

Deuda Unión Ley  
pública Europea Venta  
Mercado Crédito  
Valores % UMI  
ME Evolución Económica tesoro  
Riesgo Empresa Sectores  
Cajas de Ahorros Apoyo  
Indice \$ Activo Empleado  
BM Documentación PIB

# PERSPECTIVAS del SISTEMA FINANCIERO

96

de datos  
arifa OCDE  
M Divulgación Promoción  
Debate P  
PYME Régimen  
Fiscal MIO  
jercicio % Entidades  
BCE \* IFC  
Plazos Globalización Banc  
Pago Legislación FMI  
Monetaria  
Opinión SEBC  
Movilidad Caja  
Empresa Documento Captación

## El consumidor en la contratación bancaria electrónica



FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

# PERSPECTIVAS del SISTEMA FINANCIERO

96

2009



FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS



FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

## PATRONATO

JUAN R. QUINTÁS SEOANE  
*(Presidente)*  
JOSÉ ANTONIO OLAVARRIETA ARCOS  
*(Vicepresidente)*  
JOSÉ MARÍA MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN  
*(Secretario)*  
JOSÉ ANTONIO ARCOS MOYA  
JULIO FERMOSE GARCÍA  
JULIO FERNÁNDEZ GAYOSO  
FELIU FORMOSA PRAT  
ROBERTO LÓPEZ ABAD  
ENRIC MATA TARRAGÓ  
JESÚS MEDINA OCAÑA  
ATILANO SOTO RÁBANOS

## PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO

### **Director**

VICTORIO VALLE SÁNCHEZ

### **Coordinadores**

JOSÉ ANTONIO ANTÓN PÉREZ  
SANTIAGO CARBÓ VALVERDE

### **Redactor-Jefe**

FERNANDO GONZÁLEZ OLIVARES

### **Coordinadora de Publicaciones**

M<sup>a</sup>: PILAR LÓPEZ ISARRÍA

### **Edita**

Fundación de las Cajas de Ahorros  
Caballero de Gracia, 28; 28013-Madrid

### **Imprime**

Raíz Técnicas Gráficas, S.L.  
Calle Gamonal, 19; Polígono Industrial de Vallecas  
28031-Madrid

PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO no se solidariza necesariamente con las opiniones, juicios y previsiones expresadas por los autores de los artículos incluidos en la publicación, ni avala los datos que éstos, bajo su responsabilidad, aportan.

Depósito legal: M. 7.461.-1993  
ISSN: 1132-9564

# SUMARIO

■ INTRODUCCIÓN.....	V
■ NATURALEZA Y CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA CON EL CONSUMIDOR. <i>M.ª de la Sierra Flores Doña</i> .....	1
■ LA INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA A DISTANCIA <i>María Rosa Tapia Sánchez</i> .....	29
■ EL DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA <i>Jorge Sirvent García</i> .....	67
■ LOS DERECHOS POTESTATIVOS EN LA LEY 22/2007: EL DERECHO DE DESISTIMIENTO CONTRACTUAL. <i>Sara Martín Salamanca</i> .....	93
■ PROTECCIÓN DE DATOS EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA. <i>Fernando Marín de la Bárcena</i> .....	109
■ LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA. <i>Marta Blanco Carrasco</i> .....	119

## DOCUMENTO

■ LEY 22/2007, DE 11 DE JULIO, SOBRE COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS DESTINADOS A LOS CONSUMIDORES .....	157
--	-----



# Introducción

Mediante la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (LCSF), España emprendió una doble tarea. Por una parte, cumplía el mandato de la Directiva de servicios financieros de incorporar el régimen de protección de los consumidores en la comercialización a distancia de servicios financieros con todas las entidades adscritas al mercado financiero (2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002). Por otra, integraba las técnicas de comunicación a distancia, en sentido amplio (telemático, fax, teléfono y similares), como elemento conceptual de los negocios financieros a distancia y como soporte o sustento de toda la relación entre la entidad financiera y el cliente-consumidor (artículo 4, en relación con el 1 de la LCSF).

La ley española se incluye en el programa europeo de defensa del consumidor y se estructura en tres capítulos, diecinueve artículos y varias disposiciones adicionales y finales. En ella, el legislador articula los deberes, obligaciones, derechos y sanciones que conforman la tutela al consumidor en la relación promocional y contractual con una entidad de crédito. El cuadro normativo se vertebra en los siguientes bloques: a) el de transparencia, representado por los deberes de información que se imponen a la entidad de crédito en la actividad promocional y precontractual de sus bienes y servicios; b) el de los derechos potestativos del consumidor para desistir del contrato o proceder a determinadas modificaciones; c) el de solución extrajudicial de conflictos, mediante arbitraje de consumo y otras fórmulas de carácter negociado. Conexo al temario, pero de igual relevancia, es el relacionado con la protección de datos del cliente o usuario.

La obra se ciñe al ámbito de las entidades de crédito por razones de claridad expositiva y de metodología jurídica. En este sentido, la amplia tipología y especialidades operativas de las empresas que operan en el sector financiero (entidades de crédito, seguros y mercados de instrumentos financieros), junto con el elevado número de negocios y especies que cada una de

dichas entidades desarrollan hubieran oscurecido y dispersado el desarrollo de los temas. Esta heterogeneidad y dispersión se acentuaría con la amplia extensión objetiva de la ley a todos los actos y negocios funcionalmente relacionados con la contratación bancaria en el más amplio sentido de los términos enunciados (publicidad, deberes de información precontractual, desistimiento y rescisión del contrato, acuerdo extrajudicial de solución de controversias) y de los tipos de contratos bancarios (apertura de crédito, garantía de valores, entre otros). En modo alguno la complejidad apuntada hubiera compensado en sus resultados. Por el contrario, el tratamiento de cada una de las materias seleccionadas en el ámbito funcional de las entidades de créditos gana en claridad expositiva, así como en la unidad y homogeneidad de los contenidos.

El estudio de la LCSF parte de la naturaleza y caracterización de la contratación bancaria electrónica con el consumidor, cuyo examen corre a cargo de la profesora **M<sup>a</sup> de la Sierra Flores Doña**, quien ha asumido igualmente la dirección y coordinación de los trabajos, dentro de las líneas editoriales y en colaboración con los coordinadores de *Perspectivas del Sistema Financiero*. El legislador opta por un concepto amplio y funcional de la contratación bancaria, tanto en relación con el término contratación como respecto de los tipos y clases de contratos comprendidos en el atributo bancario. Con la formulación legal se desvela la relevancia funcional de la delimitación material de la norma, por cuanto que todos los actos a los que la disciplina alcanza se vinculan, dependen o relacionan con el contrato y, simultáneamente, su realización constituye la base y finalidad últimas de la actividad empresarial de la entidad de crédito.

La transparencia informativa es un principio general analizado por la doctora **María Rosa Tapia Sánchez**. Este principio general se considera por el legislador y la doctrina científica como el instrumento idóneo para proporcionar al consumidor un nivel adecuado de protección. De esta suerte, se aspira al consentimiento informado del consumidor mediante la obligación de

la entidad de crédito de proporcionar los datos y condiciones relacionadas con el contenido contractual, con anterioridad a la celebración del contrato (información previa, adicional y de las condiciones generales: artículos 7, 8 y 9, respectivamente, en relación con el Preámbulo, III, segundo párrafo). Los requisitos de información enumerados en la directiva y en la LCSF deberán completarse con la información que se contenga en la respectiva norma específica que regule cada servicio financiero concreto (art. 8, en conjunción con el 1 *in fine* LCSF). Especial relevancia alcanza en el ámbito económico actual la normativa sobre préstamos hipotecarios y créditos al consumo, cuya última directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, sobre crédito al consumo, está aún pendiente de incorporación al derecho español. También habrán de tenerse en cuenta las circulares del Banco de España sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (Circular Banco de España. n.º 8/1990, de 7 de septiembre, modificada en último lugar por Circular Banco de España n.º 3/2001, de 24 de septiembre), así como las normas de transparencia de precios de los servicios bancarios prestados mediante servicios automáticos (Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril).

El desistimiento del consumidor en la contratación se examina por el doctor **Jorge Sirvent García**. Durante un determinado período de tiempo posterior a la perfección del contrato, el consumidor podrá denunciar el contrato sin alegar ninguna causa. Estaríamos ante una segunda oportunidad, concedida al consumidor, para decidirse a favor del contrato o desistir de él. Particularmente interesante resulta poner de relieve desde el principio las notas diferenciadoras que presenta el régimen jurídico del derecho de desistimiento en este ámbito particular de la contratación a distancia, frente al régimen jurídico general establecido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como frente a la regulación adoptada en otras leyes para otros supuestos de contratos con consumidores. La atención especial del derecho de desistimiento dentro de los derechos potestativos reconocidos al consumidor en la LCSF se realiza por la doctora **Sara Martín Salamanca**.

La protección de los datos personales se ha convertido en un objetivo de política jurídica de primer orden en el ámbito de la Unión Europea, que afecta notablemente a la denominada banca por *internet* o banca *on line*, con especial interés por la utilización de medios electrónicos de pago (tarjetas de crédito). En opinión de su autor, el doctor **Fernando Marín de la Bárcena**, la protección de datos en la contratación bancaria electrónica se justifica por varias razones. La primera es que resulta oportuno revisar esta materia a la vista del notable impulso que ha experimentado mediante el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciem-

bre, que aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Asimismo, en la contratación electrónica, la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, ha establecido, en su artículo 2, que las empresas que prestan servicios financieros tienen la obligación de disponer de medios de interlocución telemática que, mediante el uso de certificados reconocidos de firma electrónica, permitan a los interesados ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que les reconoce la normativa sobre protección de datos personales. La segunda razón por la que debe fomentarse el estudio de los problemas de protección de datos en el sector financiero es de carácter práctico: como han destacado las sucesivas memorias de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), se trata del segundo sector más investigado y sancionado por infracción de la normativa sobre protección de datos, sólo superado por el de las telecomunicaciones.

El estudio monográfico sobre la contratación bancaria con el consumidor se cierra con el sistema de arreglo extrajudicial de controversias, desarrollado por la doctora **Marta Blanco Carrasco**. En su opinión, la rapidez e inmediatez que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación han generado a su vez situaciones de creciente inseguridad y desprotección para el consumidor. Por ello, la garantía y protección del derecho de acceso a la justicia se ha convertido en uno de los objetivos fundamentales de la política europea de protección al consumidor, prestando especial atención a la necesidad de incorporar en los estados miembros sistemas rápidos y efectivos de gestión de las quejas o reclamaciones que los consumidores consideren necesarias ante la violación de alguno de sus derechos. Fruto de este interés son las numerosas directivas y recomendaciones con el objeto de impulsar la implantación de los conocidos como sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) en el ámbito del consumo, y de forma especial en el sector de los servicios financieros. Pero es en el derecho de la contratación electrónica en el que comienzan a despuntar nuevas figuras o sistemas de solución de conflictos. Entre ellas, la mediación, regulada en Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo (art. 38), y otras figuras híbridas o mixtas como los comisionados, creados por el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

La visión legal multidimensional de la LCSF se ha respetado en los trabajos realizados. En el examen valorativo de los temas enunciados se relacionan sistemáticamente las respectivas materias tratadas en cada uno

de los trabajos con el conjunto normativo; lo que trasluce en soluciones acordes con la ordenación jurídica público-privada de la actividad bancaria.

En el examen de los respectivos temas se ha seguido un estudio teórico contrastado con la experiencia bancaria y la judicial-administrativa. De la banca virtual se han consultado los formularios utilizados y publicados en las respectivas web [entre ellos, el de Open Bank (<https://www.bancaonline.openbank.es>) y el de Caja Madrid (<https://oi.cajamadrid.es>)]. En cuanto a los pronunciamientos judiciales y administrativos, pueden señalarse algunos casos relacionados con la contratación electrónica. Así, la certificación del saldo deudor con firma digitalizada como medio de prueba de la cuantía de un crédito a favor de la entidad de crédito (Caso *American Express de España*, auto 97/2007, de la Audiencia Provincial de Barcelona, 30 de julio 2007); la validez del sistema de captura electrónica de firma como presunción de que la utilización de tarjeta como medio

de pago implica la existencia de un consentimiento tácito (Caso *SFERA Joven S.A.*, AN, Sala Contencioso-administrativo, sección 1ª, sentencia de 9-X-2007); o el ejercicio abusivo del derecho de firma por el apoderado de una cooperativa (Caso *ADEVIN*, Audiencia Provincial de Madrid, 9/2007, de 31 de enero). Entre las ventajas de esta metodología comparada teórico-práctica adoptada resaltan las siguientes: facilita la exposición del temario de la contratación bancaria electrónica, ayuda a conocer la compleja problemática funcional y jurídica que suscita su desarrollo empresarial y permite la comprensión interrelacionada de las cuestiones que plantea su desenvolvimiento en la realidad con las líneas y fundamentos que orientan su solución en las resoluciones judiciales y administrativas.

Como apéndice documental, se inserta el texto de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.



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

M<sup>a</sup> de la Sierra Flores Doña

## I. PLANTEAMIENTO

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

caria virtual y da soporte a la privacidad y seguridad de toda la documentación asociada a la relación entre la entidad de crédito y sus respectivos clientes o usuarios.

Esta compleja tecnología trasciende al mundo jurídico, puesto que constituye un elemento primordial en la concepción del contrato bancario electrónico dispuesto en la Ley de Comercialización de Servicios Financieros (LCSF), es el medio por el que se cumplen las reglas de información precontractual impuestas a las entidades de crédito (art.2), se ejercen los derechos potestativos del consumidor respecto del contrato (arts. 10-12) y se pueden dilucidar las controversias entre la entidad de crédito y el cliente (art. 16). Por ello, la delimitación de la figura de la contratación bancaria electrónica constituye el presupuesto o premisa para abordar los subsiguientes temas relativos a las particularidades introducidas por el uso de los medios de transmisión electrónica de información en la contratación privada, en sus efectos y consecuencias jurídicas (1). A este propósito son de gran interés las condiciones generales y demás clausulados anunciados en la *web* de las entidades de crédito. De ellos se han seleccionado las de Caja Madrid (<https://oi.cajamadrid.es>), ING Direct (<https://www.ingdirect.es/WebTransactional/Transactional/AccesoEntrada.asp>) y Openbank (<https://www.openbank.es>). El examen empresarial se ha completado con los pronunciamientos judiciales y administrativos respecto de la relevancia de la prueba electrónica para apreciar la existencia de un contrato de tarjeta de crédito realizado por teléfono; la certificación del saldo deudor con firma digitalizada como medio de prueba de la cuantía de un crédito a favor de la entidad de crédito (*Caso American Express de España*, Auto 97/2007, de la Audiencia Provincial de Barcelona 30 de julio 2007). La validez del sistema de captura electrónica de firma como presunción de que la utilización de tarjeta como medio de pago implica la existencia de un consentimiento tácito (*Caso SFERA joven S.A.*; AN, Sala Conten-

cioso-administrativo, sección 1ª, sentencia de 9-X-2007). O las cuestiones derivadas del uso anómalo de las claves de firma electrónica, consistente en el ejercicio abusivo del derecho de firma por el apoderado de una cooperativa (Caso *ADEVIN*, Audiencia Provincial de Madrid, 9/2007, de 31 de enero). Esta metodología comparada teórico-práctica facilita la exposición del temario de la contratación bancaria electrónica, ayuda a conocer la compleja problemática que suscita su desarrollo empresarial y permite la comprensión interrelacionada de las cuestiones que plantea su desenvolvimiento en la realidad con las líneas y fundamentos que orientan su solución en las resoluciones judiciales y administrativas.

## II. LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA, EN SENTIDO AMPLIO, COMO SUPUESTO DE HECHO EN LA LCSF

### 1. Preliminar

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

Estos anuncios y condiciones generales guardan relación con el concepto amplio y funcional de la contratación bancaria electrónica, contemplado en la LCSF, tanto en relación con el término *contratación* como respecto de los tipos y clases de contratos comprendidos en el atributo *bancaria*. Con la formulación legal se advierte la relevancia funcional de la delimitación material de la norma; por cuanto que, en definitiva, todos los actos mencionados en la disciplina se vinculan, depen-

den o relacionan con el contrato y, simultáneamente, su realización constituyen la base y finalidad últimas de la actividad empresarial de la entidad de crédito.

### 2. Sujetos

#### 2.1. Entidad de crédito: entidad bancaria. *Establecimiento financiero de crédito y entidad de dinero electrónico*

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

La entidad de crédito es toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósitos, u otras análogas, que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos. Así se establece en el RDLEG. 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación de las entidades de crédito al derecho de las Comunidades Europeas. Esta definición coincide con la formulada en la Directiva 2006/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio. De este modo, la intermediación en el crédito es el elemento común a las entidades de crédito (2), la cual es compatible con su paulatina extensión a otras operaciones conexas y desarrolladas al compás de los mercados financieros.

El concepto amplio de entidad de crédito es de carácter funcional, porque prescinde de la naturaleza jurídica que concretamente revista la entidad (3). Comprende, por una parte, las entidades de créditos bancarias, como encargadas de la captación de fondos mediante depósitos de dinero y con independencia de la estructura que revista cada una de ellas: bancos, cajas de ahorros, Confederación Española de Cajas de Ahorros, cooperativas de crédito, Instituto de Crédito Oficial. Por otra, los establecimientos financieros de crédito y las entidades creadoras de dinero electrónico, como instituciones especializadas en determinados contratos y operaciones (4). Esta delimitación amplia se deduce de la referencia general al término entidad de crédito, sin mayor precisión en el art. 2 de la LCSF 22/2007, en coordinación con el ámbito material de los servicios bancarios enunciados en el art. 52 de la LDIEC, al que se remite el art. 4.2.a de la LCSF (5). A los propósitos normativos, es irrelevante, que la contratación a distancia se realice directamente por la entidad financiera o con la participación de uno o varios intermediarios (art. 2.3 LCSF).

## 2.2. El consumidor

### a) *Apunte a la distinción entre consumidor medio y consumidor vulnerable*

El consumidor es la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional (art. 5, último párrafo, LCSF 22/2007, coincidente con el art. 2, ap., d de la Directiva 2002/65/CE). Este concepto de consumidor sirve para delimitar a quien interviene en la relación bancaria con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros —concorde con la exposición de motivos del TRLGCU, III, segundo párrafo (6). La restricción de la figura del consumidor a la persona física excluye a la «persona jurídica», comprendida en la definición de consumidor y usuario dispuesta en el artículo 3 del TRLGCU (7).

La restricción del consumidor a la persona física coincide con la delimitación dispuesta en la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, sobre crédito al consumo (8) y con la proyectada en la propuesta de directiva, relativa a los derechos de los consumidores —COM (2008) 614 final, de 8 de diciembre—, por la que se revisa y simplifica todo el acervo comunitario sobre esta materia (9). Asimismo, en la evolución de la disciplina del consumidor, que podría orientar la interpretación de la LCSF, se observa la aplicación diferenciada de la normativa tutelar del consumidor en función de que se trate de un consumidor medio y vulnerable (10). A este propósito, la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas desleales entre empresa y consumidor en el mercado interior (11), opta por un concepto funcional de consumidor medio y vinculado a aquél que está informado y es una persona razonablemente atenta y precavida, en atención a los factores sociales, culturales, lingüísticos. Este concepto no impide la existencia del consumidor particularmente vulnerable; bien por edad, bien por su minusvalía o ausencia de instrucción (considerando 18). De acuerdo con estas ideas, la directiva distingue entre el «consumidor medio» y el «consumidor vulnerable». El primero constituye el patrón de referencia para la aplicación de la normativa. En cambio, el desplazamiento o derogación de la normativa se produce en los supuestos del «consumidor vulnerable»; esto es, aquél que lo es por su edad, enfermedad mental o física, o la ingenuidad de la persona (art. 5).

La construcción legal de la figura del consumidor medio contribuye al proceso de integración negativa de la normativa nacional que obstaculiza el libre cambio de las mercancías. En la doctrina se entiende que tal norma podría ser prohibida, siempre que resulte superflua para la tutela del interés de un sujeto que presume ser informado adecuada y razonablemente. Pero, en realidad, la

noción legal de consumidor medio condicionada a tal objetivo constituye una ficción necesaria a la comunidad pero que corre el riesgo de disminuir el nivel de tutela del interés del consumidor alcanzado. Prueba de ello es que la delimitación precisa del tipo de consumidor queda a las autoridades nacionales y judiciales (12). Tal peligro podría superarse exclusivamente mediante una correcta interpretación judicial del sistema introducido por la Directiva que sea capaz de mediar entre la exigencia legal del ideal comunitario y la necesidad de tutelar eficazmente al sujeto más débil presente en el mercado único (Poncibo, 2007: 757).

Por último, la aplicación de la LCSF a la contratación con el cliente no consumidor es posible siempre que así lo elijan las partes, según autoriza el principio de autonomía de la voluntad, proclamado en el 1255 del Código Civil (CC); el cual se apunta para la aplicación territorial de la LCSF en el art. 2.4.c) (13). A esta idea contribuyen en la práctica los formularios, clausulado y de condiciones generales predisuestas por las entidades de crédito para racionalizar y simplificar la contratación en masa.

### b) *Referencia a las orientaciones y al rumbo de la tutela al consumidor en el derecho europeo de contratos*

La finalidad implícita en todo el sistema legal de protección al consumidor es asegurar el equilibrio contractual entre las partes. Por una parte, a través de una información simétrica y veraz, que asegure la certeza de la información proporcionada al consumidor y, consiguientemente, se alcance seguridad respecto del contenido contractual. Por otra, mediante el reconocimiento de determinados derechos potestativos al consumidor para separarse del contrato (desistimiento, rescisión) o modificar algunas de sus condiciones (cambio de la forma de envío de la documentación).

Siguiendo el derecho privado tradicional, la tutela a favor del consumidor o usuario bancario se dispensa por varias vías: 1) Mediante normas de transparencia y publicidad exigidas a las entidades de crédito. Estas disposiciones son de carácter público-privado, y suelen consistir en proporcionar una información al mercado que permita una clara configuración de la voluntad de los diversos sujetos que actúan en él. A ellas se añaden las instrucciones necesarias para el manejo de los instrumentos técnicos para la formalización, acceso y descarga de los respectivos documentos (arts. 7 y 9). 2) A este fin, se establece el deber de entrega de la documentación y de insertar en los contratos un contenido mínimo, y especialmente en el régimen general de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas en materia de consumidores (art. 9). 3) Por el reconocimiento y contenido reglado de ciertos

derechos potestativos del consumidor, como el de desistimiento del contrato (arts. 10 y 11), o el de instar la anulación de un cargo indebido utilizando el número de una tarjeta de pago (art. 12). 4) Mediante la imposición de la carga a la entidad de crédito de la prueba del cumplimiento de las obligaciones (art. 17). Idéntica explicación cautelar encuentra la proclamación del carácter imperativo de la ley y la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor —art. 3 de la LCSF (14). En todo caso, la protección del consumidor no sólo descansa sobre la tutela que proporciona el marco contractual, mediante el conocimiento informado antes de manifestar su voluntad y la garantía de desvincularse del contrato en ciertos casos (15), sino también sobre el sistema de vigilancia, asesoramiento, ordenación normativa, reclamaciones y sancionador que el propio sistema bancario contiene en el marco del derecho público administrativo (16).

En el plano de política jurídica, la evaluación del sistema cautelar del consumidor o usuario contemplado por la LCSF es positiva. En este sentido, es fácilmente comprensible la importancia de la fase precontractual para la formación, contenido e interpretación de la voluntad de contratar. A este propósito, basta con enunciar las actividades que en ella se comprenden. Por una parte, la publicidad del bien o servicio que la entidad de crédito ofrece por la banca virtual (promociones, ofertas y contratación de la más amplia naturaleza y tipología: apertura de crédito, depósito, tarjeta de pago, adquisición de valores). Por otra, la puesta a disposición de las condiciones generales que constituyen la base de los posibles tratos preliminares, en orden a la formación de las correspondientes declaraciones vertidas en el contrato (acceso y eventual intercambio de información entre el potencial cliente-consumidor y la entidad de crédito acerca de la clase y características del bien o del servicio que se desee contratar). A todo este proceso se refieren los deberes de información a cargo de la entidad de crédito (principalmente, los arts. 7-9 LCSF), encauzados a reforzar el interés privado patrimonial de los clientes bancarios, con especial hincapié en los consumidores. Por ello la configuración y el contenido reglado e imperativo de las obligaciones informativas, su observancia previa a la declaración de aceptación y la eventual potestad de desistimiento por el consumidor (arts. 10-11).

Desde la perspectiva de técnica jurídica, la elección por el legislador de regular las mismas materias de protección al consumidor, de forma paralela, en la legislación general y en la sectorial ha significado la saturación de normas de carácter reiterativo, alcance diverso y a veces formalmente innecesario, o con contenidos confrontados. Lo que, inevitablemente, añade complejidad en la aplicación normativa y frecuentes dudas respecto del precepto que debe jugar en cada caso y con

qué alcance. Pongamos un par de ejemplos comparativos: el del contrato a distancia y el del contrato electrónico. El contrato a distancia se define y regula en la LCSF y el TRLGCU. Los dos textos parten de un concepto amplio, sobre la base de la exigencia simultánea de la utilización exclusiva en la negociación y celebración del contrato de una técnica de comunicación a distancia organizada por el proveedor (art. 4.1 primer párrafo y 4.3 de la LCSF, art. 92.1 del TRLGCU). Sin embargo, el significado y alcance de lo que debe entenderse por «técnica de comunicación a distancia» presenta diferencia entre ambos textos. Y, por esta vía: «el contrato bancario a distancia es siempre electrónico», mientras que el «contrato a distancia» puede ser o no electrónico. Esta elección oscurece la peculiaridad jurídica del contrato a distancia. En efecto, la LCSF restringe el contrato bancario a distancia al que se produce por medios de transmisión electrónica de información: teléfono, fax, medio telemático y similar (art. 4.3 de la LCSF). En cambio, la inclusión de los medios tradicionales de transmisión de la información también determinan la consideración de «contrato a distancia» en la legislación general de consumidores; pues, dentro de las técnicas de comunicación a distancia, se comprenden el cupón de pedido o el catálogo —art. 92.2 TRLGCU (17)—, que en modo alguno tienen carácter electrónico. Y algo parecido sucede en relación con el contrato bancario electrónico y el contrato electrónico, en cuyo marco, el concepto de «contrato bancario electrónico» en la ley especial es más amplio que el concepto general de contrato electrónico, en el cual están excluidos ciertos medios de transmisión electrónica como el teléfono, el fax (anexo a la LSSICE).

La profusión y confusión de leyes especiales es un tema que trasciende a todo el ámbito del derecho privado. En este contexto, significó el renacimiento de la necesidad de una regulación general próxima a la concepción general y abstracta de los códigos continentales del siglo XIX y, dentro de ella, la conveniencia de albergar en un cuerpo único la regulación general y abstracta de la teoría de las obligaciones y contratos, civil y mercantil (18). En este marco normativo interno se integrarían las especialidades requeridas por los nuevos cambios surgidos en el mercado, entre las que destacarían las normas de protección al consumidor y las derivadas de la irrupción de internet en la forma de emitir el consentimiento y de documentar el contrato. A esta tarea ha respondido formalmente la reforma del CC francés de 2000 y, con alcance sustantivo, la reforma alemana del derecho de obligaciones y contratos, de junio de 2001 (19). Pero, llegados a este punto, y con la perspectiva que dan la «codificación» del siglo XIX y la «descodificación» del siglo XX, el esfuerzo de resistemizar el derecho de obligaciones y contratos civil y mercantil merecería la pena. Asimismo, la experiencia adquirida serviría para no caer en los inconvenientes de las dis-

tintas técnicas legislativas. Por eso la necesidad de una elaboración coordinada de las leyes reguladoras de la actividad empresarial, tanto en el plano estrictamente formal (de evitar conflictos en su aplicación) como en el sustancial (de construcción coherente, con la concepción precisa de la disciplina y adecuada a las necesidades reclamadas por la actividad empresarial predominante en la realidad socioeconómica). Asimismo, la conveniencia de una recopilación sistemática, con independencia de su adscripción formal en uno o varios cuerpos normativos.

El doble proceso de unificación y desarrollo simultáneo del derecho de contratos y tutela del consumidor se encuentra en el programa del derecho contractual europeo, representado por la simplificación normativa y la elevación de la tutela al consumidor (20). En este contexto armonizador, la protección del consumidor se ha visto confrontada con el principio de eficiencia del mercado, solucionándose con el carácter mínimo del derecho común en el mercado interior. Esta postura no ha desterrado la tensión entre intereses, sino que ésta se eleva y redimensiona con la competencia de los derechos nacionales y supranacionales en la economía globalizada. En este último contexto, es difícil coordinar el incremento del nivel de tutela del consumidor con el crecimiento de la eficiencia que requiere el mercado (21). Estas ideas constituyen el trasfondo de la renovación de la política europea en materia de tutela al consumidor, encaminada a una armonización en la que se prohíba a los estados miembros adoptar un patrón de protección al consumidor superior al que dispense la directiva (Ebers, 2007: 698 y 699). Sobre estas ideas se asienta la propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo, sobre derechos de los consumidores —COM (2008) 614 final, de 8 de octubre (22).

### 2.3. Prestador de servicios de la sociedad de la información

Junto a los contratantes (o futuros contratantes) se encuentra el prestador (o los prestadores) de servicios de la sociedad de la información. Estos hacen posible la conexión electrónica entre las partes mediante la puesta a disposición de la infraestructura y los medios de transmisión electrónica: telefonía, telemático. Este se define como la persona física o jurídica que pone a disposición de la entidad de crédito una o más técnicas de comunicación a distancia: medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares —art. 6.2, en relación con el 4.3 LCSF (23)—. Esta norma ha de completarse con la obligación de disponer de un medio de interlocución telemática para la prestación de servicios al público, establecida en el art. 2 de la ley de medidas de impulso de la sociedad de la información. Se trata de un deber de *status* aplicable a todas las empresas

de cierta trascendencia económica, entre las que expresamente se comprenden las entidades de crédito y demás adscritas a los mercados financieros —art. 2.2.b) (24). En cualquier caso, el régimen jurídico de estos prestadores de servicios se encuentra en las respectivas regulaciones sectoriales, dictadas para cada modalidad operativa o tecnológica (entre ellos, operadores de redes, de enlaces a contenido o instrumentos de búsqueda, de alojamiento y almacenamiento de datos), complementada con el régimen general electrónico, representado por el aplicable a los prestadores de firma de certificación (LFE, arts. 2 y ss.) y el dispuesto para todo prestador de servicios de la sociedad de la información en la LSSICE (título II, arts. 6-18).

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

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

#### 3.1. Actos de promoción y contratación

Ya desde el tenor *comercialización de servicios financieros* el legislador nos anuncia su finalidad de regular más allá del contrato entre una entidad de crédito y un consumidor, para adelantarse también a los actos de promoción del bien (dinero, valores, créditos) o servicio (asesoramiento, alquiler, depósito) ofrecido por la entidad de crédito a través de sus diversos canales de comunicación social: *web*, *teléfono*. Esta idea se plasma y es recurrente en el desarrollo de la LCSF. En el artículo 1, sobre el objeto de la ley, en el que se comprenden todos los actos vinculados a la vida del contrato: a) su formación: *negociados*, b) su existencia y perfección: *celebrados*, c) su cumplimiento: *prestados*, d) su inobservancia, cesación, quejas y reclamaciones (arts. 15, 16...). En el art. 4, relativo al ámbito material de la ley, a *los contratos y a las ofertas relativas a los mismos*. En la exigencia del art. 7.2 de hacer constar la *finalidad comercial de la información previa al contrato* que ha de proporcionar la entidad de crédito, *inequívocamente*. En la ordenación sistemática de los sectores normativos, los actos señalados se adscriben al derecho de la publicidad y al de obligaciones y contratos; por lo que la vinculación con cada uno de ellos, o con ambos conjuntamente, ha de ser apreciada en la regulación del caso.

Efectivamente, la *web* es uno de los medios usuales de la banca virtual para promocionar la contratación de los servicios relacionados con su actividad empresarial;

IMAGEN DEL SITIO WEB DE UN BANCO (ING DIRECT) Y DE UNA CAJA DE AHORROS (CAJA MADRID)

<https://www.ingdirect.es/Webtransaccional/Transactional/AccesoEntrada.asp>

<https://oi.cajamadrid.es/CajaMadrid/>

Información Legal | Seguridad | Privacidad | Tarifas | Tablón de Anuncios

Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, CAJA MADRID, C.I.F. 0-20029007, Plaza de Celenque, 2, 28013 Madrid. Inscrita en el R<sup>o</sup> Mercantil de Madrid al folio 20, tomo 3067 General, hoja 52454, y en el R<sup>o</sup> Especial de Cajas de Ahorros con el número 99. Código B.E.: 2030. Código BIC: CAHMES33XXX. Entidad de crédito sujeta a supervisión del Banco de España.

(c) Caja Madrid. 2001 - 2007. España. Todos los derechos reservados.

entre ellos, transferencias en divisas, compraventa de valores. La exigencia de una web se establece en el artículo 2 de la ley de medidas de impulso de la sociedad de la información. En el indicado precepto, se obliga a las entidades de crédito a tener un medio de inter-

locución telemática a través del cual los consumidores puedan celebrar contratos electrónicos, consultar los datos correspondientes a su relación bancaria, presentar quejas y reclamaciones, y modificar sus datos de carácter personal (25).

