

LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN LA BANCA DIGITAL; EL SOPORTE DURADERO

- 1.- Introducción
- 2.- El fichero como fuente de prueba. Breve reflexión sobre la naturaleza jurídico probatoria del fichero
- 3.- Características de la prueba electrónica
- 4.- El soporte duradero
- 5.- Sobre las tareas jurídicas sugeridas en la digitalización de los servicios financieros

1.- Introducción

Probablemente una de las palabras de moda sea “digitalización”. Parece que nadie quiere perder el tren del jugoso negocio digital que se avecina o de eludir amenazas en la irrupción digital en los negocios tradicionales.

Los procesos de digitalización afectan inevitablemente a las corporaciones. Requieren su transformación hacia el entorno digital y lo hacen transversalmente; también a los abogados.

Efectivamente, en una sociedad digitalizada es previsible un importante aumento de las transacciones bancarias electrónicas y, como consecuencia, también de la necesidad de acreditar la existencia y contenido de las mismas. Para lograrlo será necesario sustentar las pretensiones procesales o extra procesales de las entidades mediante exhibición o aportación de los ficheros que las acreditan. En definitiva, la acreditación de la veracidad de los relatos fácticos en los que las entidades sustenten sus pretensiones se logrará previa aportación y ulterior valoración judicial de estos ficheros.

En consecuencia, los letrados de las entidades tienen dos principales tareas derivadas de su futuro digital: (i) establecer procedimientos probatorios adecuados al nuevo soporte probatorio y (ii) capacitarse para afrontar con solvencia la aparición de esta nueva fuente de prueba; el fichero electrónico.

Antes de entrar a analizar las tareas jurídicas derivadas de los procesos de digitalización conviene reflexionar brevemente de la naturaleza jurídico probatoria del fichero electrónico, así como de las características de la prueba electrónica.

2.- El fichero como fuente de prueba. Breve reflexión sobre la naturaleza jurídico probatoria del fichero electrónico.

No es cuestión sencilla ni pacífica la determinación de la exacta naturaleza jurídica del fichero electrónico. Para aproximarnos a esta cuestión significar que según el art. 26 del Código Penal documento es *"todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica."*

De acuerdo con la definición al soporte que incorpore el fichero electrónico se le consideraría, a los efectos penales, como prueba documental. Efectivamente, el fichero electrónico puede incorporar datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria y/o relevancia jurídica.

Sin embargo, en jurisdicción civil la automática consideración del fichero como prueba documental no parece tan sencilla. Así, el artículo 299 de la LEC incluye como medio de prueba *los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase [...]"*..

Es evidente que el fichero electrónico es un instrumento que permite archivar (grabar y guardar), conocer y reproducir. En definitiva puedo guardar un dato para luego consultarlo (conocerlo) o puedo grabar y guardar el video de una conversación para luego poder reproducirlo y así también conocer su contenido o hacer que terceros lo conozcan, divulgación. Mediante su divulgación.

Con la inclusión en la lista de medios de prueba del 299 de la LEC de los dos; el documento y el fichero, se distingue entre el medio de prueba documental y otro distinto; el instrumento, considerándolos dos medios de prueba distintos e independientes.

De otro lado, el apartado quinto del artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica (LFE) define documento como *todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.*

Nótese que calca la definición acuñada por el CP. Sin embargo, si leemos el apartado 8 del mismo artículo de la LFE, se asegura que *el soporte en el que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en un juicio.*

Lo que antecede sugiere diversas reflexiones:

- a) En primer lugar, se habla de "soporte material", que en cierta medida dificulta la consideración como prueba documental de aquel fichero que no haya sido incorporado a un dispositivo de almacenamiento (disco duro, pendrive, CD....etc). Es claro que el fichero es inmaterial. Puede ser telemáticamente transportado. Interpretando literalmente el artículo, el fichero solo gozaría de la condición documental cuando se incorporase a un dispositivo de almacenamiento, que es el soporte material. De optar por esta interpretación se

podría llegar a excluir de la condición documental al fichero telemáticamente remitido al proceso. Sería un error, sobre todo teniendo en consideración la novedosa tendencia a la remisión telemática de determinadas aportaciones judiciales.

Además no hay motivo alguno para dotar al soporte material de mayor valor acreditativo que al “inmaterial”. En realidad, lo aportado en soporte material no es sino una copia de una realidad digital generada por aparatos y programas de ordenador. En realidad lo que se aporta no es lo material sino lo inmaterial. No se puede confundir el continente con el contenido. Por eso en mi opinión y en lo relativo a los ficheros electrónicos, la prevalencia probatoria debería determinarse en función de la robustez de su contenido inmaterial; la autenticidad e inalterabilidad de este. Nada desvirtúa la autenticidad e inalterabilidad de los ficheros cuando se aportan al proceso mediante remisión telemática en lugar de hacerlo mediante entrega de un soporte material.

Por este motivo, la normativa y jurisprudencia comunitarias han acuñado y delimitado el término “soporte duradero”, al que nos referiremos in extenso.

- b) Parece que el legislador distingue entre los documentos firmados electrónicamente y aquellos que no lo están. Los primeros tendrían la consideración de prueba documental y los segundos de instrumento del 299 de la LEC. Para ser así considerados, no sería preciso firmar los ficheros con ningún tipo específico de firma electrónica.

