicados; y el más novedoso, de la intervención de entidades a menudo no sujetas a supervisión como entidades de crédito, en la refinanciación del conjunto del endeudamiento bancario de un sujeto.

Fuera de la amplia rúbrica de los contratos de financiación, la del Capítulo 7º - “Contratos de intermediación en los pagos”- supone un pronunciamiento –con aspectos discutibles, pero con argumentos que se exponen convincentemente- sobre la naturaleza jurídica y la función económica de los contratos de crédito documentario y del menos conocido de *confirming*. Ambos comparten su “triangular” morfología subjetiva, y la función intermediadora en los pagos surgidos de transacciones comerciales que asumen en ellos las entidades de crédito. Por su mayor novedad, resulta especialmente clarificadora la exposición de las características del contrato de *confirming*, que lo distinguirían de figuras afines (el *factoring*, en particular) y de su casuística práctica.

El Capítulo 8º se dedica a las garantías en la contratación bancaria, tanto personales como reales, y tanto si la posición de la entidad de crédito es la de garante o la de acreedor beneficiario de la garantía. Más que un capítulo, la abundancia de las contribuciones (sobre garantías personales y avales bancarios, garantías autónomas a primera demanda, cartas de patrocinio, hipoteca mobiliaria e inmobiliaria y prenda), y la minuciosidad del tratamiento, en particular por lo que se refiere a las garantías reales, que incluye aspectos sustantivos y procesales generales junto a los específicamente deducidos de la regulación sectorial bancaria (en concreto, respecto a los préstamos hipotecarios), producen la impresión de estar más ante una Parte que ante un Capítulo de la obra. Se trata, en todo caso, de un Capítulo destacable en el conjunto, cuya importancia subraya ya el profesor Sequeira en la Introducción. De cara a una posible y recomendable reedición de la obra, el tema de la hipoteca habría de incorporar las modificaciones de la legislación hipotecaria recientemente aprobadas.

El 9º y último capítulo, como su propia rúbrica indica (Servicios de inversión y actividades complementarias) es el que tiene un contenido más heterogéneo. Agrupa dos trabajos de los que podríamos denominar “panorámicos”, de amplio contenido y con importantes exigencias preliminares de conceptualización y sistematización (acerca de los contratos de servicios de inversión realizados por las entidades de crédito, y sobre el contrato de seguro en relación con la actividad bancaria), y uno sobre un tema más acotado y de perfiles más clásicos, pero no menos “anómalo” respecto a la función típica y tradicional de intermediación crediticia, como es el alquiler de cajas de seguridad. Si todos los trabajos del capítulo son muy notables, quizá el que más sorprenda al lector es el que se refiere a la actividad aseguradora en relación con la bancaria. Se trata de un extenso y ambicioso trabajo que pretende abarcar las numerosas interrelaciones entre actividad aseguradora y bancaria, y prioriza los aspectos funcionales sobre los conceptuales: de ahí el empleo ocasional de conceptos arriesgados (como el de *seguros bancarios*) y la inclusión de contenidos que escapan al marco estricto de relaciones entre seguros y actividad bancaria, como son las modalidades de contratos sobre futuros y opciones que las entidades de crédito ofertan a sus clientes. En cualquier caso, la lectura de éste y los demás trabajos del capítulo resulta imprescindible para acabar de obtener una idea completa y precisa de la compleja y dinámica actividad de las entidades de crédito, más allá del marco de lo que tópicamente se entiende como intermediación en el crédito.

IV. Valoración final.

El cometido de reseñar una obra es, en mi opinión, al tiempo cómodo e ingrato. Cómodo como siempre lo es asumir el papel de lector y de crítico, si se le compara con el difícil papel de autor. Ingrato por la escasa justicia que inevitablemente se hace a los artífices de la obra, sobre todo cuando son muchos y cualificados, porque no es posible, en el espacio de una reseña, ofrecer una impresión y valoración detalladas de cada una de las contribuciones. El juicio tiene que ser inevitablemente general, pero quisiera concluir esta aproximación externa y necesariamente superficial transmitiendo mi impresión de que en esta obra, el resultado general es bueno por la suma de los dos factores que pueden hacer que lo sea cualquier empeño colectivo. En primer lugar, porque el conjunto viene a sumar contribuciones singularmente apreciables, y creo que es justo reconocer algo que no siempre se aprecia, y es la generosidad que implica la renuncia, por parte de los autores de cualquier obra colectiva muy extensa, a atribuirse singularmente méritos que podrían acaparar para su contribución si ésta se publicase aisladamente. Desde luego, esta renuncia queda globalmente compensada por el valor añadido que ofrece el conjunto de una obra colectiva y por un cierto efecto de “dilución” que permite pasar por alto defectos y desajustes singulares cuando el conjunto es apreciable. En el caso de la obra que nos ocupa, sin embargo, creo que es preciso destacar el valor de las contribuciones singulares y de la obra en su conjunto. Lo primero, porque los autores se han aplicado e implicado a fondo con sus temas respectivos, han sido rigurosos pero contenidos, claros pero no vulgarizadores, atentos a los materiales y a los aspectos más candentes que plantean los temas asignados. Es un mérito singular que hay que reconocer, pero desde luego, no me ofrece dudas que es también un mérito sustancial de quienes han impulsado, dirigido y coordinado el esfuerzo colectivo que representa la obra. Y este es el segundo aspecto que quisiera destacar.

La tarea de dirección o de coordinación de una obra colectiva, siempre complicada en su diseño y engorrosa en su realización (hay que escoger autores y marcar pautas comunes, que sin coartar la libertad de éstos den coherencia formal y sustancial a la obra; hay que recordar plazos, sugerir ajustes, tranquilizar a los editores, a menudo homogeneizar y depurar formatos) tiene en la práctica un contenido y ofrece unos resultados variables. Una buena obra colectiva es necesariamente el resultado de una atenta labor de dirección, que haya funcionado desde el principio, diseñando los

aspectos programáticos de la tarea de los autores y la estructura del conjunto, pero también controlando la ejecución y el ajuste de la obra a través de su –siempre tortuosa- realización. Por lo que sé, el “plazo de ejecución” de esta obra ha resultado inusualmente corto, teniendo en cuenta la cantidad y la diversidad de las contribuciones que la integran, y eso siempre beneficia el resultado final, más actualizado, más “fresco” (si se me permite este adjetivo coloquial), más satisfactorio para los autores que pueden ver en breve impreso –y valorado- el resultado de su trabajo. Un resultado, en este caso, consistente en todos los sentidos, que, estoy segura, el mundo académico y profesional sabrá apreciar en lo que vale. Mis mejores deseos a sus artífices para el futuro si, como imagino, tienen en reserva algún otro proyecto de estas características.