

El régimen tuitivo del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros.

*Reyes Palá Laguna
Catedrática de Derecho mercantil
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INCLUSIÓN DEL RÉGIMEN DE COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS EN LA DIRECTIVA 2011/83/UE, SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. 1. Planteamiento. 2. La compleja delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva de derechos de los consumidores en la comercialización a distancia de servicios financieros. 3. La aplicación del régimen general a los contratos de servicios financieros a distancia. 4. El régimen de los contratos de servicios financieros celebrados a distancia que se introducirá en la directiva del 2011. III. LA (ESCASA) RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA LCDSF EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. IV. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL NUEVO SISTEMA DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN EL ÁMBITO DEL CONSUMO FINANCIERO. 1. El proyecto de Ley por el que se crea la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero. 2. La reclamación ante la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero. 3. Algunas cuestiones relevantes del texto proyectado.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del mercado financiero es un sector del ordenamiento jurídico en constante expansión. La ampliación de su alcance normativo trae causa en este siglo bien de la pretensión de evitar las consecuencias de una nueva crisis económica a la vista de la acaecida en 2008, bien la aparición de nuevas realidades y productos financieros que, entiende el legislador europeo, requieren de normativa específica.

En la mayoría de las ocasiones, las reformas del derecho español obedecen a la necesaria transposición de la normativa europea. Sólo en contadas ocasiones –como es el caso de la publicidad sobre criptoactivos¹– se ha adelantado el derecho nacional al legislador de la UE.

Tradicionalmente el sector financiero agrupa a los sectores resumidamente denominados banca, bolsa y seguros, a los que se añaden los servicios de pago y más recientemente los criptoactivos de naturaleza financiera en la medida en la que no puedan subsumirse en el concepto de instrumento financiero o dinero electrónico.

La aproximación legal a la tutela del consumidor de servicios financieros (inversor minorista, cliente bancario y de servicios de pago persona física y en determinados supuestos, también las microempresas, cliente de las entidades aseguradoras) tiene carácter sectorial. Sólo en aquellas materias no previstas por la legislación específica es de aplicación la normativa transversal en materia de consumo: la ley de comercialización a distancia de servicios financieros y el texto refundido de la ley de consumidores y usuarios.

¹ El RDL 5/2021 de 12 de marzo introdujo un nuevo artículo 240bis en el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. V. art. 247 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión y la Circular 1/2022, de 10 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión.

Ello supone una dificultad añadida a la hora de abordar el régimen tuitivo del consumidor de servicios financieros, en la medida en que la aproximación ha sido sectorial (banca, bolsa, seguros, servicios de pago, criptoactivos con finalidad de inversión) y carecemos de una normativa unificada en esta materia.

Debe tenerse en cuenta además que para determinados contratos de carácter financiero, no es que no sea aplicable la legislación general de consumo o de comercialización a distancia de servicios financieros, es que simplemente el consumidor no puede contratar determinados productos o ser parte en determinados contratos financieros.

Un ejemplo de lo primero es la prohibición de contratación por los inversores minoristas de opciones binarias o las restricciones para la comercialización de contratos financieros por diferencias (CDFs) a este colectivo: la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siguiendo las medidas adoptadas por la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA), prohibió la comercialización, distribución y venta de determinadas opciones binarias a clientes minoristas en junio de 2019 y restringió la comercialización, distribución o venta a clientes minoristas de contratos financieros por diferencias al exigir el cumplimiento de una serie de condiciones a los proveedores de estos instrumentos financieros².

Ejemplo de lo segundo es la previsión legal por la cual a los clientes minoristas les queda vedada la celebración de acuerdos de garantía financiera con cambio de titularidad³

En las páginas que siguen, analizaremos la propuesta de modificación de la Directiva de 2011 sobre derechos de los consumidores⁴ para incluir en ella el contenido de la directiva de 2002 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores⁵, directiva de 2002 que quedará derogada. Resumidamente lo que se

² V. Resolución de 27 de junio de 2019, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre medidas de intervención de producto relativas a opciones binarias y contratos financieros por diferencias (BOE del 29 de junio). En noviembre de 2022 la CNMV sometió a consulta pública el establecimiento de medidas adicionales de intervención en la comercialización de CFD, de entre las que destaca la prohibición de comercialización, distribución o venta de CFDs por medio de comunicaciones de carácter publicitario que se dirijan a inversores minoristas residentes en España, incluidos los clientes potenciales, como ya existe en el Derecho francés desde 2016. La CNMV ha constatado que continúan siendo el principal producto derivado comercializado a minoristas y que persiste un elevado porcentaje de clientes minoristas que sufre pérdidas, superior al 70% para la gran mayoría de las entidades con mayor actividad, y que en algún caso se acerca al 90%. Persiste por ello "una falta de protección de los inversores minoristas por la comercialización de estos productos de elevado riesgo" (CNMV, *Consulta pública sobre medidas adicionales de intervención en la comercialización de CFD*, 22 de noviembre de 2022, https://www.cnmv.es/DocPortal/DocFaseConsulta/CNMV/IS_CP_ComercializacionCFD.pdf, pág. 5).

³ En virtud de lo dispuesto en el art. 16.10 de la MiFID II (Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE), las empresas de servicios de inversión «no celebrarán acuerdos de garantía financiera con cambio de titularidad, con clientes minoristas con objeto de garantizar o cubrir las obligaciones actuales o futuras, reales, contingentes o posibles de clientes»; esta prohibición ha sido incorporada en el art. 30 *quinquies* del Real Decreto 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.

⁴ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁵ Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE

pretende es incorporar el contenido de los artículos 3 a 8 en materia información precontractual, derecho de desistimiento y suministro de "explicaciones adecuadas" al consumidor en la fase precontractual a la directiva general con las necesarias actualizaciones dada la evolución de la tecnología en la contratación a distancia. Se prevé para ello la introducción de un capítulo nuevo dedicado a las normas relativas a la contratación a distancia de servicios financieros. Son varios los problemas que se plantean respecto al ámbito de aplicación del régimen general de contratación a distancia de estos servicios que se integrará en la directiva sobre derechos de los consumidores. Por otra parte, específicamente se declaran aplicables a los contratos a distancia de servicios financieros determinados artículos de la Directiva sobre derechos de los consumidores (nuevo artículo 3.1bis)

Abordaremos en el presente trabajo estas dos cuestiones y se analizarán los cambios que habrán de realizarse en la legislación española de aprobarse la reforma de las normas europeas.

II. LA INCLUSIÓN DEL RÉGIMEN DE COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS EN LA DIRECTIVA 2011/83/UE, SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

1. Planteamiento

La Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, ha sido objeto de análisis por la Comisión Europea en el marco del programa REFIT (*Regulatory Fitness And Performance Programme*), iniciativa que pretende simplificar y reducir la «carga normativa» de la legislación de la Unión Europea. Casi veinte años después de su aprobación, la Comisión ha considerado oportuno actualizar su contenido —fundamentalmente para incluir referencias a la creciente digitalización del proceso de contratación de los servicios financieros—, así como incluirlo en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores.

Por ello, el 11 de mayo de 2022 la Comisión hizo pública la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE⁶. El texto consta de cuatro artículos. En los tres últimos se recoge el plazo de transposición (veinticuatro meses desde su adopción⁷), se deroga la Directiva 2002/65/CE con efectos a partir de treinta meses desde la adopción de la propuesta de Directiva como norma de rango legal, y se prevé la entrada en vigor de la reforma a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

El grueso de la reforma se contiene, pues, en el artículo 1 de la propuesta, que se estructura en dos apartados. El primero modifica el artículo 3 de la Directiva sobre derechos de los consumidores para declarar expresamente aplicables determinados

⁶ COM/2022/204 final, 2022/0147(COD)

⁷ En este trabajo se utiliza la posterior versión de 2 de marzo de 2023 (7037/23), que amplía el plazo de en el que los Estados miembros habrán de aplicar el derecho traspuesto en seis meses adicionales a los veinticuatro previstos como plazo de transposición en el texto original de la propuesta (art. 2) y por ello los efectos de la derogación de la directiva de 2002 se demoran también a 30 meses desde la adopción de la nueva norma.

preceptos de su articulado a los contratos a distancia celebrados entre un comerciante y un consumidor para la prestación de servicios financieros. El segundo apartado introduce un nuevo capítulo III^{bis} en la directiva del 2002 rubricado «Normas relativas a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia» (arts. 16^{bis} a 16^{quinquies}), en donde se recoge principalmente el régimen de la información precontractual y el régimen del derecho de desistimiento reconocido al consumidor así como su derecho a solicitar y obtener explicaciones adecuadas acerca de la información precontractual suministrada por el empresario en la contratación.