En consecuencia, se consideraría prueba documental cualquier fichero electrónicamente firmado. No siendo objeto de este trabajo el análisis de los tipos de firmas que contempla nuestra vigente LFE, solo poner de manifiesto que es habitual que se entienda que la consideración documental sólo se alcanza cuando el fichero es rubricado con una “firma electrónica reconocida”. La realidad sin embargo es que la condición documental se otorga bajo la única condición de firma. Sin requerir que esta sea de un concreto tipo.

En definitiva, cada vez va a ser más frecuente la aportación al proceso judicial de ficheros con propósito acreditativo. Para la consideración de estas aportaciones como prueba tasada se requerirá que la manifestación de voluntad que se acredita esté firmada por quien la emite. En caso contrario se considerará una aportación del 299 de la LEC que se valorará judicialmente en aplicación de las reglas de la sana crítica. Por último, la condición documental se adquiere cuando el emisor de la manifestación de voluntad utiliza cualquiera de las modalidades de firma previstas en la vigente LFE.

3.- Características de la prueba electrónica

Conviene analizar las diferencias entre la tradicional prueba documental y la acreditación mediante aportación de ficheros electrónicos.

El papel rubricado es una añeja forma de probar. Se trata de una prueba tasada porque a los pactos plasmados en papel se les otorga las características de perdurabilidad e inalterabilidad. Efectivamente, la consideración de la prueba documental como especialmente robusta deriva de sus intrínsecas características. El papel permite que los pactos escritos permanezcan en el tiempo frente a la acreditación de la existencia y contenido de estos mediante el testimonio de un tercero que los presencié. Es obvio que al tercero le puede fallar la memoria o la buena fe y que resulta sin duda más fiable la formalización de los pactos por escrito.

En relación a la inalterabilidad, la escritura en papel permite detectar con relativa facilidad los cambios que se puedan producir en documento ya formalizado que, junto a la existencia de tantas copias idénticas del pacto como partes intervienen en el mismo, ofrece razonables garantías de que el contenido de un pacto que se pueda aportar en un procedimiento judicial no ha sido alterado desde la fecha de su formalización.

Sin embargo, es obvio que en el tránsito del mundo analógico al digital, se dejan de usar tanto el papel como las firmas manuscritas sobre este. En el entorno digital la aportación de documentos en papel rubricados con firmas manuscritas es sustituida por la de ficheros firmados electrónicamente.

De acuerdo con lo anterior, para plantearse una adecuada estrategia probatoria en el nuevo entorno habrá que analizar las características del fichero electrónico y sus diferencias con el papel. De esta forma se pueden relacionar las características de la prueba electrónica, que coincidirán con las del fichero y que resultarán útiles para la valoración de lo aportado.

3.1.- La prueba electrónica es volátil.

La prueba electrónica es fácilmente manipulable sin que las modificaciones que en esta se produzcan sean fácilmente detectables. Efectivamente, si se circulariza un documento en papel entre un colectivo de personas pidiendo que se implementen cambios, cuando el documento impreso es recuperado estará lleno de tachones. Las modificaciones son fácilmente detectables. Sin embargo, si se hace lo mismo con un documento electrónico (fichero), al recuperarlo de vuelta, las modificaciones son de difícil o imposible detección. El fichero modificado tendrá la misma apariencia que cualquier otro que no lo haya sido.

De la misma opinión parece el TS cuando la sentencia de su sala 2ª 300/2015, de 19 de mayo dice:

La posibilidad de manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa el intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas.

Del mismo modo, la prueba electrónica es de fácil destrucción, tanto de forma casual como intencionada. Efectivamente, con una sencilla instrucción puede borrarse un fichero electrónico. Si bien lo anterior es cierto, también lo es que los discos duros de los ordenadores no son tan fáciles de borrar como parece. Así, cuando se borra un fichero en un ordenador personal, en realidad no se borra del disco duro, sino que se marca para que las cabezas lectoras del ordenador no se dirijan a ese sector del disco. No obstante, los que quieren borrar de forma efectiva un disco duro siempre pueden optar por (i) llenarlo de información re- escribiendo encima de lo que se quiere borrar (ii) formatear el disco duro con opciones disponibles en el propio sistema operativo del ordenador.

En definitiva, cabe concluir que la prueba electrónica es una prueba frágil, que puede desaparecer o transformarse con relativa facilidad sin dejar rastro aparente que la detecte o que señale al autor de la misma.

Un buen ejemplo de lo antedicho es el supuesto en el que a una persona le roban en su casa y poco después navegando por Wallapop conoce que parte de los objetos sustraídos están siendo vendidos en esta conocida página web de venta de artículos de segunda mano. En los anuncios aparece siempre el mismo número de teléfono. Cuando el perjudicado va a comisaría a presentar denuncia, se encuentra con la desagradable noticia de que los anuncios que permitían iniciar la investigación para descubrir a quien comercializaba los productos robados, ha desaparecido.

Una adecuada estrategia probatoria requiere análisis sobre la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba en un entorno tan volátil como el digital.

3.2.- La prueba electrónica es intrusiva.