La comparación entre el contenido de estos anuncios y el fijado en la LGP permite calificar la información mencionada en ellos de «acto de publicidad», por concurrir en sus declaraciones los elementos de la caracterización legal de publicidad. En cuanto a la naturaleza del acto, el tratarse de una *forma de comunicación realizada por una persona... jurídica... a un destinatario indeterminado*, en el caso de la banca virtual nos encontramos con declaraciones que figuran en un entorno de acceso público, como es la *web*, en la que se realizan declaraciones a un número indeterminado de destinatarios con un contenido de carácter preferentemente informativo respecto de los bienes y servicios que ofrece la entidad de crédito: valores e instrumentos financieros, dinero, prestación de asesoramiento financiero, etc. El elemento funcional, por cuanto que el acto de publicidad se realiza *en el ejercicio de una actividad comercial... o profesional*; en nuestro caso, la actividad de intermediación en el mercado de dinero y de valores (26). El elemento causal, representado por la finalidad del acto de publicidad, de *promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*; en nuestro objeto de examen, la entidad de crédito promociona la contratación de sus bienes y servicios, mediante una información detallada acerca de las clases y tipos de actos que pueden realizarse telefónicamente o por medios telemáticos: contratos, consultas, comunicaciones, reclamaciones; las condiciones generales que rigen dichos contratos (clausulados desarrollados en la *web* o incorporados por remisión a un tablón de anuncios); legislación aplicable a sus operaciones, acompañada de una relación simplificada de las disposiciones correspondientes. Por consiguiente la LGP y sus desarrollos especiales y reglamentarios (órdenes, circulares...) han de ser observados en los diseños y contenidos de las *web* de la banca virtual. En este sentido, sería recomendable que algunas de las entidades consultadas actualizaran la legislación en ellas relacionadas.

La amplitud de miras de la LCSF determina la adscripción indistinta de sus normas al derecho privado o público. Desde el punto de vista material o sustantivo, las normas de derecho privado se refieren a derechos, obligaciones y demás aspectos de la relación contractual, pero con un matiz público determinado por su contenido imperativo y reglado. Entre ellas: el deber de información que recae en la entidad de crédito acerca de el contenido contractual (arts. 7 y 8) o los derechos potestativos, de desistimiento y rescisión del contrato reconocidos al consumidor (arts. 10 y 11). Por el contrario, las normas de derecho administrativo público se vinculan ordinariamente a aspectos relativos a la protección del interés público del consumidor o a cuestiones de índole sancionadora. Es el caso de la obligación de dejar constancia de la oferta y de la celebración del contrato en un soporte duradero (art. 6.1); la acción de cesación

contra conductas que lesionen el interés colectivo o difuso del consumidor (art. 15); la aplicación del régimen sancionador administrativo dispuesto en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (artículo 18.2.a). Dentro del régimen sancionador administrativo se puede entender la consideración de *normas de ordenación y disciplina* a las obligaciones de información y de no envío de comunicaciones no solicitadas que se imponen a la entidad de crédito —art. 18.2 (27).

El seguimiento por la LCSF del mandato de la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores (2002/65/CE, de 23 de septiembre) implica el reconocimiento positivo de la importancia de la actividad publicitaria y de la fase precontractual como elemento causal de la captación de clientes y, subsiguientemente, de la contratación bancaria. De aquí, la cuidada selección de los aspectos y detalles relacionados con el contrato —precio, reconocimiento y ejercicio de derechos potestativos, legislación aplicable, etcétera (arts. 7-8)—, de los que ha de informar la entidad de crédito con carácter previo a la contratación. Con ello, nuestro legislador se adhiere a la vigorosa línea de pensamiento partidaria de sustentar la defensa del interés del consumidor sobre una profusa información, en el entendimiento de que el conocimiento previo y completo de los respectivos derechos y obligaciones constituye la clave para la formación de la voluntad de contratar. En este sentido, el legislador concibe que «un régimen riguroso en cuanto a la información que deben recibir los consumidores antes de la celebración del contrato» es «suficiente para que el contrato pueda cerrarse con completo conocimiento por las partes contratantes de sus respectivos derechos y obligaciones» (preámbulo, III, en sus dos primeros párrafos).

### 3.2. Contrato bancario y su múltiple tipología

La dimensión amplia del ámbito objetivo de la Ley también se produce respecto de la clase y especie de contratos a los que se aplica la norma. En este sentido, el legislador se refiere al servicio o servicios financieros como objeto del contrato negociado, celebrado o cumplido entre las partes.

El término «servicios bancarios» se define mediante una lista enunciativa; de la que puede extraerse un concepto amplio de contrato bancario, de carácter funcional. En este sentido, la intermediación en el crédito es el rasgo común a todos los contratos bancarios, junto a la cual se añaden otras funciones conexas y accesorias sobre bienes, derechos y servicios, por las que progresa la figura del contrato bancario en dependencia con la dinámica empresarial y del mercado financiero —art. 4.2 LCSF (28), en relación con el art. 52 de la LDIEC (29). La lista enunciativa se extrae por conexión a las actividades y contra-

tos enumerados en el artículo 52 de la LDIEC (letra a). En dicho tenor, se relacionan actos pertenecientes a la categoría de contrato, como acuerdo de voluntad entre una entidad de crédito y su cliente (de conformidad con la definición legal de contrato, *ex art. 1254 del CC*). Es el caso de la referencia general a los *contratos* en el art. 1 de la LCSF, en coordinación con las especies de contrato: *préstamo, factoring, arrendamiento financiero, mediación, garantía, contratos sobre valores o instrumentos financieros negociables*, enunciados en el art. 52 de la LDIEC, al que se remite el art. 4.2.a de la LCSF (30).

La variedad tipológica de los contratos reseñados desde el punto de vista de la causa depende de las obligaciones y derechos principales que constituyen el contenido negocial acordado por las partes; entre ellos, compraventa, depósito, cesión de créditos, comisión de garantía y demás combinaciones que ofrece la práctica empresarial (31). Sin duda, este contenido negocial determinará su correspondiente conexión a la ley, reglamento y demás disposiciones reglamentarias y contractuales que rigen en los respectivos contratos, como fórmula para determinar el marco jurídico sustantivo de los servicios bancarios, tal y como lo exige la remisión general a la «normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso» (art. 1 LCSF).

La naturaleza jurídica del contrato bancario es irrelevante a la hora de determinar la aplicación obligatoria de la LCSF (compraventa y garantía de valores, asesoramiento financiero, alquiler de caja de seguridad). Por ello la opción implícita de la ley de comercialización de servicios financieros por un concepto amplio y funcional de contrato bancario: aquel al servicio de una entidad de crédito en el ejercicio de su actividad de transformación de activos y operaciones conexas, de conformidad con la concepción amplia y ordenadora de contrato bancario señalada. Dependiendo de esta contratación bancaria, que constituye la finalidad de la actividad de cualquier entidad de crédito, se imponen los deberes que han de cumplirse respecto de la información que ha de reflejarse en la *web*, las medidas de seguridad tecnológica que este medio de publicidad ha de cumplir, conforme a los requerimientos al soporte duradero en la LCSF (art. 6), y al medio de interlocución telemática en la LISI (art. 12 bis, en relación con el art. 2).

Al lado de los actos de carácter contractual en sentido estricto, también se comprenderían en el ámbito de la normativa los actos de *promoción, oferta, negociación, celebración y cumplimiento* (art. 4 LCSF) ya indicados. Con ello se advierte la relevancia funcional en la delimitación material de la norma; por cuanto que, en definitiva, se trata de actos funcionalmente dependientes o relacionados con el contrato y, simultáneamente, actos que constituyen la base y finalidad última de la actividad empresarial de la entidad de crédito.

#### 4. Actividad mediante técnicas de comunicación a distancia o tecnologías de la información y la comunicación

---

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

##### 4.1. Los medios de transmisión electrónica: sitio web o website, teléfono, fax y otros similares

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

En lo que concierne a la operativa bancaria, hay que indicar que la inclusión de los instrumentos electrónicos, como la telefonía vocal, el fax y otros medios similares, en el ámbito de la contratación de servicios financieros responde al uso de internet y del teléfono en la banca a distancia, banca *on line*, oficina internet, que actualmente se encuentra sometida al ámbito de aplicación de la ley española, según se contempla en las condiciones generales publicadas en el sitio *web* en internet de la entidad de crédito. Entre los canales de comunicación contemplados en Caja Madrid el teléfono e internet se integran en el «Sistema multiacceso», conformado por la «Oficina telefónica, oficina internet, oficina móvil y cajeros» (32). Dentro del «Sistema integrado de comunicación» utilizado por ING Direct, internet y el teléfono son los dos medios previstos para contratar, consultar y realizar órdenes (33). En Openbank se eligen los términos más generales, de contrato a distancia de servicios financieros, de medio electrónico, de soporte duradero en los apartados de Información de las cuentas, Política de ejecución óptica y Gestión de órdenes (34).

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

do por la interrupción o mal funcionamiento de cualquiera de los canales de comunicación. En este sentido, el uso alternativo del teléfono permite realizar la gestión o la contratación de un producto o servicio cuando éste no pueda llevarse a cabo por presencia física o mediante acceso a la web de la entidad. Asimismo, la amplitud tecnológica de los medios de comunicación se corresponde con la rapidez y seguridad que requieren las transacciones financieras en el mercado. En este sentido, la especial significación patrimonial que revisitan la mayoría de las prestaciones relacionadas con los contratos bancarios, generalmente atendible por la obligación de puesta a disposición de fondos por la entidad de crédito a favor del cliente con el fin de responder a sus compromisos patrimoniales, hace necesario contar con un método que asegure la continua comunicación del consumidor con su banco o la entidad de crédito dirigida a remediar las contingencias que se sucedan en la relación contractual y evitar sus posibles consecuencias; entre las más imperiosas, las derivadas de la pérdida de la tarjeta de pago, la imposibilidad de acceder a la cuenta. Y, a este propósito, es fundamental la convergencia de todas las tecnologías, medios y canales de comunicación en un sistema integrado de transmisión de la información que vertebré la relación comercial y contractual entre la entidad de crédito y sus clientes o público. Por ello la múltiple funcionalidad del sistema de transmisión electrónica en el ámbito jurídico: forma de la documentación, del contrato y del medio de comunicación; modalidad de consentimiento y soporte de toda la relación negocial. La organización unitaria, en fin, de todos los canales de comunicación, a través de su interdependencia funcional y comprensión en un sistema integrado y funcionalmente dirigido al cumplimiento de los deberes impuestos a la entidad de crédito en la actividad promocional y contractual de sus servicios financieros a los consumidores.

La unidad de fin, en orden a la consecución satisfactoria de la proporción de bienes y prestación de servicios implícita en la LCSF, justifica la conveniencia y necesidad de que en el tipo legal de contrato de servicio bancario electrónico se incorporen todos los canales que potencien la comunicación, aun cuando pertenezcan a campos tecnológicos diversos: de un lado, el de la red telefónica, como es el caso del teléfono y el fax (35); de otro, la telemática, que posibilita la aplicación de las técnicas de comunicación y de la informática a la transmisión a distancia de información computarizada (36): datos e imágenes. La conexión de todos los canales de información se potencia y se hace posible con internet, como red informática mundial (37). A esta idea responde la *web* utilizada por las entidades de crédito y exigida para todas las empresas con especial trascendencia económica, siempre que el número de trabajadores sea igual o superior a cien o que su volumen anual de operaciones exceda de 6.010.121,04 €,

calculado según la normativa del IVA —art. 2.2 de la LISI (38). El mandato de disponer de un «medio de interlocución telemática prescinde de la combinatoria tecnológica utilizada en cada transmisión de los datos e imágenes objeto de la información comunicada en cada momento» (39). Por ello la posibilidad de utilizar el término «electrónico» como atributo común a la contratación de bienes y servicios bancarios, en su más amplia acepción conformada en la LCSF.

Con independencia del contenido común de los deberes de información dispuestos en los arts. 7 a 9, la modalidad electrónica de comunicación elegida condiciona la manera o modo en que se cumplirán las previsiones legales relacionadas con las exigencias tecnológicas requeridas a los «instrumentos técnicos» en el artículo 6 y con los deberes legales de información y publicidad impuestos a la entidad de crédito en la fase promocional o de negociación y cumplimiento del contrato sobre bienes o servicios bancarios (entre ellos, los artículos 7-9, ya citados). Dentro de ellas, resaltan las normas de identificación y contenido contractual del servicio bancario, relativas con las propuestas de la entidad de crédito realizada por telefonía vocal en el art. 7.3 LCSF; la información respecto de los medios tecnológicos a utilizar en el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor (desistimiento, modificación de datos personales, formulación de quejas —arts. 7 y 8 de la LCSF—), y el nivel de seguridad necesario para proteger al usuario frente a virus informáticos, programas espía y correo no solicitado (art. 12 bis LISI).

#### 4.2. *Convergencia de tecnologías como elemento esencial del modelo normativo y soporte de la relación entre la entidad de crédito y el consumidor*

La LCSF reconoce múltiples y relevantes funciones a los medios tecnológicos o técnicas de comunicación a distancia. En primer lugar, como elemento conceptual, porque dichas técnicas se integran en las definiciones de comercialización y de contrato de servicio financiero (art. 1). También la presunción de contrato a distancia, representada por todo aquel que «para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor...» (art. 4.3). En segundo lugar, con el reconocimiento implícito de la modalidad de consentimiento electrónico, cuando exige que la oferta, negociación o celebración del contrato se desarrolle «en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato» (arts. 4.1., 4.3 y 6). En tercer lugar, con su importancia como forma de

comunicación entre las partes, de carácter permanente y modo continuado (arts.5 y ss.). En cuarto lugar, con su protagonismo como soporte de toda la contratación, de carácter duradero y de permanente accesibilidad y reproducibilidad de la información que pueda alojarse en unidades de memoria móviles, como CD, DVD, ordenador personal —art. 2.3 interpretado conforme al dictado de la directiva 2002/65/CE, considerando 20)—, o incluso en el servidor de la entidad correspondiente o de su prestador intermediario, de conformidad con el contenido del deber de disponer de un medio de interlocución telemática, desde diciembre de 2008 —art. 2 de la LISI (40).

La fusión jurídico tecnológica que tiene lugar en la generalidad de la actividad empresarial realizada mediante las TIC, o técnicas de comunicación a distancia en la expresión legal, explican la imbricación de ambos campos en el tratamiento jurídico de todos y cada uno de los actos comprendidos en el proceso bancario; esto es, de la promoción publicitaria de los diferentes servicios (préstamo, garantía, compraventa de valores), de su negociación, mediante la fase precontractual, celebración y cumplimiento. La integración de las TIC en las disposiciones jurídicas, necesariamente, tiene como premisa el adecuado nivel de conocimiento y entendimiento del funcionamiento correspondiente a los soportes, programas y aplicaciones electrónicas utilizadas en la contratación bancaria. En este contexto tecnojurídico de la contratación bancaria, las tecnologías de la información y comunicación, a las que el legislador se refiere, genéricamente, con los términos: «instrumentos técnicos», «soporte duradero» (art. 6 de la LCSF), «medio de interlocución telemática» (art. 2 de la LISI), se nos presentan como un sistema técnicamente estructurado y funcionalmente interdependiente que transmuta, de modo bidireccional, el lenguaje universal de las personas —representado por palabras y números en la fuente de origen (emisor) y de destino (receptor)— en lenguaje digital, expresado en 0 y 1, por ser éste el que comprenden y descifran los programas que hacen funcionar toda la estructura tecnológica, de manera progresivamente más automatizada. Así, se genera el documento con cualquier tipo de información (datos en sentido amplio, pero también imágenes) que, en el mundo jurídico, puede significar la celebración de un contrato, la creación del derecho de firma, la declaración de voluntad, representada por la oferta y la aceptación, la revocación de un certificado de firma electrónica, etc. Similar operativa y tecnología permite conservar el documento mediante su archivo en unidades de memorias (CD, DVD, mp3); su reproducción reiterada en pantalla o copia impresa en papel, y transmisión de los respectivos archivos por una red de telecomunicación (correo electrónico o cualquier otra modalidad). También es posible su publicidad (como sucede, por ejemplo, con la información que se aloja en una *web*) o su comunicación a otros destinatarios, de

carácter más o menos restringido (como sucedería con la comunicación interbancaria) o estrictamente privado (correo electrónico). De este modo, y en apenas segundos, en tiempo real, la información contenida en cualquier documento electrónico generado pasa a estar indisolublemente unida al mismo y a sus vicisitudes: transmisión, archivo, reproducción.

Estas ideas esbozadas están generalmente implícitas y asumidas con las funciones normativas reconocidas a los medios de transmisión electrónica en la LCSF. Su expresión y desarrollo se contiene en el derecho general electrónico, cuya supletoriedad se proclama en el art. 1 de la LCSF. Por lo que la ley de la sociedad de la información y del comercio electrónico, así como la ley de firma electrónica, contribuyen al conocimiento y comprensión interrelacionada de las aplicaciones y programas informáticos con los institutos jurídicos. De este modo, pueden desarrollarse e incrementar las posibilidades de su aplicación en la más amplia y completa dimensión (Büchner, 2002: 365). Hoy es incontestable el hecho de que la revolución tecnológica liderada por *internet* en el ocaso del siglo XX ha significado el tránsito desde el documento escrito en soporte papel al documento electrónico sustentado por las tecnologías de la información y la comunicación, con una potencialidad de tal entidad que permite prescindir de cualquier elemento materialmente aprehensible en todo el procedimiento de formación, vida y archivo del documento, íntegramente de carácter inmaterial e intangible, pero susceptible de su permanente reproducibilidad y legibilidad en una pantalla, de modo similar a la lectura de la escritura en soporte papel.

La regulación de la LCSF tiene como referencia todos los actos comprendidos en la vida de cualquier contrato de servicio financiero desarrollado a distancia por uno de varios canales de transmisión electrónica de los comprendidos en el sistema organizado por la entidad de crédito, o prestador de servicios financieros, según se indica en el tenor del artículo 4.1 y 4.2 de la LCSF (41). También se adapta a la presunción de contrato a distancia establecida en el art. 4.3 y representada por aquél en cuya negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor.

## **5. El contrato bancario como contrato especial electrónico y a distancia**

Las consideraciones conceptuales y del tráfico económico señaladas autorizan calificar al contrato bancario referido en la LCSF como especie de contrato electrónico y de contrato a distancia. A esta conclusión lleva la lectura comparada de los correspondientes precep-

tos. De un lado, el art. 4 de la LCSF, contrastado con la definición de contrato electrónico formulada en el anexo, letra h), de la Ley de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (42). De otro, el art. 4 de la LCSF, concordado con el contrato a distancia definido en el art. 92 del TRLGCU (43). No obstante, las consecuencias jurídicas de dicha clasificación difieren en uno y otro caso.

### 5.1. Contrato bancario electrónico

El contrato bancario electrónico es una especie de contrato electrónico porque, al promocionarse, negociarse, celebrarse o cumplirse por medios de transmisión electrónica (art. 1 LCSF), participa del elemento común a todo contrato electrónico, representado por aquél en el que la oferta y la aceptación se transmite por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de telecomunicaciones (anexo, letra h LSSICE). Dicha consideración también deriva de la operativa de la contratación bancaria en la práctica contractual, en la que el medio telemático, representado por la *web* institucional, constituye el soporte de la contratación y de la comunicación entre la entidad de crédito y el consumidor (<https://www.openbank.es>; <https://www.indirect.es>).

Al igual que sucede en el ámbito general, el contrato bancario electrónico no es una categoría de contrato en sentido jurídico técnico, de contrato con causa específica: compraventa, depósito y descuento de valores, fianza, etc., sino que se trata de un concepto teórico y abstracto de contrato como acuerdo de voluntades entre la entidad de crédito y el consumidor (art. 1254 CC), en el que tienen cabida los múltiples bienes, derechos y servicios comprendidos en la actividad bancaria, según se ha indicado anteriormente. De este modo, se prescinde de la naturaleza jurídica del contrato (compraventa de valores, cesión y titulación de créditos, servicio de alquiler de caja de seguridad, descuento de pagarés) y de la clase de objeto sobre el que verse —bienes, derechos y servicios (art. 4.2 LCSF, en relación con el art. 52 de la LDIEC)— y se enfatiza la tecnología utilizada en el proceso de comercialización, formación, celebración o cumplimiento del contrato (art. 1). En nuestro caso concreto, el uso del lenguaje oral y escrito de la contratación tradicional se sustituye total o parcialmente por el lenguaje electrónico, representado por cualquiera de las formas exigidas en los múltiples canales de transmisión electrónica (teléfono, fax, terminal de ordenador). Esta última tecnología es de esencia para instrumentar los respectivos actos y declaraciones que se comprenden en la actividad económica bancaria dirigida a la promoción y contratación de bienes, derechos y servicios al público (art. 4.2.a LCSF).

En el marco tecnológico descrito, el contrato bancario electrónico contemplado por la LCSF goza de mayor amplitud que el contrato electrónico diseñado por la LSSICE, porque en la primera se incluyen también el teléfono y el fax (art. 4.3 de la LCSF), que están expresamente excluidos del concepto general de contrato electrónico —anexo, a. 1º de la LSSICE (44)—. La mayor amplitud del contrato bancario electrónico se relaciona con la exigencia del legislador comunitario para responder a los reclamos del tráfico financiero. En este sentido, la ley española señala: «el legislador comunitario, al considerar que los servicios financieros demandaban una regulación específica, quiso extenderla más allá de la contratación electrónica, a todos los servicios que se prestaran a distancia, sin la presencia física de las partes contratantes, como es el caso de la contratación por vía telefónica, por fax u otros sistemas de alcance similar, toda vez que la Directiva 97/7/CE, de 20 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, había excluido expresamente de su ámbito de aplicación a los servicios financieros» (preámbulo, I, último párrafo de la LCSF 22/2007, de 11 de julio). Estos últimos constituyen el objeto de la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre, concerniente a la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores y modificativa de las directivas 90/619/CEE, 97/7/CE y 98/27/CE. La relación entre la clase de contrato electrónico y su especie de bancario determina la aplicación supletoria de las leyes generales electrónicas a la contratación bancaria electrónica. De un lado, la LSSICE, a la que se menciona en el art. 1 de la LCSF. De otro, la LFE, por ser la norma reguladora de la autenticidad de la identidad e integridad de los actos jurídicos electrónicos, así como de la documentación a ellos asociada. Y, finalmente, la LISI, por la que se modifican las leyes generales electrónicas y se instaaura el deber de las entidades de crédito de disponer de un medio de interlocución telemática que permita a cualquier interesado contratar, consultar y modificar sus datos, y presentar quejas (art. 2.1).

Al derecho general electrónico hay que acudir para resolver los aspectos relativos a la naturaleza, alcance y efectos de la forma electrónica. En este contexto, la naturaleza *documental* se consensúa en la doctrina (45) y en resoluciones de tribunales, entre las que destaca la consideración de documento mercantil en soporte informático por la STS de 3 de noviembre de 1998 (46). También se encuentra y formula en la normativa general electrónica. Por un lado, está implícita en la definición legal de contrato electrónico, como *aquél en que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos* (LSSICE, anexo, 5º h). Por otro, se expresa en el artículo 3.5 de la LFE, según el cual: *Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico*

que incorpore datos que estén firmados electrónicamente. Y, en coherencia con ellos, la consideración legal de prueba documental al soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica —artículo 24.2 LSSICE— y al soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente —art. 3.8 LFE. Se reafirma en la legislación procesal, mediante la cláusula general definitoria del documento «... a cualquier clase o soporte físico en que se encuentren...» —art. 812 LEC—, de modo similar a la concepción penal de documento —art. 26 del CP (47).

En este conjunto normativo se encierra todo el complejo de bienes o cosas heterogéneas que conforman la estructura organizada, de carácter tecnológico, cuya significación orientará el tratamiento jurídico de los aspectos no regulados en la disciplina electrónica (entre ellos, el del uso anómalo de una firma electrónica). El elemento estructural del documento electrónico se concreta en el equipo o soporte, cuyo alcance y relevancia jurídica se encuentran en el régimen de las cosas o bienes corporales e incorporeales (arts. 333 y ss. del CC). Bajo el término equipo o soporte deben comprenderse cosas corporales (ordenador, pendrive, CD, agenda electrónica), pero también incorporeales (programas de tratamiento de texto, sonido, imágenes —software—); pues sólo mediante la aplicación de uno o varios programas es factible generar, archivar o almacenar, recuperar y reproducir el documento, haciendo legibles los datos, esto es, la información contenida en el documento original (declaración de voluntad, órdenes de cobro y de pago, incidentes en materia de incumplimiento). Así puede desprenderse de los preceptos reproducidos: de la realización de la oferta y la aceptación por «equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos» (anexo 5.h LSSICE), de las referencias unitarias a documentos contractuales concretos, como son el del propio contrato «soporte electrónico en que conste un contrato...» (art. 24.2 LSSICE) y el de otros actos firmados: «soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente» (art. 3.1 LFE).

De esta suerte, junto al documento material se encuentra el documento inmaterial asociado a las cosas incorporeales, pues frente a la realidad material del documento escrito se encuentra la inmaterial del documento electrónico. En este sentido, el documento en soporte papel y escrito es una cosa material en sí misma considerada, susceptible de aprehender y ser objeto en el tráfico jurídico como cosa individual o genérica —artículos 335 y ss. CC (48). En cambio, el documento electrónico puede visualizarse, leerse, conservarse, reproducirse, pero no es una cosa material aprehensible, que pueda desligarse del soporte electrónico en que se originó o conserva (unidad de memoria de un ordenador, pendrive, MP3). Esta fusión entre el acto y el documento sólo podría trasladarse a otro documento electróni-

co, como puede ser una tarjeta de plástico, en la que se integrara un chip con todos los datos comprendidos en el documento matriz. De aquí, la posible distinción entre el documento electrónico primitivo u original, como documento de representación directa del acto que en él se integra, y la tarjeta, como documento electrónico de representación indirecta del acto.

La naturaleza inmaterial del documento electrónico tampoco se modifica porque se impriman los datos o la información que constituyen el acto comprendido en el documento; pues este nuevo documento escrito sólo sería un documento material aparente, porque en la realidad jurídica tendría la consideración de copia del documento electrónico original, archivado en cualquier unidad de memoria, de carácter mueble (CD, pendrive) o igualmente inmaterial (web o registros electrónicos). Esta posición encontraría su refrendo en la significación procesal de la copia: a cualquier documento que se aporte o presente en los juicios se acompañarán tantas copias literales cuantas sean las otras partes (art. 273 LEC). La consideración de copia al documento electrónico impreso se aceptó en relación con la certificación del saldo deudor con firma digitalizada, con la finalidad de su aceptación como medio de prueba de la cuantía de una deuda —auto 97/2007, de 30 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17) (49).

Por consiguiente, el atributo electrónico permite diferenciar la naturaleza material del soporte y del documento que estructura la documentación escrita de la composición material-inmaterial de la infraestructura tecnológica que constituye el soporte de la documentación electrónica, así como la naturaleza inmaterial del documento electrónico, desde la óptica del derecho de cosas. De este modo, el documento electrónico sería un documento desmaterializado, frente al documento material o cartáceo, que singulariza al tradicional documento en papel.

A los efectos del análisis, es indiferente la naturaleza del acto comprendido en el documento y que éste se integre en un único documento o en varios. En este sentido, el término genérico datos hace referencia a cualquier tipo de información. Así ha de entenderse del concepto legal de documento electrónico como el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente (art. 3.5 LFE), reafirmado para la firma electrónica como conjunto de datos en forma electrónica (art. 3.1 LFE), y respecto de la certificación de esta última como el documento electrónico... que vincula unos datos de verificación de firma... (art. 6.1 LFE).

No obstante, los efectos jurídicos de la equivalencia procesal se restringen legalmente a la firma electrónica reconocida y al documento —o documentos— a ella

vinculado, de conformidad con el artículo 3.4 de la LFE, que dice: «La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel». Este temario se desarrolla en los epígrafes correspondientes al soporte duradero.

### 5.2. *Contrato bancario a distancia, expresamente excluido del régimen general de contratos a distancia con consumidor*

La LCSF considera que el contrato bancario electrónico es también un contrato a distancia (50) y así se declara en el título con el que se enuncia el capítulo II de la LCSF «Régimen de los contratos a distancia». Dicha consideración deriva de la comparación entre los elementos del contrato bancario electrónico (ex art. 4, números 1 y 3) y el modelo básico del contrato a distancia fijado en el artículo 92 del TRLGCU. En ambos, la calificación legal viene determinada porque el contrato *se celebra sin la presencia física y simultánea de proveedor y consumidor, pero conectadas por una técnica de comunicación a distancia*, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.3 de la LCSF, en concordancia con el concepto general de contrato a distancia señalado en el artículo 92 del TRLGCU. El contrato a distancia al que se refiere el artículo 92 del TRLGCU comprende otros medios tradicionales de comunicación a distancia (impresos, con o sin destinatario, cartas normalizadas, radio, etc.), contrariamente al carácter restrictivo de las técnicas de comunicación a distancia en el contrato bancario electrónico, representadas por los medios de transmisión electrónica: medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares. Asimismo, la inclusión del contrato bancario electrónico en la contratación a distancia no conlleva la aplicación de la normativa dispuesta en el TRLGCU porque expresamente se excluye por el artículo 93.1.c), que dice: «La regulación establecida en este título no será de aplicación a: ... los contratos sobre servicios financieros».

### III. EL SOPORTE DURADERO COMO MEDIO DE PRUEBA Y SEGURIDAD DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA

El cumplimiento de los deberes impuestos a las entidades de crédito que operen en banca virtual y de todos los actos relacionados con la publicidad y la contratación bancaria ha de relacionarse con la concepción y propiedades del «soporte duradero», puesto que sólo aquél que asegure la accesibilidad, autenticidad e integridad de los datos e imágenes que constituyen la información contenida en los respectivos archivos electrónicos del cliente alojados en la Web de la entidad de crédito se considerará soporte idóneo y confiable en el

ámbito de la actividad bancaria. La misma idea puede extraerse de las resoluciones administrativas y judiciales, sobre la base del test de evaluación de la seguridad del sistema o en relación con la apreciación de la prueba. En cuanto a la seguridad del sistema tecnológico, la Dirección General de Tributos declaró la inadecuación del «Portal de facturación del Grupo Empresarial» por no responder a todas las exigencias normativas de la Orden ministerial correspondiente —*Caso Portal de Facturación* (51)—. Respecto de la prueba, los pronunciamientos judiciales coinciden en admitir el documento electrónico como medio de prueba, acreditativo de la existencia: a) de un contrato de tarjeta mediante la grabación telefónica, y b) de una deuda por la certificación acreditativa del saldo deudor suscrito con firma digitalizada. Ambas decisiones se apoyaron en la amplitud de forma de la prueba dispuesta en el 812.1 LEC —*Caso American Express de España* (52).

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

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

Si bien cualquier cliente o interesado puede acceder a toda la información pública relacionada con los bienes, productos y servicios ofrecidos por las distintas entidades bancarias a través de la *web* de la entidad o de cualquier otro medio de publicidad o consulta, desde el punto de vista jurídico la operativa se transforma sustancialmente cuando la información o la gestión de esta última tiene trascendencia contractual. En este sentido, el acceso a un entorno de seguridad requiere del uso de las correspondientes *claves privadas (de acceso y operativa)*, tanto si el cliente se comunica con la Entidad por medio del teléfono como si lo hace a través de la URL de la entidad de crédito. Así se lee en los formularios de la banca *online*; por ejemplo: «Tanto para las operaciones en Internet como para las efectuadas por teléfono, Openbank le asignará unas claves de identificación personal. Clave de acceso: de 4 posiciones, le será solicitada para aquellas operaciones que únicamente impliquen consulta (53). Por idéntico procedimiento, seguido de la utilización de las respectivas claves de acceso, el cliente puede entrar a su espacio privado y consultar, reproducir, archivar y gestionar la información y estado relacionado con su cuenta y operaciones. En el ejemplo anterior de Openbank se lee: clave operativa: de 8 posiciones, le serán solicitadas de forma aleatoria algunas posiciones para realizar una ope-

ración que implique movimiento de dinero (por ejemplo, inversiones, transferencias) o bien operaciones que requieran de un nivel de seguridad superior» (54).

En relación con estas operaciones, que implican movimientos y cambios patrimoniales, se conecta la exigencia de *reproducibilidad sin cambios* requerida por el art. 6.1, pues sólo aquellos soportes dotados de un determinado nivel tecnológico pueden garantizar la integridad de la información reproducida y su vinculación indubitada con la persona de su autor. En este punto, coinciden los formularios utilizados en la práctica con la regulación de esta materia en ceñir su marco de reglamentación al medio telemático o *soporte web*, de conformidad con los mandatos y contenidos dispuestos en la LFE, y a ella se refieren igualmente los formularios de condiciones generales utilizados actualmente en la contratación bancaria electrónica. Por ello, la LFE debe comprenderse en la mención al Derecho general electrónico en el artículo 1 de la LCSF, al determinar la aplicación a la contratación bancaria electrónica de la LSSICE, en relación con el «medio de interlocución telemática entre la entidad de crédito y su cliente».