El objetivo es incluir el contenido actualizado de la Directiva 2002/65/CE en la norma general de derechos de los consumidores, contenido adaptado a las nuevas realidades tecnológicas de la contratación a distancia en la Directiva de derechos de los consumidores⁸. Es el caso, por ejemplo, del "botón de desistimiento" del que ha de disponer el consumidor cuando la contratación tenga lugar a través de interfaces on line en el caso de que goce de tal derecho. La propuesta introduce un nuevo art. artículo 11^{bis} en la directiva de 2011 dedicado a este "botón de desistimiento" o función *on line* de carácter similar, precepto aplicable también a los contratos de servicios financieros por expresa remisión del artículo 3 de la Directiva de 2011 en la versión modificada.

Cuando se publica la Directiva de 2002, el derecho europeo de los servicios financieros no tenía, con carácter general, un grado de desarrollo y de detalle como el que se produce tras la crisis económica de 2008. Ello es así especialmente desde la perspectiva del inversor consumidor. Piénsese, entre otras, en la MiFiD II de 2014, la Directiva de contratos de crédito inmobiliario de 2014 o en la Segunda Directiva de servicios de pago de 2015. A ello ha de añadirse la expansión en el uso de las nuevas tecnologías en la contratación electrónica, fenómeno al que no ha sido ajeno —antes al contrario— la pandemia sufrida por el COVID-19 desde marzo de 2020⁹.

Sin perjuicio de la utilidad que en su momento tuvo la Directiva de 2002 —y su incorporación al Derecho español a través de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (en adelante, LCDSF¹⁰)—, lo cierto es que el régimen sectorial en materia de banca, servicios

⁸ Debe tenerse en cuenta que la mayoría de los contratos a distancia de servicios financieros se celebran por medios electrónicos. Por ello, es de aplicación el régimen previsto para los proveedores de servicios de la sociedad de la información en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Y, a partir del 17 de febrero de 2024, el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales)

⁹ Con datos del INE, el uso de Internet en la UE alcanzó en 2021 al 89% de la población de la Unión. En España, en el año 2022, el 94,5% de la población, de 16 a 74 años, ha utilizado Internet en los últimos tres meses. Esto supone un total de 33,5 millones de usuarios en nuestro país. (https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925528782&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout)

¹⁰ Los primeros análisis de esta Ley, entre otros, en MAYORGA TOLEDANO, M.C., «Los derechos de información previa y de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros. especial referencia a los contratos bancarios», *Revista de Contratación Electrónica*, 90, 2008, págs. 4-45; ILLESCAS, OTRIZ, R., «La Ley 22/2007 sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores y la dogmática contractual electrónica», *Revista de Contratación Electrónica* 84, 2007, págs. 3-23; RUIZ MUÑOZ, M., Tutela de los consumidores en el comercio electrónico", *Revista de Contratación Electrónica*, 90, 2008, págs. 4-90. De forma destacada, FERNANDEZ PÉREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores: Especial referencia a la relativa a servicios financieros*, La Ley, Madrid, 2009. Con posterioridad, entre otros, NOVAL LAMAS, J.J. «El derecho de información en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre

de inversión, seguros, servicios de pago, crédito inmobiliario y al consumo y planes y fondos de pensiones ha ido desplazando la aplicación de la Directiva de 2002¹¹ y también de la ley española. Por ello, parece conveniente recoger el régimen general de la comercialización a distancia de servicios financieros en materia de información precontractual, derecho de desistimiento e información adicional a proporcionar al consumidor, en un capítulo específico en la Directiva sobre derechos de los consumidores, como previsiblemente, tras la aprobación de la reforma europea, se haga en el derecho español con la inclusión de un capítulo dedicado a esta materia en el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU).

2. La compleja delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva de derechos de los consumidores en la comercialización a distancia de servicios financieros

La Comisión Europea con esta propuesta pretende poner fin a la exclusión general de los servicios financieros en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, mediante una ampliación de su ámbito de aplicación para incluir en ella los contratos de servicios financieros celebrados a distancia.

Al existir normativa sectorial aplicable a la protección del inversor minorista o consumidor en la contratación de servicios financieros, no es sencillo delimitar el ámbito de aplicación de la norma proyectada: además del régimen específico previsto para este tipo de contratos en el nuevo capítulo III bis, hay determinadas materias de la Directiva de 2011 que son de aplicación también en el caso de contratación a distancia de servicios financieros por los consumidores: resumidamente son el artículo dedicado a las definiciones, el régimen de los pagos adicionales por los servicios, el derecho sancionador y el seguimiento por las autoridades competentes de la aplicación de la directiva, el *botón de desistimiento*, los servicios no solicitados por el consumidor (*inertia selling*) y las obligaciones de información de los Estados miembros a la Comisión acerca de la transposición del contenido de la Directiva cuando ésta deja a elección de los Estados determinadas opciones. De estas cuestiones nos ocupamos en el epígrafe 3.

En la versión de la propuesta de directiva de marzo de 2023 no queda del todo claro si rige el principio de supletoriedad respecto a la aplicación en determinados aspectos de la comercialización a distancia, del nuevo régimen de los contratos financieros celebrados

Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores», *RDBB*, 126, 2012, págs. 215-245 y COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma de los contratos bancarios electrónicos*, Pons, Madrid 2020.

¹¹ Se indica en el memorándum explicativo que precede al articulado del texto original de la propuesta que, pese a la importancia decreciente de la Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores por la aprobación de directivas sectoriales posteriores, la norma mantiene su relevancia, ya que, en algunas jurisdicciones, ha permitido aplicar su régimen a la venta a distancia al consumidor de productos considerados de inversión, como diamantes, criptoactivos o botellas de vino de elevado precio. A ello se refiere la Comisión cuando alude a la «red de seguridad» creada por la directiva, ya que permite aplicar sus previsiones a nuevos productos financieros o a supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la legislación específica (por ejemplo, los préstamos al consumo por importe inferior a doscientos euros, que quedan al margen de la Directiva 2008/48/CE). Sin embargo, en la versión de la propuesta de Directiva de marzo de 2023, el Consejo ha introducido en el considerando octavo una aclaración: la venta de mercancías tales como metales preciosos, diamantes, vino o güisqui no debe ser considerada *per se* un servicio financiero. Ello es lógico siempre que no estemos ante una compra de especulación y no de consumo.

a distancia con los consumidores¹². En ocasiones la Directiva sobre derechos de los consumidores no se aplica en materia de información precontractual, derecho de desistimiento y suministro de información adicional al consumidor y en otras, la norma es de aplicación supletoria en lo no previsto en la normativa sectorial.

La complejidad en la delimitación del ámbito de aplicación, que excluye en nuestra opinión el principio de especialidad, ha llevado a la introducción por el Consejo en el texto de la propuesta de Directiva de ejemplos de normativa sectorial que desplazaría a la general contenida en la Directiva modificada de derechos de los consumidores.