La generación y custodia de la prueba electrónica pudiera llegar a resultar lesiva para la intimidad de las personas vinculadas con ella. Efectivamente, al tratarse de relaciones electrónicas entre ausentes, requieren de procesos comunicativos entre las partes que las mantienen. La obtención de evidencias derivadas de un proceso comunicativo pudiera llegar a suponer una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones y/o a la intimidad de los que intervienen en el proceso comunicativo. Por esto, los procedimientos de obtención de la prueba de las transacciones electrónicas deberían evitar que, en aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, se produjese una vulneración de alguno de estos derechos que convirtiese en inservible la prueba obtenida. En definitiva, la condición electrónica de la prueba siembra de sospechas la licitud en el acceso a la fuente y abre el camino a impugnaciones por ilicitud de difícil dilucidación.

3.3.- La prueba electrónica es unilateral

Como se ha comentado, las transacciones electrónicas siempre lo son entre ausentes. Para que las relaciones se produzcan, las partes que intervienen tienen que converger en un recurso informático que suele ser titularidad y estar controlado por una de ellas. Un claro ejemplo lo encontramos en el acceso a páginas web donde se presta algún tipo de

servicio. Quien lo hace también tiene el control técnico de los recursos informáticos que conforman esa página web y en consecuencia es el único habilitado para generar una prueba electrónica de lo que en esa página web ocurre. También es el único que tiene la posibilidad de alterar o borrar los registros informáticos acreditativos de los allí sucedido.

En consecuencia con lo anterior la interposición resulta un recurso probatorio útil, que considero debe ser tenido en consideración en la implementación de estrategias probatorias.

3.4.- La prueba electrónica es de visualización mediata.

Mientras la prueba documental es de visualización inmediata tras su aportación al procedimiento, la electrónica requiere el concurso de hardware y software que permitan esa visualización. Así, si se aporta una carta impresa al procedimiento, cualquiera que la lea, si conoce el idioma en que está escrita, podrá acceder a su contenido. Sin embargo, si aporto un pendrive con un fichero que incorpora el correo electrónico remitido, se precisará del concurso de un ordenador así como del software de gestión de correo adecuado (gmail, outlook....) para la visualización del mismo. En definitiva, se puede concluir que mientras la prueba documental es de visualización inmediata, la electrónica lo es de la mediata, con los inconvenientes de práctica de la prueba que estas circunstancias pudieran acarrear.

En conclusión, resulta evidente que la sustitución del soporte probatorio, pasando de pasta de celulosa a byts, plantea interrogantes que conviene tener en consideración. Pudieran verse afectadas la totalidad de las actividades típicamente probatorias; el acceso a la prueba, la aportación al proceso, o, en su caso, su práctica.

4.- Sobre el soporte duradero

4.1.- Introducción.

Ninguna norma define fichero o relaciona las características que ha de tener para desplegar eficacia probatoria. Sin embargo tanto la normativa comunitaria como la nacional han acuñado un novedoso término que parece coincidir con los *instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas* a los que hace referencia el 299 de la LEC. Me refiero al soporte duradero.

Efectivamente, la normativa comunitaria ha acuñado un término que responde a la necesidad normativa derivada de la sustitución del soporte papel por el electrónico. Se acuño con denominación “soporte duradero”.

Aunque el término surge para dar respuesta a una concreta necesidad acreditativa, la de haber informado, lo cierto es que no parece descabellado pensar en la aplicación del soporte duradero, con lógicas adaptaciones, a otros menesteres. No en vano, nuestra propia normativa no se limita a exigir la utilización de papel u otro soporte duradero para acreditar un cumplimiento de la obligación de informar. También para otros supuestos como la obligación de entrega al consumidor de ejemplar del contrato ya formalizado.

El término ha cobrado especial relevancia en el ámbito civil, cuando la normativa europea se refiere a las obligaciones de puesta a disposición de información o de documentación acreditativa de alguna circunstancia. Surge en la normativa que regula procesos de contratación para establecer los requisitos con los que dicha información ha de ser puesta a disposición de los consumidores y usuarios. El legislador comunitario en los considerandos de las Directivas en las que aparece este término declara su intención de que el uso de los medios tecnológicos no sirva como disculpa para mermar el derecho de los consumidores a tener cumplida información de determinadas cuestiones en los procesos de contratación en línea.

La obligatoriedad en la utilización de soportes duraderos se establece en dos fundamentales momentos del proceso de contratación en línea; (i) en el de la puesta a disposición de la información precontractual a los consumidores y (ii) en el de la puesta a disposición de un instrumento acreditativo de la existencia de un determinado pacto entre el empresario y el consumidor.

La obligatoriedad en la utilización de soportes duraderos para la puesta a disposición de información viene normativamente complementada así como la imposición de la carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de informar al obligado y con la declaración de nulidad contractual cuando no se puede acreditar su cumplimiento.

Por ello, la concreta delimitación de los requisitos normativos y jurisprudenciales del término es útil para concluir en el cumplimiento o no por parte del obligado cuando la relación entre informante e informado se produzca a mediante técnicas de comunicación a distancia.

4.2.- Sobre la obligación de puesta a disposición de información.

El art. 1.261 del Código Civil enuncia los tres requisitos esenciales para la formación de contrato; (i) el consentimiento de los contratantes, (ii) que sea materia del contrato un objeto cierto y (iii) que las obligaciones contractualmente establecidas tengan una lícita causa.