## **2. La web como modelo de soporte duradero en la contratación bancaria electrónica**

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

### **2.1. La inseguridad intrínseca de la forma y documentación electrónicas**

En el contexto regulador de la contratación tradicional en soporte papel, el documento formalizado y suscrito por la firma manuscrita de su autor es relativamente seguro, tanto en lo que se refiere a la identidad de su autor como a la integridad e inalterabilidad del acto en

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

Por el contrario, el documento electrónico es, por esencia, inseguro. La separación estructural entre la firma electrónica (claves de acceso y operativa en la contratación bancaria) y su autor favorece situaciones disociativas entre el titular aparente, que figura como remitente o emisor del acto (información o datos, en expresión informática) que se transmite en la red y se almacena, deposita o archiva en el servidor, y el autor real del mismo. A ello hay que sumar que el envío del documento con la correspondiente información a través de la red de internet se enfrenta a la fácil manipulación del acto, con la casi imposibilidad técnica de detectar la diferencia entre el documento recibido (archivado o depositado) y el original (el correspondiente al acto de cumplimiento de un deber, de consentimiento, de orden de pago, etcétera). A esta realidad subyacente responde la disciplina electrónica, pensada, preferentemente, para contratar en la red internet. Así se manifiesta en el número I de las exposiciones de motivos de la LSSICE (I, segundo párrafo) y de la LFE (I). Esto es, la contratación en un entorno virtual de carácter global y abierto. En él las partes se comunican, a través de terminales conectados a una red de telecomunicaciones (llamadas genéricamente, técnicas de la información y de las telecomunicaciones), de modo simultáneo o no en tiempo real, por lo que no negocian de modo presencial ni suelen conocerse. En este marco causal electrónico, esencialmente abierto a cualquiera que disponga del *hardware-software* adecuado a la red internet resulta enormemente arriesgado comprometerse jurídicamente sin tener la certeza de quién es la persona que habrá de responder en caso de incumplimiento de un determinado contrato, ni si el contenido del acto que se refleja en la documentación pertinente se corresponde o no con el original emitido por su autor. De este modo, las ventajas de rapidez, economía y disponibilidad inmediata de la documentación relacionada con la contratación bancaria a las que apunta la LCSF (preámbulo I), comparada con los métodos más tradicionales (como el usual envío de un contrato por correspondencia), tropieza con los riesgos de inse-

guridad respecto de la identidad entre el autor real y el aparente de las declaraciones, así como respecto del contenido íntegro e inalterable de la información producida y comunicada entre las partes interesadas. De aquí, la importancia y conveniencia de las sucesivas técnicas de identificación del autor (las claves de acceso y operativa en la contratación bancaria electrónica) como fórmula técnica de promover y dotar de seguridad a esta modalidad de contratación, que tiene los efectos vinculantes de cualquier otro contrato (art. 1258 del CC, en relación con el artículo 24 de la LSSICE). Y en este contexto general electrónico es en el que hay que interpretar el significado y el alcance de las propiedades de «accesibilidad y reproducibilidad sin cambios de la información almacenada requeridas al soporte duradero» por el art. 6 de la LCSF (55).

## 2.2. Identidad e integridad mediante claves e información cifrada en entorno https

La banca electrónica es cauta eligiendo los métodos y procedimientos de seguridad tecnológica más seguros. A través de la URL de cualquier entidad de crédito, el

espacio de contratación virtual es un entorno de seguridad, en el que la información se transmite de modo cifrado y, por consiguiente, ininteligible (56). Su identificación se realiza por *https* (<https://www.ingdirect.es/WebTransaccional/Transaccional/AccesoEntrada.asp>; [https://oi.cajamadrid.es/CajaMadrid/oi/pt\\_/Login/login](https://oi.cajamadrid.es/CajaMadrid/oi/pt_/Login/login)).

Con distintas denominaciones (identificador, clave, NIF, clave de acceso, etc.), la identidad de cada uno de los clientes se realiza mediante la asignación de un par de claves o códigos funcionalmente interdependientes; amén de la aceptación de certificados de firma electrónica emitidos por un prestador de servicios reconocido (condiciones generales de ING Direct, cláusula 3.1, tercer párrafo). Con independencia de que estas claves se incorporen en una tarjeta criptográfica —como sucede con los certificados reconocidos, incorporados a un DNI electrónico o con las tarjetas emitidas por la propia entidad de crédito (57)—, lo importante es que, a través de ellas el consumidor accede a su respectiva cuenta y, mediante otra u otras claves, puede gestionar, realizar órdenes, etc. A estas últimas se las denomina: clave operativa.

### IMAGEN DE CERTIFICADO SSL DE VERISIGN, INCORPORADO A TARJETA CRIPTOGRÁFICA Y ACREDITATIVA SEGURIDAD WEB ING DIRECT:

- Identidad del sitio o web.
- Transmisión de datos cifrados.

VeriSign Secured Seal - Microsoft Internet Explorer

VeriSign Secured

Español

2/11/2007 11:39  
www.ingdirect.es utiliza los servicios de VeriSign como sigue:

<b>NOMBRE DE SITIO:</b>	www.ingdirect.es
<b>ESTADO DE CERTIFICACIÓN SSL:</b>	Válido (16-Oct-2007 a 15-Oct-2008)
<b>EMPRESA/ORGANIZACIÓN:</b>	ING DIRECT N.V SPAIN Madrid Madrid, ES
<b>Transmisión de datos cifrados</b>	Este sitio Web puede asegurar su información privada utilizando un Certificado SSL de VeriSign. La información intercambiada con cualquier dirección que comience con https está codificada utilizando SSL antes de la transmisión.
<b>Identidad verificada</b>	ING DIRECT N.V SPAIN ha sido verificado como el propietario u operador del sitio Web ubicado en www.ingdirect.es. Los registros oficiales confirman que ING DIRECT N.V SPAIN es un negocio legal.

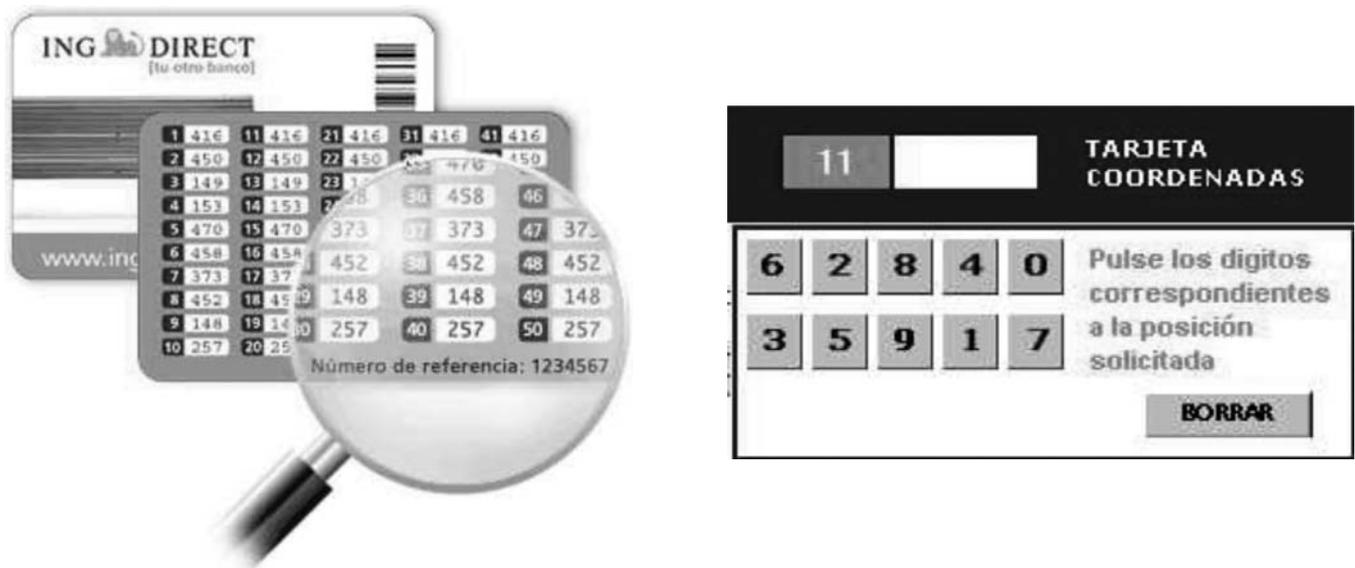
El sistema de seguridad se refuerza con el bloqueo de su funcionamiento en caso de uno o dos errores en los dígitos de identificación personal (cláusula 5.2 de las condiciones generales de ING Direct y *Manual del usuario de Banca a Distancia* de Caja Madrid). La misma finalidad tiene la reserva reconocida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

La comparación entre este marco de la realidad bancaria y el Derecho general electrónico lleva a relacionar los entornos *https* y las claves de firma del cliente bancario con las firmas electrónicas avanzadas y su sustancial diferencia con el resto de las firmas electrónicas. En efecto, la lectura coordinada de los preceptos de firma electrónica desvela la diferencia fundamental entre la firma electrónica (3.1. LFE) y las firmas avanzadas en la fiabilidad tecnológica, en su triple trayectoria vital: creación, utilización y archivo. Así ocurre en el momento de la creación o generación de la firma, porque sólo si el conjunto de los datos representativos de la misma (3.1) son únicos puede afirmarse que *el firmante puede mantenerlos bajo su exclusivo control* y

*que son susceptibles de identificar al firmante*. En el momento de su utilización (ejemplo, celebrar un contrato), porque la firma avanzada *está vinculada al firmante y a los datos a que se refiere...*, y permite *detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados*. Y en lo que concierne a su archivo, porque la firma *puede mantenerse bajo su exclusivo control*.

El marco tecnológico pensado para las firmas electrónicas avanzadas y referenciado en el título IV, sobre *Dispositivos de firma electrónica* (arts. 24 y 25 LFE), descansa en el sistema de cifrado asimétrico o de clave pública, elaborado con fórmulas matemáticas ofrecidas por la Criptografía. En este sentido, basta con reproducir la definición de los *Dispositivos de creación de firma electrónica como los datos únicos, ...códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante utiliza para crear la firma electrónica* (art. 24.1 LFE). Y el de *Dispositivos de verificación de firma electrónica... los datos, como códigos o claves criptográficas públicas, que se utilizan para verificar la firma electrónica* (artículo 25.1 LFE). En síntesis, cada *firmante* o solicitante de una firma electrónica avanzada dispondrá de un par de claves relacionadas entre sí y cuya aplicación permite el cifrado y el descifrado de los contenidos (o también denominados «encriptación, encriptado y sus contrarios, desencriptación o desencriptado»). Funcionalmente, el declarante o emisor del mensaje de datos (por ej., de la declaración de aceptación, de la entrega y recepción del bien objeto del contrato) aplica una clave especial sobre el texto o contenido de la comunicación, que se transforma en ilegible durante su trans-

#### IMÁGENES DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS CLAVES DE FIRMA (ACCESO Y OPERATIVA) EN ING DIRECT



misión en internet hasta que la comunicación llega a su receptor. El destinatario de la declaración o del mensaje de datos aplica la misma clave —en el denominado método de algoritmos de cifrado simétrico o de clave secreta (58)— u otra distinta —si se sigue el de algoritmos de cifrado asimétrico o de clave pública (59). Y de esta manera se descifra el mensaje, pudiéndose leer por el destinatario, con lo que se asegura la integridad del documento y la autoría del mismo; autoría que, además, puede reforzarse con la firma digital, elaborada sobre los mismos algoritmos utilizados para el cifrado de documentos (60).

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

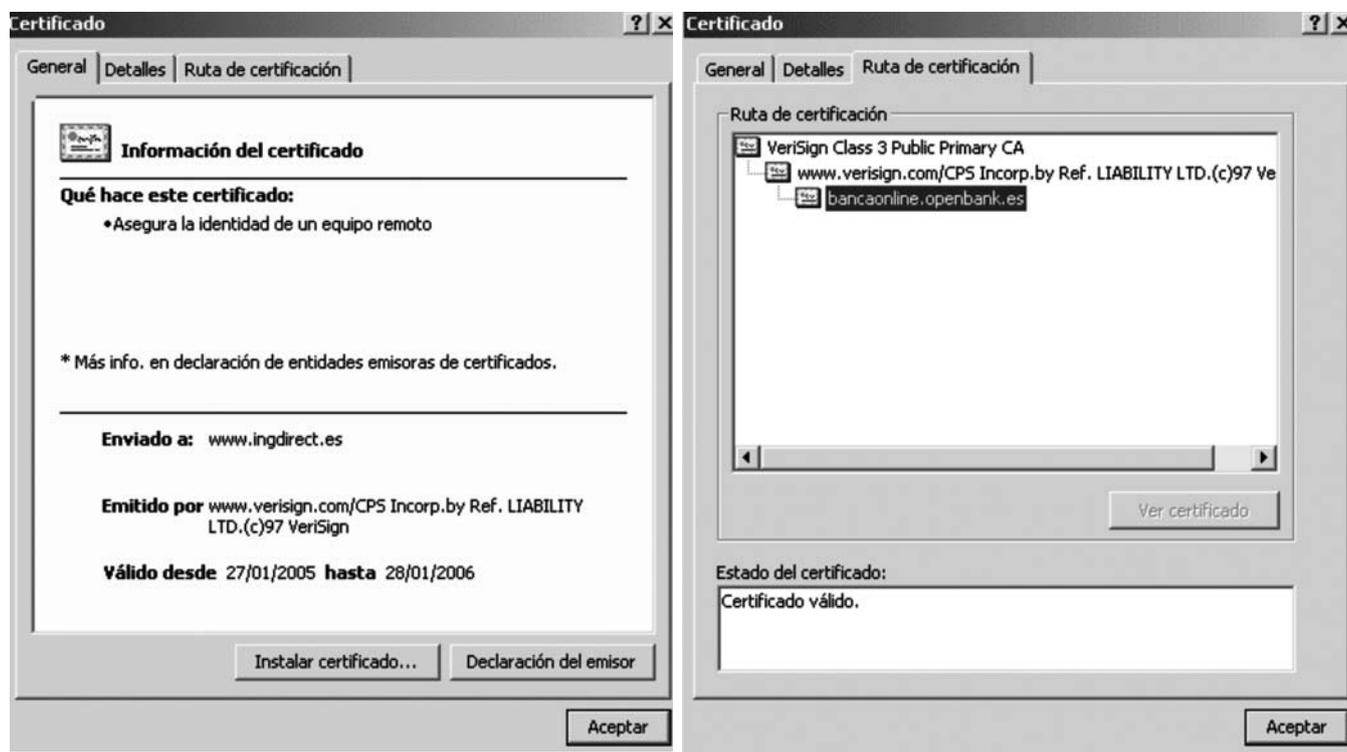
La experiencia bancaria muestra el convencimiento de la idea de seguridad en la contratación electrónica; optando por firmas seguras. Así puede constatarse con

la cláusula convencional de la equiparación de la modalidad electrónica a la escrita. A título enunciativo, puede leerse, que «las partes aceptan equiparar jurídicamente la firma del cliente autógrafa y la realizada mediante cualquier tipo de claves, códigos o elementos de seguridad identificativos». De igual manera, en caso de que los sistemas operativos de ING Direct acepten certificados digitales entre la modalidad de los acuerdos convencionales bancarios, suele indicarse que «las partes reconocen y aceptan la plena equiparación jurídica entre la orden telemática realizada conforme al procedimiento de seguridad establecido y la firma del titular» (núm. 3. Funcionamiento del servicio ING Direct). Con ello, la partes reafirman la equivalencia funcional entre la modalidad electrónica y la escrita, asumiendo la ficción legal de la significación y alcance legal de la asimilación dispuesta en las leyes del comercio y firma electrónicas, al tiempo que amplían el alcance interno de la prueba.

### 2.3. Certificado reconocido como documento electrónico y presunción de autenticidad

Por consiguiente, la fiabilidad tecnológica de las firmas electrónicas avanzadas las hacen merecedoras de

## IMAGEN CERTIFICADOS EMITIDOS POR PRESTADOR SERVICIOS RECONOCIDO: VERISIGN



ING Direct (izquierda); Openbank (Derecha).

la confiabilidad jurídica en el tráfico, en cuanto a la certeza respecto del cumplimiento de la función indicativa respecto de su autor y la declarativa respecto del contenido de la declaración realizada por el mismo y en su inalterabilidad (61), de manera similar a lo que acontece en el ámbito de las firmas manuscritas y comparable al rigor exigido para las firmas electrónicas en el art. 2.2 de la Directiva 1999/93/CE y recomendado en el ámbito internacional por el art. 6.1 de la Ley Modelo UNCITRAL.

En este orden de ideas, la acreditación de la seguridad tecnológica y, consiguientemente, el pilar de la confianza y la credibilidad del sistema de la contratación electrónica descansa en la intervención de un *prestador de servicios de certificación o autoridad de certificación*. Teóricamente, es un tercero extraño a la relación comercial, de modo parecido a como se requiere en el Derecho de los contratos, mediante la deducción de la prohibición de que el cumplimiento del contrato pueda «dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (art. 1256 CC). El prestador de servicios de certificación también verificará la clave pública de la firma electrónica reconocida (según se expresaba en la Comunicación sobre firma digital y cifrado —Doc. COM (907) 503 final, págs. 8 y ss.). El procedimiento básico consiste en la *personación del firmante o su acreditación documental* (arts. 12 y 13 LFE), seguida de la *emisión de un certificado* por el prestador de servicios de certificación, en el que consta con un contenido reglado (art. 11) y vigencia temporal; condicionante de la funcionalidad del Certificado, a través de su publicidad obligatoria en el Servicio de Consulta del Prestador de servicios, cuyo desarrollo se deja a los códigos de buenas prácticas —art. 19 LFE (62).

La presunción de autenticidad de la firma electrónica reconocida y de los documentos vinculados a ella se encuentra en el artículo 3.8 LFE, al que hay que entender realizada la remisión del art. 24.1 LSSICE, en relación con el contrato. Y se formula «*si se impugnaré la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico*» (art. 3.8, segunda frase). Por lo que el certificado reconocido cumple la función de documento de identidad y autenticidad electrónica, tanto respecto del autor de la firma como de la declaración o declaraciones vinculadas a ella (art. 6.1, en relación al mandato dispuesto en el art. 5.1.a de la directiva de firma electrónica). Del tenor de los preceptos de la LFE se deriva el carácter *iuris tantum*, esto es, salvo prueba en contrario, de la presunción legal de autenticidad. En este sentido, resulta implícita en los términos *si se impugnaré la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico...* Y en la misma línea se ha declarado en relación con *la copia autorizada electrónica de una escritura, expedida*

*por un Notario con la firma electrónica reconocida de éste* (RDGRN, de 18 de enero de 2006 RJ 2006\837). Quiere decirse que se presumiría, que la declaración en él contenida (oferta, aceptación, denuncia sobre vicios, etc.) pertenece al titular de la clave (ex art. 3.1.2 LFE), salvo que la misma se derivase por alguna causa o razón (por ejemplo, porque el documento se realizó en el tiempo en que la certificación tenía sus efectos en suspenso, a petición del propio signatario —art. 9.2 LFE—; porque el contratante sólo era aparente y, si bien estaba legitimado en virtud del uso de los datos de firma electrónica, el titular real notificó al banco la pérdida o sustracción de la clave, de conformidad con lo acordado en el contrato).

A los efectos probatorios, juega una importancia singular la capacidad de las partes a la hora de acreditar su nivel de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Este aspecto fue decisivo para que el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia de Murcia desestimara la pretensión del demandante por entender, que la «falta de diligencia en el deber de custodia de las claves por parte del cliente fue determinante en la sustracción de la clave de acceso a internet y de la firma electrónica, y en modo alguno el sistema de seguridad del Banco» —sentencia 69/2007, de 30 de marzo (63). También para que la Audiencia Provincial de Madrid considerara que el ejercicio abusivo del derecho de firma posibilitó al demandado abrir un servicio bancario electrónico y ordenar transferencias de fondos a su favor, en perjuicio de la asociación a la que representaba; por lo que se le condenó por un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso ideal con un delito continuado de estafa —sentencia 9/2008, de 31 de enero (64). En el ámbito de la comercialización de servicios financieros, la dificultad de la prueba por parte del cliente podría aliviarse con el sistema establecido en los siguientes preceptos y requerimientos de la LCSF: A) Por el control de las entidades de crédito del soporte a través del cual se realiza la contratación electrónica. B) Con las exigencias de seguridad impuestas a la infraestructura tecnológica por la LCSF 7 (art. 6) y por la LISI (artículo 2). C) La imposición de la carga de la prueba a la entidad de crédito (art. 17 de la LCSF) y, en su defecto, mediante la consideración de cláusula abusiva —disposición adicional primera de la LCSF, por la que se introduce un nuevo apartado, 19 bis, a la disposición adicional primera (cláusulas abusivas) de la LGCU (65).

Finalmente, la equivalencia internacional de los certificados reconocidos, dispuesta en el art. 14 LFE (66) e impuesta en el Mercado Interior por la Directiva de firma electrónica 1999/93/CE (art. 7.1), constituye pieza clave en el efectivo desarrollo y credibilidad de la contratación bancaria electrónica.

## IV. CONCLUSIONES

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

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

3. La LCSF reconoce múltiples y relevantes funciones a los medios tecnológicos o técnicas de comunicación a distancia. En primer lugar, como elemento conceptual, porque dichas técnicas se integran en las definiciones de comercialización y de contrato de servicio financiero (art. 1). También la presunción de contrato a distancia, representada por todo aquel para cuya «negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor...» (art. 4.3). En segundo lugar, con el reconocimiento implícito de la modalidad de consentimiento electrónico, cuando exige que la oferta, negociación o celebración del contrato se desarrolle «en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la pro-

pia celebración del contrato» (arts. 4.1., 4.3 y 6). En tercer lugar, con su importancia como forma de comunicación entre las partes, de carácter permanente y modo continuado (arts.5 y ss.). En cuarto lugar, con su protagonismo como soporte de toda la contratación, de carácter duradero, de permanente accesibilidad y reproducibilidad de la información que pueda alojarse en unidades de memoria móviles, como CD, DVD, ordenador personal (art. 2.3 interpretado conforme al dictado de la Directiva 2002/65/CE, considerando 20), o incluso en el servidor de la entidad correspondiente o de su prestador intermediario, de conformidad con el contenido del deber de disponer de un medio de interlocución telemática, desde diciembre de 2008 (art. 2 de la LISI 56/2007, de 28 de diciembre).

4. El contrato bancario electrónico es una especie de contrato electrónico, porque, al promocionarse, negociarse, celebrarse o cumplirse por medios de transmisión electrónica (art. 1 LCSF), participa del elemento común a todo contrato electrónico, representado por aquél en el que la oferta y la aceptación se transmite por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones (anexo, letra h LSSICE). Dicha consideración se reafirma en la práctica contractual, en la que el medio telemático, representado por la *web* institucional, constituye el soporte de la contratación y de comunicación entre la entidad de crédito y el consumidor (<https://www.openbank.es>; <https://www.ingdirect.es>).

5. La relación entre la clase de contrato electrónico y su especie de bancario determina la aplicación concurrente de las leyes, reglamentos, formularios y demás disposiciones que rigen la contratación bancaria, así como las normas generales electrónicas. Entre estas últimas se encuentra la LSSICE, a la que se menciona en el art. 1 de la LCSF. También la LFE, por ser la norma reguladora de la autenticidad de la identidad e integridad de los actos jurídicos electrónicos, así como de la documentación a ellos asociada. Y, finalmente, la LISI, por la que se modifican las leyes generales electrónicas y se instaura el deber de las entidades de crédito, de disponer de un medio de interlocución telemática que permita a cualquier interesado contratar, consultar y modificar sus datos, presentar quejas (art. 2.1).

6. La LCSF considera que el contrato bancario electrónico es también un contrato a distancia. Sin embargo, el contrato a distancia al que se refiere el artículo 92 del TRLGCU comprende otros medios tradicionales de comunicación a distancia (impresos, con o sin destinatario, cartas normalizadas, radio, etc.), contrariamente al carácter restrictivo de las técnicas de comunicación a distancia en el contrato bancario electrónico, representadas por los medios de transmisión electrónica: medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax

u otros similares. La calificación de contrato a distancia del contrato bancario electrónico no conlleva la aplicación de la normativa dispuesta en el TRLGCU, porque expresamente se excluye por el artículo 93.1.c), que dice: «La regulación establecida en este título no será de aplicación a: ... los contratos sobre servicios financieros».

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

**8.** La unidad de fin en orden a la consecución satisfactoria de la venta de bienes y prestación de servicios implícita en la LCSF justifica la conveniencia y necesidad de que en el tipo legal de contrato de servicio bancario electrónico se incorporen todos los canales que potencien la comunicación, aun cuando pertenezcan a campos tecnológicos diversos: por un lado, el de la red telefónica, como es el caso del teléfono y el fax; por otro, la telemática, que posibilita la aplicación de las técnicas de comunicación y de la informática a la transmisión a distancia de información computarizada: datos e imágenes. La conexión de todos los canales de información se multiplica y se hace posible con internet, como red informática mundial. A esta idea responde la *web* utilizada por las entidades de crédito y exigida para todas las empresas con especial trascendencia económica, siempre que el número de trabajadores sea igual o superior a cien o que su volumen anual de operaciones exceda de 6.010.121,04 €, calculado según la normativa del IVA (art. 2.2 de la LISI). El mandato de disponer de un medio de interlocución telemática prescinde de la combinatoria tecnológica utilizada en cada transmisión de los datos e imágenes objeto de la información comunicada en cada momento. Por ello la posibilidad de utilizar la expresión «electrónico» como atributo común a la contratación de bienes y servicios bancarios, en su más amplia acepción, conformada en la LCSF.

**9.** Con independencia del contenido común de los deberes de información dispuestos en los arts. 7 a 9, la modalidad electrónica de comunicación elegida condiciona la manera o modo en que se cumplirán las previsiones legales relacionadas con las exigencias tecnológicas requeridas a los «instrumentos técnicos» en el artículo 6 y con los deberes legales de información y publicidad impuestos a la entidad de crédito en la fase promocional o de negociación y cumplimiento del contrato sobre bienes o servicios bancarios (entre ellos, los

artículos 7-9, ya citados). Dentro de ellas resaltan las normas de identificación y contenido contractual del servicio bancario, relativas a las propuestas de la entidad de crédito realizadas por telefonía vocal en el art. 7.3 LCSF. La información respecto de los medios tecnológicos a utilizar en el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor (desistimiento, modificación de datos personales, formulación de quejas —arts. 7 y 8 de la LCSF—) y el nivel de seguridad necesario para proteger al usuario frente a virus informáticos, programas espía y correo no solicitado (art. 12 bis LISI).

**10.** El cumplimiento de los deberes impuestos a las entidades de crédito que operen en banca virtual y de todos los actos relacionados con la publicidad y contratación bancaria han de relacionarse con la concepción y propiedades del «soporte duradero». Este último se reduce al soporte que asegure la accesibilidad, autenticidad e integridad de los datos e imágenes. La misma idea se formuló por la Dirección General de Tributos cuando declaró la inadecuación del «Portal de Facturación del Grupo Empresarial» por no responder a todas las exigencias normativas de la Orden ministerial correspondiente (RDGT 2403/2007, de 12 de noviembre —consulta vinculante—). También en los pronunciamientos judiciales relativos a la admisión del documento electrónico como medio de prueba: de un contrato de tarjeta mediante la grabación telefónica y de una deuda por la certificación acreditativa del saldo deudor suscrito con firma digitalizada. (Auto AP Barcelona —Sec. 17ª—, de 30 de mayo).

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

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

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

## RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS

RDGT 2403/2007, de 12 de noviembre (JT\2008\98): el sistema privado de seguridad tecnológica está condicionado a la observancia de las exigencias legales dispuestas en sucesivos órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda (*Caso Portal de Facturación del Grupo Empresarial*).

SAN (Sala Cont.-Admvo., Sec. 1ª), de 9 de octubre de 2007 (RJCA\2007\784): Desde el momento en que el cliente elige la tarjeta como medio de pago, debe entenderse que existe consentimiento tácito al sistema de captura electrónica de firma en tableta digitalizadora (*Caso Sfera Joven, SA*).

Auto de la AP Barcelona 97/2007, de 30 de mayo (Sección 17ª) (JUR\2007\268590): la existencia de un contrato de tarjeta puede probarse mediante la grabación telefónica. Asimismo, la copia impresa de la certificación del saldo en la que aparece la firma digitalizada del apoderado y un extracto del estado de la cuenta del deudor se admite como prueba de la existencia de un crédito a favor del reclamante (*Caso American Express España&E*).

SJ1ª Inst. Murcia, 69/2007, de 30 de marzo (JUR 2008\44072): la falta de diligencia del titular fue la causa relevante del acceso a internet y el uso de la firma electrónica por persona no autorizada (*Caso BSCH&M*).

SAP Madrid (Sección 4ª), 9/2007, de 31 de enero (JUR\2007\155818): el ejercicio abusivo de las claves de firma por el apoderado de la asociación motivó la comisión de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso ideal con un delito continuado de estafa (*Caso ADEVIN & C.A.*)

SAN (Sala Cont.-Admvo., Sec. 1ª), de 28 de septiembre de 2006 (JUR\2006\251444): la captura electrónica de firma, consistente en digitalizar los trazos efectuados por los clientes sobre una tableta conectada al terminal de venta, no está sometida al deber de información previa (*Caso Tiendas de Conveniencia SA*).

STS (Sala Cont.-Admvo., Sec. 3ª), de 2 de julio de 2001 (RJ\2001\5397): la FNMT es un prestador de servicios de certificación. Desarrolla sus competencias en el ámbito de la seguridad e integridad de las comunicaciones electrónicas. Con su intervención garantiza la procedencia de quien envía el documento electrónico, la integridad del contenido del documento y su confidencialidad.

SAP Málaga (Sec. 4ª), 376/2001, de 7 de mayo (AC\2001\1850): el riesgo de fraude inherente al sistema ha de ser asumido por la parte que se beneficia del sistema, que no es otra que la entidad emisora del medio de pago, pues con respecto a ella el comerciante adherido tiene la condición de usuario, ya que paga por su utilización.

STS, de 22 de enero de 2001 (RJ 2001 1679): apreciación conjunta de la prueba.

STS, de 3 de noviembre de 1998 (RJ 8521\1997): el documento electrónico debe gozar de plena virtualidad jurídica operativa.

## NOTAS

(1) «La celebración de contratos mediante las llamadas “tecnologías de la información” o “técnicas de comunicación” (uso de equipos informáticos, a través de redes de comunicaciones —teléfono, fax, correo electrónico, ordenadores—) suponen un cambio significativo en las relaciones patrimoniales entre sujetos privados, al tiempo que su desarrollo implica sensibles modificaciones en el desenvolvimiento tradicional de las actividades profesionales y empresariales... Estas modificaciones en los comportamientos de los sujetos económicos, singularidades de la contratación electrónica y problemas de autenticidad documental en la red internet... han constituido el centro de los debates y soluciones... en las leyes del comercio y firma electrónica, de ámbito nacional y supranacional», sucedidas desde las dos últimas décadas del siglo XX (Véase ampliamente en FLORES, 2002).

Las entidades de crédito han liderado el proceso de adaptación tecnológica con el establecimiento y consolidación de la banca virtual (FLORES, 2007: 197 y ss.). En una línea de pensamiento similar, los profesores SEQUEIRA, SACRISTÁN y GADEA dicen: «Es una constante en el mercado la contratación *on line*, e incluso, la actuación, cada vez con mayor presencia, de entidades de crédito que operan esencialmente de forma virtual. Se plantean aquí aspectos muy diversos que tienen su propia autonomía en el tratamiento normativo de los problemas que generan (fiabilidad de la documentación electrónica, conformación y trascendencia de la firma electrónica y de sus diversas formas de configuración a efectos de reconocimientos, valor probatorio de la documentación electrónica, responsabilidad de los servidores, etc.), pero que además inciden directamente en el modelo tradicional de la contratación alterando algunos de sus presupuestos clásicos» («Introducción», en AA.VV., 2007: 29).

(2) «La existencia de un elemento común en las diversas entidades de crédito como es el de su función intermediadora en el crédito, aunque no se dé en todas con el mismo alcance, y el hecho de que la banca pueda actuar en el ámbito operativo reservado a los establecimientos financieros de crédito, llevan a que la consideración del elemento subjetivo de la banca como parte caracterizadora de

las relaciones negociales de intermediación se vea desplazado por el más amplio de entidades de crédito cuando se hace referencia a su intervención en la contratación bancaria, a la vez que dentro de la misma deban considerarse incluidas las tradicionalmente denominadas actividades parabancarias al irse difuminando una denominación que va dejando de tener la función originaria de señalar unas actividades que eran nuevas y que convenía someter a control. *Es así que todas las operaciones de intermediación en el crédito tienden a irse agrupando en algunas normas bajo la denominación de “servicios bancarios”...*, de forma que la consideración conjunta de las diversas actividades de intermediación no es ya sólo un tema de oportunidad en el sometimiento a unos regímenes de control, sino también una opción legal de contemplación conjunta, en muchos aspectos, de régimen contractual» (Vid. SEQUEIRA, SACRISTÁN y GADEA: «Introducción», en AA.VV., 2007: 23-24).