Un ejemplo de lo expuesto (exclusión de la aplicación de la directiva reformada sobre derechos de los consumidores) lo encontramos en el considerando 13 respecto al régimen de los contratos de crédito inmobiliario (Directiva 2014/17/UE): el régimen de información precontractual, del derecho de desistimiento y de la obligación del prestamista de dar "explicaciones adecuadas" contenido en esta Directiva excluye la aplicación del régimen general en la celebración a distancia de estos contratos. Ello incluso en el caso de que, al amparo del art. 3 de la Directiva de 2014, un Estado miembro haya decidido no aplicar su régimen a determinados contratos (art. 3.3), por ejemplo, a los préstamos puente, remitiéndose el derecho interno a otra normativa nacional en materia de información precontractual y publicidad.

En relación con el derecho de desistimiento o cancelación, se citan expresamente en el considerando 13*bis* y por tanto se excluye la aplicación de la Directiva de 2011, a no ser que se diga otra cosa en esas normas, el artículo 186 de la Directiva 2009/138/CE, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio y el art 14.6 de la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito inmobiliario celebrados con los consumidores.

También se citan —en el nuevo considerando 13*ter*— como ejemplos de normas que excluirían la aplicación de la Directiva renovada de 2011, respecto al suministro de información precontractual destinada a que los consumidores sean capaces de entender las características esenciales del contrato propuesto, a salvo de que esa concreta normativa sectorial europea prevea expresamente otra cosa, las normas contenidas en el Reglamento (UE) 2019/1238 relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP), la Directiva 2014/92/UE, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas, la MiFID II y la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros. En todas estas normas, además, indica el citado considerando, se contiene la *habilitación reglamentaria* a la Comisión Europea para que desarrolle las previsiones de la norma sectorial de nivel 1 en materia de información precontractual. Por ello, no rige la Directiva de derechos de los consumidores de 2011 en estos ámbitos. Incluso aunque la normativa sectorial recoja normas que difieren del régimen de la Directiva general de 2011 respecto a la información precontractual o sólo establecen un contenido mínimo.

¹² El Considerando 9 se refiere a la «necesaria complementariedad» que quedaría asegurada al extender el alcance de la Directiva sobre derechos de los consumidores a los contratos financieros celebrados a distancia, sin perjuicio de que la complejidad de los servicios financieros prestados a los consumidores implique la no aplicación de todas las previsiones de la directiva general a estos contratos celebrados a distancia; por ello, son tratados en un capítulo separado en la reformada Directiva de 2011.

En relación con las "explicaciones adecuadas" que el empresario ha de proporcionar al consumidor en la fase precontractual, (nuevo considerando 13^{quater}), el régimen contenido en las directivas 2014/17/UE sobre los contratos de crédito inmobiliario, en la MiFID II o en la Directiva (UE) 2016/97, excluyen el previsto en la Directiva de 2011.

En otros casos, la normativa sectorial no regula el derecho de desistimiento pero tampoco lo excluye expresamente. Es de aplicación entonces el régimen previsto en la Directiva de 2011; sería el caso, citado expresamente en el considerando 13^{quinqies}, de la Directiva Solvencia II (Directiva 2009/138/CE), que, si bien contiene previsiones respecto a la información precontractual, no establece para los seguros no de vida el derecho del consumidor a disponer de un tiempo adicional para analizar las implicaciones del contrato firmado. En este caso, las normas sobre información precontractual contempladas en Solvencia II son de aplicación, pero también el derecho de desistimiento contemplado en la Directiva de 2011 modificada. Aclara el texto de la propuesta que en los casos en los que la normativa sectorial no contenga previsiones respecto a la información al consumidor acerca del derecho de desistimiento, el empresario deberá suministrar esta información de acuerdo con la Directiva¹³.

Lo que pretende la Comisión Europea, en definitiva, es eliminar los solapamientos que se producen entre la directiva del 2002 sobre comercialización a distancia de servicios financieros y la del 2011 sobre derechos de los consumidores. El objetivo de la reforma es, pues, como se indica en los considerandos, la armonización plena para lograr el mismo elevado nivel de protección de los consumidores en la contratación a distancia en todo el mercado interior y evitar los referidos solapamientos entre ambas normas. Por ello se incluye un nuevo artículo 11^{bis} dedicado al ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia por medio de interfaces en línea (y no sólo en los de carácter financiero) y se declaran aplicables determinados artículos previstos con carácter general para la protección de los derechos de los consumidores, cuestión a la que dedicamos el epígrafe siguiente,

3. La aplicación del régimen general a los contratos de servicios financieros a distancia

La propuesta introduce un nuevo apartado (1b) en el artículo 3 dedicado al ámbito de aplicación: sólo los artículos que se enumeran en este nuevo apartado serán de aplicación a los contratos para la prestación de servicios financieros celebrados a distancia entre un empresario (trader) y un consumidor¹⁴

¹³ Ello implica que el *dies a quo* para el ejercicio del derecho de desistimiento será, bien el día de la celebración del contrato (art. 16^{bis}), bien el del suministro de los términos del contrato y de la información precontractual conforme a la normativa sectorial aplicable si la información se facilita al consumidor con posterioridad a la celebración del contrato. Cuando la legislación sectorial no contenga previsiones sobre la información de este derecho de desistimiento del que, en su caso, goza el consumidor financiero, el empresario, a los efectos del cómputo de plazo para su ejercicio, deberá informar al consumidor no solo acerca de los términos contractuales y la información precontractual, sino también acerca del derecho de desistimiento en los términos previstos en la Directiva modificada.

¹⁴ Art. 1 de la propuesta de directiva: «Article 3 is amended as follows:

(a) the following paragraph (1b) is inserted:

Only Articles 1 and 2, Article 3(2), (5) and (6), Article 4, Article 6(7), Article 6a, Article 8(6), Article 11a, Articles 16a to 16d, Article 19, Articles 21 to 23, Article 24(1) and Articles 25 to 27 and Article 29 shall apply to distance contracts concluded between a trader and a consumer for the supply of financial services».

Además de subsumirse este régimen en el objeto general de la Directiva que se describe en su artículo 1¹⁵, les son aplicables las definiciones del artículo 2. El concepto de *servicios financieros* a los que tras la reforma será de aplicación la directiva del 2011 permanece en toda su amplitud («todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión personal, de inversión o de pago», art. 2. 12).

Tampoco se altera en el régimen que se propone la noción de *consumidor* («persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional», art. 2.1)¹⁶. El concepto de *comerciante* o *empresario* supera en la propuesta al previsto en la directiva del 2002, que se refería al *proveedor del servicio financiero* y junto con él al *operador o proveedor de una técnica de comunicación a distancia*, (definido como «toda persona física o jurídica, pública o privada, cuya actividad comercial o profesional consista en poner a disposición de los proveedores una o más técnicas de comunicación a distancia»). Tras la reforma, al derogarse la directiva de 2002, la referencia es a la definición de comerciante con el que el consumidor celebra a distancia recogida en la directiva del 2011, que permanece inalterado desde su aprobación¹⁷. Respecto a la definición de contrato a distancia, al prescindirse de la de la directiva de 2002, desaparece la referencia a que sea el proveedor quien haya organizado el sistema de venta o de prestación de servicios a distancia, acogiéndose a la definición general de esta forma de contratación de la Directiva de 2011.

Al integrarse la normativa de los contratos de servicios financieros celebrados a distancia, dentro de las exclusiones de la Directiva de 2011 se modifica la previsión de su artículo 3.3.d) en el sentido de que la Directiva sobre derechos de los consumidores no se aplicará a los contratos de servicios financieros distintos de los en ella contemplados.

Bajo el nuevo régimen general, los contratos de servicios financieros celebrados a distancia quedan sometidos a las previsiones generales de la directiva de 2011 contenidas en los arts. 3.2, 3.5. y 3.6, esto es, prevalencia de la normativa sectorial frente a la general de la directiva de 2011, salvaguarda del derecho contractual nacional en la medida en que no sean aspectos regulados por la directiva y posibilidad de que los empresarios ofrezcan a los consumidores condiciones contractuales que garanticen mayor protección que la otorgada por Directiva de 2011. También a su artículo 4 («Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva») y la previsión sobre el régimen lingüístico del artículo 6.7, que permite a los Estados miembros mantener o introducir en su derecho interno

¹⁵ Art. 1 (Objeto) «La presente Directiva tiene por objeto, a través del logro de un nivel elevado de protección de los consumidores, contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre contratos celebrados entre consumidores y comerciantes.»