Centrándonos en la prestación del consentimiento, el art. 1.265 del Código Civil establece que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Sobre el error, señala CASTÁN que, en su sentido más general, el error consiste en el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho, basado sobre la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o de ese hecho, o de la regla jurídica que lo disciplina.

DÍEZ-PICAZO entiende que el error consiste en una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico.

El artículo 1.266 del mismo texto dice que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

Considera DE CASTRO que el error relevante, como vicio del negocio, consiste en la creencia inexacta, respecto de algún dato que se ha de valorar como un motivo principal del negocio, según y conforme resulte de la conducta negocial de las partes, en las concretas circunstancias del negocio.

DÍEZ-PICAZO sitúa el problema del error contractual en el terreno de los intereses de las partes y en el de la justicia o injusticia de la vinculación, por lo que para llegar a una u otra solución estima que habrá que pondere una serie de circunstancias:

1ª. La responsabilidad que al que ha sufrido la equivocación debe imputarse respecto de ella. Es inexcusable el error cuando el que lo padece ha podido y ha debido, empleando una diligencia normal, desvanecerlo.

2ª. El carácter básico o no básico en la intención del contratante del elemento sobre el cual el error recae.

3ª. La situación del contratante contrario de quien padece el error.

La jurisprudencia, siguiendo una concepción subjetiva del error, exige que para que el error vicie la voluntad que ésta sea sustancial, imputable, desconocido, y de una importancia tal que con una diligencia regular no haya podido ser evitado por la persona que lo sufre (cfr. ss. 26 noviembre 1974, 7 de abril de 1976).

En relación con los errores que vician el consentimiento prestado para una perfección contractual la STS de 21 de noviembre de 2012 dice que para que el error pueda invalidar el consentimiento prestado, es preciso (1) que se muestre como suficientemente seguro y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia

de inciertas circunstancias; (2) que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (arts. 1261-2 y 1266 CC) ; (3) que concurra en el momento de la perfección o génesis del contrato y (4) que sea excusable.

La obligación de puesta a disposición de información a los consumidores está íntimamente ligada al consentimiento viciado por error. La asunción de un negocio jurídico de naturaleza compleja por parte de quien no tiene suficientes conocimientos vicia su consentimiento.

En la formalización de contratos con consumidores el empresario predisponente está doblemente obligado: (i) por un lado, tiene la obligación de entregar determinado tipo de información con carácter previo a la formalización del contrato y (ii) por otro lado, está obligado a la acreditación del cumplimiento de esta obligación. En definitiva, recae sobre el empresario predisponente la carga de la prueba de que se puso a disposición del consumidor dicha información, ya sea mediante la remisión en papel o en un soporte duradero.

En relación con los errores ocasionados por la ausencia o deficiente información prestada por quien está obligado a ello, concluye la STS de 20 de enero de 2014 al referirse a una solicitud de nulidad contractual solicitada por un adquirente de un producto financiero complejo que *a partir de tal incumplimiento, cabrá presumir el error con los requisitos de esencial y excusable- pues el mero hecho de venir impuesta por el artículo 79 bis 3 LMV demuestra que la obligación de ofrecer una información previa que incluya “orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados” es “imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento”*.

Así mismo, la Sentencia de 10 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Álava señala:

"Respecto a la información, cuando de consumidores y usuarios se trata, como sucede en el presente caso, según el artículo 2.1 de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984, vigente cuando se suscribieron el contrato de depósito y administración de valores y la orden de valores, era (y, lo continua siendo) un derecho básico de aquellos: la información correcta sobre los diferentes productos o servicios.

En el ámbito de la contratación o intermediación bancaria, y, en general, con o de las entidades financieras, la importancia de la negociación previa y de la fase precontractual alcanza especial intensidad, exigiéndose un plus de atención y diligencia por parte de la entidad que comercializa u ofrece, y dentro de su actividad que no es gratuita, los productos financieros al informar al cliente, precisamente por su posición preminente y privilegiada respecto del cliente. Los clientes-contratantes han

de recibir toda la información necesaria para tomar conciencia de lo que significa el contrato o el producto y su alcance, de los derechos y obligaciones derivados del mismo, y valorar su interés en el mismo.

Sobre la base de tan estricta regulación debe valorarse la situación de la relación de autos, pues el error invocado se encuentra en la esencia de las mencionadas obligaciones, concretamente la de informar, que debe cumplir la entidad financiera, de tal suerte que si el actor adquirió una idea equivocada y sustancialmente desviada de la que realmente representa el producto contratado, podemos concluir que ese desconocimiento no le es imputable, ni siquiera por omisión, al existir una obligación legal positiva que impone a la entidad financiera la carga de asegurarse no sólo la idoneidad del producto y su adecuación a lo que realmente quiere el cliente, sino también que el cliente comprende en su integridad la operación, con sus consecuencias. En definitiva, la entidad debe asegurarse que se cumplen los precedentes requerimientos.

En la misma línea se pronuncia la Sentencia de 5 de septiembre de 2013 de la Audiencia provincial de Valladolid. Dice:

"Debemos consignar seguidamente que el motivo fundamentador de la nulidad contractual interesada en la demanda es el error que se dice padecido por los actores a la hora de formar su consentimiento, error que se califica de sustancial y excusable y que se achaca a una falta de la debida información por parte de la entidad financiera. No se ejercita acción alguna en reclamación de los posibles daños y perjuicios irrogados a los actores en base a un defectuoso o negligente cumplimiento por parte de la entidad de crédito demandada del contrato de depósito y administración de los valores....