(3) La concepción funcional de entidad de crédito se sostiene por un sector autorizado de la doctrina. Este concepto se extrae de la clásica definición de la actividad bancaria como la representada por la intermediación profesional e indirecta en el crédito, con operaciones pasivas y activas funcionalmente interdependientes, aunque jurídicamente independientes (SÁNCHEZ CALERO, 1987: 713). En esta corriente se enmarca TAPIA (2007: 134). En su opinión, «la actividad típica de las entidades de crédito es la intermediación indirecta en el crédito que se realiza mediante la conexión funcional entre las operaciones bancarias pasivas (de recepción de fondos del público) y las activas (de aplicación de los fondos captados) y que, además, aquellas entidades pueden realizar otras operaciones o servicios accesorios o complementarios de las anteriores. Es por ello por lo que el contrato bancario será el acuerdo de voluntades que instrumentará una operación de intermediación indirecta en el crédito o una operación accesorio a la misma».

(4) «El elemento subjetivo “entidad de crédito” trasciende a lo que sería la presencia de las tradicionales entidades bancarias, a la vez que amplía el ámbito de las figuras de la contratación bancaria en torno al crédito, pero sin desplazar la presencia de la intermediación en el mismo como elemento caracterizador de la bancariedad, aunque no se produzca en todas aquéllas de la misma manera ni siempre sea clara la sola presencia en el contenido de los contratos bancarios de prestaciones financieras de carácter activo o pasivo desde el punto de vista de la entidad de crédito, a la vez que se hace necesario resaltar la presencia creciente de otras actividades bancarias que van adquiriendo un relieve que tiende a disminuir su consideración como simples actividades conexas a la intermediación crediticia y que van adquiriendo una sustantividad diferenciada en torno, básicamente, a los mercados de valores» (Vid. SEQUEIRA, SACRISTÁN y GADEA: «Introducción», en AA.VV., 2007: 26).

(5) Art. 4 de la LCSF 22/2007.

«Ambito material. 2. A los efectos de la presente Ley, se entenderán por servicios financieros... a) servicios bancarios, de crédito o de pago: las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito».

(6) La Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU) y otras leyes complementarias, declara que: «El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados; contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros» (EM, III, tercer párrafo). El destino al mercado se considera por el profesor BERCOVITZ (1984: 30) lo determinante de la exclusión de la noción de consumidor o usuario... de la actividad circunscrita al ámbito personal, familiar o doméstico.

(7) Art. 3 del TRLGCU 1/2007: «Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma..., son consumidores o usuarios

las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

(8) El art. 3.a) de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, define al consumidor como toda «persona física que, en las operaciones reguladas por la presente directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional».

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

(10) La graduación del régimen tutelar dispuesto en la contratación con entidades de crédito también se establece en la Directiva MIFID (2004/39/CE), en la que se contempla la máxima protección a favor del «cliente», frente a la tutela más débil del «cliente profesional», dada la cualificación de este último respecto del conocimiento de los distintos valores e instrumentos que se negocian en el mercado financiero.

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

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

(13) El art. 2.4 de la LCSF 22/2007, relativo al ámbito subjetivo de aplicación, dice: «Esta Ley, ... también se aplicará a los proveedores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando... d) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable al contrato».

(14) Art. 3 de la LCSF 22/2007: «Carácter imperativo. Los consumidores de los servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen en esta Ley.

La renuncia a los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil...».

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

(16) Vid. SEQUEIRA, SACRISTÁN y GADEA: «Introducción» (AA.VV., 2007: 29).

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

Art. 4.1: «Se comprenden en el ámbito de la Ley los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor..., en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato». Art. 4.3. «Se entiende que el contrato se celebra a distancia cuando para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares».

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

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

(18) El problema de la proliferación de leyes especiales es ya un tema tradicional del debate en el marco general del Derecho Privado, y ha sido objeto de reflexiones fecundas y autorizadas (SÁNCHEZ CALEIRO, 1995; URÍA/MENÉNDEZ, 1999). En paralelo a estas ideas, se avanza en el replanteamiento de una «recodificación» de la materia mercantil, con la consiguiente apertura a cuestiones de política jurídica. Entre ellas, si debe procederse a una codificación en el sentido formal, de simple recopilación de todas las leyes en un cuerpo legal, de modo similar a lo sucedido en la reforma del CC francés del año 2000 (en el que, junto al comerciante, se han incluido las sociedades mercantiles o el Derecho de la Competencia) y próximo a la orientación del Código de Comercio Uniforme estadounidense (en el que se regulan relaciones jurídicas vinculadas a la comercialización de bienes: compraventa, títulos de crédito y algunos contratos bancarios). O, en cambio, debe procederse a una codificación en el sentido técnico acogido en la codificación europea del siglo XIX, de refundición sistemática de la materia mercantil, construida y ordenada sobre un núcleo material, de una manera abstracta y con vocación universal, según se ha continuado por el CC alemán del año 1998.

(19) «En la ordenación sistemática de la materia electrónica se han seguido dos técnicas, según que las disposiciones incorporadas se hayan o no acompañado de la reforma del Código Civil (CC) y de la legislación procesal (amén de otras leyes complementarias). En el primer grupo se encuentran Francia y Alemania, cuyas leyes de firmas electrónicas se han complementado con la inclusión en sus códigos civiles de la forma y firma electrónica como nueva modalidad de consentimiento y forma de los actos jurídicos... En cambio, Italia y España han optado por sendas leyes del Comercio y de Firma Electrónica, coordinándose con sus respectivos códigos mediante la regla general de inalterabilidad del régimen general de obligaciones y contratos» (Vid. más ampliamente, con referencias concretas a las últimas reformas, en FLORES, 2007: 202-210, y 2002: 21 y ss.).

(20) En la renovación del derecho europeo de contratos se advierte la conveniencia de alcanzar un «Código Europeo de Obligaciones o de un Código Civil Europeo», en el que tengan cabida: a) la simplificación de normas y condiciones estándar para los contratos, y

b) una disciplina de tutela al consumidor de carácter racional y de alto nivel de protección. (Resolución del Parlamento europeo sobre el derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro [2005/2022 (INI)]).

(21) El inicio de la normativa europea del derecho del consumidor se basaba en que la igualdad de trato del consumidor era uno de los instrumentos para racionalizar el mercado interior. Sin embargo, los márgenes de actuación discrecional de los estados miembros ha significado una «armonización mínima» (CABELLA, 2007: 683 y ss.).

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

(23) Art. 6.2 de la LCSF 22/2007: «Se entiende por proveedor de una técnica de comunicación a distancia toda persona, física o jurídica, pública o privada, cuya actividad comercial o profesional consista en poner directamente a disposición de los proveedores de servicios financieros una o más técnicas de comunicación a distancia».

(24) Art. 2 de la LISI: «Obligación de disponer de un medio de interlocución telemática para la prestación de servicios al público de especial trascendencia económica».

1. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de comunicación a distancia con los clientes, las empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica deberán facilitar a sus usuarios un medio de interlocución telemática...

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, tendrán la consideración de empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica, las que agrupen a más de cien trabajadores o su volumen anual de operaciones, calculado conforme a lo establecido en la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido, exceda de 6.010.121,04 € y que, en ambos casos, operen en los siguientes sectores económicos:

b) Servicios financieros destinados a consumidores, que incluirán los servicios bancarios, de crédito o de pago...: las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito».

(25) Art. 2 de la LISI:

«1. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de comunicación a distancia con los clientes, las empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica deberán facilitar a sus usuarios un medio de interlocución telemática que, mediante el uso de certificados reconocidos de firma electrónica, les permita la realización de, al menos, los siguientes trámites:

a) Contratación electrónica de servicios, suministros y bienes, la modificación y finalización o rescisión de los correspondientes contratos, así como cualquier acto o negocio jurídico entre las partes, sin perjuicio de lo establecido en la normativa sectorial.

b) Consulta de sus datos de cliente, que incluirán información sobre su historial de facturación de, al menos, los últimos tres años y el contrato suscrito, incluidas las condiciones generales si las hubiere.

c) Presentación de quejas, incidencias, sugerencias y, en su caso, reclamaciones, garantizando la constancia de su presentación para el consumidor y asegurando una atención personal directa.

d) Ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos previstos en la normativa reguladora de protección de datos de carácter personal.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, tendrán la consideración de empresas que presten servicios al público en

general de especial trascendencia económica, ... b) Servicios financieros destinados a consumidores, que incluirán los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión... En particular se entenderá por: 1. Servicios bancarios, de crédito o de pago: las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.»

(26) Esta conclusión guarda relación con la definición legal de entidad de crédito sostenida anteriormente, de carácter funcional y configurada como toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósitos u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos. Esta delimitación amplia también se deduce de la referencia general al término entidad de crédito, sin mayor precisión, en el art. 2 de la LCSF, en coordinación con el ámbito material de los servicios bancarios enunciados en el art. 52 de I (Vid. subepígrafe «entidad de crédito: entidad bancaria; establecimiento financiero de crédito y entidad de dinero electrónico»).

(27) El art. 18.2 de la LCSF. dice: «En el caso de los proveedores de servicios financieros incluidos en el artículo 2.1 de esta Ley (entre los que se incluyen las entidades de crédito), se considerarán normas de ordenación y disciplina, las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la obligación de dejar constancia de las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero, según establece el artículo 6.1; a los requisitos de información previa al contrato establecidos en el artículo 7; a las obligaciones de comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa reguladas en el artículo 9 y a las contenidas en el artículo 14 relativas a servicios no solicitados... Su incumplimiento será sancionado según lo establecido por la normativa sectorial correspondiente...».

(28) Art. 4.2 de la LCSF 44/2007: «A los efectos de la presente Ley, se entenderán por servicios financieros los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros».

(29) Contratos de servicios de inversión definidos en la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (letra b). A las operaciones de seguros privadas, definidas en el art. 3 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, RDL 6/2004, de 29 de octubre (letra c).

Planes de pensiones definidos en el art. 1 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, RDL 1/2002, de 29 de noviembre (letra d).

A la actividad de mediación en seguros, definida en el art. 2 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.

(30) Bajo el término genérico «servicios bancarios», la LCSF parte de un concepto amplio de contrato bancario en el art. 4-2 d. La delimitación legal comprende los contratos de «servicios de crédito o de pago», así como de todos los relacionados con las actividades enunciadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988 y que son: «a) Las de captación de depósitos u otros fondos reembolsables, según lo previsto en el artículo primero del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas. b) Las de préstamo y crédito, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales. c) Las de *factoring* con o sin recurso. d) La de arrendamiento financiero. e) Las operaciones de pago, con inclusión, entre otras, de los servicios de pago y transferencia. f) La emisión y gestión de medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cartas de crédito. g) La concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares. h) La intermediación en los mercados interbancarios. i) Las operaciones por cuenta propia o de su clientela que tengan por objeto: valores negociables, instrumentos de los mercados monetarios o de cambios, instrumentos financieros a plazo, opciones y futuros financieros y per-

mutas financieras. Para realizar las operaciones citadas las entidades de crédito comunitarias podrán ser miembros de los mercados organizados correspondientes establecidos en España, siempre que ello esté permitido por las normas reguladoras de éstos. j) La participación en las emisiones de valores y mediación por cuenta directa o indirecta del emisor en su colocación y aseguramiento de la suscripción de emisiones. k) El asesoramiento y prestación de servicios a empresas en las siguientes materias: estructura de capital, estrategia empresarial, adquisiciones, fusiones y materias similares. l) La gestión de patrimonios y asesoramiento a sus titulares. ll) La actuación, por cuenta de sus titulares como depositarios de valores representados en forma de títulos, o como administradores de valores representados en anotaciones en cuenta. m) La realización de informes comerciales. n) El alquiler de cajas fuertes».

(31) La profusa variedad de contratos en la práctica financiera depende de la función perseguida por las partes en la celebración del negocio, la cual se extrae del conjunto de derechos y obligaciones que constituyen el contenido global del contrato. En relación con el juego de esta autonomía de la voluntad contractual en los contratos de financiación, explicaba el profesor GARCÍA VILLAVARDE (1990: 12-13) que «bajo la unitariedad que da la existencia de causa específica del contrato, subyacen muchas posibilidades combinatorias: prestaciones típicas operando en mayor o menor medida como en el contrato del que proceden, prestaciones típicas con otras atípicas, diversas formas de interrelacionarlas, etc. Y los contratos de financiación, básicamente, por tratarse de contratos mercantiles, ofrecen problemas añadidos en el plano de las fuentes, que podrían agruparse en torno a la idea de la posibilidad de alteraciones del sistema de jerarquía de fuentes contenido en el artículo 2 C. Com.»

(32) Manual del usuario de Banca a Distancia, pág. 1, accesible por [https://oi.cajamadrid.es/CajaMadrid/pi/pt\\_oi/Login/login](https://oi.cajamadrid.es/CajaMadrid/pi/pt_oi/Login/login) (visto en julio 2008).

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

(34) Vid. condiciones generales de Open Bank, págs. 6-9, a través de «Transparencia y protección», desde la página de inicio, <https://bancaonline.openbank.es/>, visto en julio 2008.

(35) De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el «teléfono» es el «conjunto de aparatos e hilos conductores con los cuales se transmite a distancia la palabra y toda clase de sonidos por la acción de la electricidad». Dentro de este conjunto, el «fax» se conceptúa como «Sistema que permite transmitir a distancia por la línea telefónica escritos o gráficos» (<http://www.rae.es>, noviembre 2008).

(36) La telemática, la informática, procedente del inglés *telematics*, se define como la «aplicación de las técnicas de comunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada». La información computarizada entra en la competencia de la «informática», como «conjunto de conocimientos científicos y técnicos que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores» (<http://www.rae.es>, noviembre 2008).

(37) Mediante protocolos especiales de comunicación, la red mundial internet permite la conexión entre computadoras u ordenadores. La infraestructura se construye por varios medios de telecomunicación (cable telefónico, comunicaciones vía satélite...), cuya instalación y conexión entre las distintas redes se soporta por múltiples entidades, públicas y privadas (gobiernos, universidad, proveedores de acceso...). Cualquiera persona puede conectarse a la Red, a través de un proveedor de acceso y, de este modo, realizar todo tipo de actos y operaciones. Mayor detalle de un estudio jurídico-tecnológico puede consultarse en FLORES DOÑA (2002: 29 y ss.).

(38) Dentro del Plan Avanza, aprobado por el Gobierno en noviembre de 2004 para el desarrollo de la sociedad de la información y de

convergencia con Europa y entre comunidades autónomas y ciudades autónomas, la Ley de Impulso a la Sociedad de la Información (56/2007) incrementa los deberes de *status* de las empresas que pres-ten servicios al público en general de especial trascendencia económica; entre las que se encuentran las entidades de crédito mencionadas en el texto.

(39) Todos los medios de comunicación indicados se adscriben a la tecnología electrónica, representada por el campo de la física que tiene por objeto el estudio y aplicación del comportamiento de los electrones en diversos medios, como el de los semiconductores, sometidos a la acción de campos eléctricos y magnéticos. Esta definición es la que se formula para el término «electrónico» en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que dice: *Fis. y Tecnol.* «Estudio y aplicación del comportamiento de los electrones en diversos medios, como el vacío, los gases y semiconductores, sometidos a la acción de campos eléctricos y magnéticos» (<http://www.rae.es>, noviembre 2008).

(40) El artículo 2 de la LSI rige desde diciembre de 2008, de acuerdo con la disposición final cuarta, que dice: «*Entrada en vigor.* Esta Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*».

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

(41) La LCSF 22/2007, de 11 de julio, en su art. 4.1, se refiere a «los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor y a las ofertas relativas a los mismos..., cuyo objeto es la prestación de todo tipo de servicios financieros a los consumidores en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato».

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

(43) Art. 92 TRLGCU:

«*Concepto de contratos celebrados a distancia.*

1. Se regirán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial, *sin la presencia física simultánea de los contratantes*, siempre que la *oferta y aceptación* se realicen de forma exclusiva a través de una *técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario*.

2. Entre otras, tienen la consideración de *técnicas de comunicación a distancia*: los impresos con o sin destinatario concreto; las cartas normalizadas; la publicidad en prensa con cupón de pedido; el catálogo; el teléfono, con o sin intervención humana, cual es el caso de las llamadas automáticas o el audiotexto; la radio; el teléfono con imagen; el videotexto con teclado o pantalla de televisión; el *correo electrónico*; el fax y la televisión.

(44) La exclusión del contrato electrónico al realizado mediante teléfono y fax se deduce de la exclusión general de estos medios de comunicación de la LSSICE. A este respecto, en el anexo, letra a), su cuarto párrafo, se dice:

«No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes:

1.º Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex».

(45) La referencia al «documento informático como forma de contrato» se apunta por RODRÍGUEZ ADRADOS (1998). También SÁNCHEZ-LERMA (2000: 12) y ZAGAMI (2000; capítulo I: 1 y ss.). Una opinión contraria defiende el profesor VATTIER (2001: 82), para quien simplemente nos encontramos «ante un nuevo medio técnico, asimilable, desde este ángulo, a la máquina de escribir, al telégrafo, al teléfono, al télex o al telefax...», tal y como resulta de «la equivalencia del contrato electrónico a la forma escrita o documento privado, siempre que los mensajes electrónicos se archiven y se mantengan accesibles para su ulterior consulta, que consagra el Anteproyecto (art. 27)».

(46) Tiene interés resaltar la significación del término «documento», dada STS, de 3 de noviembre de 1998, en la interpretación del art. 76.3.c.2 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, como «cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos, por los que se pruebe, acredite o haga constar alguna cosa». De acuerdo con el Tribunal Supremo, «... aunque, al igual que en el caso de los documentos comunes, puede haber documentos electrónicos sin firma, el documento electrónico (y, en especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituido, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfanuméricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido... Por consiguiente... *el documento mercantil en soporte informático, ... debe gozar... de plena virtualidad jurídica operativa*» (Fundamento décimo, RJ 8251/1997).

(47) De acuerdo con el art. 26 del CP: «*A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro de relevancia jurídica*». Y un concepto similar se encuentra en el art. 491 bis del CP italiano, que dice: «*cualquier soporte informático que contenga datos o informaciones, con eficacia probatoria o programas específicamente destinados a elaborarlos*».

Según la STS de 18 de noviembre de 1998, para que los soportes materiales constituyan documentos a efectos penales deben cumplir una triple condición: 1) ser atribuibles a una o varias personas, aun cuando no estén firmados; 2) tener capacidad para producir efectos en el tráfico jurídico, y 3) estar destinados a dicho tráfico, bien desde su creación (documentos intencionales), bien con posterioridad (documentos ocasionales)... (Así puede verse en los comentarios a este precepto realizados por MOYNA y otros autores, 2001: 827).

(48) Pese a las diversas orientaciones, la doctrina coincide en el carácter material del documento (un *corpus*: papel, cinta magnetofónica) y su susceptibilidad para incorporar y transmitir una comunicación o una declaración (signos de la escritura sobre el papel, los sonidos grabados en la cinta). La relevancia jurídica de dicha representación es importante, porque de lo contrario no se tendría por documento por el Derecho (Vid. DIEZ PICAZO (1993: 188) y RODRÍGUEZ ADRADOS (1991: 328)). No obstante, la relevancia jurídica del documento es externa al documento en sí, porque depende del sistema de normas concretas (ZAGAMI, 2001: 1).

(49) *Caso American Express de España*. La existencia de un crédito puede probarse por la «copia de la certificación del saldo en la que aparece la firma digitalizada del apoderado, y un extracto del estado de la cuenta correspondiente al deudor... a efectos del procedimiento especial en el que nos hallamos la fotocopia de un documento o la impresión de un documento archivado informáticamente, máxime si tenemos en cuenta que el propio artículo 812 LEC alude a los documentos que justifiquen la pretensión «cualesquiera que sea

su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren». Por lo demás, esta posición encuentra su apoyo en que las normas generales sobre el proceso declarativo permiten la aportación de documentos mediante fotocopia simple (artículos 267 y 268 LEC), condicionando sin embargo su eficacia plena a su no impugnación por la adversa y, si así se hiciera, procederá su cotejo con el original, determinándose su valor probatorio según las reglas de la sana crítica (artículo 334 LEC) (auto 97/2007, de 30 de mayo, de la AP de Barcelona, Sección 17ª, fundamento de derecho segundo, en sus tres últimos párrafos —JUR\2007\268590).

(50) Con anterioridad al TRLGCU, la consideración del contrato electrónico como contrato a distancia se deducía de la definición de contrato electrónico en la LSSICE (Anexo, 1, letra h) y de la configuración de la Red Internet, como medio de interconexión a nivel global, si bien la opinión no era coincidente en la doctrina. A favor de dicha calificación, de la relevancia de la misma en la perfección del contrato y de las posturas dogmáticas al respecto, *vid.* FLORES DOÑA (2002: 87-89 y 124-134).

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

(52) *Caso American Express de España*: «Un examen de la documentación acompañada revela que el documento número uno es una grabación telefónica perfectamente audible... En este supuesto exige un principio de prueba de la existencia de la relación contractual de la que deriva la deuda cuya reclamación se pretende frente al Sr. Eugenio, consistente en la grabación de la conversación telefónica mediante la cual se produjo la contratación...». Asimismo se debe admitir la «certificación del saldo en la que aparece la firma digitalizada del apoderado». En ambos casos, «ha de aceptarse por lo tanto a efectos del procedimiento especial en el que nos hallamos la fotocopia de un documento o la impresión de un documento archivado informáticamente, máxime si tenemos en cuenta que el propio artículo 812 LEC alude a los documentos que justifiquen la pretensión “cualesquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentre...” (Auto 97/2007, de la AP Barcelona (Sec. 17), de 30 de julio, fundamento de derecho segundo, JUR\2007\268590, base de datos westlaw.ES).

(53) Estas indicaciones figuran en el apartado de «Seguridad en Openbank», págs. 1 y 2, publicadas en la URL <https://bancaonline.openbank.es/servlet/>, visto en julio 2008.

(54) Estas indicaciones figuran en el apartado de «Seguridad en Openbank», págs. 1 y 2, publicadas en la URL <https://bancaonline.openbank.es/servlet/>, visto en julio 2008.

(55) El estudio de todo el marco normativo comparado y español de la forma y firma electrónicas, con especial referencia a la contratación bancaria puede consultarse en FLORES DOÑA (2007: 195-239).

(56) En relación con la seguridad, en las condiciones publicadas por ING Direct se dice: «8. TECNOLOGÍA DE SEGURIDAD EN ING DIRECT. El Servidor de ING Direct usa certificados emitidos por Verisign para realizar comunicaciones seguras y cifradas. Esta certificación de Internet es similar a un documento de identidad en las personas y es emitido exclusivamente para una página web concreta. De esta manera, se tiene absoluta seguridad de que el cliente está comunicando sus datos a un servidor de ING Direct y no a un tercero (nadie puede hacerse pasar por ING Direct, ya que el certificado está únicamente en nuestras instalaciones). Por ello, es muy importante que cualquier tráfico de información personal se realice median-

te páginas HTTPS (La S final nos indica que estamos intercambiando información con un servidor SEGURO) y comprobar que el certificado es de dicho *site* (haciendo doble clic sobre el candado que nos aparecerá, veremos los datos de dicho Certificado, y podremos validar que efectivamente la página web está certificada)... Nuestro servidor cumple con los requisitos para que una transacción comercial por Internet se considere segura (consulta de sus cuentas personales, transferencias, etcétera)».

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

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

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

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

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

(61) La seguridad de la firma electrónica avanzada, con la consiguiente certeza respecto de la autoría de la declaración a la que se asocia y a la integridad de la misma, es opinión compartida por la generalidad de la doctrina. *Vid.*, entre otros, ILLESCAS (2001: 99); GONZÁLEZ ECHENIQUE (2003: 222).

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

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

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

(65) La remisión a la LGCU ha de entenderse realizada al art. 88 del TRLG 1/2007, sobre *Cláusulas abusivas sobre garantías*, que, en su número 3, dice: «La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario del pro-

veedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia».

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

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

b) Que el certificado esté garantizado por un prestador de servicios de certificación establecido en el Espacio Económico Europeo que cumpla los requisitos establecidos en la normativa comunitaria sobre firma electrónica para la expedición de certificados reconocidos.

c) Que el certificado o el prestador de servicios de certificación estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad Europea y terceros países u organizaciones internacionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (1990), *Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el Mercado financiero*, Madrid.
- (2000), *Nuove leggi civ. Comm.* (BIANCA/CLARIZIA/FRANCESCHELLI/GALLO/MOSCARINI/PACE/PATI), Milán.
- (2002), «Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuale», en *Commercio elettronico, documento informatico e categorie civilistiche* (SICA/STANZIONE, dir.), Milano.
- (2002), *Electronic business in Europa* (LEHMANN, dir.), Munich, Viena.
- (2007), *Derecho patrimonial y tecnología*, PARRA, A. (dir.), GUERREIRO, M.ª J. (coord.), Barcelona.
- (2007), *La contratación bancaria*, dirigida por SEQUEIRA, A.; SACRISTÁN, F.; y GADEA, E.; Madrid.
- ALPA, G. (2002), «Postfazione», en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia* (GALGANO, dir.), vol. XXVII, «Il contratto telematico», por RICCIUTO, V., Milán.
- ARROYO, A. (2003), *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio minorista*, Madrid.
- BERCOVITZ, A. (1984), «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Estudios sobre consumo*, n.º 3.
- BÜCHNER, O. (2002), «Internetspezifische Vertragsformen in europäischen Kontext», Wien.
- CABELLA, L. (2007), «Cittadini e consumatori nel diritto dell'Unione Europea», *Contratto e impresa/Europa*, 2, 674 y ss.
- CORTES, L. (2004), *Lecciones de contratos y mercados financieros*, Madrid.
- EBERS, M. (2007), «La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione», *Contratto e impresa/Europa*, 2, 696 y ss.
- DÍEZ PICAZO, L. (1993), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid.

- DE SANTIS, A. (2002), «Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuale», en *Commercio elettronico, documento informatico e categorie civilistiche* (SICA/STANZIONE, dir.), Milán.
- ESPIN, C. (2007), «Las fuentes del Derecho bancario», en AA.VV. (2007), Madrid.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2003), *La contratación electrónica de servicios financieros*, Madrid.
- FLORES DOÑA, M.ª S. (2002), *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*, Madrid.
- (2007), «Autenticidad en la contratación bancaria electrónica», en AA.VV. (2007), Madrid.
- GARCÍA DE LA RASILLA, A. (2005), *La reforma de la Bolsa y el desarrollo de los mercados*, Madrid.
- GARCÍA VILLAVARDE, R. (1990), «Tipicidad contractual y atipicidad», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid.
- GONZÁLEZ ECHENIQUE (2003), «La firma electrónica: análisis del nuevo régimen jurídico contenido en la Ley 57/2003, de 19 diciembre (<http://www.revistasice.com/Estudios/Documentos/ice/813/ICE8130113.PDF>)».
- ILLESCAS, R. (2001), *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid.
- KARTEN, A. (2007), «A high common level of consumer protection and better enforcement in Europe. The way forward», *Contratto e impresa/Europa*, 2, 55 y ss.
- KRIMPHOVE, D. (2008), «Diritto bancario europeo y tecniche del legislatore comunitario», *Contratto e impresa. Europa*; 1-2008: 199 y siguientes.
- MADRID, A. (2007), «Impulso al empleo de técnicas electrónicas», en AA.VV. (2007), Madrid.
- MARÍN LÓPEZ, J. (2006), «Los servicios financieros y las nuevas tecnologías de la información y comunicación: la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores», EC, 76: 9 y ss.
- MENÉNDEZ, A. (1990), «El Derecho Mercantil en el siglo XXI», *La Ley*, núm. 2546, de 26 de diciembre.
- MOYNA, J., y otros autores (2001), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Madrid.
- PAREJO, J.A.; CUERVO, A.; CALVO, A., y RODRÍGUEZ, L. (2004), *Manual de Sistema financiero español*, Madrid.
- PINOCHET, R. (2001), *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Madrid.
- PONCIBO, C. (2007), «Il consumatore medio», *Contratto e impresa/Europa*, 2, 734 y ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1991), «Comentario al artículo 1216», *Comentarios al Código Civil* (AA.VV., dir.), Madrid, T.II.
- (1998), «El documento negocial informático», AAMN, 28: 433 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (1987), «La delimitación de la figura de "entidad de crédito" y la de otros sujetos», RDBB: 709 y ss.
- (1995), «Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho Mercantil al finalizar el siglo XX», *Perspectivas actuales del Derecho Mercantil*, coordinado por el mismo autor, Pamplona.
- SÁNCHEZ-LERMA, C. (2000), «Contratación electrónica: firma electrónica y fe pública», RALJ: págs. 9 y ss.
- SANTIS (2002), «Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuale», en *Commercio elettronico, Documento informatico e categorie civilistiche* (SICA y STANZIONE, dir.), Milán.
- TAPIA HERMIDA, A. (2007), «El concepto y la clasificación de los contratos bancarios», en AA.VV. (2007), Madrid.
- URÍA, R., y MENÉNDEZ, A. (1999), *Derecho Mercantil*.
- VATTIER, C. (2001), «Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico», RCE, 18: 71 y ss.
- VIERA, J. (2007), «Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», en AA.VV. (2007), Madrid.
- ZAGAMI, R. (2000), *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Milano.
- ZORZI, N. (2002), «La disciplina europea dei servizi finanziari», en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia* (GALGANO, dir.), vol. XXVII, «Il contratto telematico», por RICCIUTO, V., Milán.

# La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia

María Rosa Tapia Sánchez

## I. LA TRANSPARENCIA INFORMATIVA COMO FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS

Es un hecho generalizado que, en todas las leyes de protección del consumidor aprobadas en las últimas décadas, el legislador ha concedido un lugar privilegiado al principio de transparencia informativa, considerándolo el instrumento idóneo para proporcionar al consumidor un nivel adecuado de protección. Ello es así tanto en las que tienen un alcance general (RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la LGDCU) como en las más especiales centradas en el campo del comercio electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico). A través de estas normas, se desarrollan las obligaciones informativas que, frente a los consumidores, deben llevar a cabo las empresas, aunque su principal defecto ha sido el no dar cobertura a todos los supuestos de contratación electrónica, puesto que han restringido su ámbito de aplicación a determinados tipos de contratación. La LGDCU tiene sobre todo un valor interpretativo, en la medida en que establece (art. 17.1) los principios generales y los derechos básicos que integran el estatuto de protección de los consumidores y usuarios (1). Sin embargo, el régimen general de la contratación a distancia previsto en los arts. 92 y ss. del TR de la LGDCU no es de aplicación a los contratos a distancia de servicios financieros, por estar expresamente excluidos de su regulación «los contratos sobre servicios financieros» (art. 93. c del TR de la LGDCU). Por lo que se refiere a la LSSI y CE 34/2002, su régimen se centra en la contratación electrónica (internet), pero no abarca todos los servicios que se prestan a distancia, excluyendo otros tan utilizados en la contratación bancaria de los últimos tiempos, como los efectuados por vía telefónica, fax u otros sistemas de alcance similar (2).

Para hacer frente a esta necesidad, se aprueba la 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, que fue incorporada al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 22/2007, de 11 de julio, que lleva el mismo nombre de la Directiva. El objetivo principal de la Directiva 2002/65/CE ha sido el de garantizar a los consumidores libertad en la elección y acceso a la amplia gama de nuevos servicios financieros disponibles en el mercado interior, para que puedan elegir los que mejor se adapten a sus necesidades. Para conseguir este objetivo, es necesario un alto nivel de protección de los consumidores que aumente su confianza en las nuevas técnicas de comercialización a distancia de servicios financieros. A este fin responde el establecimiento de un régimen riguroso en cuanto a la información que han de recibir los consumidores antes de la celebración del contrato electrónico, conforme se señala en el considerando 3 de la propia Directiva, cuya finalidad es garantizar que el consentimiento que el consumidor presta en estos contratos no adolece de deficiencias informativas derivadas de un uso inapropiado de las técnicas de comunicación a distancia. Se pretende que la información suministrada al consumidor sea, no sólo *suficiente* para poder apreciar el servicio financiero que se le propone y, en consecuencia, realizar su elección con conocimiento de causa, sino también la *adecuada* respecto del medio de transmisión electrónico elegido: web, fax, teléfono... (3). En este sentido, debe considerarse acertado el régimen específico de información previsto para el caso de comunicación a través de telefonía vocal, no contemplado en ninguna norma anterior de protección al consumidor (4).

No obstante, debe tenerse en cuenta que los requisitos de información enumerados en la directiva y en la LCDSF 22/2007 se refieren a la información de carácter

general aplicable a los servicios financieros de todo tipo. Esta información deberá completarse, según determina el art. 8 LCDSF 22/2007, con la información que se contenga en la respectiva norma específica que regule cada servicio financiero concreto (art. 1, *in fine*, LCDSF 22/2007). Así, en el caso de los «servicios bancarios» celebrados a distancia, habría que acudir a las normas particulares de cada una de estas operaciones (depósito, préstamo, *factoring*, arrendamiento financiero, operaciones de pago, mediación, garantía, contratos sobre valores o instrumentos financieros negociables, ...) enunciadas en el art. 52 de la LDIEC, al que se remite el artículo 4.2. a) LCDSF. Una especial relevancia alcanza en el ámbito económico actual la normativa sobre préstamos hipotecarios y créditos al consumo, cuya última Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, sobre crédito al consumo, está aún pendiente de incorporación al derecho español. También habrán de tenerse en cuenta las circulares del Banco de España sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (Circular Banco de España. n.º 8/1990, de 7 de septiembre, modificada en último lugar por la Circular Banco de España n.º 3/2001, de 24 de septiembre), así como las normas de transparencia de precios de los servicios bancarios prestados mediante servicios automáticos (Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril).