¹⁶ Si se produce la transposición de la reforma de la Directiva, una vez aprobada, mediante la modificación del TRLGDCU, tal y como se va a hacer en el derecho europeo, el régimen de la contratación a distancia de servicios financieros se extenderá también, desde el ámbito subjetivo, a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, ya que estas entidades tienen también la consideración de consumidores *ex art. 3.2 TRLGDCU*. V. COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma de los contratos bancarios electrónicos*, Pons, Madrid 2020, pág. 180.

¹⁷ Art. 2.2: «comerciante»: toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva».

requisitos de carácter lingüístico en relación con la información contractual a fin de garantizar que dicha información pueda ser comprendida fácilmente por los consumidores.

Por otra parte, como hemos indicado, se recoge con carácter general en la propuesta, y no solo para los servicios financieros, el régimen del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia celebrados a través de interfaces en línea. El nuevo artículo 11*bis* de la Directiva sobre derechos de los consumidores expresamente obliga al empresario a incluir un botón de desistimiento o mecanismo que cumpla una función similar para que el consumidor pueda ejercitar este derecho en la misma interfaz en línea en la que contrató bajo el procedimiento del *doble click*. El botón dispuesto prominentemente en la interfaz ha de contener la leyenda "desistimiento del contrato aquí" u otra similar expuesta sin ambigüedades y ser fácilmente accesible al consumidor. El clicar este botón ha de permitir al consumidor emitir su declaración de desistimiento a través del suministro o la confirmación de la siguiente información: el nombre del consumidor, la identificación del contrato y los detalles de los medios electrónicos a través de los que se ha de remitir al consumidor la confirmación del ejercicio de su derecho de desistimiento,

La confirmación de su voluntad (declaración de desistimiento) se realizará utilizando el botón de confirmación o mecanismo de similar función. Este botón de confirmación del desistimiento debe etiquetarse de forma clara, con las palabras "desista ahora" u otra fórmula similar. Clicado el botón, el consumidor ha de recibir automáticamente la confirmación de que su declaración de desistimiento ha sido emitida, incluyendo la fecha y hora de su envío. Además (art. 11*bis* 5) el empresario deberá confirmar al consumidor sin dilaciones indebidas el contenido de su declaración de desistimiento incluyendo la fecha y hora de la remisión, a través de un medio duradero.

También les es de aplicación a los empresarios la prohibición de cargar a los consumidores por el uso de determinados medios de pago, tasas que superen el coste asumido por el comerciante por el uso de tales medios (art. 19 de la Directiva de 2002) así como el régimen que sobre comunicaciones telefónicas y pagos adicionales se contiene en los artículos 21 y 22 de la Directiva sobre derechos de los consumidores.

Por otra parte, se mantiene el carácter imperativo de la normativa, de manera que, al integrarse el régimen de la comercialización a distancia de servicios financieros en la Directiva sobre derechos de los consumidores, éstos no pueden renunciar a los derechos que les confieren las disposiciones nacionales de transposición de la norma, siempre que ésta sea de aplicación. En el mismo sentido, cualquier disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la directiva no vinculará al consumidor (artículo 25 de la directiva del 2011).¹⁸

4. El régimen de los contratos de servicios financieros celebrados a distancia que se introducirá en la directiva del 2011

¹⁸ El nuevo art. 3 (1b) declara asimismo aplicables a la contratación a distancia de servicios financieros el art. 27 de la directiva general en relación con el suministro de bienes o servicios no solicitados (en estos casos, el consumidor queda eximido «de toda obligación de entregar contraprestación alguna») así como los artículos 23 (potestades supervisoras) y 24.1 (sanciones por incumplimiento del régimen previsto en la directiva de 2002). También los arts. 26, 28 y 29, dirigidos a los Estados miembros en relación con la información a difundir sobre la transposición de la directiva de 2011.

La propuesta incorpora un nuevo capítulo III a la Directiva sobre los derechos de los consumidores que recoge, modernizándolas y ampliándolas, materias previstas en la directiva del 2002, que deroga. El capítulo lo integran cuatro artículos dedicados, respectivamente, a la información precontractual que se debe suministrar al consumidor (art. 16 *bis*), al derecho de desistimiento (art. 16 *ter*), al pago del servicio prestado antes del ejercicio del derecho de desistimiento (art. 16 *quater*) y a las «explicaciones adecuadas» (art. 16 *quinqüies*)¹⁹. Destacamos en relación con la contratación exclusivamente *on line* el derecho que se reconoce al consumidor a solicitar y obtener la intervención humana en todas las fases del proceso de negociación y de la relación contractual (art. 16 *quinqüies*, apartado 3). Pero conforme al planteamiento general de la Directiva, cuando una normativa sectorial en materia de servicios financieros contenga normas acerca de las "explicaciones adecuadas" sólo serán de aplicación estas últimas, a menos que expresamente la norma especial prevea otra cosa.

A continuación reseñaremos los cambios que habrán de producirse en la Ley española por adaptación del régimen contenido en la propuesta de directiva respecto a la contratación a distancia de servicios financieros, de ser éste aprobado en los términos del texto de la propuesta de febrero de 2023²⁰. Como se ha indicado, creemos que lo más conveniente es la introducción de un nuevo capítulo en el TRLGDCU. Las modificaciones a realizar son más de detalle que cambios sustantivos en el régimen vigente en España., excepción hecha del derecho del consumidor a contar con asistencia personal en el proceso de contratación que tiene lugar exclusivamente *on line* (art. 16 *quater*) y de la inclusión del *botón de desistimiento* (art. 11 *bis*) cuando el consumidor goce del derecho de desistimiento. El legislador europeo considera necesario que las entidades financieras, en el caso de contratación completamente automatizada (por ejemplo, a través de chatbots, *roboadvisors*, herramientas interactivas u otros medios similares), permitan el acceso por el consumidor durante el horario comercial, a una persona real que le dé las explicaciones necesarias acerca del contrato financiero que se pretende celebrar o ya ha sido celebrado. Ello supone una nueva carga para las entidades financieras que se considera necesaria a fin de que el consumidor comprenda los efectos que el contrato puede tener en su situación económica²¹.

Respecto a los requisitos de información previa al contrato a los que se refiere el art. 7 LCDSF, en relación con la información acerca del proveedor o de quienes actúen por cuenta de él (por ejemplo, los agentes de las entidades de crédito), desaparece la mención al número de fax y se completa con la previsión de que los medios de comunicación previstos por el proveedor deben permitir la rápida y eficaz comunicación del consumidor con el empresario o quien actúe por cuenta de éste, de manera que se garantice además que el consumidor pueda mantener correspondencia escrita con el empresario a través de un medio duradero. Además, se le ha de informar acerca del lugar al que el consumidor puede dirigirse para cualquier queja o reclamación. Habrá de completarse también el

¹⁹ Ha sido suprimido del texto revisado de marzo de 2023 el art. 16 *sexies* (protección adicional respecto a las interfaces en línea) que obligaba a los estados miembros a adoptar medidas en virtud de las cuales los empresarios, en la celebración de contratos sobre servicios financieros a distancia, no deben utilizar una estructura, diseño o funcionalidades en su interfaz en línea de forma que pueda distorsionar o perjudicar la capacidad del consumidor de adoptar una decisión de forma libre, autónoma e informada. Probablemente porque la Ley de servicios digitales (Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022) ya contiene previsiones al respecto (v. *ad. ex* su artículo 25).

²⁰ Un buen análisis del régimen español contenido en la Let 22/2007 puede verse en COUTO CALVIÑO, R., *Formación y forma de los contratos bancarios electrónicos*, Pons, Madrid 2020, *passim*

²¹ V. nuevo considerando 26 *bis* de la propuesta de directiva.

vigente art. 7 d), dedicado a la información del registro público en el que, en su caso, esté inscrito el proveedor (su número de registro, o los medios equivalentes de identificación en dicho registro) con la precisión de informar al consumidor acerca de la dirección y página web "y cualquier otra información de contacto" del supervisor nacional del concreto proveedor, esto es, del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones.