En base a lo antedicho no cabe sino ratificar la conclusión alcanzada por el juzgador de instancia, en el sentido de que la entidad demandada no ha acreditado en absoluto haber proporcionado la imprescindible información para que unos clientes como los actores pudieran formar correcta y completamente su consentimiento acerca de las complejas y arriesgadas características del producto que les ofreció y que contrataban, lo que les hizo incurrir en un error esencial y excusable que vicia de nulidad el contrato"....

Por lo tanto, conforme con el artículo 62 del RD la entidad financiera debe suministrarse a todo cliente minorista la referida información que minuciosamente regula el RD en un soporte duradero, de donde resulta evidente que no basta con las explicaciones verbales que la demandada sostiene (sin prueba suficiente, como luego veremos) que en este caso que suministró a los actores, sino que es necesario que esa información se suministre en un soporte duradero....

De todo lo expuesto es fácil llegar a la conclusión que el legislador español y europeo, tiene como objetivo ser extremadamente puntillosos sobre los derechos de los clientes al suscribir este tipo de contratos, entre ellos el derecho a la información, que debe de garantizarse de la forma expuesta. Por consiguiente, al celebrar el "contrato sobre operaciones financieras" de 27 de mayo de 2008 que es objeto de estos autos la entidad financiera debió de realizar los test "mifid" sobre conveniencia e idoneidad y debió de facilitar en soporte duradero (esto es, no basta la mera comunicación verbal) la información sobre los extremos antes aludidos derivados de la suscripción de este contrato...

En relación con la segunda de las obligaciones, sobre la obligación de acreditar el cumplimiento de la obligación de puesta a disposición de la información, la doctrina de los tribunales también es clara. Frente a la práctica habitual de predisponer condiciones generales en las que el consumidor declara haber recibido y conocer la información que el predisponente tiene obligación de poner a su disposición, la jurisprudencia es clara cuando dice:

Ante la falta de prueba del contenido de la información ofrecida, se revelan como simples fórmulas predisuestas por la Caja vacías de contenido (STS de 18 de abril de 2013, rec. 1979/2011 y arts. 5 y 7 LCGC).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 10 de octubre de 2013 también se refiere a ello cuando dice:

La carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes.

En relación al plazo de caducidad de la acción de impugnación, según el artículo 1.301 C.C., dura la acción cuatro años, a contar desde la consumación del contrato.

Sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de los contratos celebrados sin la previa remisión de la información precontractual, habrá que estar a lo establecido en el art. 1.303 del Código Civil; recíproca restitución de las prestaciones.

4.3.- El término “soporte duradero” en la normativa comunitaria y nacional

4.3.1.- Normativa comunitaria.

En los considerandos 9, 11, 13, y 22 de la Directiva 97/7 el legislador comunitario justifica la necesidad de inclusión en ésta de preceptos que impongan concretas

obligaciones en la puesta a disposición de información en los procesos de contratación en línea. Su declarado interés se centra en: (i) que la utilización de técnicas de comunicación a distancia no conduzca a una reducción de la información facilitada al consumidor, (ii) que la información que se ponga a disposición de los consumidores no tenga carácter efímero y (iii) que la carga de la prueba del cumplimiento de las concretas obligaciones sobre la puesta a disposición de la información a los consumidores recaiga sobre el proveedor o predisponente del contrato a formalizar.

« (9) [...] los contratos negociados a distancia se caracterizan por la utilización de una o más técnicas de comunicación a distancia; [...] la evolución permanente de estas técnicas no permite establecer una lista exhaustiva, pero requiere que se definan unos principios válidos incluso para aquéllas que todavía se utilizan poco en la actualidad;

(11) [...] la utilización de estas técnicas no debe conducir a una reducción de la información facilitada al consumidor; [...] es conveniente, por tanto, determinar la información que debe transmitirse obligatoriamente al consumidor cualquiera que sea la técnica de comunicación utilizada; [...]

(13) [...] la información difundida por determinadas tecnologías electrónicas tiene a menudo un carácter efímero en la medida en que no se recibe sobre un soporte duradero; [...] resulta necesario que se hagan llegar al consumidor, por escrito y con la debida antelación, los datos necesarios para la correcta ejecución del contrato;

(22) [...] en la utilización de las nuevas tecnologías, el consumidor no domina la técnica; [...] es necesario prever que la carga de la prueba pueda recaer sobre el proveedor».

El artículo 5 de dicha Directiva, con el título «Confirmación escrita de la información», establece:

El consumidor deberá recibir confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición de la información mencionada en las letras a) a f) del apartado 1 del artículo 4, a su debido tiempo durante la ejecución del contrato y, a más tardar, en el momento de la entrega cuando se trate de bienes, a menos que se haya facilitado ya la información al consumidor antes de la celebración del contrato, bien sea por escrito o sobre cualquier otro soporte duradero disponible que sea accesible para él.

El artículo 14 de la Directiva 97/7, con el título «Cláusula mínima» establece:

Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas, compatibles con el Tratado FUE, a fin de garantizar una mayor protección del consumidor y dichas disposiciones incluirán la prohibición, por razones de interés general y en cumplimiento del Tratado, de la comercialización en sus territorios, mediante contratos celebrados a distancia, de determinados bienes o servicios, en especial de medicamentos.