Pero además el proveedor de servicios financieros habrá de tener presente, en relación con la información de las condiciones contractuales, no sólo la obligación general que impone el art. 27.4 LSSI y CE (5), sino también el régimen de información previsto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998 y por el RD 1906/1999, de 17 de diciembre de 1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo de la Ley 7/1998, de 13 de abril de 1998, de condiciones generales de la contratación.

Es innegable que los medios de transmisión electrónica, y en particular internet, presentan innumerables ventajas de rapidez y economía como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información, como ha reconocido el propio legislador en el Preámbulo de la LCDSF (6). Sin embargo, la utilización de técnicas de comunicación a distancia no debe provocar una limitación indebida de la información proporcionada al cliente durante las distintas fases de la contratación (promoción, oferta, negociación, celebración y cumplimiento). La ausencia de presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor plantea algunos inconvenientes o incertidumbres jurídicas, como es el riesgo de inseguridad respecto del contenido íntegro e inalterable de la información producida y comunicada entre las partes interesadas, así como respecto de la identidad entre el autor real y aparente de las declara-

ciones. A estos inconvenientes, que han ido surgiendo por el empleo de las nuevas técnicas de transmisión de información, se ha ido encontrando solución mediante las sucesivas técnicas de identificación del autor (claves de acceso y operativa en la contratación bancaria electrónica), las técnicas de accesibilidad y reproducibilidad sin cambios de la información almacenada en los soportes, sistemas de bloqueo del funcionamiento de cuentas, las firmas electrónicas avanzadas o la intervención de un prestador de servicios de certificación (7).

La elección de una técnica de comunicación a distancia para la contratación con el consumidor determina que el suministro de información presente ciertas peculiaridades, si se compara con el sistema tradicional de contratación a distancia mediante el envío de correspondencia escrita. Son las siguientes:

1º. Con las nuevas técnicas de comunicación a distancia, se han multiplicado las formas de suministro de información a los consumidores. La comunicación de información es ahora posible mediante *simple acceso*, que no *transmisión*, como sucede con la información que se aloja en una web. El cliente dispone de un canal de acceso continuo a la información publicada en la web de la entidad bancaria. Pero también podrá obtener información personalizada a través de teléfono, fax o correo electrónico. Además, las posibilidades de comunicación se han visto multiplicadas con la convergencia tecnológica de todas ellas en la creación de un sistema integrado que hace posible la interoperatividad de todos los canales de comunicación. Este sistema integrado permite al consumidor no sólo consultar la información disponible, sino también contratar y realizar otras tantas operaciones (solicitar información complementaria, creación del derecho de firma electrónica, revocación del consentimiento, ...). En coherencia con ello, el art. 2 LMISI, obliga a las entidades de crédito a tener un medio de interlocución telemática a través del cual los consumidores puedan celebrar contratos electrónicos, consultar los datos correspondientes a su relación bancaria, presentar quejas y reclamaciones, y modificar sus datos de carácter personal (Flores Doña, 2009: 12).

2º. El cumplimiento de los deberes informativos por parte de los proveedores de servicios está también condicionado a la utilización de un *soporte duradero*, entendiéndose por tal «todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada, y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada (art. 6.1 LCDSF)». La directiva 2002/65/CE concreta estos instrumentos, considerando que son soportes duraderos los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y los discos duros de los ordenadores de los con-

sumidores en que estén almacenados mensajes de correo electrónico. Sin embargo, no tendrían esta consideración las direcciones de internet (considerando 20). Este condicionamiento responde a la necesidad de asegurar la accesibilidad, autenticidad e integridad de los datos e imágenes que constituyen la información, propiedades que sólo se derivan de la utilización de soportes duraderos (Flores Doña, 2009: 26 y ss.).

3º. Las técnicas de comunicación a distancia van a condicionar cada momento de la relación negocial entre el proveedor de servicios y el consumidor, afectando al tratamiento jurídico de cada uno de los actos comprendidos en el proceso de formación, celebración o cumplimiento del contrato. En primer lugar, se ha admitido la modalidad de «consentimiento electrónico» cuando se utilicen entre proveedor y consumidor exclusivamente técnicas de comunicación a distancia para la celebración de contratos, como se desprende del art. 4.1 LCDSF. También la promoción publicitaria, mediante el simple alojamiento de informaciones en la web del proveedor, nuevas formas de prueba documental y de documentación de los contratos, etcétera.

## II. LOS DEBERES DE INFORMACIÓN EN LA FASE PRECONTRACTUAL RESPECTO DEL CLIENTE BANCARIO

El derecho del cliente bancario a obtener información previa al contrato tiene su fundamento jurídico en el art. 60 LGDCU, que determina la obligación general de todo empresario de poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. A continuación, determina el precepto las informaciones sobre los bienes o servicios que tendrán la consideración de «relevantes» (8), admitiendo que también puedan ser «relevantes» las informaciones establecidas en otras normas que resulten de aplicación, como sería el caso de las contenidas en la normativa de contratación a distancia de servicios financieros y en la de contratación bancaria.

### 1. Contenido de la información precontractual

La información precontractual que la Ley 22/2007 obliga a ofrecer al consumidor de servicios financieros a distancia tiene una doble finalidad: por un lado, el ofrecimiento de las «condiciones de prestación del servicio financiero». Esta información se detalla en el artículo 7.1 y se refiere a la identidad del proveedor, a las características del servicio financiero, a las técnicas de

contratación a distancia que se vaya a utilizar para la perfección del contrato y a los medios de reclamación e indemnización. También se establecen normas especiales en el caso de comunicación a través de telefonía vocal. Ha de tenerse en cuenta que se trata de un contenido mínimo, pudiendo el prestador obligarse a facilitar más informaciones que las que se expresan en estos preceptos. Por otro lado, el proveedor deberá también comunicar al consumidor durante la fase precontractual las «condiciones contractuales», debiendo éstas ajustarse a la legislación específica del contrato que se celebra (art. 7.4).

Junto a estos requisitos mínimos de información previa al contrato, el art. 8 LCDSF establece otros requisitos adicionales de información que se puedan exigir conforme a la regulación sectorial del servicio financiero concreto, ya que el contenido que determina la LCDSF se refiere a la información de carácter general aplicable a los servicios financieros de todo tipo. Así, el proveedor de servicios bancarios deberá completar la información que establece el art. 7 LCDSF con las exigencias de información contenidas en la Circular nº 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, tras la reforma operada en la misma por la Circular del Banco de España 3/2001 de 24 de septiembre, además de algunas órdenes ministeriales sobre transparencia informativa en algunas materias como tipos de interés, transparencia de las condiciones de los préstamos hipotecarios y transparencia de los servicios prestados mediante cajeros automáticos.

#### 1.1. Información general destinada a los consumidores de servicios financieros a distancia

##### A) Información sobre el proveedor y las condiciones de prestación del servicio financiero

###### — Información sobre el proveedor

El art. 7.1.1 señala una serie de informaciones, relativas al propio proveedor, que deberán suministrarse al consumidor de servicios financieros durante la fase precontractual. Dichas exigencias deben completarse con las que, a un nivel más general, establece el art. 10 LSSI y CE respecto del prestador de servicios de la sociedad de la información.

a) «La identidad y actividad principal del proveedor, la dirección geográfica en que el proveedor esté establecido y cualquier otra dirección geográfica que proceda en las relaciones del consumidor con el proveedor». La información exigida es prácticamente equivalente a la contenida en el art. 10.1 a) LSSI y CE, toda vez que este último se refiere al «nombre o denominación social,

su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España, su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva».

b) «Cuando intervenga un representante del proveedor establecido en el Estado miembro de residencia del consumidor, la identidad de dicho representante legal, la calidad con la que éste actúa, su dirección geográfica, teléfono, fax y, en su caso, correo electrónico a los cuales pueda dirigirse el consumidor para sus relaciones con el representante, así como la identidad completa del proveedor». La información sobre el representante constituye una exigencia específica de la contratación a distancia de servicios financieros y trata de regular el supuesto de hecho en el que un prestador de servicios domiciliado en otro Estado miembro actúa en España a través de una oficina de representación (Viera, 2007: 167 y ss.).

c) «En caso de que las relaciones comerciales del consumidor sean con algún profesional distinto del proveedor, como los representantes o intermediarios de entidades financieras, la identidad de dicho profesional, la condición con arreglo a la que actúa respecto al consumidor y la dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el profesional» (9).

d) «Cuando el proveedor esté inscrito en un registro público, el registro en el que proveedor esté inscrito y su número de registro, o medios equivalentes de identificación en dicho registro». En este mismo sentido se expresa el art. 10.1. b) LSSI y CE.

e) «Si el proveedor o una determinada actividad del proveedor está sujeta a un régimen de autorización, los datos de la correspondiente autoridad de supervisión». Dicha información, también exigida por el art. 10.1 c) LSSI y CE, cobra especial relevancia en la contratación de servicios financieros a través de internet, donde lo habitual será que el consumidor contrate con una entidad financiera sometida a la supervisión del Banco de España, de la CNMV o del órgano supervisor de la actividad aseguradora.

#### — Información relativa al servicio financiero

a) «Una descripción de las principales características del servicio financiero, en los términos que determinen las normas reglamentarias de desarrollo».

b) «El precio total que debe pagar el consumidor al proveedor del servicio financiero, con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través del proveedor o,

cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio».

c) «En su caso, una advertencia que indique que el servicio financiero está relacionado con instrumentos que implican riesgos especiales, tales como los de escasa o nula liquidez, la posibilidad de que no se reembolsen íntegramente los fondos depositados o de que el precio del servicio se incremente de manera significativa, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio dependa de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control del proveedor, y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros».

d) «La indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo».

e) «Toda limitación del período durante el cual la información suministrada sea válida».

f) «Las modalidades de pago y de ejecución».

g) «Cualquier coste suplementario específico para el consumidor inherente a la utilización de la técnica de comunicación a distancia, en caso de que se repercuta dicho coste».

h) «En el caso de los planes de pensiones se informará al consumidor de que las cantidades aportadas y el ahorro generado se destinarán únicamente a cubrir las situaciones previstas en el contrato y no podrán ser recuperados para otro fin distinto de los supuestos excepcionales contemplados en las condiciones contractuales, todo ello de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable».

#### — Información sobre el contrato a distancia

a) «La existencia o no de derecho de desistimiento, de conformidad con el artículo 10 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercitarlo, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al artículo 11, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho y su pérdida cuando, antes de ejercer este derecho, se ejecute el contrato en su totalidad por ambas partes, a petición expresa del consumidor».

b) «Las instrucciones para ejercer el derecho de desistimiento, indicando, entre otros aspectos, a qué dirección postal o electrónica debe dirigirse la notificación del desistimiento».

c) «Duración contractual mínima, en caso de contratos de prestación de servicios financieros permanentes o periódicos».

d) «Información acerca de cualquier derecho, distinto del contemplado en la letra a), que puedan tener las partes a resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a las condiciones del contrato, incluidas las penalizaciones que pueda contener el contrato en ese caso».

e) «El Estado o estados miembros en cuya legislación se basa el proveedor para establecer relaciones con el consumidor, antes de la celebración del contrato».

f) «Las cláusulas contractuales, si las hubiere, relativas a la ley aplicable al contrato a distancia y a la jurisdicción competente para conocer el asunto».

g) «La lengua o las lenguas en que las condiciones contractuales y la información previa se presentan, y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato y ejecutarse las prestaciones derivadas del mismo, de acuerdo con el consumidor».

#### — Información en cuanto a los medios de reclamación e indemnización

a) «A qué sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, de carácter público o privado, puede el consumidor tener acceso y cómo puede acceder a ellos».

b) «La existencia de fondos de garantía u otros mecanismos de indemnización, sean de carácter obligatorio o voluntario».

#### B) Especialidades en el contenido de la información en el supuesto de comunicación a través de telefonía vocal

Cuando la técnica de comunicación a distancia elegida por el proveedor para ponerse en contacto con el consumidor es la telefonía vocal, la propia naturaleza de este medio hace que no sea apropiado suministrar el mismo volumen de información que se le hace llegar a través de otros medios de transmisión electrónica o escrita (web, fax, etc.), por considerarse excesiva (10). La lectura por teléfono al consumidor de todas y cada una de las condiciones del contrato y de las condiciones de prestación del servicio daría lugar a resultados poco prácticos para el consumidor, que se vería desbordado por el suministro de una información exageradamente abundante si se pone en relación con la naturaleza del medio vocal empleado. Paradójicamente, el consumidor podría encontrarse con una situación de desinformación, precisamente por exceso de informa-

ción. Conviene, por lo tanto, que la información sea la adecuada respecto del medio que se emplea. Consciente de esta circunstancia, el legislador comunitario establece, en la Directiva 2002/65/CE, un contenido mucho más esquemático para el caso de comunicación a través de telefonía vocal (art. 3.3), acogido casi literalmente por el art. 7.3 LCDSF. El precepto establece las siguientes normas:

«a) Al comienzo de toda conversación con el consumidor se indicará claramente la identidad del proveedor y el fin comercial de la llamada iniciada por el proveedor;

b) Previa aceptación expresa del consumidor, sólo deberá suministrarse la información siguiente:

1º. Identidad de la persona en contacto con el consumidor y su vínculo con el proveedor.

2º. Una descripción de las características principales del servicio financiero.

3º. El precio total que debe pagar el consumidor al proveedor del servicio financiero, incluidos todos los impuestos pagados a través del proveedor o, cuando no se pueda indicar un precio exacto, la base del cálculo que permita al consumidor comprobar el precio.

4º. Indicación de que pueden existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo.

5º. Existencia o inexistencia de un derecho de desistimiento, de conformidad con el artículo 10 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al artículo 11.

c) El proveedor informará al consumidor acerca de la existencia de información adicional disponible previa petición y del tipo de información en cuestión».

#### 1.2. Información especial destinada al consumidor bancario

La información exigida por la LCDSF 22/2007 en su artículo 7 se refiere a la información de carácter general aplicable a los servicios financieros de todo tipo (bancarios, relativos a la actividad aseguradora y a los servicios de inversión). Sin embargo, no es ésta la única información que ha de ofrecerse al consumidor de servicios financieros, pues deberá completarse con aquella que resulte de la legislación especial aplicable al servicio financiero objeto del contrato a distancia, según

determina el art. 8 LCDSF. Así, el proveedor de servicios bancarios deberá completar la información remitida a sus clientes con la contenida en la normativa bancaria. La principal finalidad de esta información especial es la de lograr que los clientes de las entidades de crédito puedan comprender el alcance de sus derechos y obligaciones, en un ámbito en el que la especialidad y complejidad de las condiciones contractuales los hace frecuentemente de difícil comprensión para el cliente que carezca de conocimientos financieros (11). Se considera, que el derecho de información no sólo es la forma más importante de proteger los intereses del cliente, sino que además promueve la competencia entre las entidades, ya que facilita la comparación entre sus ofertas (12). Por su parte, el Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros —aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero— deja claro el objeto de estas normas de transparencia y protección de la clientela, al definir las, en su art. 6.5, como «aquellas que contienen preceptos específicos referidos a las entidades de crédito y que con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes, establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unos y otros, exigen la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regulan determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información».

El origen de la normativa bancaria se encuentra en la LDIEC, que establece el soporte legal del conjunto de disposiciones reglamentarias de transparencia y protección a la clientela de las entidades de crédito. En concreto, su art. 48.2.d) faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para dictar las normas necesarias para obligar a que la publicidad de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones (13). Haciendo uso de esta habilitación reglamentaria, el Ministerio de Economía y Hacienda dictó la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y la Circular nº 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificada en último lugar por la Circular del Banco de España 3/2001, de 24 de septiembre (14).

En el campo de los préstamos hipotecarios, el artículo 48.2. e) de la LDIEC habilita al Ministerio de Economía para dictar normas sobre el contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés en este contrato (15). En respuesta a esta habilitación, el Ministerio dictó la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En estos momentos, se encuentra en tramitación un proyecto de Ley, de 18 de julio de 2008, por la que se regula la contratación con

los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

La última habilitación concedida por el art. 48.2 de la LDIEC al Ministerio de Economía y Hacienda fue introducida por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, incorporando el apartado g), relativo a las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica. Al amparo de esta facultad, se aprobó la Orden de 24 de abril de 2003 sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos.

En todas estas normas se establece una serie de obligaciones específicas de información a cargo de las entidades bancarias, cuya finalidad es conseguir la protección del cliente bancario a través de la transparencia en los diversos momentos de las relaciones que entablan con la entidad, bien sea en fase precontractual, bien en el momento de la perfección del contrato o, finalmente, en la ejecución de éste. Sin embargo, la normativa dedica especial atención a la fase precontractual, etapa en la que un potencial cliente, interesado en contratar una operación o servicio bancario, recaba información sobre sus condiciones económicas de una o varias entidades que ofrecen el mismo servicio. La normativa incluye una serie de normas referidas a la información que las entidades deben ofrecer sobre sus intereses y comisiones y a la publicidad que contenga datos de esa naturaleza, información que, en última instancia, va a permitir que se puedan comparar las condiciones económicas ofrecidas por las entidades que operan en el mercado bancario. Precisamente, con la finalidad de permitir al consumidor la comparación de las diversas ofertas, se tiende a exigir un contenido estandarizado de la información. En este sentido, la directiva 2008/48/CE, sobre contratos de crédito al consumo, establece una Información Normalizada Europea sobre el crédito al consumo en su anexo II, que viene a unificar el contenido de este contrato bancario en el ámbito de la Unión Europea.

#### *A) Información sobre tipos de interés*

El devengo de intereses constituye uno de los elementos más importantes en el contenido de los contratos bancarios, bien sea un interés remuneratorio para el cliente, en los casos de depósito, o para la entidad, cuando es ésta quien otorga una financiación al cliente. De ahí que la normativa de transparencia bancaria regule con detalle todo lo relativo a los tipos de interés. Esta regulación tiene como base el «principio de libertad de fijación de tipos de interés», contenido en el art. 1º de la Orden de 12 de diciembre de 1989 (16).

Dicho principio se completa con una regulación contenida en la Circular del Banco de España nº 8/1990, de 7 de septiembre, en cuanto a la información de los tipos de interés que deben publicarse de forma obligatoria por las entidades, y el procedimiento de tal publicación. Son tipos de interés de obligada publicación (conforme a la norma 1ª de la Circular Nº 8/1990):

— *Tipo de interés preferencial*, definido como el tipo de interés que las entidades apliquen en cada momento a las operaciones realizadas en España con sus clientes de mayor solvencia, incluidos en el sector privado, denominadas en euros o en pesetas, cualquiera que sea su modalidad, a corto plazo y de importante cuantía (17).

— *Tipos aplicables en descubierto en cuenta corriente*. Se hará constar separadamente el tipo aplicable a descubierto en cuenta corriente con consumidores, siendo este tipo de obligada aplicación, salvo que contractualmente se hubiese previsto la aplicación de un tipo inferior. A estos tipos se refiere el art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que establece que en los mismos no se podrá aplicar un interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

— *Tipos aplicables a excedidos en cuenta de crédito o diferencial penalizador sobre el tipo de interés pactado para el préstamo correspondiente*. Igual que en el caso anterior, este tipo será obligatorio para todas las obligaciones de esta naturaleza, salvo que se pactase uno inferior.

— Junto a éstos, la Circular nº 8/1990 señala *otros tipos de publicación voluntaria* en su norma 1ª.3, dando opción a las entidades a que publiquen, de la misma forma que la establecida para los tipos de obligada publicación, los tipos de referencia correspondientes a otros apoyos financieros a plazo que consideren más habituales o representativos entre los que estén dispuestos a conceder, y en particular los que afecten al consumo y a la adquisición hipotecaria de viviendas. Esta información tendrá carácter orientativo para los clientes, y no limita la libertad de contratación de las partes.

— *Tipos de cambio*. Aunque no se trata de tipos de interés, la norma 1ª bis de la Circular 8/1990 equipara los tipos de cambio, en relación con la obligatoriedad de su publicación, con los tipos de interés. Establece que las entidades de crédito que realicen con su clientela operaciones de compraventa de divisas o billetes extranjeros de países no integrados en la Unión Económica y Monetaria deben publicar los tipos mínimos de compra y máximos de venta, o, en su caso, los tipos únicos que aplicarán cuando la operación no exceda de 3.000 €. Estos tipos también se aplicarán a las com-

praventas de divisas derivadas de transferencias desde el extranjero, hasta el mismo importe.

En cuanto al *procedimiento de publicación*, existe un doble requerimiento de información sobre los tipos de interés mencionados, pues las entidades deben tanto publicarlos en sus propias oficinas (norma 5ª Circular 8/1990) como comunicarlos al Banco de España (norma 1ª.4, Circular 8/1990). En sus oficinas, deben ofrecer la información sobre sus tipos de interés mediante un tablón de anuncios que deben colocar en cada una de ellas abiertas al público, en un lugar destacado que atraiga la atención, facilitando de esta manera que cualquier persona que acceda a una oficina bancaria pueda comprobar por sí misma, entre otras informaciones, las condiciones sobre tipos de interés que la entidad ofrece con carácter general. Este tablón de anuncios se ha configurado como el medio permanente y obligatorio de comunicar a la clientela, en cada una de las oficinas, toda aquella información que deban poner en conocimiento de sus clientes, detallándose en la norma 5ª de la Circular 8/1990, en doce apartados, cuáles han de ser los extremos publicados (18). Para las entidades que trabajen exclusivamente en régimen de banca telefónica, está prevista la sustitución de este tablón por una comunicación a los clientes, al menos trimestral, de la misma información que debe incluirse en el tablón. Las entidades que operan a través de internet deben incluir en su dirección de la Red la información obligatoria del tablón de anuncios, así como el folleto de tarifas y las normas de valoración. Todo ello se publicará de forma destacada, sencilla, gratuita y accesible para el público en general, sin quedar restringido el acceso a los clientes de la entidad.

Por otra parte, las entidades están obligadas a comunicar al Banco de España tanto los tipos de interés señalados en la norma, y sus modificaciones, expresando las fechas de aplicación de los nuevos tipos, como los tipos de interés medios ponderados de determinadas operaciones. Esta comunicación se efectuará con carácter mensual, al objeto de que esta institución elabore y publique ciertos índices o tipos de referencia del mercado hipotecario, conforme se detalla en la norma 2ª de la Circular 8/1990.

#### B) Información sobre comisiones

La normativa de transparencia pretende conseguir, en lo relativo a las comisiones, que la clientela, con carácter previo a la contratación, tenga una información completa sobre las comisiones que se puedan aplicar por los servicios que vayan a solicitar, y que exista a disposición del público un instrumento efectivo, accesible y fácil de manejar sobre las tarifas de comisiones, que permita comparar los precios que las distintas entida-

des cobran por los mismos servicios, fomentando tanto la claridad informativa como la competencia entre entidades (Miralles, 2007: 287). Al igual que para los tipos de interés, se parte del principio de libertad de establecimiento de las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito (art. 5 Orden de 12 de diciembre 1989). Sin embargo, este principio de libertad encuentra determinadas excepciones en el ámbito de los préstamos hipotecarios y préstamos al consumo, cuya normativa específica limita cuantitativamente las comisiones ligadas a este tipo de operaciones en los supuestos de reembolso o cancelación anticipada del crédito al consumo o del préstamo hipotecario (19).

Las tarifas de comisiones deberán cumplir una serie de requisitos formales y materiales, regulados minuciosamente en la norma 3ª de la Circular 8/1990, cuya nota fundamental gira en torno a la obligación por parte de la entidad de crédito de redactar un *folleto de tarifas*, cuya redacción debe ser clara, concreta y fácilmente comprensible para la clientela, sin incluir aquellos conceptos que sean innecesarios o irrelevantes. El folleto deberá incluir las tarifas de comisiones, comprendiendo todas las operaciones o servicios que la entidad realiza habitualmente, aunque se admite que se excluyan las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular y las que correspondan a garantías crediticias o aseguramientos de emisiones privadas y factorajes sin recurso, que pueden incluirse con carácter indicativo. Deberá también incluir los supuestos en que las comisiones son aplicables, y su periodicidad en el caso de que sean comisiones cuyo devengo se repita periódicamente.

Los folletos se remitirán al Banco de España, antes de su aplicación, para que compruebe que se cumplen los requisitos señalados en la normativa, sin que pueda desprenderse de este control previo ejercitado por el Banco de España una evaluación positiva o recomendación para los potenciales clientes acerca de los servicios ofertados por la entidad bancaria (Miralles, 2007: 288). Una vez que el folleto haya sido supervisado por el Banco de España o la CNMV, en su caso (20), sin que estos órganos hubieran manifestado objeción alguna o recomendación al respecto, las entidades deberán comunicar la fecha en la cual entrarán en vigor al menos con 48 horas de antelación a la misma, fecha en la que se incluirán en las páginas del Banco de España en internet aquellos epígrafes del folleto cuya puesta a disposición del público corresponde al Banco de España. Los folletos de tarifas también podrán consultarse a través de las propias entidades, cuyas oficinas deben tener en todo caso un folleto anunciado en los propios tablones de anuncios de cada sucursal bancaria (norma 5ª.1.b), a la vez que deberán estar también disponibles a través de la web de la entidad de crédito (norma 5ª.3).

Las entidades también podrán confeccionar *folletos parciales* que recojan de forma íntegra todos los conceptos del folleto general que sean de aplicación a una o varias operaciones de uso común de la clientela. En estos folletos deberá indicarse expresamente su consideración de parciales y remitirse al Banco de España para su comprobación.

Cada vez que se produzcan *modificaciones o actualizaciones del folleto*, la entidad remitirá al Banco de España el contenido de la modificación, siendo de aplicación el procedimiento de remisión, comprobación, entrada en vigor y puesta a disposición del público previsto por la normativa para su aprobación inicial.

El folleto de tarifas tiene la función de ser un elemento de seguridad para el cliente, de tal manera que la entidad no podrá cargar cantidades superiores a las que se derivan de las tarifas, aplicando condiciones más gravosas, o repercutiendo gastos no previstos. Por el contrario, las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, sin que puedan cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente (21).

#### C) Información sobre normas de valoración

Las normas de transparencia bancaria (art. 4º, Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989) exigen también que las entidades determinen las fechas de valoración de los cargos y abonos de sus cuentas activas y pasivas. Para ello, deberán establecer unas reglas sobre fechas de valoración, en las que fijen la *fecha valor* de las operaciones bancarias, es decir, el momento en que un apunte contable inicia o finaliza el devengo de intereses (22). A tal efecto, atenderán a las circunstancias objetivas que cada entidad estime relevantes, procurando que se produzcan unos desfases máximos siempre a favor de la clientela, así como los desfases mínimos en contra de ella. Se pretende que el cliente tenga un conocimiento previo y completo de la trascendencia económica de las operaciones que realiza con la entidad.

Las condiciones de valoración se concretan en la Circular 8/1990 (norma 4ª), pero, a diferencia de la regulación sobre los intereses y comisiones, no rige aquí el principio de libertad de establecimiento por las entidades de crédito, sino que se establece una norma general, seguida de una serie de limitaciones que se fijan en el anexo IV de la Circular. Así, como norma general, se establece que «los adeudos u abonos se valorarán el mismo día en que se efectúe el apunte, si no se produce moviendo de fondos fuera de la entidad, y si se produjese, los abonos se valorarán no más tarde del día siguiente al de la fecha del apunte». La norma prevé también la fecha valor de algunas operaciones banca-

rias habituales, como la entrega de cheques, transferencias bancarias, operaciones a través de cajeros automáticos y operaciones con deuda anotada (23). Por su parte, en el anexo IV se regula detalladamente la valoración de adeudos y abonos relativos a distintas operaciones, tales como cheques, reintegros y entregas de efectivo, transferencias, efectos, recibos domiciliados, compras y ventas de divisas, compras de valores y apuntes derivados de tarjetas de crédito. Con esta regulación, se evita que las entidades, discrecionalmente, puedan computar una fecha valor u otra para las operaciones, ofreciendo al cliente un medio de conocer exactamente y con carácter previo, el coste económico de sus operaciones que impliquen un adeudo en cuenta o el rendimiento de las que supongan un abono en cuenta (Miralles, 2007: 290).

Por lo que se refiere a la disponibilidad real de los fondos depositados, la normativa no establece reglas fijas para las fechas de las operaciones. Tan sólo obliga a que las entidades, en todas sus operaciones, y con independencia de aplicar las normas de valoración correspondientes, pongan los medios necesarios para abonar o adeudar en las cuentas de sus clientes sin demoras ni atrasos, aplicando la máxima diligencia en facilitarles la disponibilidad pronta de sus fondos (norma 4<sup>a</sup>.4, Circular 8/1990). Existen dos excepciones a esta regla general: primero, en cuanto a la determinación exacta de las fechas de operaciones de transferencia de fondos, que deberán cursarse a más tardar el siguiente día hábil a la recepción de la orden, y segundo, para los impagos de recibos domiciliados, que deben comunicarse sin demora al presentador dentro de los diez días siguientes al impago.

#### *D) Información sobre operaciones, servicios o productos financieros*

La normativa de transparencia establece, para las entidades de crédito que tengan la intención de dirigir al público cualquier información o publicidad en la que se contenga ofertas de productos, operaciones o servicios financieros, la exigencia de obtener una previa autorización para aquella publicidad que haga referencia, explícita e implícita, al coste o rendimiento de las operaciones, productos financieros o servicios (norma 9<sup>a</sup>, Circular 8/1990). La autorización deberá otorgarse por el Banco de España o por las comunidades autónomas respectivas, de acuerdo con sus competencias en esta materia, en el marco del art. 48.3 de la LDIEC.

Debe considerarse acertado el suministro de un concepto de «publicidad» por la citada norma 9<sup>a</sup>, Circular 8/1990, a los efectos de determinar el ámbito del deber de solicitar autorización por parte de las entidades de crédito. Pues bien, a tales efectos, se considera «publi-

cidad» toda forma de comunicación por la que se ofrezcan operaciones, servicios o productos financieros o se divulgue información sobre ellos, cualquiera que sea el medio que se utilice, bien sea prensa, televisión, radio, filmaciones, carteles interiores o exteriores, folletos, circulares, etc., incluyendo las circulares y cartas personalizadas que formen parte de una campaña de difusión. También se considera publicidad la que se incluya en las páginas propias de internet de una entidad de crédito o de terceros. Queda excluida aquella publicidad que se limite a simuladores de cálculo en las páginas de la entidad en internet y las comparaciones entre ofertas de distintas entidades, en las que no se incluyan los productos propios.

Para que la publicidad sea autorizada, las entidades de crédito deberán presentar al público, con claridad, precisión y respeto de la competencia, las características de la oferta financiera, con una descripción suficiente del producto ofertado, que muestre sus aspectos más significativos, y en particular su coste o rendimiento efectivo (TAE) mediante un ejemplo representativo, así como su posibilidad de alteración (24). Dentro de los ocho días siguientes a la recepción de la solicitud, el Banco de España deberá resolver sobre las autorizaciones, aplicándose el silencio positivo en caso de no producirse comunicación a la entidad interesada. De la misma forma, el Banco de España puede requerir el cese de la publicidad que no respete las condiciones de autorización, o que no la hubiese obtenido siendo exigible. También, en el caso de que se produjeran hechos o circunstancias que supongan un cambio en la operación a que se refiere la publicidad autorizada, el Banco de España podrá revocarla.

Con la finalidad de que el cliente bancario pueda conocer que la publicidad ha superado el control previo que impone la normativa de transparencia, se exige que toda la publicidad autorizada contenga la expresión «Registrado en el Banco de España con el nº ...» o su abreviatura «REB nº ...». No obstante, y puesto que estas autorizaciones no implican recomendación a favor de las operaciones, productos o servicios anunciados, las entidades no harán referencia a dicha autorización de tal forma que pueda inducir a error. Se trata, en definitiva, de proteger al cliente bancario en lo relativo a la información que recibe, bien sea por publicidad en los medios o en su trato directo con la entidad, quien deberá contar con una información veraz, suficiente y adecuada con carácter previo a la contratación del producto o servicio bancario.

#### *1.3. Información sobre las condiciones contractuales*

La normativa general de protección al consumidor de servicios financieros a distancia remite a la legislación

especial del contrato que se celebre, en relación con la información sobre obligaciones contractuales. Así, la Ley 22/2007 establece la obligación del proveedor de los servicios financieros de comunicar al consumidor, durante la fase precontractual, las obligaciones contractuales que resulten de la legislación especial a la que se sujete el contrato si se celebra, es decir, los contenidos y formalidades específicas de los contratos impuestos por la normativa sectorial del mismo (art. 7.4). La misma remisión a la legislación especial del contrato encontramos en la Ley 34/2002 (art. 27.4) (25), si bien esta última sólo se circunscribe a la contratación realizada de forma electrónica (internet), a la vez que exige que la transmisión de información sobre las condiciones generales se realice por un medio que permita su almacenamiento y reproducción por el destinatario, con la finalidad de facilitar su análisis (26). En el caso de los servicios bancarios, la normativa específica de este sector ofrece una regulación detallada de la información sobre obligaciones contractuales que ha de remitirse al cliente bancario.