Respecto al servicio financiero comercializado (art. 7.2 de la Ley 22/2007), si procediera, habrá de indicarse al consumidor el sistema automático aplicado para el cálculo del precio total que debe pagar, si es que éste ha sido el mecanismo de determinación del precio ofertado.

En relación con la información sobre contrato a distancia (art. 7.3) se precisa, en relación al derecho de desistimiento, la información al consumidor sobre la dirección o los detalles de los medios de comunicación relevantes para el ejercicio de tal derecho y, para los casos en los que el contrato se celebre a través de interfaces en línea, información acerca de la existencia y acceso al "botón de desistimiento" o al mecanismo que cumpla una función similar. Se añade, para las comunicaciones telefónicas, la obligación del empresario de informar al consumidor acerca de la circunstancia de que la llamada es o puede ser grabada, precisión que ya existe en la legislación española bancaria, aseguradora y del mercado de valores.

La Directiva permite, como excepciones a este régimen de información precontractual, previo consentimiento expreso del consumidor, que el empresario sólo le suministre información acerca de la identidad del proveedor, y si procede, de quien actúe por su cuenta, las principales características del servicio financiero ofertado, el precio total a satisfacer por el consumidor, la posible existencia de otros costes o impuestos que puedan ser aplicables y que no se satisfagan a través del empresario y la existencia o ausencia de derecho de desistimiento así como los medios para ejercitarlo. Habrá de informarse asimismo acerca de la disponibilidad por el consumidor del resto de la información precontractual a la que se refiere el nuevo art. 16*bis* (v. art. 7 de la ley española)²².

Esta información, total o parcial ha de ser suministrada a requerimiento del consumidor en un formato apropiado para quienes tengan algún tipo de discapacidad, incluidos aquellos consumidores con trastornos visuales.

Con la excepción de la información de carácter mínimo referida *supra*, el resto de la información prevista en el art. 16*bis* (artículos 7 y 9 de la ley española) puede ser accesible por capas a través de métodos electrónicos, pero el consumidor ha de tener siempre la posibilidad de ver, guardar e imprimir toda esta información en un documento único. El empresario ha de garantizar además que el consumidor ha tenido acceso, antes de celebrar a distancia el contrato, a toda esta información.

²² Muy crítico con la política legislativa de la Unión Europea, por entender que peca por exceso a la hora de establecer obligaciones de información previa o precontractual en la contratación financiera se muestra BUESO GUILLÉN. Entiende este autor que se ha asumido como modelo de consumidor el del consumidor bien informado (*der aufgeklärte mündige Verbraucher*), modelo irreal en la práctica. (BUESO GUILLÉN, P.J., «Transparencia y contratación de servicios de pago: una aproximación crítica», en AA.VV. *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia* (dir. M. Alonso Pérez y E. Hernández Sáinz), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, págs. 227-266, págs. 259 y ss.

El nuevo art 16*bis* permite a los Estados miembros adoptar disposiciones más rigurosas que las previstas en este artículo respecto a los requisitos de información precontractual, (art. 16 *ter*)

Desde la aprobación del texto original en 2002, la directiva –y la ley española– excluyen expresamente el derecho de desistimiento en los contratos de servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, fluctuaciones que pudieran producirse durante el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento; como novedad en la propuesta se incluyen a los criptoactivos como activos excluidos del derecho de desistimiento; por ello, a la hora de transponer la Directiva, al listado recogido en el artículo .2 LCDSF habrá de añadirse los servicios financieros relativos a criptoactivos²³.

En aras de una mayor protección al consumidor, en los casos en los que exista derecho de desistimiento, si el consumidor no ha recibido los términos y condiciones contractuales y la preceptiva información precontractual, el periodo durante el cual puede ejercitar el derecho de desistimiento finalizará 12 meses y 14 días naturales después de la conclusión del contrato²⁴

La Directiva permite, respecto al derecho de desistimiento, a los Estados miembros a la hora de incorporar su contenido que mantengan el régimen previsto en el art. 14 (6) de la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial²⁵ para los contratos de crédito excluidos del ámbito de aplicación de esta Directiva 2014/17/UE (periodo mínimo de reflexión de 7 días) y los arts. 14 y 15 de la Directiva 2008/48/CE de contratos de crédito al consumo (plazo de 14 días) para los contratos de crédito excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE.

En cuanto al pago del servicio prestado antes del desistimiento (art. 16 quater y 11 LCDSF), se mantiene el régimen de la Directiva de 2002, añadiéndose únicamente que

²³ El Reglamento sobre mercados de criptoactivos (MiCA), de inminente publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, reconoce en su artículo 12 el derecho de desistimiento al consumidor que adquiere criptoactivos distintos de los *asset referenced tokens* o *emoney tokens*, derecho que puede ser ejercitado por el consumidor hasta el final del periodo de suscripción. Ahora bien, de acuerdo con el planteamiento general que excluye el reconocimiento del derecho de desistimiento para aquellos activos cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, el Reglamento MiCA no otorga derecho de desistimiento al consumidor que adquiere estos tokens (distintos de los *asset referenced tokens* o *emoney tokens*) en una plataforma de negociación de criptoactivos (mercado). Expresamente en el Reglamento MICA (considerando 22) se indica: "Cuando el consumidor goce del derecho de desistimiento conforme a este Reglamento, no será de aplicación el derecho de desistimiento previsto en la Directiva 2002/65/EC". [*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (MiCA)*, 2020/0265 (COD). Texto de fecha 5 de octubre de 2022, Ref. 13198/22]

²⁴ Si el consumidor no ha sido informado de su derecho de desistimiento a través de un soporte duradero (en el caso de serle legalmente reconocido este derecho) el nuevo considerando 23*bis* se refiere a la posibilidad de ejercitar sin sujeción a plazo alguno el derecho de desistimiento; esta previsión no se ha incorporado al articulado del texto de la propuesta de directiva de marzo de 2023.

²⁵ Un buen análisis de las razones de la inexistencia del derecho de desistimiento en los contratos de crédito inmobiliario sujetos a la ley española puede verse en HERNÁNDEZ SÁINZ, E., «Instrumentos para la garantía de un periodo de reflexión y comparación: oferta vinculante y derecho de desistimiento», en AA.VV. *Mecanismos jurídicos para la contratación responsable de préstamos por consumidores* (dir. M. Alonso Pérez y E. Hernández Saiz), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 285-336, págs. 312 y ss.

los Estados miembros podrán prever que el consumidor no sea requerido del pago de cantidad alguna cuando ejercita el derecho de desistimiento en un contrato de seguro.

De manera similar a la Directiva de crédito al consumo y a la de contratos de crédito inmobiliario, se introduce un último artículo (16*quinquies*) sobre las "explicaciones adecuadas" que han de darse al consumidor para que este pueda evaluar si el contrato propuesto y, en su caso, los servicios adicionales o auxiliares relacionados con éste, se ajustan a sus necesidades y situación financiera²⁶

III. LA (ESCASA) RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA LCDSF EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

En un proceso paralelo a lo acaecido con la aplicación de la Directiva de 2002, la aprobación de normativa sectorial respecto a la celebración de contratos de servicios financieros a distancia, normativa en la que se le reconocen una serie de derechos al cliente-consumidor, inversor minorista, o usuario de servicios de pago, ha supuesto la pérdida de relevancia de la ley española²⁷, hoy de aplicación residual por nuestros tribunales excepto quizá en materia de inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones de información precontractual y del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato a distancia que recae sobre el empresario (art. 17 en relación con los arts. 7 a 9 LCDSF).