En definitiva, el legislador comunitario establece un artículo de mínimos, dando opción a los Estados miembros para endurecer las exigencias para la comercialización en sus territorios mediante contratos celebrados a distancia de determinados bienes o servicios. Así mismo y en consecuencia con lo anterior, los Estados miembros no podrán, so pena de incurrir en una deficiente trasposición, dictar normas que no incluyan los requisitos mínimos establecidos por el legislador comunitario.

En la normativa comunitaria no nos encontramos con una única definición de soporte duradero. Las distintas Directivas que han legislado sobre la obligación de puesta a disposición de información a los consumidores han ido perfilando la definición de este concepto a lo largo del tiempo. No obstante lo anterior, a pesar de la existencia de “matices”, se puede concluir en que el “núcleo duro” de la definición permanece invariable con el transcurso del tiempo.

De las distintas definiciones que ofrece la normativa comunitaria se puede concluir que todas ellas presentan elementos comunes, que permanecen invariables a través del tiempo (desde el año 2002 hasta el año 2011) con lo que habrá que entender que estamos ante una definición de soporte duradero consolidada. Los elementos comunes a todas las definiciones comunitarias de soporte duradero son cinco:

1.- La normativa comunitaria se refiere a instrumentos; cualquier instrumento que sirva o todos los instrumentos que sirvan. La definición coincide con la normativa nacional sobre los nuevos medios de prueba que así mismo se refieren al fichero electrónico y a los que también se denomina como instrumentos. (artículo 299 LEC)

2.- De las cuatro definiciones de soporte duradero que ofrece la normativa comunitaria tres se refieren a almacenar y una a conservar. En cualquier caso, parece claro que el legislador comunitario está pensando en un instrumento que permita al consumidor almacenar la información que se le remite.

3.- El instrumento debe permitir que la información sea dirigida / enviada / transmitida personalmente al consumidor. Con independencia de que el legislador comunitario utiliza tres términos distintos – dirigir, enviar y transmitir- lo auténticamente relevante es que esa transmisión de información tiene que ser una transmisión personalizada al consumidor. La conclusión lógica de lo anterior es que el legislador comunitario está pensando en una transmisión personalizada y no en una publicación de la información que el predisponente tiene que poner a disposición del consumidor para que este acuda a recibirla.

4.- El cuarto elemento de la definición es que el instrumento permita que lo guardado por el consumidor pueda ser recuperado por este de forma fácil y durante un período de tiempo adecuado a los fines de la información transmitida. De acuerdo con lo anterior,

la recuperación de la información por parte del consumidor tiene que tener dos características; (i) ha de ser fácil, huyendo de todo tipo de procedimientos que dificulten el acceso a la misma por parte del consumidor y (ii) la recuperación tiene que ser posible durante el tiempo necesario en función de los fines que el acceso a la misma por parte del consumidor tenga.

5.- Que el instrumento garantice que la recuperación por parte del consumidor de la información almacenada se produce sin cambios en la misma. En definitiva se exige al instrumento (soporte duradero) un requisito de integridad de la información que se recupera por el usuario tras ser almacenada.

4.3.2.- Normativa nacional.

La normativa nacional ha transpuesto las Directivas comunitarias con la inclusión del concepto “soporte duradero” La normativa que hace referencia al mismo se relaciona a continuación. Como se puede observar, no se aprecian cambios sustanciales en los elementos analizados de la redacción comunitaria de dicho concepto. La normativa nacional permite el uso de soportes duraderos tanto para la puesta a disposición de la información precontractual como para la posterior remisión, tras la perfección, de un instrumento acreditativo de la existencia del pacto. La normativa que incluye el concepto es la que a continuación se relaciona;

Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, Ley 22/2007 de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, Ley 50/1980 de 8 de octubre, del contrato de seguro tras la modificación introducida por el apartado 3º del art. 2º de la Ley 34/2003 de 4 de noviembre, RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva o la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional de Mercado de Valores, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les presta servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros

4.5.- Sobre la doctrina del TJUE en relación al soporte duradero. Sobre la S.T.E.J de 5 de julio de 2012 en el asunto C-49/11 (El caso Content Services)

ILUSTRATIVO: EXPLICAR COMO EJEMPLO PARA CERRAR LA PONENCIA EL POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL Y LAS CONSECUENCIAS PARA LA VALIDEZ DEL CONTRATO O COMO FORMA DE CUMPLIR LA OBLIGACION DE SUMINISTRO DE INFORMACION

Mediante cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en definitiva, si el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7 debe interpretarse en el sentido de que una práctica contractual que incluye dar acceso al consumidor a la información prevista en la Directiva sólo mediante un hipervínculo a un sitio de Internet de la empresa predisponente cumple lo exigido por dicha disposición.

Los consumidores, antes de celebrar un contrato a distancia con la mercantil Content Services, sólo pueden acceder a la información sobre el derecho de resolución haciendo clic sobre un enlace que remite a una parte del sitio de Internet de Content Services. Estos, tras haber formalizado su pedido, reciben del predisponente un correo electrónico que no contiene ninguna información sobre ese derecho, pero en el que figura un enlace hacia el sitio de Internet de Content Services en que pueden obtener información sobre el derecho de resolución.