Como derecho supletorio, habrá de tenerse en cuenta la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación; no resultando aplicable, por el contrario, el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998, por quedar los contratos bancarios expresamente excluidos de su ámbito de aplicación (art. 1.3) (27). No obstante, resulta curioso el matiz que añade el mencionado art. 1.3, en su párrafo 2º, en relación con las consecuencias que se derivan de esta exclusión, al exigir que, en tales supuestos —es decir, los supuestos excluidos del ámbito de aplicación— deberá quedar constancia documental de la contratación efectuada, ya sea en forma escrita o en registros magnéticos o informáticos, de acuerdo con la normativa específica aplicable en cada caso. A falta de norma específica, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos del contrato (28). En el caso de los contratos bancarios, no será preciso, por lo general, acudir a esta norma, puesto que la mayoría de contratos bancarios cuenta con una detallada regulación específica al respecto. La especial trascendencia económica que, para el cliente bancario, representa la operación de préstamo hipotecario ha motivado que la Ley haya dedicado una especial atención a su régimen, como a continuación vamos a tener oportunidad de demostrar.

#### *A) Información relativa al contrato de préstamo hipotecario*

La protección del cliente de préstamos hipotecarios ha sido complementada por una norma especial, la

Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que añade una protección específica a la ya otorgada por las disposiciones generales sobre protección del cliente bancario que acabamos de analizar. No obstante, el ámbito de aplicación de esta Orden se encuentra limitado a los préstamos en los que la garantía hipotecaria recaiga sobre una vivienda, y que se trate de préstamos concertados por personas físicas cuya cuantía no supere los 25 millones de pesetas (150.000 €). Este restringido ámbito de aplicación deja fuera del ámbito de la norma a determinadas operaciones cuyos prestatarios serían merecedores de la misma protección, como los préstamos hipotecarios cuya garantía se constituya sobre inmuebles que no reúna la condición de vivienda, y los de cuantía superior.

También quedan al margen de esta norma los préstamos o créditos hipotecarios concertados con otras empresas que no tengan la consideración de entidad de crédito. La crisis económica de los últimos años ha ocasionado que estén proliferando en nuestro país actividades de intermediación de préstamos realizadas por empresas que no entran dentro de la categoría de entidad de crédito, y que se muestran especialmente activas en lo referente a la agrupación de deudas. Dado que en el ordenamiento español esta actividad no está reservada a las entidades de crédito, cuando se desarrolla por otro tipo de empresas queda sometida únicamente a la legislación general de protección de los consumidores, sin que se le sean aplicables las exigencias particulares de transparencia que contiene la Orden de 5 de mayo de 1994, y sin estar sometidas a la supervisión del Banco de España. Con la finalidad de dar cobertura a estos supuestos, está en marcha la tramitación de un proyecto de Ley de 18 de julio de 2008, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (29).

La finalidad primordial de la Orden de 5 de mayo de 1994 coincide en esencia con la señalada para la normativa de transparencia general, esto es, garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, prestando una especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito. Para facilitar al cliente la comparación de las distintas ofertas, se exige a las entidades de crédito que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario. La transparencia informativa se considera la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, a la vez que sirve para estimular la efectiva competencia entre las entidades. Además de facilitar la

selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, la normativa pretende facilitar a éste la perfecta comprensión de las implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar, normalmente ligado a la adquisición de una vivienda. Por ello, la Orden dedica especial atención a la fase precontractual, y regula los llamados *actos preparatorios*, destacando los siguientes:

— *Obligación de presentar un folleto informativo.* Para facilitar al cliente la comparación de las distintas ofertas, se exige que las entidades entreguen de forma obligatoria un «folleto informativo» inicial a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden, en el que se especifiquen con claridad las condiciones financieras de los préstamos (art. 3, Orden). Su contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma y en el anexo VII de la Circular 8/1990, y se refieren a la identificación del préstamo, plazo, tipo de interés, comisiones, gastos a cargo del prestatario e importe de las cuotas periódicas. Es importante que el folleto informativo indique con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que se consideren a cargo del cliente aun cuando el préstamo no llegue a otorgarse; así como los servicios que deberá contratar y abonar directamente el cliente (por ejemplo, seguro de daños).

Son características esenciales de este folleto su gradualidad y el carácter orientativo de su contenido, salvo en lo que se refiere a las comisiones incluidas en tarifas de la entidad. Se pretende que el solicitante que pretende concertar una operación de préstamo obtenga de la entidad los datos que le interesan de manera completa, sin obviar ninguno de los gastos que van a correr por cuenta del prestatario.

— *Gastos y servicios accesorios.* Fundamentalmente se refieren a los gastos de *tasación del inmueble* regulados en el art. 4 de la Orden, cuando dicha tasación vaya a ser por cuenta del cliente, extremo que, en todo caso, podrá pactarse por las partes (30). En tal caso, cuando la tasación la fuera a hacer un profesional ajeno a la entidad, ésta deberá indicarle al cliente la identidad de los profesionales o entidades seleccionadas al efecto, así como las tarifas de honorarios aplicables. Además, se deberá entregar al cliente una copia del informe de tasación si la operación llega a formalizarse, o el original de dicho informe en caso contrario.

Cuando se haya pactado la entrega de *provisión de fondos* para gastos preparatorios, la entidad estará obligada a su devolución inmediata cuando así lo solicite el cliente y hubiera transcurrido un mes desde la presentación de su solicitud a la entidad, conforme determina la norma sexta bis de la Circular 8/1990 (31). Se consi-

dera que el plazo de un mes es un plazo suficiente para que la entidad deba resolver la solicitud de préstamo que le ha sido formulada, después de haber analizado las pretensiones y características financieras del cliente debiendo presentar a éste una oferta vinculante, en su caso, o bien denegarle el préstamo. Si, transcurrido este plazo, el cliente no ha recibido respuesta por parte de la entidad, podrá solicitar la devolución íntegra de los fondos entregada. En el caso de que el cliente desistiese de su solicitud antes de haberse completado este plazo, podrá pedir la devolución de aquella parte de la provisión que no haya sido utilizada por la entidad.

— *Oferta vinculante.* Efectuada la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, las entidades están obligadas a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo. Conforme al art. 5 de la Orden, la oferta se formulará por escrito, y especificará las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por un representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. Por último, conforme al art. 5.2 de la Orden, en el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario, al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, en el despacho del notario autorizante.

#### B) Información en contratos bancarios de duración indefinida

La normativa bancaria sobre transparencia contempla el contenido mínimo obligatorio que deben recoger determinados contratos bancarios, que la ley denomina «operaciones activas y pasivas en las que interviene tiempo» (Orden de 12 dic. 1989 —art. 7.4— y Circular 8/1990, norma sexta, apartado 6<sup>a</sup>), pero que en verdadera técnica jurídica constituyen «contratos de duración indefinida o de tracto sucesivo». Se trata de informaciones relativas a los tipos de interés y comisiones que integrarán obligatoriamente su contenido, junto al resto de cláusulas propias de la operación de que se trate y que las partes decidan incluir, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. La norma pretende que los aspectos referidos al coste o rendimiento económico de la operación no queden al libre arbitrio de la entidad, sino que ésta deberá mantener informado al cliente sobre todos los datos necesarios para conocer

el coste o rendimiento de la operación que vaya a formalizar, debiendo estos datos constar en el contrato, así como las posibilidades de cambio de los mismos (Miralles, 2007: 294).

Así pues, las condiciones contractuales que deben recoger los contratos de duración indefinida, de forma clara y explícita, son los siguientes:

— Tipo de interés nominal que se utilizará para la liquidación de intereses o, en el caso de operaciones al descuento, los precios efectivos inicial y final de la operación, y los recargos por aplazamiento aplicables. Si el tipo de interés fuese variable, se especificará la forma de determinarse en cada momento (32).

— Periodicidad de devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de éstos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal, el importe absoluto de los intereses devengados.

— Comisiones aplicables, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos. No serán admisibles las remisiones genéricas a las tarifas. En particular, se regula el supuesto específico de la emisión de tarjetas de crédito o de otros medios electrónicos de pago (tarjetas de débito, monedero, etc.), o los contratos sobre uso de sistemas telefónicos o electrónicos, que deberán reflejar las comisiones que se deriven de su emisión o establecimiento, las ligadas a su renovación, recarga o mantenimiento y todas aquellas vinculadas al uso, cualquiera que éste sea, del medio electrónico.

— Posibilidad de modificación sobrevenida, a instancia de la entidad de crédito, del contenido mínimo del contrato en relación con el interés pactado, las comisiones o los gastos repercutibles aplicados; el procedimiento de modificación y la obligación de comunicación a la clientela con antelación razonable a su aplicación, y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación (33).

— Derechos del cliente en cuanto al posible reembolso anticipado de la operación.

— Los demás que deban incluirse de acuerdo con la normativa específica de cada entidad de crédito.

— Los gastos repercutibles, y cuando su cuantía no pueda determinarse en el momento de la firma del contrato, figurará al menos su concepto. Cuando se repercutan gastos que la entidad haya satisfecho de forma globalizada y resulte imposible su individuali-

zación, los folletos de tarifas deberán recoger las cuantías repercutibles. En el caso de cuentas de ahorro o imposiciones a plazo instrumentadas en libretas, los extremos recogidos en las letras anteriores podrán incorporarse a la propia libreta o a un documento contractual diferente.

— El coste o rendimiento efectivo de la operación, expresados mediante la indicación de una tasa anual equivalente (TAE), calculada con arreglo a las disposiciones señaladas en la propia norma, en los casos en que la entrega del contrato sea obligatoria, o cuando lo solicite el cliente (norma sexta, apartado 10º, Circular 8/1990). La inclusión obligatoria del TAE en los contratos tiene carácter meramente informativo, ofreciendo un criterio homogéneo que permita comparar operaciones alternativas, pero en ningún caso es la tasa que se utiliza para el cálculo de los intereses devengados en un período.

— En relación con el contenido de los contratos de crédito y préstamo, el apartado 11 de la norma sexta de la Circular 8/1990 señala que deberá indicarse: el importe, número y periodicidad o fecha de los pagos que el deudor deba realizar a la entidad para el reembolso del crédito y el pago de los intereses, comisiones y gastos repercutibles; los elementos de coste distintos de las comisiones y gastos repercutibles indicados, y la necesidad de constitución de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular.

## **2. Momento y forma de suministro de la información previa al contrato**

---

Los requisitos de tiempo y forma en el envío de la información previa a la contratación a distancia de servicios tienen por finalidad permitir que el consumidor de un servicio financiero obtenga la información necesaria en el momento preciso para poder decidir sobre la contratación del producto o servicio. De ahí que la normativa siempre exija, salvo imposibilidad, que la información se suministre durante la fase precontractual, cuando aún el consumidor no ha asumido ninguna obligación contractual, de tal manera que se le permita disponer de tiempo suficiente para analizar la información recibida. Con esa misma finalidad, se exige que la forma o medio que el proveedor emplee para suministrar la información sea de tal naturaleza que permita al consumidor tener un acceso continuado a la información para poder analizarla a su antojo. Para ello, el soporte ha de ser duradero y accesible, aunque no necesariamente papel. También se exige que la TCD utilizada respete debidamente los derechos en materia de accesibilidad universal de las personas con discapacidad (art. 7.2 LCDSF).

## 2.1. El momento

La Ley 22/2007 (LCDSF) se refiere en dos preceptos distintos (art. 7.1 y art. 9.1) al momento en que el proveedor del servicio financiero ha de suministrar al consumidor información previa al contrato. Si bien ambos preceptos coinciden en remitir este momento a una fase precontractual, no coinciden en cuanto al tipo de información objeto del envío. La información a que se refiere el art. 7.1 LCDSF es exclusivamente la información sobre las condiciones de prestación del servicio que necesitan conocer los consumidores para llevar a cabo una contratación a distancia de un servicio financiero (identidad del proveedor, características del servicio, etc.), sin que en este apartado pueda incluirse información sobre condiciones contractuales. Dicha información se difunde con una finalidad netamente comercial, dato que deberá hacerse constar inequívocamente en la comunicación dirigida al público, como señala el art. 7.2 LCDSF. Respecto de esta información, el art. 7.1 sólo exige que sea suministrada al consumidor con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia, pero no señala un plazo concreto de antelación. En la contratación a través de cualquier técnica de comunicación a distancia, lo normal es que esta información general sobre condiciones de prestación del servicio aparezca en la web del propio proveedor de forma permanente (34). Si nos centramos en la contratación bancaria, esta información con fines comerciales también deberá aparecer de forma permanente a disposición de los clientes bancarios a través de diversos medios (tablón de anuncios de la agencia bancaria, web de la entidad, e incluso en la propia web del Banco de España) regulados por la Circular 8/1990 del Banco de España.

Por el contrario, la información a que se refiere el artículo 9.1 LCDSF no es sólo la relativa a las condiciones de prestación del servicio a que hacen referencia los artículos 7 y 8 de la LCDSF, aunque ésta también está incluida, sino que además el precepto tiene por objeto la información sobre las condiciones contractuales. También en este caso la información deberá remitirse con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma las obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta. De la misma forma, el art. 27.4 de la Ley 34/2002 LSSICE sitúa el momento en que el prestador del servicio debe poner a disposición del destinatario las condiciones generales del contrato en el previo al inicio del procedimiento de contratación. Todo ello sin perjuicio de la regulación específica de ciertos contratos bancarios, como el de préstamo hipotecario, para el que se establece la obligatoriedad de entregar un folleto informativo al cliente que lo solicite de la entidad durante la fase precontractual (art. 3, Orden 5 mayo 1994).

No se aplica el plazo señalado en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuyo art. 2 obliga a enviar la información sobre las condiciones contractuales con un plazo mínimo de antelación de tres días naturales anteriores a la celebración del contrato (35). La inaplicación de dicho plazo se deriva no sólo del hecho de estar los contratos bancarios expresamente excluidos del ámbito de aplicación del RD 1906/1999 (art. 1.3) —lo cual ya es motivo suficiente—, sino también del efecto derogatorio que ha supuesto la ausencia de plazo del art. 9.1 LCDSF y del art. 27.4 LSSIEC para el envío de la información precontractual al consumidor, ya que en ellos sólo se exige que se suministre con «antelación suficiente». Estos preceptos parecen tener alcance general para todo tipo de contratación electrónica con condiciones generales y, en el caso del art. 9.1 LCDSF, su contenido se entiende aplicable a cualquier tipo de contratación a distancia (Illescas, 2007; Miranda, 2001: 619 y ss.).

La regla de la «suficiente antelación» (según la terminología del art. 9.1 LCDSF) o «con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación» (según la terminología del art. 27.4) ha sufrido una excepción que se recoge en el art. 9.2 LCDSF (36). El precepto permite que dicha información pueda facilitarse en un momento posterior a la perfección del contrato, cuando confluyan dos circunstancias: primero, que el contrato se celebre a petición del consumidor, y segundo, que se utilice una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y el resto de información requerida con carácter previo a la contratación. En este caso, hubiera sido sumamente deseable una especificación del plazo en que el proveedor debe enviar la documentación tras la formalización del contrato, habida cuenta de que el término «inmediatamente después» carece de objetividad. La exigencia cobra todo su sentido si se pone en relación con el plazo de 14 días con que cuenta el consumidor para desistir del contrato a distancia, período durante el cual el consumidor aún puede decidir si mantiene su vinculación con el contrato celebrado. Durante este período post-contractual surge para el consumidor la misma necesidad que existía en la fase precontractual de recibir una información precisa y completa sobre el contrato que ha celebrado, y que le permita ratificarse en la decisión de contratar. Teniendo en cuenta la rapidez que las nuevas técnicas de comunicación a distancia han impreso a la contratación con consumidores, es de suponer que el envío de la información sólo se considera realizado de forma «inmediata» si se lleva a cabo antes de los 14 días posteriores al contrato; por lo que no creemos preciso modificar la norma.

El problema surge entonces en relación con los contratos que no tienen reconocido un derecho de desistimiento (37), ya que, en estos supuestos, el consumidor que contrata sin haber recibido la información previa y las condiciones contractuales corre el riesgo de no disponer de la posibilidad de desistir del contrato si, cuando reciba la información completa sobre lo contratado, llega al convencimiento de que no se ajusta a sus pretensiones.

## 2.2. La forma

Al igual que ocurre en relación con el requisito temporal, la normativa sobre contratación a distancia de servicios financieros establece dos niveles de exigencia sobre la forma o medio empleado para hacer llegar a los consumidores la información precontractual, en función del contenido informativo. Así, la información relativa a las condiciones de prestación del servicio, difundida con una finalidad comercial entre los consumidores, podrá enviarse utilizando «cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada», sin que el art. 7.2 LCDSF exija ninguna otra característica predicable del medio empleado, como pudiera ser su susceptibilidad para poder reproducir o copiar la información (38). Tampoco exige que se utilice la misma técnica de comunicación a distancia que para celebrar el contrato. Del medio elegido deben, en cambio, derivarse otras virtudes, como la de permitir que el suministro de información se lleve a cabo respetando los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los derechos en materia de accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En el ámbito de los servicios bancarios, la Circular 8/1990 ha arbitrado unos medios específicos para la difusión de esta información bancaria, como el tablón de anuncios de cada agencia o la web de la entidad de crédito (norma 5ª, Circular 8/1990).

Esta libertad para la elección del medio o técnica de comunicación a distancia, no ha impedido que la LCDSF haya tenido en cuenta ciertas limitaciones o dificultades propias de algunos medios en la difusión de información, cuando éstos son elegidos por los proveedores para dirigir información a los consumidores. Nos referimos al supuesto de comunicación a través de telefonía vocal (art. 7.3 LCDSF), en la que el volumen de información se encuentra determinado por la naturaleza del medio empleado.

El nivel de exigencia, en cuanto a las virtudes predicables del medio o técnica de comunicación a distancia elegido, se intensifica cuando se trata de comunicar al consumidor las condiciones contractuales, puesto que, en este caso, el art. 9.1 LCDSF no admite para ello «cualquier medio». Señala el precepto que «el provee-

dor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en los anteriores artículos 7 y 8, en soporte papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, ...». Idénticas propiedades parece exigir del medio empleado el artículo 27.4 LSSICE, al requerir que el medio de comunicación utilizado permita que la información pueda ser «almacenada y reproducida» por el destinatario. Se requiere que el soporte utilizado sea duradero y accesible, aunque no necesariamente deberá ser papel. Se pretende otorgar una mayor seguridad al consumidor respecto de la información puesta a su disposición, permitiendo que pueda utilizarla a su libre albedrío (copiarla, almacenarla, reproducirla sin cambios...) (39). En la contratación bancaria electrónica, el empleo de la web como soporte duradero ha favorecido la contratación —por el dinamismo que aporta la posibilidad de operar desde cualquier lugar con la entidad bancaria—, pero también ha creado situaciones de inseguridad.

La protección del consumidor se amplía con dos derechos más, relacionados con el medio de transmisión empleado. El art. 9.3 LCDSF concede al consumidor el derecho a obtener las condiciones contractuales en soporte papel, si así lo solicita, en cualquier momento de la relación contractual. Además, el consumidor tendrá el derecho de cambiar la técnica o técnicas de comunicación a distancia utilizadas, salvo que sea incompatible con el contrato celebrado o con la naturaleza del servicio prestado. Una manifestación de este derecho a cambiar la técnica de comunicación lo encontramos en la normativa especial que regula el préstamo hipotecario (norma sexta bis, Circular 8/1990) (40).

## 3. Naturaleza jurídica de la información previa al contrato bancario

El cliente bancario tiene acceso a un gran volumen de información procedente de la entidad bancaria con carácter previo a la perfección de cada concreta operación bancaria concertada con la entidad a través de las técnicas de comunicación a distancia. El contenido de la información es de diversa índole y naturaleza, ya que atiende a distintas finalidades —contractual, comercial, etc.—, como se desprende del art. 7.2 LCDSF (41). De esta manera, se hace preciso distinguir entre los diversos tipos de información que se hace llegar al consumidor bancario con carácter previo a la contratación de los servicios o productos ofrecidos por la entidad bancaria. Dicha información puede hacerse llegar al consumidor a través de comunicaciones dirigidas al público en general, a través de comunicaciones personalizadas utilizando una TCD, o simplemente se trata de información que es accesible al consumidor por encontrarse alojada en la web de la entidad. Pues bien, no toda esta información previa recibida por el consumidor

bancario tiene el mismo carácter vinculante para la entidad, ni la misma consideración a efectos jurídicos.

La información solo podrá considerarse oferta contractual si la declaración de voluntad emitida por la entidad dirigida al público (a través de web, tablón de anuncios) o a los clientes (mediante comunicaciones comerciales) proponiendo la celebración de un determinado contrato (compra de un producto, prestación de un servicio...) contiene todos los elementos necesarios para la existencia del contrato proyectado. Es preciso, además, que el contenido de dicha declaración esté destinado a integrarse en el contrato, de tal manera que, una vez que sea aceptada por el cliente bancario (mediante una TCD), la entidad no tenga que realizar una nueva manifestación, con lo que el contrato quedará perfecto y las partes estarán ligadas por una relación jurídica contractual (arts. 1254 CC y artículo 1261 CC). Por consiguiente, las declaraciones publicitarias de una entidad se considerarán oferta cuando sean completas y tengan la intención de obligarse, consideración jurídica que en muchas ocasiones tendrá que deducirse de los hechos concluyentes. En caso contrario, estaríamos ante una *invitatio ad offerendum* sin valor vinculante para la entidad que la realiza.

Las diversas comunicaciones remitidas por la entidad, donde se contiene la información precontractual, no tienen la misma naturaleza jurídica. Comenzamos, por lo tanto, distinguiendo tres bloques distintos de información en función de la finalidad pretendida. En el primer bloque informativo situaríamos la información que, de forma generalizada, exige el art. 7.1 LCDSF a cualquier proveedor de servicio financiero que contrate con un consumidor a través de una TCD. Se trata de información sobre el propio proveedor, las condiciones de prestación del servicio y de las características de la técnica de contratación a distancia que se vaya a emplear. En el ámbito de los contratos bancarios, se incluiría también en este bloque la información que las entidades bancarias hacen accesible a los consumidores en relación con los tipos de interés aplicables por la entidad, las comisiones por los servicios prestados y los criterios de valoración para el devengo de intereses, que regula la Orden de 12 diciembre 1989 y la Circular número 8/1990. Se trata de información sobre las condiciones financieras que, de forma general, deberán aplicarse en todas las operaciones o productos que contraten los clientes con la entidad. Sin embargo, esta información no contiene propuestas concretas de contratación, ni el ofrecimiento de productos o servicios bancarios para su comercialización con los clientes. Esta información se pone a disposición del público a través de la web de la entidad, el tablón de anuncios de las oficinas abiertas al público, cartas personalizadas, etc., y su finalidad no es promocionar una concreta operación u oferta de productos, sino informar sobre las condiciones

financieras aplicables por cada entidad con carácter general. Esta información no tiene tampoco una finalidad contractual, puesto que su carácter es orientativo para el consumidor, y posteriormente, en cada oferta de operación o servicio que realice la entidad, se concretarán el interés y las comisiones aplicables por los servicios prestados en estos casos.

Estas informaciones determinan, en beneficio de los consumidores, los máximos —en cuanto a intereses, comisiones, etc.— que la entidad no podrá superar en la contratación, pudiendo pactarse condiciones más beneficiosas para el cliente, sirviéndoles de garantía en su posición de parte débil del contrato. Para reforzar aún más las garantías frente al consumidor, se exige que la información, recogida en un folleto de tarifas, deba superar el control del Banco de España. Puesto que esta información no supone un reclamo publicitario, ni se refiere a una operación concreta, no puede decirse que tenga siquiera la consideración jurídica de *invitatio ad offerendum*. Podríamos decir que estamos simplemente ante normas financieras de actuación de la entidad, que sólo adquieren un efecto obligacional vinculante cuando se reclama su aplicación para alguna concreta operación bancaria. Sería algo así como el particular marco normativo financiero y de actuación en el que se desenvuelve la contratación de la entidad con los clientes.

El segundo bloque de información a que tiene acceso el consumidor bancario es el constituido por las comunicaciones dirigidas al público en las que se contenga ofertas de productos, operaciones o servicios bancarios ofrecidos por la entidad. A esta publicidad hace referencia la norma 9ª de la Circular nº 8/1990, divulgada a través de cualquier medio (televisión, prensa, medios electrónicos, etc.). Es característico de estas comunicaciones el estar sometidas al control previo del Banco de España, quien deberá autorizar dicha publicidad tras examinar las características financieras de la operación propuesta. Para estas informaciones, la norma prevé un control similar por parte del Banco de España, debiendo registrar un folleto. Estas comunicaciones, dirigidas al público en general proponiendo operaciones concretas, tendrán normalmente la consideración jurídica de una *invitatio ad offerendum*, pues constituyen un simple reclamo publicitario dirigido a los consumidores invitándoles a iniciar un contacto con la entidad bancaria para concertar esta operación. No podrá, en cambio, considerarse verdadera oferta de contrato, aunque contenga algunos elementos esenciales del mismo, puesto que falta el elemento intencional de la voluntad de contratar por parte de la entidad. Dicha voluntad suele quedar condicionada en las operaciones bancarias al hecho de que la entidad conozca las particulares características económicas del consumidor bancario que se ha ofrecido a contratar la operación.

Por lo tanto, es el consumidor bancario quien adquiere la condición de oferente al dirigirse a la entidad para contratar la operación anunciada en la publicidad que la entidad ha difundido. El contenido de su oferta de contrato se determina, en parte, por las condiciones manifestadas en la publicidad de la entidad sobre la propuesta de operación y, en parte, por las propias condiciones económicas del cliente. Será finalmente la entidad quien, con base en las condiciones económicas del cliente, acepte el contrato, quedando éste perfeccionado.

En el contrato de préstamo hipotecario, la Orden de 5 de mayo 1994 deja claro el distinto significado jurídico de las comunicaciones dirigidas por las partes. La entidad bancaria está obligada a presentar al cliente que se lo requiera un «folleto informativo» en el que se especifiquen las condiciones financieras del préstamo (art. 3 Orden). El folleto tiene la consideración de *invitatio ad offerendum*, ya que la entidad no puede comprometerse en firme antes de conocer y comprobar las características económicas del futuro prestatario. A ello se refiere el anexo VII de la Circular nº 8/1990, cuando afirma su carácter no vinculante (42). La entrega del folleto se configura como uno de los actos que tienen lugar durante la fase previa al contrato de préstamo, junto con otros actos preparatorios de la oferta, como la remisión por el cliente de la información propia de tipo económico, la tasación del inmueble y las comprobaciones registrales.

Pero el consumidor bancario recibe, a menudo, un tercer bloque de información constituido por las comunicaciones individualizadas que le son suministradas cuando el cliente contacta con la entidad, interesándose por un determinado producto, operación o servicio ofrecido por ella. El carácter personalizado de la información ofrecida significa que la entidad determina su contenido teniendo en cuenta las particulares condiciones económicas del cliente. De ahí que el medio empleado normalmente sea aquel que permita un contacto personalizado con el cliente (correo electrónico, fax, etc.), y que puede no ser el mismo que se utilice para la contratación. Esta declaración de voluntad emitida por la entidad, con base en las condiciones económicas del cliente, tiene la consideración de verdadera oferta de contrato, pues bastará con la aceptación del cliente para entender perfeccionado el contrato, sin que la entidad deba emitir una nueva declaración de voluntad.

En el contrato de préstamo, una vez que se han realizado todos los actos preparatorios de la oferta, incluida la presentación del folleto de préstamo, la entidad está obligada a presentar una oferta vinculante o a denegar el contrato de préstamo en la forma que determina el art. 5 de la Orden 1994. La naturaleza jurídica de oferta de contrato de este documento se reafirma en el ar-

tículo 5.2 de la Orden, que señala que «en el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, ..., en el despacho del notario autorizante». Una vez que el cliente prestatario manifiesta su declaración de aceptación, para lo cual la ley exige la formalidad de escritura pública, el contrato de préstamo se entiende perfeccionado. De la misma manera, en los créditos al consumo, las entidades de crédito están obligadas a entregar al consumidor, antes de la celebración del contrato si éste así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito, como oferta vinculante, que deberán mantener durante un plazo mínimo de diez días hábiles desde su entrega, y que se proporcionará al cliente que así lo solicite por medios electrónicos (norma sexta Circular 8/1990).

### III. PERFECCIÓN DEL CONTRATO

---

#### 1. La exigencia de documentación en soporte duradero

---

Como regla general, la normativa examinada prescribe que los contratos sobre servicios financieros celebrados a distancia se documenten a través de un soporte duradero, admitiéndose de esta forma la posibilidad de dejar constancia de los contratos celebrados en «documento electrónico» junto con la tradicional forma del «documento escrito». Esta es la norma que parece contener el art. 6.1 LCDSF cuando determina que «en la comercialización a distancia de servicios financieros, deberá quedar constancia de las ofertas y celebración de los contratos en un soporte duradero», puesto que el precepto no hace referencia al hecho de que el documento vaya firmado electrónicamente. Se entiende que basta con que se recoja en un soporte duradero, entendiéndose por tal todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida a él personalmente, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado a los fines a los que está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada (43). En este sentido, tanto el «documento escrito» como el «documento electrónico» se consideran soportes duraderos, siendo el uso de la firma manuscrita o de la firma electrónica el dato que servirá para diferenciar ambos tipos de documento (44). Así, sólo estamos en presencia de documento escrito cuando se haya utilizado un documento en papel con firma manuscrita de las partes, pero no en el caso de documento electrónico impreso en papel, si se ha empleado la firma electrónica para manifestar el consentimiento contractual por quienes intervienen en el contrato, conforme se deduce del art. 3.5 Ley 59/2003 de firma electrónica (LFE) (45).

Este mismo criterio es el que se recoge en el art. 23.3 LSSICE, que señala que «siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico». En definitiva, la norma no está exigiendo firma electrónica para la contratación a distancia de servicios financieros con consumidores, sino únicamente un soporte duradero, que puede ser electrónico, sin que ambos elementos deban venir asociados necesariamente. Así, por ejemplo, un documento escrito en el que se haya dejado constancia de la celebración del contrato puede contenerse en soporte electrónico duradero utilizando la técnica del escaneado de documentos, por el que se permite reproducir una firma manuscrita.

Y por lo que se refiere al tipo de firma electrónica exigida para la validez de los contratos bancarios celebrados de forma electrónica, no está muy claro si bastaría con la firma electrónica definida por el art. 3.1 LFE (46), o si por el contrario se requiere a la firma electrónica reconocida del art. 3.3 LFE (47). Por un lado, el art. 3.9 LFE impide negar efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de la llamada firma electrónica reconocida, ya que la firma electrónica cumple alguna de las funciones de la firma manuscrita, como es la de identificación, y éste es criterio suficiente para poder estar ante un documento electrónico. Pero, por otro lado, el art. 3.4 LFE sólo establece la equivalencia funcional entre la firma electrónica reconocida y la manuscrita respecto de los datos consignados en el documento. Por nuestra parte, consideramos que, puesto que en la contratación bancaria electrónica se busca la máxima seguridad en las operaciones que llevan a cabo las partes, sólo debería admitirse la firma reconocida, al menos para las operaciones de gran importancia patrimonial (48).

La normativa de contratos bancarios parece seguir esta misma regla general de exigir únicamente un soporte duradero para dejar constancia de la celebración de los contratos, exigiéndose la entrega del documento contractual al cliente siempre que éste lo solicite. Además, para algunas operaciones, la entrega del documento contractual suscrito por el cliente y por persona con poder para obligar a la entidad será obligatoria en todo caso, aun cuando no lo haya solicitado expresamente el cliente. El art. 7 de la Orden de 12 diciembre 1989 y la norma sexta de la Circular 8/1990, en su apartado 1º, detallan cuáles son estas operaciones:

- La apertura de cuentas corrientes a la vista o cuentas o cuentas de ahorro.
- Operaciones de depósito a plazos, o captación de fondos mediante pagarés bancarios por importe inferior a 60.000 euros.

— Compraventas de activos financieros negociados en mercados secundarios con pacto de recompra, por importe inferior a 60.000 euros.

— Operaciones de préstamo o crédito, incluidas las instrumentadas mediante tarjetas de crédito, por importe inferior a 60.000 euros.

— Operaciones de arrendamiento financiero.

— Cesiones de activos no incorporados a valores negociables.

— Descuento comercial (49).

La norma sexta de la Circular 8/1990 también hace mención expresa, en su apartado 3º, de dos supuestos en que no es preceptiva la entrega de documento contractual por parte de la entidad bancaria: en las operaciones de crédito que consistan en descubiertos en cuenta corriente, o en la concesión de anticipos sin interés a empleados de la propia entidad, salvo cuando lo pida el interesado.

Para todos estos contratos bancarios en que la normativa de transparencia bancaria hace preceptiva la obligación de entrega del documento contractual al cliente, la obligación se cumple por la entidad, a elección del propio cliente, bien enviándole el documento en un soporte electrónico duradero que permita al cliente su lectura, impresión y conservación, o bien enviándole justificación escrita de la contratación efectuada, en la que se hagan constar todos los extremos recogidos en el contrato, indicando el momento del acuerdo de voluntades y el medio a través del cual se produjo (norma sexta, apartado 1º Circular 8/1990). Sin embargo, creemos que la obligación de entrega del documento contractual existe también para el resto de operaciones bancarias no mencionadas expresamente por la Circular 8/1990, si tenemos en cuenta el régimen supletorio que contiene el Real Decreto 1906/1999, sobre contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. Aunque el art. 1.3 RD 1906/1999 excluye expresamente a los contratos bancarios de su ámbito de aplicación, el propio precepto contiene a continuación una previsión aplicable a los contratos bancarios que no cuenten con normativa específica, obligando en estos casos a enviar al consumidor contratante una justificación escrita de la contratación efectuada (50).