Que nos conste, el Tribunal Supremo ha aplicado en contadas ocasiones esta Ley. Pueden citarse la sentencia del Pleno de 23 de diciembre de 2015 (STS 705/2015), que considera abusivas determinadas cláusulas (condiciones generales de la contratación) incluidas en contratos de préstamo hipotecario, banca multicanal, tarjeta de crédito, cuenta corriente, banca por internet y servicios telemáticos de dos entidades de crédito (Banco Popular y BBVA). En esta sentencia se acude a la Ley 22/2007 una única vez para declarar abusiva una cláusula del servicio de contratación telefónica del BBVA «que se opone a lo dispuesto en los artículos 6 a 9 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. En concreto, omite la remisión por escrito o en soporte duradero de las condiciones generales, y no hace mención a su remisión y recepción, que parece dar por supuesta, al referirse solo a las condiciones particulares. De donde resulta la vulneración de los arts. 88.2 y 89.1 del TRLGDCU en relación con el artículo 17 de la Ley 22/2007, al imponer al consumidor una manifestación de conformidad tácita con la recepción de unas condiciones generales y particulares que podría no haber recibido previamente y entrañar una inversión de la carga de la prueba sobre unos extremos cuya acreditación debería corresponder al banco»²⁸.

²⁶ Estas explicaciones adicionales incluirán los siguientes elementos: la información precontractual exigible, las características esenciales del contrato propuesto, incluidos los posibles servicios adicionales y los concretos efectos que el contrato propuesto tendrá sobre el consumidor. El derecho interno habrá de establecer el modo y el alcance con el que se darán las referidas explicaciones, pudiendo adaptarlas en función de las circunstancias en las que se ofrece el concreto servicio, la persona del destinatario y la naturaleza del servicio financiero ofertado.

²⁷ En el derecho europeo, v. Comisión Europea, Documento de trabajo de los servicios de la Comisión – «Evaluation of Directive 2002/65/CE concerning the distance marketing of consumer financial services» (Evaluación de la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores), SWD (2020) 261 final.

²⁸ FD quinto, letra i) STS 705/2015: la cláusula era del siguiente tenor: "El Banco podrá ofertar al Titular la formalización de contratos y servicios mediante llamada telefónica a cualquiera de sus números de

También se refiere a esta Ley la STS (Sección 1ª) núm. 533/2015 de 3 diciembre (RJ\2015\5386), a propósito de la validez de un swap contratado telefónicamente entre una entidad de crédito y un empresario, en donde se invoca la LCDSF como argumento para excluir reconocimiento del derecho de desistimiento al empresario²⁹.

En instancias inferiores, sin embargo, encontramos más de un centenar de sentencias en las que se aplica esta Ley, aunque no sean muy numerosas si las comparamos con aquellas que invocan la normativa sectorial aplicable en materia de servicios financieros, que se cuentan por miles. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar la del juzgado de primera instancia de Massamagrell (Valencia) de 3 de junio de 2022³⁰ en donde queda probado que la sociedad de crédito al consumo no acredita ni la fecha del contrato ni la aceptación del consumidor respecto a un microcrédito de 600 euros que le fue transferido a su cuenta corriente. Entiende el juez que «no puede transformarse el ingreso realizado en la acreditación de la aceptación del contrato, disponiendo la entidad actora de una facilidad probatoria plena para acreditar la existencia del consentimiento, cuya carga de la prueba le corresponde» (art. 17 LCDSF)³¹.

Es de interés la SAP Pontevedra (Sección 6ª) núm. 676/2014 de 28 noviembre³², que decreta la nulidad radical de la adquisición de unas participaciones preferentes por un consumidor al no haber podido acreditar la entidad de crédito la orden recibida de la cliente para adquirir tales participaciones ni tampoco que esta compra de valores trajera causa de un encargo de gestión³³

teléfono, 9jos o móviles, que figuren en los registros del Banco. El Titular podrá aceptar la oferta del Banco mediante el contacto telefónico con el Banco. La aceptación de la oferta a través del referido contacto telefónico equivaldrá a todos los efectos a la firma manuscrita del Titular, y supondrá que el Titular ha recibido las condiciones particulares del mismo y que las acepta en su totalidad. Los correspondientes contratos se entenderán formalizados a partir del momento en que se produzca dicha aceptación. Todo ello sin perjuicio de cualquier otra documentación que el Titular y el Banco pudieran suscribir recogiendo la aceptación por el Titular de las condiciones contractuales".

²⁹ FD décimo STS 533/2015: «Al respecto, es muy significativo que en un ámbito de contratación más tuitiva del adquirente de estos productos financieros, como es la regulada en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la facultad de desistimiento se excluye respecto de operaciones como el swap. (...) Entre las numerosas excepciones que la ley prevé al derecho de desistimiento, está la contratación de «servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de desistimiento». Y entre la enumeración de casos, que a modo de *numerus apertus* se contiene a continuación, se encuentran en el ordinal 8º los «contratos de permuta sobre tipos de interés, sobre divisas o los ligados a acciones o a un índice sobre acciones (...)»

³⁰ JUR\2022\43683

³¹ Se aplica además el art. 13.2 de la Ley de 2007 (servicios no solicitados): ante la falta de consentimiento probado, la prestación no fue solicitada, pero al hacer uso de ella el consumidor deberá devolver la parte utilizada o disfrutada. Al no haber existido contrato de préstamo, el consumidor ha de devolver al prestamista la cantidad de 600 euros junto con los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda, sin condena en costas a ninguna de las partes.

³² JUR\2015\60193

³³ Se afirma en el FD tercero de esta sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 676/2014, de 28 noviembre: «Siguiendo lo que constituye hoy un principio informador de la contratación con consumidores, el art. 3 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, establece la irrenunciabilidad de los derechos que la misma les reconoce, sancionándola con nulidad, al igual que los actos realizados en fraude de dicha Ley. Además de los deberes de información contenidos en los arts. 7 y 9 de dicha Ley, su art. 6.1 dispone que "En la comercialización a distancia de los servicios financieros, deberá quedar constancia de las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero. Por soporte duradero se entiende todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información

La SAP Murcia (Sección 5ª) núm. 370/2013 de 22 octubre³⁴, desestima la pretensión de nulidad de contrato de préstamo celebrado telefónicamente entre establecimiento financiero de crédito y un consumidor. Considera el Tribunal, tras escuchar la grabación de la llamada, que la entidad financiera cumplió con los requisitos de información precontractual establecidos en el artículo 7 LCDSF. Afirma la sentencia que, aunque no es el caso, «el artículo 9.4 de la Ley 22/2007 no impone de forma necesaria e imperativa la nulidad del contrato en el que se no cumplan las obligaciones de información previa en los términos exigidos en los artículos 7, 8 y 9 de dicha norma, sino que permite la nulidad del contrato ("podrá dar lugar a la nulidad del contrato de acuerdo con lo previsto en la legislación española") lo que supone que habría que analizar el alcance de la información facilitada; ello determinaría la posible nulidad parcial del contrato en relación a los aspectos sobre los que no fue informado, así como la posibilidad de integración contractual que se prevé en el artículo 65 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Usuarios» (FD 2º)³⁵.

En la SAP de Las Palmas (Sección 5ª) núm. 112/2014 de 14 marzo³⁶, se analiza la contratación telefónica de un seguro de protección de pagos para, entre otros casos, la cobertura de los importes del contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera. El Tribunal considera que la entidad ha incumplido las obligaciones previstas en el artículo 7 en materia de información precontractual y en el artículo 17 de la Ley 22/2007 (carga de la prueba del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato) y le condena al pago de las cuotas no abonadas del préstamo en el período en el que el consumidor se encontraba en situación de desempleo³⁷. También sobre un

está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada". El art. 9 ordena la comunicación al consumidor -previa o, al menos, posterior al contrato- de todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en los arts. 7 y 8, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, estableciendo en su apartado 4 que "El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos a la comunicación de dicha información previa, que se establecen en el Capítulo II, en los artículos 7, 8 y 9 de la presente Ley, podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación española".