En el litigio principal se plantea la cuestión de si la práctica contractual adoptada por Content Services incluye facilitar al consumidor la información pertinente en un soporte duradero antes de la celebración del contrato o, con posterioridad, la recepción por dicho consumidor de la confirmación de esa información mediante tal soporte.

En primer lugar la Sala Tercera del Tribunal Europeo analiza si, en el marco de dicha práctica contractual, la información pertinente es «facilitada» al consumidor o «recibida» por él, en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7.

Sobre esta cuestión se pone de manifiesto que ni la Directiva 97/7 ni los trabajos preparatorios de ésta, aclaran el alcance exacto de los términos «recibir» y «facilitada», mencionados en el artículo 5, apartado 1, de dicha Directiva. De acuerdo con lo anterior concluye que, la determinación del sentido de esos términos debe efectuarse conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte.

Para la Sala, los términos «recibir» y «facilitada», empleados en dicha disposición, se refieren a un proceso de transmisión, el primero desde el punto de vista del consumidor y el segundo desde el del predisponente. Para la Sala, en un proceso de transmisión de información no es necesario que el destinatario haga nada. Sin embargo, cuando se envía un enlace al consumidor, éste sí debe hacer algo para acceder a la información.

También recuerda los precedentes normativos. Mientras que en el artículo 4 de la Directiva 97/7 el legislador optó por una formulación neutra, según la cual el consumidor debe «disponer» de la información pertinente, en el artículo 5, apartado 1, de esta Directiva prefirió un término más coercitivo para el predisponente; el consumidor debe «recibir» la confirmación de dicha información.

También recuerda el objetivo del legislador con la promulgación de la norma; según se desprende del considerando 11 de la Directiva, evitar que la utilización de técnicas de comunicación a distancia dé lugar a una disminución de la información facilitada al consumidor.

En consonancia con lo anterior la Sala concluye que cuando la información que se encuentra en el sitio de Internet del predisponente sólo es accesible a través de un enlace comunicado al consumidor, tal información no es ni «facilitada» a ese consumidor ni «recibida» por él, en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7.

En segundo lugar, la sentencia analiza si un sitio de Internet cuya información es accesible para los consumidores a través de un enlace presentado por el predisponente debe considerarse como un «soporte duradero», en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7.

Para analizar esta cuestión la Sala señala que la disposición ofrece una alternativa, a saber, la información pertinente debe ser recibida por el consumidor «por escrito» o «mediante cualquier otro soporte duradero».

De lo anterior, el juzgador europeo concluye en un requisito de equivalencia de tales soportes; un sustituto del soporte papel puede considerarse que satisface los requisitos de protección del consumidor, en el contexto de las nuevas tecnologías, siempre y cuando cumpla las mismas funciones que el soporte papel.

De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que el soporte duradero en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7, debe garantizar al consumidor, al igual que el soporte papel, la posesión de la información mencionada en esa disposición para que, en caso necesario, pueda ejercitar sus derechos.

En consecuencia considera que un soporte es «duradero» en el sentido de dicha disposición en la medida en que permita al consumidor almacenar dicha información dirigida personalmente a él, garantice que no se ha alterado su contenido, así como su accesibilidad por un período adecuado, y ofrezca a los consumidores la posibilidad de reproducirla de modo idéntico, reproduciendo en definitiva la definición comunitaria de soporte duradero.

Por último concluye que tras el análisis de los autos no se deduce que el sitio de Internet del vendedor, al que remite el vínculo indicado al consumidor, permita a este último

almacenar la información dirigida personalmente a él, de manera que pueda acceder a ella y reproducirla de modo idéntico durante un período adecuado, excluyendo cualquier posibilidad de modificación unilateral de su contenido por el vendedor.

De acuerdo con todo lo hasta aquí expuesto, la Sala falla:

Habida cuenta de todas las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7 debe interpretarse en el sentido de que una práctica comercial que consiste en dar acceso a la información prevista en esta disposición sólo mediante un hipervínculo a un sitio de Internet de la empresa en cuestión no cumple lo exigido por dicha disposición, ya que tal información no es ni «facilitada» por esa empresa ni «recibida» por el consumidor, en el sentido de esta misma disposición, y un sitio de Internet como del que se trata en el litigio principal no puede considerarse un «soporte duradero» a efectos de dicho artículo 5, apartado 1.

4.6.- Sobre las consecuencias de la sentencia en la puesta a disposición de información contractual mediante enlace.

Del análisis de la Sentencia se concluye que su fundamentación es cicatera en lo relativo al concreto incumplimiento de Content Services en relación con la puesta a disposición de la información mediante soporte duradero. Efectivamente se limita a decir que la forma de remitir la información utilizada por Content Services no se ajusta a la definición comunitaria de soporte duradero. Dice:

Tras el análisis de los autos no se deduce que el sitio de Internet del vendedor, al que remite el vínculo indicado al consumidor, permita a este último almacenar la información dirigida personalmente a él, de manera que pueda acceder a ella y reproducirla de modo idéntico durante un período adecuado, excluyendo cualquier posibilidad de modificación unilateral de su contenido por el vendedor.

No obstante lo anterior, lo cierto es que, retomando los elementos comunes de las definiciones comunitarias de soporte duradero, uno de los requisitos para considerarlo así de acuerdo con la normativa comunitaria es que se trate de un instrumento que permita la transmisión de la información dirigida personalmente al consumidor.