Mención aparte merecen las operaciones bancarias que deban formalizarse en escritura pública, como es el caso del contrato de préstamo hipotecario, cuyas peculiaridades formales de documentación se detallan en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los pres-

tamos hipotecarios. La Orden exige que en la escritura de préstamo hipotecario queden reflejadas las cláusulas financieras, de forma separada de las restantes cláusulas, con el contenido que se especifica en su anexo II (51). De forma excepcional, cuando el contrato de préstamo hipotecario no pueda adecuarse íntegramente al modelo de cláusulas financieras establecidas, podrán las entidades utilizar otros modelos de contrato, que deberán previamente someter a la verificación de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

La Orden de 1994 pretende otorgar una protección especial al prestatario en el momento de la formalización del contrato mediante la intensificación de los deberes notariales de información que determina el Reglamento Notarial. El prestatario tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, aunque también se prevé que pueda renunciar a este derecho (art. 7 Orden 1994). Sobre el notario autorizante pesa un deber de colaboración para hacer posible el ejercicio del derecho de información, debiendo informar a las partes del valor y alcance de la redacción del contrato, y, en particular, deberá comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiéndolo al prestatario de las diferencias que advierta, y de su derecho a desistir de la operación. Además de este deber genérico, se concretan una serie de supuestos que hacen necesario advertir al prestatario sobre sus riesgos e implicaciones (52).

## **2. Obligaciones informativas de la entidad bancaria durante la relación contractual con el consumidor bancario**

En la contratación de servicios financieros, las obligaciones informativas del proveedor durante la fase de ejecución del contrato se reducen básicamente a cumplir las obligaciones de información previstas para la fase previa, cuando no hubiese sido posible informar al consumidor durante esta fase (art. 9.2 LCDSF). También está prevista la obligación del proveedor de servicios financieros de confirmar al consumidor la recepción de su aceptación, bien mediante acuse de recibo por correo electrónico o por el mismo medio utilizado para la contratación (art. 28 LSSICE). Pero, al margen de estas concretas obligaciones de información, la normativa sobre comercialización a distancia de servicios financieros no prevé ninguna otra durante la fase de ejecución del contrato. Sin embargo, la normativa bancaria sobre transparencia otorga también protección al cliente bancario durante la fase de ejecución de los contra-

tos, conteniendo un régimen mucho más preciso en cuanto a la información sobre la liquidación de las operaciones y la información periódica que las entidades deben enviar a los clientes sobre el desarrollo de las relaciones establecidas.

La norma básica sobre la información bancaria en fase de ejecución se encuentra en el art. 8 de la Orden de 1989, que se ha completado con las normas séptima y octava de la Circular 8/1990. El precepto establece la obligación de las entidades de entregar a sus clientes, en cada liquidación que practiquen por operaciones activas, pasivas o de servicios, un documento que contenga claramente todos los datos relevantes y necesarios (sobre intereses, comisiones, etc.) para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación. La finalidad de la norma es la de mantener la transparencia informativa durante la fase de ejecución de los contratos bancarios, ya que no basta con que la entidad aplique las condiciones de tipo de interés y comisiones pactadas, sino que en cada liquidación debe proporcionarse al cliente un justificante documental en el que consten los datos necesarios para que el cliente pueda comprobar la corrección de los cálculos efectuados. Por ello, exige la norma que los datos aportados se expresen con claridad, de tal manera que un consumidor bancario medio, no especialista en la materia, pueda ser capaz de realizar las comprobaciones.

Además de claridad, la norma pretende que exista una «estandarización» en cuanto al contenido de la información ofrecida por todas las entidades a los clientes bancarios por las operaciones activas, pasivas y de servicios que efectúen. Para mantener esta homogeneidad, el anexo VI de la Circular 8/1990 establece unas normas a las que deberán someterse las entidades de crédito en las comunicaciones a clientes de las liquidaciones de intereses y comisiones. El anexo sistematiza los requisitos que deben cumplir los documentos de liquidación, en función del tipo de operación de que se trate (53). La remisión de los documentos de liquidación de operaciones podrá realizarse mediante su envío en soporte electrónico duradero cuando el cliente así lo solicite, o cuando éste haya sido el procedimiento utilizado en la contratación y así esté previsto en el documento contractual. Existe un supuesto en el que la entidad podrá eximirse de la obligación de enviar los sucesivos documentos de liquidación: cuando la operación dé lugar únicamente a pagos periódicos prefijados y se haya incluido en el contrato enviado al cliente una tabla con todos los pagos o amortizaciones, con sus respectivas fechas y con los demás datos previstos en el anexo VI, sin perjuicio de la entrega de los justificantes de cada pago (norma séptima, Circular 8/1990).

### 3. Momento de la perfección del contrato

Los contratos bancarios realizados a distancia no tienen señalado en su normativa especial un momento concreto para la perfección del contrato. Tampoco la Ley 22/2007 LCDSF contiene una norma específica destinada a determinar el momento de la perfección de los contratos sobre servicios financieros realizados con consumidores. A falta de determinación expresa, se entiende aplicable el art. 54.2 CCM que, tras ser modificado por la LSSICE en lo que se refiere a contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, parece seguir la «Teoría de la Expedición», al señalar que «en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación». Conforme a esta teoría, se considera perfeccionado el contrato en el instante en que la declaración de voluntad del cliente aceptante sale del sistema de información que está bajo su control, o del sujeto que lo envía en nombre de éste, de modo que ya no puede modificarlo. El aceptante ha realizado todos los actos que le son posibles para hacer llegar su declaración de voluntad al oferente.

Aunque la LCDSF no contiene una solución expresa sobre el momento de la perfección del contrato, parece avalar la teoría de la expedición del art. 54.2 CCM, aunque no en relación con la perfección del contrato, sino en relación con el desistimiento contractual que podrá ejercer el consumidor en los contratos de servicios financieros. El art. 10.3 LCDSF señala que la notificación de desistimiento se considerará realizada dentro de plazo si «se hace en soporte papel u otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo». Queda claro, de esta manera, el criterio de la expedición de la notificación como criterio determinante del momento en que se entiende notificada la declaración de desistimiento al proveedor de servicios financieros.

Pese al carácter imperativo con que está configurado el art. 54.2 CCM para todos los contratos a distancia realizados a través de medios automáticos, la libertad contractual alcanza todo su sentido en las operaciones bancarias internacionales, ya que en estos casos no es obligado aplicar dicho precepto. El criterio elegido para determinar el momento de perfección del contrato podría venir recogido en una de las cláusulas del folleto informativo de la operación bancaria o del documento de oferta dirigido a los clientes, debiendo ser coherente con la normativa bancaria.

La teoría de la expedición presenta algunas ventajas frente a otras posibles, desde el punto de vista de la seguridad jurídica que confiere a las relaciones contractuales entre las partes, al considerarse perfeccionado el contrato en un momento en que el aceptante

ya no puede modificar su declaración de voluntad, como es el caso de la teoría de la emisión. Por todo ello, esta teoría se considera deseable frente a otras en el ámbito de los contratos bancarios con consumidores, ya que además es la solución más favorable para el sujeto que lleva a cabo el envío, que es el cliente bancario. Será su sistema electrónico el que con el máximo de facilidad, recogerá la información completa relativa a su esfera de control de los datos enviados (año, mes día, hora, minuto y segundo del envío). Todos los datos del envío quedarán registrados en el sistema de control del cliente bancario que transmite el mensaje, haciendo extremadamente fácil la prueba de tales extremos para éste (54).

Sin embargo, la teoría de la expedición no resulta ser tan favorable desde el punto de vista de la entidad bancaria, para quien resultaría mucho más beneficioso el criterio que atiende a la recepción del mensaje que contiene la declaración de voluntad del cliente aceptante (teoría de la recepción) (55). Al fin y al cabo, la entidad bancaria no puede dar por concluida una operación con un cliente hasta que recibe el mensaje que contiene la aceptación por parte de éste. Y únicamente cuando el mensaje enviado haya llegado a la entidad es cuando estará en condiciones de desarrollar la actividad necesaria para llevar a cabo la ejecución del contrato —o la responsabilidad por su inacción—, pues sólo desde el momento de la recepción se le puede exigir una actividad. Por este motivo, no parece tan lógico aplicar el criterio del art. 54.2 CCM que determina la perfección del contrato conforme a la teoría de la expedición en la contratación entre empresarios (56), a menos que la empresa que contrata con la entidad ocupe una posición tan necesitada de protección como la del consumidor. No obstante, en todos los supuestos de contratación bancaria con empresas sería de aplicación el art. 54.2 CCM sin distinciones.

La teoría de la expedición de la aceptación del artículo 54.2 CCM es aplicable en todos los contratos bancarios con consumidores realizados a distancia, sea cual sea la técnica de comunicación a distancia (TCD) empleada, y con independencia de que la técnica elegida permita a las partes llevar a cabo una continuidad en las declaraciones de voluntad. Bien es verdad que determinadas TCD permiten que no medie un período de tiempo relevante entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por parte del oferente. Sería el supuesto de la contratación por teléfono y de contratación a través de ciertos medios electrónicos (*chats*, comunicación *on line* en páginas web, etc.) en que las partes pueden comunicarse de forma continuada, de manera similar a cuanto acontece en la contratación entre presentes. Sin embargo, también aquí estamos ante supuestos de contratación a distancia (57), como parece derivarse del propio art. 54 CCM, que considera contratación a dis-

tancia aquélla que tiene lugar cuando quien hace la oferta y el que la acepta se hallan en lugares distintos. Pese a la continuidad existente en las declaraciones de voluntad realizadas a través de los medios interactivos de comunicación, sigue existiendo una dependencia de las partes respecto del medio o TCD empleada, de tal manera que si, ejemplo, se corta la comunicación, o si el sistema operativo no funciona correctamente en el momento de emitirse la aceptación, el oferente no recibiría la aceptación. De ahí que no pueda considerarse contratación entre presentes y haya que aplicar el art. 54.2 CCm igualmente, equiparando éstos a otros supuestos en que, por la naturaleza del medio empleado, transcurre un período de tiempo relevante entre la emisión y su conocimiento por parte del oferente (fax, correo electrónico, etcétera).

#### **IV. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO POR LA ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO DE SUS OBLIGACIONES INFORMATIVAS FRENTE AL CONSUMIDOR BANCARIO**

El incumplimiento de los deberes precontractuales de información en la contratación bancaria produce consecuencias jurídicas en varios ámbitos o niveles. En primer lugar, los defectos en la información previa se circunscriben a su incidencia en el error y el dolo como causa de anulación del contrato, tal y como prevé el artículo 9.4 LCDSF. La remisión que hace este precepto hacia la normativa general de contratos no deja lugar a dudas sobre la posibilidad de aplicar las sanciones jurídico-civiles previstas en esta normativa general, en especial la posible «anulación del contrato» por defectos en el contenido esencial de la información requerida o por la inclusión de una cláusula abusiva en las condiciones generales. Podrá asimismo ejercitarse alguna acción de responsabilidad civil por daños, derivada del incumplimiento. En segundo lugar, y sin perjuicio de las eventuales consecuencias civiles, podrán imponerse sanciones de naturaleza administrativa, conforme al artículo 18.2 LCDSF, e incluso penal, cuando en el caso concreto concurren las circunstancias reconducibles a algunos de los delitos del Código Penal (por ejemplo, si se produce alguna falsificación en el contrato celebrado por TCD, conforme a los arts. 390 y siguientes).

##### **1. Consecuencias jurídico-civiles derivadas de defectos en la información previa**

Todas las informaciones relativas a la contratación bancaria que las entidades ponen a disposición del consumidor a través de los distintos medios deben considerarse veraces y completas, pues generan en sus destinatarios una confianza y expectativas merecedoras de protección, aun cuando el cliente bancario no llegue a

contratar con la entidad. De ahí que el art. 7.2 LCDSF exija que toda la información previa se suministre al público de manera clara y comprensible, respetando debidamente el principio de buena fe en las transacciones comerciales. De esta manera, el art. 9.4 LCDSF, único precepto que la ley dedica a regular las consecuencias civiles del incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa, nos sitúa ante una manifestación del principio de la buena fe precontractual que debe presidir el comportamiento de las partes que negocian, tanto en la fase previa como en la fase de oferta (58).

Partiendo de esta base, la buena fe y la veracidad de las informaciones ofrecidas a los consumidores bancarios deberá referirse tanto a la información general difundida en web y tablón de anuncios, con una finalidad puramente comercial (arts. 7 y 8 LCDSF), como la comunicación personalizada de las condiciones contractuales (art. 9.1 LCDSF). La buena fe y la veracidad de la información se exige incluso respecto de las obligaciones informativas de la entidad bancaria durante la fase de ejecución contractual (art. 8, Orden de 12 diciembre 1989), aunque posteriormente los errores en la información tengan una relevancia diferente (59). En todo caso, será el documento de oferta (en papel u otro soporte duradero), es decir, aquél en el que la entidad realiza su oferta de operación, el documento sobre el que se habrá de materializar el principio de veracidad de las informaciones ofrecidas al cliente.

Por lo que se refiere a la posible indemnización por daños derivados de defectos en la información recibida por los consumidores, la LCDSF guarda silencio al respecto, por lo que también en este sentido es aplicable la normativa general del Código Civil sobre responsabilidad contractual y extracontractual, partiendo de su consideración como un supuesto de responsabilidad por culpa *in contrahendo*. Sin embargo, al no existir en la normativa civil de responsabilidad un precepto general sobre responsabilidad precontractual, se hace obligado desplazar los supuestos de este tipo de responsabilidad bien hacia las normas de la responsabilidad contractual o bien hacia la aquiliana del art. 1902 CC, según las circunstancias particulares. Hubiese sido deseable que la LCDSF 22/2007 no se hubiese limitado a guardar silencio, estableciendo únicamente una norma específica respecto de la carga de la prueba (artículo 17 LCDSF), y hubiese concretado unas acciones indemnizatorias específicas para los incumplimientos en la información accesible a los consumidores para la comercialización a distancia de servicios financieros, especialmente en el ámbito de la contratación bancaria, dada la importancia patrimonial que algunas de estas operaciones tienen para el consumidor. Deberían así detallarse las acciones que pueden ejercitarse (indemnizatorias, rescisorias, etc.), así como la legitimación activa y pasiva, las excepciones que el deman-

dado puede oponer, etc. Tampoco estaría de más alguna aclaración sobre el posible carácter solidario de la responsabilidad entre la entidad bancaria, el prestador del servicio en Internet, e incluso la eventual responsabilidad del Banco de España por su actividad de control respecto de las informaciones.

En cuanto a la posible anulación de los contratos bancarios por defectos en la información, el tema se resuelve por la LCDSF, como a continuación veremos, con la remisión global a las normas generales del Derecho Civil sobre vicios del consentimiento y anulabilidad de los negocios. No obstante, en muchas de estas operaciones bancarias, puede que la anulación del contrato ocasione al consumidor un perjuicio aún mayor que el mantenimiento de éste, pese a existir un vicio del consentimiento del que pueda derivarse su anulación. Pensemos, por ejemplo en la anulación de un préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual del consumidor, o la anulación de un préstamo al consumo que tiene por objeto la adquisición de un bien de imprescindible uso para aquél. En estos supuestos, debe permitirse que sea el consumidor quien opte por la conservación del negocio jurídico, cuando de esta manera queden mejor protegidos sus intereses, y orientarse los efectos jurídicos de la falta de veracidad de la información suministrada exclusivamente hacia los cauces alternativos de la indemnización y/o la responsabilidad de la entidad bancaria.

### 1.1. *La posible anulación de los contratos por defectos en la información previa*

El art. 9.4 LCDSF resuelve el problema de la posible anulación del contrato realizado con el consumidor bancario por los incumplimientos en la información previa utilizando la técnica de la remisión global a las normas generales sobre vicios del consentimiento del Código Civil, al establecer 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». El precepto parte de una redacción defectuosa al referirse a la «nulidad», ya que es de sobra sabido que los vicios del consentimiento son causa de anulabilidad, y no de nulidad (art. 1300 y ss. CC). Por otro lado, si bien el artículo 9.4 LCDSF hace referencia al incumplimiento de los requisitos de información previa, no cabe duda de que al referirse a la posible «anulación del contrato» remite tales efectos, más que al momento precontractual de formulación de una oferta firme, al momento de perfección del contrato. De esta forma, no es posible considerar que si no se cumplen dichos deberes no

habría oferta contractual plenamente eficaz y, por lo tanto, no habría contrato, pues de ser así no se estaría beneficiando al consumidor (60).

En cuanto al contenido de la información previa cuyo incumplimiento es susceptible de provocar un vicio del consentimiento en el consumidor, el precepto adopta un criterio amplio, al referirse a toda la información previa contenida en los arts. 7, 8 y 9 LCDSF. Por lo tanto, cualquier información no veraz o inexistente sobre los aspectos contenidos en estos artículos —y no sólo la información sobre las características esenciales del objeto y el precio, o la relativa a las condiciones contractuales— podrá dar lugar a un incumplimiento susceptible de provocar la anulabilidad del contrato. Esta información está referida, en términos generales, a los datos identificadores del proveedor, el servicio financiero, características de la contratación a distancia, medios de reclamación. El art. 8 hace referencia a los requisitos adicionales de información que les sea aplicable con respecto a la legislación especial; por lo tanto, en el caso de la contratación bancaria, será preciso informar sobre lo tipos de interés, comisiones, normas de valoración, etc. También el art. 7.4 y el art. 9 se refieren a la información sobre las condiciones contractuales que resulte de la legislación especial aplicable al contrato. Así, por ejemplo, en la operación de préstamo hipotecario, se considera esencial toda la información que, con carácter obligatorio, deberá contener como mínimo el folleto de préstamo hipotecario y el documento de oferta. En definitiva, el art. 9.4 LCDSF ha convertido en esenciales determinadas informaciones que, de no ser por esta mención expresa, no tendrían tal carácter de cara a la formación del consentimiento contractual por el consumidor.

El Código Civil hace distinción entre el error esencial, invalidante del consentimiento, y el no esencial (artículo 1266), considerando que el primero sólo puede apreciarse «cuando recae sobre la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de ésta que hubiesen motivado principalmente a la celebración del contrato». Sin embargo, el art. 9.4 LCDSF no distingue en la información que contienen los preceptos 7, 8 y 9 entre contenido esencial y no esencial, por lo que el defecto en la información sobre cualquiera de estos contenidos podría dar lugar a un vicio del consentimiento susceptible de provocar la anulación del contrato bancario. Afectan a la formación de un juicio completo y razonado en los destinatarios de la oferta, pues, de haber sido conocidas por éste, probablemente hubiese adoptado otra decisión. Si a esto añadimos la intención de engañar por parte de la entidad oferente, nos situaríamos ante un supuesto de dolo, regulado en el art. 1270 CC. Se considera, por tanto, que todas estas informaciones de los referidos preceptos son esenciales para la formación de un juicio correcto por parte del cliente

sobre la operación bancaria que se le propone. En consecuencia, todas ellas son susceptibles de provocar en el cliente aceptante un vicio de su consentimiento (error o dolo) determinante de la anulabilidad del contrato bancario efectuado, conforme a los arts. 1265 y ss. del Código Civil.

La anulación del contrato bancario trae como consecuencia la obligación de restitución de lo que las partes hubieran percibido (art. 1303 CC), salvo que se dé alguno de los supuestos previstos en el art. 1304 CC (61). Dado que estas operaciones inciden en el aspecto patrimonial del consumidor, es posible que, de hacerse realidad la obligación de restitución de las prestaciones, ésta produzca unas consecuencias frente al consumidor, o frente a terceros, aún más nocivas que la propia inexactitud de la información, máxime si se tiene en cuenta el largo plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad, de cuatro años desde la consumación del contrato (art. 1301 CC). Baste imaginar el supuesto de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual en que la anulación del contrato conllevaría la necesidad de reintegrar a la entidad bancaria el total del capital prestado al consumidor. Idéntica obligación de reintegro del capital correría por cuenta del consumidor bancario en el caso de declararse la anulabilidad de un contrato de crédito al consumo. Todas estos perjuicios habrán de ser valorados por el consumidor que ha sufrido un vicio en su consentimiento como consecuencia de haber recibido una información defectuosa o inexacta en relación con el contrato que ha celebrado, y en consecuencia podrá optar por no ejercitar la vía de la «anulación del contrato» que señala el art. 9.4 LCDSF y derivar los efectos jurídicos por la falta de veracidad en la información únicamente por el cauce de la indemnización de daños y perjuicios, reclamados a la entidad bancaria causante del consentimiento viciado de dolo o error.

#### A) *El error*

La información defectuosa suministrada al cliente bancario durante la fase previa provoca en éste una falsa representación del contrato u operación que se le propone, y determina la existencia de un «error propio» susceptible de producir la anulación del contrato (62). La información no veraz determinará un error propio en el consentimiento del cliente siempre que su voluntad haya sido viciosamente formada sobre la base de un inexacto conocimiento de la realidad, aunque dicha información no se refleje de forma expresa en el documento de oferta, sino que se haga mención a ella por referencia. El error supone insatisfacción del interés del cliente-contratante, al producirse una alteración de la organización contractual que este sujeto internamente se había representado al emitir su declaración de voluntad. El cliente

que sufre un error en relación con las condiciones financieras de la operación que son objeto del contrato ve alterada su pretensión contractual, aunque tal error no ha de conectarse, necesariamente, con una lesión económica. En el préstamo hipotecario, el error puede venir referido a datos como la periodicidad de las cuotas o las condiciones para el ejercicio del reembolso anticipado, etc., cuya ausencia o alteración no implique una lesión económica, y no por ello deja de existir el error; aunque en muchas ocasiones se produzca también la conexión entre error y lesión. En definitiva, conforme a la moderna concepción del error, lo que realmente determina su existencia es la falta de equivalencia subjetiva de las prestaciones contractuales o la insatisfacción del interés subjetivo del contratante que sufre el error (63).

La consideración del error como un vicio de la voluntad no impide que éste pueda ser tratado simultáneamente como un criterio de reparto del riesgo, conforme al que es preceptivo tomar en consideración no sólo el interés del sujeto que lo ha padecido (el cliente bancario), sino el conjunto de los intereses presentes en el problema (64). El tratar el problema del error como un problema de reparto de riesgo permite un análisis más ajustado de los intereses en conflicto, y una diversificación de las soluciones en función de las diferentes situaciones concretas en que el error aparece (65).

Así, por ejemplo, en el supuesto de error sufrido por un prestatario como consecuencia de informaciones no veraces en el folleto de préstamo y en el documento de oferta habrán de valorarse los siguientes intereses. En primer lugar, el interés del prestatario que ha padecido el error y que puede ser satisfecho de dos maneras: mediante su desvinculación del contrato (anulación) o mediante la transformación o modificación del contrato de préstamo hipotecario, de manera que éste deje de ser lesivo para el cliente. En segundo lugar, aparece el interés del sujeto oferente (entidad bancaria) consistente en que se mantenga la situación creada por el contrato. Y en tercer lugar, se halla el interés del tráfico, ya que la anulación del contrato se proyecta sobre terceros (Morales Moreno, 1988: 100 y ss.). Éste es el caso en que el inmueble sobre el que se constituye la garantía hipotecaria fuese la vivienda habitual de un arrendatario del prestatario. La complejidad de intereses a que dan lugar a veces las operaciones bancarias no permite que el error provocado por las informaciones no veraces pueda mantenerse siempre en la pura teoría de los vicios del consentimiento, donde la regla general es la impugnabilidad de los contratos, sino que también deba atenderse a otros intereses distintos a los del consumidor que sufre el vicio del consentimiento.

Cuando, en atención a las particulares circunstancias, el error deba ser considerado como simple vicio del consentimiento sobre la base del art. 1266 CC, la

doctrina moderna (66), ha considerado que deben concurrir dos condiciones indispensables para que el error pueda invalidar el contrato celebrado: la esencialidad y la excusabilidad.

La esencialidad del error se produce cuando la falta de veracidad, u omisión en la información previa, recae sobre el contenido mínimo esencial de éste recogido en los arts. 7, 8 y 9 de la LCDSF y en las disposiciones especiales de contratos a que estos preceptos hacen referencia, no siendo la esencialidad un elemento que dependa sólo de la evaluación subjetiva de quien sufre el error (67). En el caso del préstamo hipotecario, contamos con un importante criterio objetivo en la determinación de la esencialidad del error, que es el contenido mínimo del folleto de préstamo reglamentariamente señalado (anexo I, Orden 5 mayo 1994 y anexo VII de la Circular 8/1990) y de las cláusulas financieras del contrato (anexo II, Orden 5 mayo 1994). Se considera que cualquier inexactitud u omisión del folleto o documento de oferta que verse sobre el contenido mínimo que señala la normativa especial tiene una importancia decisiva para la celebración del contrato de préstamo para quien alegue el vicio, y ha de ser considerado contenido esencial del contrato. En definitiva, la esencialidad se cumple cuando no son exactas y reales las características financieras de la operación (68), es decir, cuando las inexactitudes u omisiones tienen el carácter de «relevantes», según hemos señalado en el apartado anterior.

La excusabilidad del error se refiere al hecho de que éste no pudo ser evitado por la parte que lo sufre empleando una diligencia media (69). El carácter excusable del error se vincula a la confianza suscitada entre las partes del contrato, derivada del deber de información que emana de la buena fe (70). Cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que le son esenciales, teniendo en cuenta que en la contratación bancaria es a la entidad bancaria a quien normalmente compete revelar toda la información acerca de las condiciones de contratación (intereses, comisiones, etc.) No obstante, el nivel de diligencia exigido al cliente bancario que sufre el error es variable en función de las condiciones propias de cada persona. Es exigible mayor diligencia cuando se trata de un «consumidor medio» que cuando se trata de un consumidor «vulnerable», siendo el primero el patrón de referencia para esta normativa, aunque es posible que las alegaciones de error realizadas por este último quizá no sean invocables por el primero (71).

Aunque el Código Civil vincula el error esencial a la anulabilidad del contrato (art. 1266.1), reservando la posibilidad de corrección para el error no esencial (artículo 1266.3), ello no impide que también pueda corregirse un error esencial, una vez que el oferente/entidad

bancaria haya conocido esta circunstancia. En relación con el préstamo hipotecario, podría darse el caso de una información no veraz en el folleto de préstamo que posteriormente aparece corregida en el documento de oferta, apereciéndose al cliente sobre este hecho. Incluso podría llevarse a cabo la corrección con posterioridad a la perfección del contrato, intentando la entidad bancaria llevar a cabo las medidas a su alcance para aminorar los efectos negativos que la información no veraz haya podido causar en el consumidor, quien podrá optar por la conservación del negocio jurídico (Albaladejo, 1985: 466; Díez-Picazo, 1993: 370).

En definitiva, la corrección del error esencial mientras dura el período de oferta hace que éste desaparezca respecto de los consumidores que aceptaron con posterioridad a la corrección, mientras que fundamenta la invocación del error por quienes hubieran aceptado la oferta con anterioridad. Pero lo más importante es que, en virtud de la corrección podría, no obstante, producirse la confirmación expresa o tácita del negocio, conforme a los arts. 1310 y 1311 CC (72), cuando, una vez conocida la corrección por quien sufría el error, procede éste a realizar un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a la impugnación del contrato (73). Se entiende que tal acto tiene lugar cuando el titular de la acción de impugnación, conociendo la causa de anulación y habiendo ésta cesado, procede a iniciar la ejecución voluntaria de las obligaciones nacidas del contrato (74); es decir, cuando el propio consumidor, tras conocer el error esencial a que da lugar una información no veraz, y tras su corrección por la entidad bancaria, lleva a cabo un acto de confirmación tácita.

#### B) *El dolo*

Cuando la información no veraz trae consecuencia en la intención dolosa o el propósito de engañar por parte de quien realiza la oferta de operación bancaria, estamos ante un supuesto de dolo regulado en el artículo 1269 CC y ss. La intención o propósito de engaño de quien difunde la información es uno de los elementos constitutivos del dolo *in contrahendo*, y está dirigido a producir en el consumidor una representación mental errónea sobre el contrato que se le propone. Aunque el resultado del dolo siempre es un error, hay una diferencia importante en el tratamiento jurídico de uno y otro supuesto: mientras en el error se valora ante todo la formación de la voluntad de la parte equivocada (en este caso, del consumidor bancario) y su falta de culpabilidad en el error, en el dolo, por el contrario, cobra preferencia la conducta de la parte causante del engaño (entidad bancaria). En este sentido, no es necesario que en la actitud de la entidad que publica información inexacta concorra una específica intención de causar un daño o perjuicio, sino que basta con la intención de

engaño (p. ej., si se miente o silencian gastos a cargo del prestatario o comisiones aplicables, etcétera) (75).

Junto al requisito de la intención de engaño, deberán concurrir también para que pueda estimarse que existe un consentimiento viciado por dolo que permita la impugnación del contrato: la existencia de un acto ilícito (información no veraz u omisión); ha de tratarse de dolo grave (recaer sobre los elementos esenciales) (76), y que no haya sido empleado por las dos partes contratantes (supuesto bastante improbable en la contratación bancaria). El concepto de acto ilícito que se concreta en el empleo de palabras o maquinaciones (actos insidiosos es inclusivo de la reticencia o dolo negativo (77), por lo que no se plantea ningún inconveniente de cara a considerar que las omisiones dolosas de información, por las que se silencian hechos o circunstancias determinantes para la celebración del contrato, puedan igualmente invalidar el mismo.

Al igual que ocurre en el supuesto de error, cabe también la posibilidad de que se produzca la extinción de la acción de impugnación mediante la confirmación del contrato por parte del consumidor que ha sufrido el dolo en la formación de su consentimiento. Desde el punto de vista de la teoría general del contrato, no existe inconveniente alguno en que ello sea así, habida cuenta de que el ámbito de la confirmación (art. 1310 CC) es el de todos los contratos anulables. Puesto que se exige como requisito previo que el cliente confirmante tenga conocimiento de la causa de anulabilidad (78) y que la misma haya cesado, será preciso que, habiéndose modificado la conducta de la entidad (en el sentido de que haya desaparecido la intención de engañar), se proceda a la corrección de la información no veraz.

## 1.2. *Indemnización de los daños causados por defectos en la información previa*

Además de la acción de anulabilidad del contrato resultante, el consumidor perjudicado podrá solicitar, conjunta o separadamente, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la aptitud dolosa o culposa generadora de las informaciones defectuosas. Aunque la LCDSF no se refiere a ningún tipo de acción indemnizatoria, el art. 8c, TR de la LGDCU, reconoce el derecho básico de todo consumidor a ser indemnizado por los daños y a la reparación de los perjuicios sufridos.

El dolo y la culpa no son sólo elementos generadores de un vicio del consentimiento (dolo, error) determinantes de la anulabilidad contractual, sino que además sirven como criterios de imputación de responsabilidad (especialmente relevantes en la etapa *in contrahendo*), y sirven además de elemento para medir la cuantía de

la indemnización, conforme se deduce del art. 1107 CC. Así pues, la concurrencia de dolo o culpa se convierte en presupuesto de la indemnización de los daños y perjuicios causados a los aceptantes, así como también la existencia de daño. El ejercicio de la acción de anulabilidad, por el contrario, no es un presupuesto para el ejercicio de la acción de resarcimiento (79).

Aunque en España no existe una consagración legislativa de la buena fe precontractual, se ha creído conveniente ampliar el ámbito de la buena fe contractual que impone el art. 1258 CC a la etapa precontractual, exigiendo un comportamiento correcto de las partes en las negociaciones precontractuales (80). Como consecuencia de ello, las partes quedan obligadas antes de haberse perfeccionado el contrato a comportarse con la buena fe necesaria, y asumen, por el hecho de relacionarse, determinados deberes (81), como el de informarse verazmente (82). Cuando en la fase precontractual alguna de las partes incumple el deber de información respecto de la otra, incurre en una responsabilidad distinta a la derivada del incumplimiento del contrato, sin perjuicio de que esta última también pueda darse. Se trata de una responsabilidad precontractual, o por culpa *in contrahendo*, que se deriva de la existencia de una aptitud dolosa o negligente por una de las partes, por la que se lesiona el principio de confianza existente en la otra (83). Esta responsabilidad se concreta en la obligación de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la actuación desleal de una de las partes en la fase precontractual. Los defectos en la información previa que señalan los arts. 7, 8 y 9 LCDSF pueden entenderse incluidos en la responsabilidad precontractual, consistente en el incumplimiento por la entidad de su deber de información, con la consiguiente violación del principio de la buena fe.