Corresponde a la demandada demostrar que los cargos efectuados en la cuenta del actor responden a órdenes efectivas de éste, o que el encargo de gestión en su día conferido comprende la contratación de tales productos, previa la correspondiente información debidamente suministrada al cliente. Nada de esto acredita "NCG BANCO S.A.". La falta de todo sustento documental del cumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones legales expuestas con anterioridad determina que haya de decretarse la nulidad radical de la contratación de participaciones preferentes efectuada en nombre de doña Azucena».

³⁴ JUR\2013\346685

³⁵ En esta línea, por resultar probado que no se vulneraron los requisitos de información previa al contrato previstos en el art. 7 LCDSF en un contrato de cuenta bancaria con tarjeta de crédito asociada y en un segundo de préstamo personal ambos contratados electrónicamente con ING, la SAP Cáceres (sección 1ª) núm. 44/2020, de 16 de enero, desestima el recurso interpuesto por el consumidor instando la nulidad de ambos contratos. La SAP Madrid (Secc. 13ª) núm. 381/2020 de 26 de noviembre (ECLI ES:APM:2020:14166) considera que la entidad financiera ha cumplido las obligaciones previstas en los arts. 7, 8 y 9 de la LCDSF en un contrato (línea de crédito) celebrado con un consumidor que además fué firmado con la intervención de un tercero de confianza (Logalty) conforme al art. 25 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico, remitiendo Logalty el contrato al consumidor para que lo firmara electrónicamente, lo que hizo, enviándose posteriormente al consumidor por la entidad financiera el contrato y el resumen del mismo conforme a lo previsto en los citados artículos de la LCDSF. Considera la SAP Girona 52/2021, 8 de Febrero de 2021 (ECLI ES:APGI:2021:96), que la intervención de LOGALTY en la firma electrónica del contrato de apertura de crédito y la remisión de copia al consumidor excluye su nulidad.

³⁶ JUR\2014\146879

³⁷ FD quinto SAP 112/2014: «El Tribunal considera que la entidad BANCO CETELEM S.A. incumplió las obligaciones de información previstas en la Ley 22/2007 en la contratación telefónica del seguro de protección de pagos (...) respecto del recurrente, nunca le proporcionó el contrato de seguro ni la grabación respecto de la emisión del consentimiento, pese a ser la tomadora de la póliza colectiva y la beneficiaria de

seguro de protección de pagos (vinculado a una tarjeta de crédito) contratado telefónicamente se pronuncia la SAP Valencia (Sección 7ª) núm. 109/2018 de 14 marzo la que, tras hacer un repaso de los artículos de la LCDSF aplicables al supuesto de hecho concluye que de este seguro de protección de pagos no fue informado adecuadamente el consumidor al contratarlo telefónicamente puesto que se informó "en un minuto justo" del seguro en el marco de la contratación de la tarjeta de crédito ni tampoco consta que se remitiera al consumidor la nota informativa ni documentación alguna donde constaran las condiciones que iban a regir el seguro y si se aporta entrega de la póliza a la entidad tomadora que la suscribió. Por ello confirma la audiencia la nulidad del contrato de seguro de protección de pagos³⁸. La SAP Madrid de 26 de marzo de 2012³⁹, anterior a la transposición de la MiFID II al derecho español, asimismo trae a colación el artículo 17 de la Ley de 2007 y considera que en la contratación de unos warrants la empresa no acredita el suministro de información precontractual al consumidor en cumplimiento del art. 7 de la LCDSF

IV. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL NUEVO SISTEMA DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN EL ÁMBITO DEL CONSUMO FINANCIERO

1. El proyecto de Ley por el que se crea la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero.

Diez años después de la aprobación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y cinco desde el mandato contenido en la disposición adicional primera de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español esta Directiva (el Gobierno debiera haber remitido a las Cortes Generales en junio de 2018 «un proyecto de ley que regule el sistema institucional de protección del

lo seguros concertados, inició un acoso telefónico a sus parientes y amigos que fue sancionado por la Agencia de Protección de datos (...) y, una vez realizado el riesgo de desempleo y comunicado éste por el demandado a BANCO CETELEM S.A., pese a que actuó como mediadora en la suscripción del seguro, el primero por vía telefónica, y el segundo mediante las condiciones generales incluidas en el contrato de la tarjeta que constituyen boletín de adhesión, no atendió los requerimientos del mismo, ni transmitió este hecho a la entidad aseguradora, negando toda información al recurrente. El Tribunal entiende que el comportamiento de la entidad actora supone un ejercicio abusivo de su derecho (artículo 7 del Código Civil), pues redacta unilateralmente los contratos de adhesión y ofrece en la contratación telefónica una información sesgada y parcial, no proporciona al consumidor el texto de los contratos, y en atención a todo ello considera que a dicha entidad le corresponde la prueba cumplida de la inoperancia en el presente caso del seguro concertado, una vez que por el demandado se aporta prueba bastante acaecimiento del riesgo cubierto y de la comunicación del mismo a la demandante, mediadora, tomadora y beneficiaria, de tal forma que procede descontar de la suma reclamada, tanto en el contrato de tarjeta AURORA, como en el contrato de tarjeta COPE, los cargos de las dos mensualidades que debieron ser cubiertas por el seguro, por importe de 90,00 euros cada una en cada contrato, lo que arroja un total de 360,00 euros, con más las respectivas penalizaciones por impago de 15,00 euros cada uno, esto es, 60,00 euros, lo que hace un total de 420,00 euros.». Se trata de una victoria pírrica puesto que no se anulan ni el contrato de préstamo ni el del seguro de pagos, por lo que el consumidor ha de abonar a la entidad financiera la cantidad de 9.756,79 frente a los 10.176,79 euros a los que fue condenado en primera instancia.

³⁸ Considera el tribunal que, pese a que el contrato de seguro de pagos estuvo vigente durante seis años, el consumidor, si bien conocía la existencia de esta póliza que cumplió, lo que no conocía eran sus coberturas por la citada falta de información, lo que impide aplicar la doctrina sobre los actos propios. Confirma la sentencia del juzgado de primera instancia por la que se condena a la aseguradora a reintegrar al consumidor los 3.825,18€ abonados en virtud del contrato de seguro de protección de pagos.

³⁹ SAP de Madrid (Sección 10ª) núm. 217/2012 de 26 marzo, AC\2012\792

cliente financiero, así como su organización y funciones»⁴⁰), fue publicado en el *Boletín de las Cortes Generales* de 16 de diciembre de 2022 el Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes⁴¹.

El artículo 1 del Proyecto recoge el objeto de esta nueva Ley: la creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero «estableciendo un sistema público de resolución extrajudicial de los litigios surgidos entre las entidades y los clientes que operan en los sectores financieros, el régimen de recursos ante la jurisdicción ordinaria que de dicho sistema se deriva, así como el impulso de la educación financiera»⁴². En la definición de entidad financiera recogida en su artículo 2.2 se citan expresamente a las entidades sujetas a la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Explica bien la exposición de motivos del proyecto de ley el sistema vigente de resolución extrajudicial de los conflictos entre el cliente y la entidad financiera, regulado en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre y la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente. La reclamación del cliente ante el servicio interno de la entidad constituye el presupuesto para, cumplidos determinados requisitos a los que luego haremos referencia, la interposición de la reclamación por el cliente financiero ante la autoridad. El texto define el concepto de reclamación como «toda pretensión alegada por uno o varios clientes frente a una o varias entidades financieras para que restituyan o reparen sus intereses o derechos, por considerar que estos han sido vulnerados en la prestación de un servicio financiero o en la fase precontractual como consecuencia de incumplimientos de las normas de conducta, buenas prácticas y usos financieros o de la abusividad de cláusulas contractuales». La abusividad de una cláusula a estos efectos precisa de su declaración como tal por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por resultar de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resuelva específicamente sobre la materia, o que el carácter abusivo haya sido declarado en sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

En relación con este procedimiento de reclamación interna, el Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión en un informe de 2021 sobre la aplicación de las Directrices sobre la gestión de quejas y reclamaciones para los sectores de valores, bancario y asegurador (JC 2021-24) indica que, de las 44 autoridades competentes analizadas en los entonces 29 países de la UE, la mayoría de ellas –en el caso español la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones– cumplían con el contenido de estas directrices y desarrollaron correctamente su labor supervisora respecto a la existencia y funcionamiento de los servicios de atención al cliente de las entidades financieras. Esta función de supervisión continuaría siendo atribuida, conforme al nuevo régimen del anteproyecto, a los tres supervisores financieros nacionales.