Surge entonces la duda de que se entiende por "dirigir personalmente la información a alguien". La respuesta nos la da la doctrina del TS y TC, que contraponen la notificación personal a la edictal obligando para el cumplimiento del trámite de notificación a intentar la opción personalizada (a su domicilio o dirección de correo habitual) antes de proceder a la edictal. (mediante publicación). Solo acreditada la

imposibilidad de notificación se concede subsidiariamente al obligado a notificar la posibilidad de cumplir el trámite de la notificación mediante publicación edictal.

Aclarado lo anterior, conviene plantearse si la puesta a disposición de la información mediante enlace a la misma puede ser considerado como una comunicación personal, de acuerdo con la referida doctrina del TS y TC.

La puesta a disposición de la información mediante enlace supone un claro acto de publicación en contraposición con la puesta a disposición de esa información mediante comunicación personalizada.

La sentencia analizada pone dos fundamentales reparos a la puesta a disposición de la información mediante este procedimiento: (i) la información no es recibida sino que es el receptor el que tiene que acceder a ella y (ii) el obligado a informar no puede acreditar la ulterior integridad de la información comunicada. Toda vez que el obligado a informar es quien controla el sitio al que se enlaza, está en disposición de alterar la información a su conveniencia.

En relación al primero de los reparos de la Sala, sobre que la información no es recibida por el receptor sino que tiene que acceder a ella, la Sala entiende que la evolución del precepto propicia una interpretación restrictiva y garantista con los derechos del consumidor. Recuerda que el legislador comunitario ha sustituido el término “disponer” por el término “recibir” Para el TJUE esta modificación implica la voluntad del legislador comunitario de no exigir al usuario una actitud activa para el acceso a la información.

Por otro lado, también argumenta que teniendo en consideración que la puesta a disposición de la información en soporte duradero pretende ser una alternativa a la puesta a disposición de la información en papel. Sentado lo anterior, el juzgador comunitario entiende que el papel confiere al receptor de la información en ese soporte la posesión de la copia de la información, mientras que con el acceso mediante enlace a la misma, el receptor de la información no tiene la efectiva posesión de la misma.

Este segundo reparo está íntimamente relacionado con el primero y también tiene concreto reflejo en los elementos analizados de la definición comunitaria de soporte duradero; el instrumento utilizado para la puesta a disposición de la información tiene que garantizar la no alteración de la información cuando el receptor de la misma la quiera volver a consultar. Lo cierto es que un enlace controlado por la parte predisponente carece de esa cualidad. Si el consumidor alegase que la información recibida que sustentó su decisión de contratación ha sufrido variaciones, la acreditación de la integridad de esta quedaría al único arbitrio del predisponente.

AQUÍ CONVENDRIA HACER REFERENCIA A LAS VENTAJAS DE UTILIZAR LOS SERVICIOS DE TERCEROS POR INTERPOSICION COMO FORMA DE

ROBUSTECER ESTE ELEMENTO DEL PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIÓN Y DEL SPORTE DURADERO UTILIZADO

5.- Sobre las tareas jurídicas sugeridas ante la digitalización de los servicios financieros [ESTE DEBE SER EL MENSAJE CENTRAL DE LA PONENCIA]

Una vez analizada la naturaleza jurídico probatoria del fichero electrónico y profundizado en el emergente soporte duradero, prosigamos recordando las tareas sugeridas al inicio de este trabajo; (i) establecer procedimientos probatorios adecuados al nuevo soporte probatorio y (ii) capacitarse para afrontar con solvencia la aparición de esta nueva fuente de prueba; el fichero electrónico.

Aunque no soy quien para siquiera sugerir la capacitación de nadie, lo cierto es que, los procesos de digitalización suponen un auténtico reto probatorio. Afecta a la adquisición de la prueba, a su aportación y a su práctica. Además lo anterior puede condicionar en buena medida la valoración judicial que de la misma se haga. Se plantean interrogantes en relación a los dos principales motivos impugnatorios; por autenticidad y por licitud y en los próximos años su aportación requerirá abundantes explicaciones y la capacidad de entender y combatir los argumentos técnicos que se esgriman de contrario. Entiendo por lo tanto que los litigadores harán bien familiarizándose con los ficheros que tienen un propósito acreditativo.

En cualquier caso, hay una tarea anterior y en mi opinión más importante: el establecimiento de procedimientos probatorios adecuados para una correcta adquisición de las pruebas acreditativas de las transacciones bancarias que vinculan a las entidades. Es frecuente que en las compañías los letrados nada tengan que decir en los procesos de digitalización. Estas entienden que la revolución digital es cosa de los departamentos informáticos, de operaciones y comerciales de las compañías. En mi opinión es un error. Los procesos de digitalización deben prever la necesidad de obtener pruebas electrónicas robustas de las transacciones que sucedan alrededor de sus negocios y los únicos capaces de evaluar la robustez de estos procedimientos son los juristas. Sólo desde una perspectiva jurídica se puede diseñar un sistema de adquisición y custodia de ficheros acreditativos. Nadie mejor que quien ha de aportarla y combatir las impugnaciones que de contrario se puedan sustentar para saber los requisitos formales que condicionan su eficacia.