⁴⁰ En marzo de 2019 el Gobierno publicó un Anteproyecto de Ley de creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Protección del Cliente Financiero cuya tramitación quedó interrumpida por las elecciones generales de noviembre de 2019.

⁴¹ BOCG Congreso, serie A, núm. 134-1, de 16 de diciembre de 2022.

⁴² V. recientemente ESTEBAN RÍOS, J., "El largo camino hacia la creación de una autoridad independiente para la protección del cliente financiero: necesidad, funciones y cuestiones controvertidas", *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 30, 2022, págs. 1-31 de la versión digital

La reforma proyectada no deroga el artículo 29 de la Ley 44/2002, sobre la obligación para las entidades financieras de contar con un departamento de atención al cliente o defensor del cliente y el efecto vinculante para la entidad de la decisión del defensor del cliente favorable a su reclamación. Los cambios que introduce el proyecto afectan a los presupuestos y requisitos de las reclamaciones en vía administrativa ante la nueva autoridad de defensa del cliente financiero, cuestión a la que nos referimos a continuación.

2. La reclamación ante la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero

El proyecto deroga el artículo 30 de la Ley 44/2002 sobre presentación de reclamaciones ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones⁴³ y la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones de los tres supervisores. El artículo 30 de la Ley 44/2002 atribuye a los servicios de reclamaciones de los supervisores la atención de las consultas que formulen los usuarios de servicios financieros sobre las normas aplicables en materia de transparencia y protección a la clientela, así como sobre los cauces legales existentes para el ejercicio de sus derechos. En el proyecto no se hace referencia a esta importante actividad. En aras de la unidad de criterio, parece que la nueva Autoridad debiera asumir también la atención de las consultas de los usuarios de servicios financieros.

En el régimen proyectado se detalla respecto al régimen vigente el presupuesto necesario para la admisión y tramitación de las reclamaciones por la nueva autoridad: la acreditación de la presentación previa ante el servicio de atención a la clientela o el defensor del cliente de la entidad financiera. Cuando la reclamación haya sido inadmitida, desestimada total o parcialmente o haya transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de su presentación sin que haya sido resuelta por el servicio de atención al cliente de la entidad financiera, el cliente puede reclamar ante la nueva autoridad. Para las reclamaciones relacionadas con los servicios de pago, el plazo es de quince días conforme a lo señalado en el artículo 69 del Real Decreto-ley 19/2018, de servicios de pago, que permite su ampliación al mes si concurren circunstancias excepcionales.

El artículo 32.3 del proyecto indica que no será preciso para la admisión y tramitación de reclamaciones por parte de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero que el cliente acredite su presentación previa ante el servicio de atención a la clientela o el defensor de la clientela, cuando la reclamación tenga por objeto la demora en la aplicación o incumplimiento de una decisión de aquellos, en sentido favorable al cliente, que hubiera versado sobre el objeto de reclamación.

3. Algunas cuestiones relevantes del texto proyectado.

El proyecto de ley eleva a norma general la imposición de la carga de la prueba a la entidad financiera conforme al artículo 17 LCDSF en materia de obligaciones de información a la clientela, lo que por otra parte, según se indica en la exposición de motivos, tiene declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo «en el ámbito de las reclamaciones al sector financiero». Es la entidad reclamada quien ha de acreditar dicho cumplimiento aportando la documentación precontractual y contractual relacionada con el servicio financiero objeto de reclamación. El deber de conservación de dicha

⁴³ También deroga el art. 31 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible que remite en materia de protección de los clientes de servicios financieros al art. 30 de la Ley 44/2002.

documentación abarca un plazo mínimo de seis años «desde el momento de la finalización de los efectos del contrato respecto del cliente financiero. En el caso de que no se hubiera perfeccionado el contrato, el plazo mínimo de seis años durante el que debe conservarse la documentación precontractual se contará desde que esta fue entregada al cliente financiero». La disposición adicional cuarta de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario prevé para las entidades a ella sometidas la obligación de conservación de la documentación precontractual en el caso de que se firme el contrato de crédito, al objeto de que la entidad pueda acreditar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicha ley. Extender esta obligación de conservación por un plazo mínimo de seis años a los casos en los que no se hubiera perfeccionado el contrato nos parece excesivo.

Llama la atención en el régimen proyectado la imposición de una tasa a las entidades financieras que integra los recursos económicos de la Autoridad y la eventual sanción al cliente por temeridad manifiesta en su reclamación administrativa.

Con el objeto declarado de que sean las entidades financieras las que financien el nuevo sistema, se crea una tasa que la entidad deberá abonar por la resolución de reclamaciones de sus clientes por la Autoridad (250 euros. v. disp. ad. primera del proyecto de ley) y el reconocimiento de la potestad sancionadora de la Autoridad respecto a los clientes que hayan interpuesto la reclamación con temeridad o mala fe. En estos casos, la multa al reclamante puede alcanzar hasta los 1.000 euros (art. 41). Estamos ante una novedad respecto a la potestad sancionadora de las autoridades financieras en casos de temeridad de los reclamantes que no cuenta con precedentes en el Derecho español de los mercados financieros, si bien la posibilidad de imponer multas al recurrente, aunque muy infrecuente, no es algo desconocido en el ámbito de las reclamaciones ante órganos administrativos. Puede citarse el ejemplo de los recursos especiales en materia de contratación pública, para los que en el artículo 58.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se establece: «[E]n caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos (...)».

No obstante, debe tenerse en cuenta que el recurso especial está establecido para contratos de cuantías relativamente elevadas de acuerdo con el art. 44 LCSP (contratos de obras, concesiones de obras o de servicios superiores a tres millones de euros o contratos de suministro y servicios superiores a cien mil euros), el recurrente será normalmente una empresa licitadora –nunca un consumidor– y en caso de que lo recurrido sea el acto de adjudicación la suspensión es automática (artículo 53 de la Ley 9/2017).

Pudiera pensarse, como justificación de esta previsión, en una «concesión» hacia las entidades financieras por la tasa que habrán de abonar por cada tramitación de la reclamación de sus clientes que sea admitida por la Autoridad, ante la resolución desfavorable o parcialmente favorable de su servicio de atención al cliente (el silencio del servicio de atención al cliente de la entidad financiera ante la reclamación de su cliente o el no cumplimiento de la resolución de su servicio favorable a sus clientes no parece que permita apreciar la temeridad del cliente a la hora de reclamar ante la autoridad independiente). O, simplemente, el evitar reclamaciones administrativas infundadas o temerarias. En todo caso, el encaje constitucional de esta previsión nos plantea dudas. Como también nos las plantean la imposición de la tasa de 250 euros a la entidad financiera por la tramitación de la reclamación admitida ante la Autoridad, al menos desde

la perspectiva de la justicia material: probablemente habrá casos en los que la entidad financiera, ante reclamaciones de sus clientes por importe inferior a 250 euros valorará el atender la reclamación -aunque considere que el cliente no tiene razón- por resultarle más conveniente en términos económicos abonarle el importe que reclama (piénsese en una comisión de 20 o 50 euros) que la tasa de 250 que habrá de satisfacer de interponer el cliente la reclamación ante la Autoridad. Nótese que, tal y como está redactada la disposición adicional primera del anteproyecto, el hecho imponible de la tasa es «la tramitación de las reclamaciones que resulten admitidas» (sea favorable o desfavorable a la entidad financiera), tasa que se devenga en el momento de la admisión de la reclamación.