No existiendo en nuestro CC un precepto general sobre responsabilidad precontractual, deberá acudirse con carácter general a las reglas de la responsabilidad contractual siempre que se haya celebrado un contrato bancario y concurra un vicio del consentimiento (error o dolo sobre el contenido de la información previa) que legitime al consumidor para pedir la anulación del contrato con base en él, y/o reclame la indemnización que en su caso le corresponda, pudiendo ésta consistir en una valoración del daño producido por las expectativas frustradas. Sin embargo, cuando, existiendo culpa *in contrahendo*, no llegó a perfeccionarse el contrato bancario debido a la información errónea que recibe el consumidor, la reclamación por daños sólo puede llevarse a cabo por la parte perjudicada acudiendo a la culpa aquiliana, por la vía del art. 1902 CC. Las diferencias básicas que en la práctica se manifiestan al seguir una u otra vía de reclamación afectan al plazo de ejercicio de la acción (los quince años del art. 1964 CC frente al año del art. 1968.2 CC) y a la determinación y medida

del daño resarcible, ya que, en relación con la carga de la prueba, la LCDSF (art. 17) aporta una norma específica aplicable en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones informativas respecto del consumidor de servicios financieros a distancia.

#### *A) La carga de la prueba*

La remisión en bloque a las normas generales del Derecho Civil sobre responsabilidad por daños, ante el vacío legal existente en la normativa bancaria, no ha impedido la inclusión de una norma específica en la LCDSF en lo que se refiere a la carga de la prueba. El artículo 17 coloca a cargo del proveedor del servicio financiero la carga de probar el cumplimiento de las obligaciones que le incumben en materia de información al consumidor, así como del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución. De esta forma, corresponderá a la entidad bancaria la prueba de que ha cumplido con sus obligaciones informativas, debiendo también aportar prueba del consentimiento prestado por el cliente para la celebración del respectivo contrato. Esta voluntad de proteger al consumidor queda aún más clara en la Directiva 2002/65/CE, de contratos a distancia de servicios financieros (art. 15.2), cuando califica como cláusula abusiva aquella cláusula contractual mediante la cual se imponga sobre el consumidor la carga de la prueba de las obligaciones que se imponen al proveedor.

El art. 17 LCDSF, además de ser coherente con las normas de entrega de documentos contractuales (norma sexta, Circular 8/1990), supone un seguimiento de la tendencia jurisprudencial que viene imponiéndose durante las últimas tres décadas en nuestro derecho, que presume la culpa del autor del daño, correspondiendo a éste desvirtuar la presunción mediante la prueba de haber actuado con la diligencia debida (84). La inversión de la carga de la prueba ha sido también el criterio consagrado en el art. 140 del TR de la LGDCU en materia de daños causados por productos, el cual coloca a cargo del demandado la prueba de las circunstancias de exoneración.

La regulación de la carga probatoria a través del artículo 17 LCDSF debe evaluarse de forma positiva, ya que tradicionalmente el elemento probatorio ha constituido una diferencia apreciable a la hora de optar entre la responsabilidad obligacional o la aquiliana. Cuando se opta por la vía contractual, se exige que el demandante pruebe la existencia de la obligación, su incumplimiento (defectos en el contenido de la información), el daño y la relación de causalidad entre ambos. Pero en ningún caso deberá probar el demandante la culpa en que incurre quien incumple (García Rubio, 1991: 216 y ss.; Jordano, 1987: 252). Si se opta por la vía extra-

contractual del art. 1902 del CC es necesario que el perjudicado pruebe la existencia de defectos en las informaciones, el daño que con ellas se ha producido al cliente bancario y la relación de causalidad entre ambos elementos. Y, antes de que se impusiese la tendencia a invertir la carga de la prueba, quien afirmaba el daño también debía probar el dolo o la culpa del autor.

El art. 17 establece una regla única a favor del consumidor en lo que se refiere a la carga de la prueba, correspondiendo a la entidad bancaria probar el cumplimiento de sus obligaciones de información, con independencia de que la vía ejercitada para el resarcimiento sea la contractual o la extracontractual. De esta forma, debe presumirse la culpabilidad del proveedor de servicios financieros o, más en concreto, la culpabilidad de la entidad bancaria por las informaciones defectuosas, siendo a ésta última a quien le corresponde destruir la presunción mediante la prueba de que, pese a la existencia de inexactitudes en la información, actuó con la diligencia debida (85). La posición del cliente bancario perjudicado por las informaciones inexactas queda bastante aligerada en orden a la carga de la prueba que soporta, pues tanto si opta por la vía contractual como si lo hace por la extracontractual tan sólo deberá probar la existencia de defectos en la información y la de daños.

Lo que no deberá probar en ningún caso el consumidor, conforme al art. 17 LCDSF, es la existencia del contrato convenido a distancia, pues esta prueba sólo compete al proveedor u oferente del servicio financiero. La doctrina ha considerado que la tutela que recibe el consumidor en este caso es excesiva, y llega a unos extremos difícilmente aceptables, pues podría dar lugar a un ejercicio abusivo de este derecho por parte del consumidor. Éste podría reclamar ante los tribunales todos los derechos derivados de un contrato que nunca ha celebrado, y cuya existencia y contenido podría conocer únicamente en virtud de las obligaciones informativas del proveedor del servicio financiero (Illescas, 2007: 21 y ss.). En este caso, el proveedor habrá de probar que el contrato no se ha celebrado para quedar exento de obligación alguna: prueba negativa y, casi siempre, diabólica. Sin embargo, en los contratos bancarios celebrados a distancia la prueba de la existencia del contrato a cargo de la entidad no será demasiado gravosa para ésta, siempre que haya cumplido con la obligación de dejar constancia documental de la contratación efectuada, ya sea en forma escrita o en registros magnéticos e informáticos (art. 1.3, párrafo 2º RD 1906/1999 y art. 6.1 LCDSF).

#### *B) Determinación y medida del daño resarcible*

Es opinión consolidada que la responsabilidad precontractual no se extiende al resarcimiento de todos los daños contractuales sufridos por la otra parte, sino

tan sólo al «interés contractual negativo», también llamado «daño a la confianza», puesto que se indemniza por el daño que una de las partes sufre al haber confiado legítimamente en las expectativas de que el contrato se concluiría (86). Se trata de que, a través de la indemnización al consumidor cuya confianza ha sido defraudada, se sitúe en la situación económica en que se hallaría de no haber existido la información no veraz. La indemnización deberá comprender el reembolso de los gastos realizados en atención al contrato bancario proyectado (comisiones, intereses, gastos de preparación...).

El interés negativo no incluye el lucro cesante o las ventajas que la parte perjudicada hubiera podido obtener por haber celebrado otro contrato (87). En la contratación bancaria, cuando el contrato no llega a existir o cuando, habiéndose perfeccionado, éste no se anula, no parece legítimo que el consumidor pueda reclamar además los beneficios que hubiera podido obtener de aceptar otra oferta contractual. Sí parece razonable en cambio, que en las situaciones en que se declara la invalidez del contrato la parte que ha violado los deberes de buena fe esté también obligada a resarcir el «interés positivo» por la pérdida de la ocasión más ventajosa (p. ej., si el perjudicado rechazó entre tanto la oferta de otra entidad bancaria) (88). Es decir, sólo en caso de contrato inválido deberá resarcirse el interés negativo y el interés positivo o de cumplimiento, mientras que en las situaciones en que no se llega a contratar, o el contrato mantiene su validez, sólo el interés negativo debe ser indemnizable (89).

En cuanto a la posible limitación del montante indemnizatorio del interés negativo, se ha cuestionado si la medida del interés negativo podría encontrar su límite superior en el que correspondería al interés de cumplimiento (García Rubio, 1991: 246 y ss.). La duda viene generada por la inexistencia en el CC español de una norma paralela a los §§ 122, 179.2 y 307 BGB alemán, donde se establece de modo expreso que el interés negativo encuentra su límite superior en el positivo. La ausencia de un precepto similar en el CC español daría lugar a la paradójica situación de que el resarcimiento por los daños derivados de la información previa defectuosa, cuando no se hubiese celebrado el contrato, colocase al consumidor en una situación económica mejor que la que habría alcanzado de no haber existido falsedades en la información y se hubiese realizado válidamente la contratación de los valores. Para evitar este tipo de situaciones es para lo que, en una interpretación un tanto forzada de la norma, se ha atribuido esta función limitadora del interés negativo al art. 1107.1 CC (90), precepto que, pese a regular la responsabilidad contractual no dolosa, se ha considerado aplicable también a la responsabilidad extracontractual (Carrasco, 1989: 725 y ss.; García Rubio, 1991: 247 y siguientes).

Sin embargo, la función limitadora del interés de confianza conforme al máximo interés de cumplimiento, derivada del art. 1107 CC sólo se produce cuando concurre una actuación culposa del causante del daño, pero nunca cuando tal actuación sea dolosa, puesto que en tal caso el apartado 2º del 1107 CC hace responsable a éste de todos los daños producidos, y no únicamente de los previsibles (Morales Moreno, 1993b: 411 y ss.). No obstante, no parece posible que del artículo 1107 CC se puedan extraer todos los criterios necesarios para determinar la indemnización, debiendo los tribunales ejercitar la facultad moderadora que les concede el art. 1103 CC (Alonso Pérez, 1971: 906).

### C) *El plazo para el ejercicio de la acción*

En bastantes ocasiones, el plazo para el ejercicio de la acción se convierte en criterio determinante para la elección entre la vía contractual o la extracontractual. Mientras que la acción dimanante del daño extracontractual prescribe por el transcurso de un año desde que lo supo el agraviado (art. 1968.2 CC), la acción de responsabilidad contractual, careciendo de plazo especial expreso, prescribe a los 15 años, conforme a la regla general establecida para las acciones personales (artículo 1964 CC). Puesto que el art. 1964 CC no señala el momento en que se inicia el cómputo del plazo, remitiéndose éste con carácter general al momento de la contratación (García Rubio, 1991: 226), en el caso de la información previa no veraz, cuando finalmente no se contrata con el consumidor, creemos oportuno remitir el inicio del cómputo al momento de la publicación de dicha información. La disparidad en el plazo de prescripción será el criterio decisivo para optar por un tipo u otro de responsabilidad en los casos en que sea posible la opción por existir una acumulación de responsabilidades. Ello hará que, en la mayoría de supuestos en que la opción sea posible, se opte por el plazo de 15 años que otorga la vía contractual (91).

Pero en el ámbito de la contratación bancaria con consumidores no parece que el dilatado plazo de 15 años sea un plazo apropiado o razonable para reclamar indemnizaciones por informaciones previas no veraces. El empleo de este plazo puede dar lugar a situaciones tan incompatibles con la rapidez que reclama este tipo de contratación para solucionar sus controversias como aquella en que la anulación del contrato tuviese lugar a los dos años desde su perfección, y la acción indemnizatoria se ejercitase trece años después. Lo deseable, a nuestro juicio, sería, de *lege ferenda*, la existencia de un plazo específico especialmente previsto por las normas que regulan la contratación a distancia de servicios financieros para el ejercicio de la acción indemnizatoria por incumplimiento de los requisitos de la información previa.

No existiendo este plazo específico, la opción del plazo de un año nos parece más idónea para exigir indemnización por información no veraz, sobre todo si se tiene en cuenta que el plazo comienza a computarse desde el momento en que el consumidor perjudicado tuvo conocimiento del defecto, tiempo suficiente para que éste decida sobre el ejercicio de la acción. Sin embargo, la remisión en bloque a la disciplina civil sobre responsabilidad precontractual permite que, mientras no exista una regulación especial de la acción indemnizatoria, el recurso al plazo de prescripción de 15 años quede siempre abierto para los supuestos en que sea posible optar por existir una acumulación de responsabilidades. Incluso, no es aventurado admitir que en el resto de supuestos también es posible este plazo de prescripción, ya que cuando la única vía de resarcimiento fuera la del art. 1902 CC y el plazo del año hubiese transcurrido, siempre podría existir la posibilidad última de utilizar la acción de enriquecimiento injusto que prescribe igualmente a los quince años (92).

### 1.3. *La virtualidad eximente de las cláusulas de exoneración de responsabilidad*

De nada serviría el régimen de transparencia de las operaciones y protección del consumidor bancario, contenido en la normativa de transparencia bancaria y en la LCDSF, si se considerase admisible una cláusula de exoneración de responsabilidad de la entidad bancaria respecto a incumplimientos de los requisitos de información previa exigidos en los arts. 7, 8 y 9 LCDSF. Se considera «abusiva» cualquier cláusula que la entidad bancaria pudiese incluir en el documento de oferta con la que pretenda exonerarse de responsabilidad por eventuales incumplimientos en cuanto a la información previa que le es exigida en la contratación bancaria. El régimen de cláusulas abusivas contenido en el TR de la LGDCU (arts. 82-91) se aplica con carácter general a todo tipo de consumidor, y por lo tanto también respecto del consumidor bancario. En concreto, la exoneración de responsabilidad por defectos en la información previa constituiría una cláusula abusiva por limitar o privar al consumidor de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas, que podría englobarse en el supuesto que contempla el art. 86.1 TR de la LGDCU (93), y cuyo efecto fundamental radica en la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva, debiendo tenerse ésta por no puesta.

Ahora bien, dada la claridad con que este supuesto viene expresado en la ley, es de suponer que ninguna entidad bancaria se aventurará a incluir, de manera expresa, una cláusula de este tipo en los documentos de oferta que utilice para la contratación con sus clientes. Por el contrario, las entidades suelen acudir a ciertas fórmulas o técnicas en la contratación con los clien-

tes que, si bien en apariencia mantienen una irreprochable corrección jurídica, persiguen una finalidad indirecta de eximir de responsabilidad a la entidad bancaria por el eventual incumplimiento de los requisitos de información previa frente al cliente. La referida exención para la entidad se consigue haciendo firmar al cliente un documento en el que declara haber recibido toda la información previa que exige la ley como condición a la prestación de su consentimiento contractual.

Aunque el art. 3 de la LCDSF reconoce el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos en esta ley a los consumidores de servicios financieros prestados a distancia, y considera nulo cualquier acto realizado en fraude de esta ley, conforme a lo previsto en el art. 6 del Código Civil, no se trataría propiamente de un supuesto de renuncia del consumidor a sus derechos, puesto que, al contrario, éste declara haberlos ejercitado, es decir, declara haber sido informado por la entidad, cuando en realidad la información no se ha enviado al consumidor. Con la firma del documento que declara recibida la información por el consumidor, éste se coloca en una situación de indefensión difícil de atacar jurídicamente. Por un lado, podría considerarse que estamos ante un acto realizado en fraude de ley por parte de la entidad, pero en este caso la entidad tiene en su poder el documento firmado por el consumidor que prueba el cumplimiento de sus obligaciones informativas. En segundo lugar, tampoco es un acto de renuncia expresa del consumidor a sus derechos. Y tercero, tampoco se cumplen los requisitos que permiten considerar que estamos ante una cláusula abusiva.

Pese a ello, no puede decirse que la situación de desamparo que sufre el consumidor se deba a la ausencia de los mecanismos jurídicos que garanticen su protección, sino más bien a conductas poco éticas llevadas a cabo por algunas entidades, que pretenden eludir el coste material y de tiempo que supone el cumplimiento de los requisitos de información personalizada con cada cliente bancario. En consecuencia, consideramos que la solución al problema no pasa por arbitrar nuevos instrumentos jurídicos, sino nuevos mecanismos de política y ética empresarial, desde las propias entidades bancarias, con los que se tienda a dar cumplimiento a la finalidad protectora del consumidor que inspira la normativa bancaria de transparencia.

## **2. La responsabilidad administrativa**

Los proveedores de servicios financieros a distancia están sometidos al régimen administrativo sancionador que establece la LCDSF (art. 18) y, subsidiariamente, al previsto en la Ley 34/2002 (94). El régimen de sanciones administrativas se considera plenamente compatible con la responsabilidad civil que resulte de los incumplimien-

tos en materia de información previa, ya que ambos se dirigen a proteger intereses distintos. La responsabilidad administrativa se mueve en el ámbito de las relaciones surgidas entre las entidades de crédito y el Banco de España —como órgano supervisor y de control de la actividad bancaria—; y se dirige no a tutelar los intereses particulares del consumidor bancario —a cuyo fin se conecta la responsabilidad civil en los términos anteriormente expuestos—, sino a tutelar los intereses colectivos del mercado financiero, a saber, la transparencia y la corrección en la contratación bancaria.

Igualmente, es posible afirmar la compatibilidad entre la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal en caso de que las informaciones no veraces difundidas por las entidades bancarias fuesen subsumibles en alguno de los diversos tipos penales del vigente Código Penal de 1995 en materia de falsedades documentales transmitidos por servicios de telecomunicación (arts. 390 y ss.). El principio *non bis in idem* no puede entenderse vulnerado en este caso por encontrarnos ante uno de los supuestos en los que existe una relación de supremacía especial de la administración, supuestos en los que se admite jurisprudencialmente, como excepción, la doble sanción penal y administrativa.

El art. 18 LCDSF, en su apartado 2º, considera que son normas de ordenación y disciplina: los requisitos de información previa al contrato establecidos en el art. 7; a las obligaciones de comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa reguladas en el artículo 9, ... Su incumplimiento será castigado según lo establecido por la normativa sectorial correspondiente». Estos incumplimientos por parte de las entidades de crédito y por la de cualesquiera otras que presten servicios financieros se considerarán como infracción grave, conforme a lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, siempre que las infracciones no tengan carácter ocasional o aislado. De esta forma, el art. 5, apartado n), de la LDIEC considera infracción grave: «el incumplimiento del deber de veracidad informativa debida a sus socios, a los depositantes, prestamistas y al público en general, ...». El art. 10 LDIEC conecta el incumplimiento por las entidades de crédito del deber de veracidad informativa a dos sanciones que podrán imponerse de forma separada o conjunta: a) la multa por importe de hasta el medio por ciento de los recursos propios, o hasta 150.000 euros si aquél porcentaje fuera inferior a esta cifra; b) amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Cuando no proceda la aplicación del régimen administrativo-sancionador previsto en la LCDSF, se aplicará de forma subsidiaria el contenido en la Ley 34/2002, cuyo art. 38 considera que son infracciones graves el

incumplimiento significativo de lo establecido en los párrafos a) y f) del art. 10.1 (95) y también el no poner a disposición del destinatario del servicio las condiciones generales a que, en su caso, se sujete el contrato en la forma prevista en el art. 27 LSSICE. Estos incumplimientos se conectan a sanciones de tipo económico (multa de 30.001 hasta 150.000 euros) y a la posible publicación a costa del sancionado de la resolución sancionadora, bien en el *BOE*, en el diario oficial de la Administración pública que hubiese impuesto la sanción, o en dos periódicos cuyo ámbito de difusión coincida con el de actuación de la citada Administración pública, o en la página de inicio del sitio internet del prestador (art. 39 LSSICE).

Lo característico de este régimen subsidiario es la previsión de una graduación de la cuantía de las multas, en atención a diversos criterios como la existencia de intencionalidad, el plazo de tiempo durante el que se ha venido cometiendo la infracción, la reincidencia, la cuantía de los perjuicios causados, etc. (art. 40). También son de resaltar las medidas de carácter provisional que podrán acordarse en los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves para asegurar la eficacia de la resolución que se dicte y el buen fin del procedimiento, así como para evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción (art. 41).

## V. CONCLUSIONES

1. En la contratación bancaria a distancia se considera que el derecho de información no sólo es la forma más importante de proteger los intereses del cliente, sino que además promueve la competencia entre las entidades, ya que facilita la comparación entre sus ofertas. Con la finalidad de permitir al consumidor la comparación de las diversas ofertas, se tiende a exigir un contenido estandarizado de la información. Así, para el préstamo hipotecario, la Orden de 5 de mayo de 1994 exige a las entidades de crédito que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario. Su contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma y en el anexo VII de la Circular 8/1990. En este sentido, la Directiva 2008/48/CE, sobre contratos de crédito al consumo, establece una «información normalizada europea» sobre el crédito al consumo en su anexo II, que viene a unificar el contenido de este contrato bancario en el ámbito de la Unión Europea.

2. La normativa de transparencia establece, para las entidades de crédito que tengan la intención de dirigir al público cualquier información o publicidad en la que se contenga ofertas de productos, operaciones o ser-

vicios financieros, la exigencia de obtener una previa autorización para aquella publicidad que haga referencia, explícita e implícita, al coste o rendimiento de las operaciones, productos financieros o servicios (norma 9ª, Circular 8/1990). La autorización deberá otorgarse bien por el Banco de España o bien por las comunidades autónomas respectivas, de acuerdo con sus competencias en esta materia, en el marco del art. 48.3 de la LDIEC. Para que la publicidad sea autorizada, las entidades de crédito deberán presentar al público, con claridad, precisión y respeto de la competencia, las características de la oferta financiera, con una descripción suficiente del producto ofertado que muestre sus aspectos más significativos, y en particular su coste o rendimiento efectivo (TAE) mediante un ejemplo representativo, así como su posibilidad de alteración. Se trata, en definitiva, de proteger al cliente bancario en lo relativo a la información que recibe, bien sea por publicidad en los medios, bien en su trato directo con la entidad, quien deberá contar con una información veraz, suficiente y adecuada con carácter previo a la contratación del producto o servicio bancario con la entidad.

**3.** En cuanto al momento en que debe ofrecerse la información al consumidor de servicios financieros a distancia, la normativa siempre exige que, salvo imposibilidad, la información se suministre durante la fase precontractual, es decir, cuando aún el consumidor no ha asumido ninguna obligación contractual, de tal manera que se le permita disponer de tiempo suficiente para analizar la información recibida. Si nos centramos en la contratación bancaria, esta información con fines comerciales también deberá aparecer de forma permanente a disposición de los clientes bancarios a través de diversos medios (tablón de anuncios de la agencia bancaria, web de la entidad, e incluso en la propia web del Banco de España) regulados por la Circular 8/1990 del Banco de España.

**4.** Se exige que la forma o medio que el proveedor emplee para suministrar la información sea de tal naturaleza que permita al consumidor tener un acceso continuado a la información para poder analizarla a su antojo. Para ello, el soporte ha de ser duradero y accesible, aunque no necesariamente papel. También se exige que la TCD utilizada respete debidamente los derechos en materia de accesibilidad universal de las personas con discapacidad (art. 7.2 LCDSF).

**5.** Es distinta la naturaleza jurídica de las diversas comunicaciones remitidas por la entidad bancaria en las que se contiene la información precontractual. La información que, de forma generalizada, se exige por el artículo 7.1 LCDSF a cualquier proveedor de servicio financiero que contrate con un consumidor a través de una TCD, relativa las cualidades del propio proveedor, las condiciones de prestación del servicio y las caracterís-

ticas de la técnica de contratación a distancia que se vaya a emplear, puesto que se trata de una información que no contiene propuestas concretas de contratación, ni el ofrecimiento de productos o servicios bancarios para su comercialización con los clientes, no podría considerarse oferta de contrato. Se trata simplemente de normas financieras de actuación de la entidad que sólo adquieren un efecto obligacional vinculante cuando se reclama su aplicación para alguna concreta operación bancaria. Por el contrario, cuando se trata de comunicaciones dirigidas al público en las que se contengan ofertas de productos, operaciones o servicios bancarios ofrecidos por la entidad proponiendo operaciones concretas, normalmente tendrán la consideración jurídica de una *invitatio ad offerendum*. No podrán tampoco considerarse verdaderas ofertas de contrato, aunque contengan algunos elementos esenciales del mismo, puesto que falta el elemento intencional de la voluntad de contratar por parte de la entidad. Dicha voluntad suele quedar condicionada en las operaciones bancarias al hecho de que la entidad conozca las particulares características económicas del consumidor bancario que se ha ofrecido a contratar la operación.

**6.** Para la documentación del contrato, la LCDSF exige únicamente un soporte duradero, que podrá ser electrónico, pero no está exigiendo firma electrónica para la contratación a distancia de servicios financieros con consumidores. Sin embargo, puesto que en la contratación bancaria electrónica se busca la máxima seguridad en las operaciones que llevan a cabo las partes, sólo debería admitirse la firma reconocida, al menos para las operaciones de gran importancia patrimonial.

**7.** Para todos los contratos bancarios en que la normativa de transparencia bancaria hace preceptiva la obligación de entrega del documento contractual al cliente, la obligación se cumple por la entidad, a elección del propio cliente, bien enviándole el documento en un soporte electrónico duradero que permita al cliente su lectura, impresión y conservación, o bien enviándole justificación escrita de la contratación efectuada, salvo las operaciones bancarias que deban formalizarse en escritura pública.

**8.** La entidad bancaria también está obligada a cumplir obligaciones informativas durante la relación contractual con el consumidor bancario. Con estas obligaciones de transparencia se otorga también protección al cliente bancario durante la fase de ejecución de los contratos, al establecer un régimen preciso en cuanto a la información sobre la liquidación de las operaciones y la información periódica que las entidades deben enviar a los clientes sobre el desarrollo de las relaciones establecidas. La norma básica sobre la información bancaria en fase de ejecución (art. 8 de la Orden de 1989, que se ha completado con las normas séptima y

octava de la Circular 8/1990) establece la obligación de las entidades de entregar a sus clientes en cada liquidación que practiquen por operaciones activas, pasivas o de servicios un documento que contenga claramente todos los datos relevantes y necesarios (sobre intereses, comisiones, etc.) para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación.

**9.** A falta de determinación expresa sobre el momento de la perfección del contrato bancario celebrado a distancia, se entiende aplicable el art. 54.2 CCM que, tras ser modificado por la LSSICE en lo que se refiere a contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, parece seguir la «teoría de la expedición», al señalar que «en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación». Conforme a esta teoría, se considera perfeccionado el contrato en el instante en que la declaración de voluntad del cliente aceptante sale del sistema de información que está bajo su control, o del sujeto que lo envía en nombre de éste, de modo que ya no puede modificarlo. Por lo tanto, la teoría de la expedición de la aceptación del art. 54.2 CCM es aplicable en todos los contratos bancarios con consumidores realizados a distancia, sea cual sea la técnica de comunicación a distancia (TCD) empleada. Sin embargo, la teoría de la expedición no resulta ser tan favorable desde el punto de vista de la entidad bancaria, para quien resultaría mucho más beneficioso el criterio que atiende a la recepción del mensaje que contiene la declaración de voluntad del cliente aceptante (teoría de la recepción).

**10.** Los incumplimientos por defectos en la información previa se circunscriben a su incidencia en el error y el dolo como causa de anulación del contrato, tal y como prevé el art. 9.4 LCDSF. El precepto nos sitúa ante una manifestación del principio de la buena fe precontractual que debe presidir el comportamiento de las partes que negocian, tanto en la fase previa como en la fase de oferta. Partiendo de esta base, la buena fe y la veracidad de las informaciones ofrecidas a los consumidores bancarios deberán referirse tanto a la información general difundida en web y tablón de anuncios con una finalidad puramente comercial (arts. 7 y 8 LCDSF) como la comunicación personalizada de las condiciones contractuales (art. 9.1 LCDSF).

**11.** Por lo que se refiere a la posible indemnización por daños derivados de defectos en la información recibida por los consumidores, la LCDSF guarda silencio, por lo que también en este sentido es aplicable la normativa general del Código Civil sobre responsabilidad contractual y extracontractual, partiendo de su consideración como un supuesto de responsabilidad por culpa *in contrahendo*. No obstante, en muchas de estas opera-

ciones bancarias, puede que la anulación del contrato ocasione al consumidor un perjuicio aún mayor que el mantenimiento del contrato, pese a existir un vicio de consentimiento del que pueda derivarse la anulación del contrato. En estos supuestos, debe permitirse que sea el consumidor quien opte por la conservación del negocio jurídico, cuando de esta manera queden mejor protegidos sus intereses, orientando los efectos jurídicos de la falta de veracidad de la información suministrada exclusivamente hacia los cauces alternativos de la indemnización y/o la responsabilidad de la entidad bancaria.

**12.** En cuanto al contenido de la información previa cuyo incumplimiento es susceptible de provocar un vicio del consentimiento en el consumidor, el art. 9.4 LCDSF adopta un criterio amplio, al referirse a toda la información previa contenida en los arts. 7, 8 y 9 LCDSF. Por lo tanto, cualquier información no veraz o inexistente sobre los aspectos contenidos en estos artículos —y no sólo la información sobre las características esenciales del objeto y el precio o la relativa a las condiciones contractuales— podrá dar lugar a un incumplimiento susceptible de provocar la anulabilidad del contrato.

**13.** En los supuestos de error y dolo cabe también la posibilidad de que se produzca la extinción de la acción de impugnación mediante la confirmación del contrato por parte del consumidor que ha sufrido el vicio en la formación de su consentimiento. Solo se exige como requisito previo que el cliente confirmante tenga conocimiento de la causa de anulabilidad y que ésta haya cesado. También será preciso que, habiéndose modificado la conducta de la entidad (en el sentido de que haya desaparecido la intención de engañar), se proceda a la corrección de la información no veraz.

**14.** El art. 17 LCDSF establece una regla única a favor del consumidor en lo que se refiere a la carga de la prueba, correspondiendo a la entidad bancaria probar el cumplimiento de sus obligaciones de información, con independencia de que la vía ejercitada para el resarcimiento sea la contractual o la extracontractual. De esta forma, debe presumirse la culpabilidad del proveedor de servicios financieros, o, más en concreto, la culpabilidad de la entidad bancaria, por las informaciones defectuosas, siendo a ésta última a quien le corresponde destruir la presunción mediante la prueba de que, pese a la existencia de inexactitudes en la información, actuó con la diligencia debida.

#### NOTAS

(1) El art. 17.1 del TR de la LGDCU señala que «los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que éstos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado».

(2) La Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, había excluido expresamente de su ámbito de aplicación a los servicios financieros. En consecuencia, el artículo 1 de la LSSI 34/2002 señala que «es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica», excluyendo así otros medios de transmisión no electrónicos. También en el anexo de la LSSI, letra a), apartado 1º, se reitera que «no tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o telex».

(3) En relación con la operativa bancaria, señala FLORES DOÑA (2009), que «la inclusión de los instrumentos electrónicos, como la telefonía vocal, el fax y otros medios similares en el ámbito de la contratación de servicios financieros responde al uso de internet y del teléfono de la banca a distancia, banca *on line*, oficina internet, ... Entre los canales de comunicación contemplados en Caja Madrid, el teléfono e internet se integran en el "Sistema Multiacceso", conformado por la "Oficina Telefónica, Oficina Internet, Oficina Móvil y Cajeros". Dentro del "Sistema integrado de comunicación" utilizado por ING Direct, internet y el teléfono son los medios previstos para contratar, consultar y realizar órdenes. En Openbank se eligen los términos más generales de contrato a distancia de servicios financieros, de medio electrónico, de soporte duradero en los apartados de información de las cuentas, política de ejecución óptica y gestión de órdenes».

(4) El art. 3.3 Directiva 2002/65/CE contiene, para los servicios financieros realizados a través de telefonía vocal, una limitación en cuanto al volumen de información que se puede suministrar al consumidor, ya que la naturaleza del medio empleado aconseja que, necesariamente, ha de ser más resumida. También se exige que el consumidor otorgue su consentimiento expreso como condición para que pueda iniciarse el suministro de información.

(5) Art. 27.4 LSSI y CE: «Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, debe sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario».

(6) El preámbulo I señala como «ventajas» aportadas por las nuevas tecnologías a la vida económica y social: la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo.

(7) Sobre el funcionamiento y operatividad de estas técnicas, puede verse FLORES DOÑA (2009: 29 y ss.).

(8) El art. 60.2 LGDCU considera «relevantes» en la contratación de bienes o servicios con consumidores las informaciones sobre: a) nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual; b) precio completo; c) fecha de entrega, ejecución del contrato y duración; d) procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato; e) garantías ofrecidas; f) lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato; g) existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor, el plazo y la forma de ejercitarlo.

(9) Las exigencias de información en relación con los intermediarios financieros responde a las observaciones que las asociaciones de consumidores realizaron con ocasión de la elaboración del libro verde *Servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores*. En ellas se hacía ver a la Comisión, entre otros aspectos, que en los supuestos de actuación a través de estos intermediarios era frecuente que no se facilitara la identidad de la persona o entidad por cuenta de la que se actuaba. VIERA (2007: 168).

(10) Una caracterización de los medios de transmisión electrónica puede verse en FLORES DOÑA (2009: 16).

(11) En este sentido, MIRALLES (2007: 281 y ss.), y GARCÍA-CRUCES (1992: 420).

(12) Esta doble finalidad de información al cliente y fomento de la competencia entre las entidades se deduce del preámbulo de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, que declara que «aunque la Orden presta atención a las operaciones clásicas de las entidades de crédito, tales como préstamos o depósitos bancarios, su ámbito de aplicación es más general extendiéndose también a otras operaciones... en las que una mejor información a la clientela sentará las bases de una mayor competencia entre entidades».

(13) Art. 48.2 LDIEC: «Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda: [...] d) dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización».

(14) Al respecto, MATEU DE ROS (2002: 7 y ss.); también el mismo autor en MATEU DE ROS (2005: 121 y ss.).

(15) El apartado e) del artículo 48.2 se añade a la LDIEC a través de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. El señalado precepto habilita al Ministerio de Economía y Hacienda para: «Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos de interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios».

Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministerio de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales señalados en el párrafo precedente».

(16) Art. 1º, Orden Ministerial de 12 de diciembre 1989: «Los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las Entidades de Crédito serán los que libremente se pacten, cualquiera que sea la modalidad y el plazo de la operación y la naturaleza del sujeto con el que se concierten, sin más excepciones que las que para las que las Entidades de depósito y las Entidades oficiales de crédito se establecen en el número segundo de esta Orden».

(17) Se consideran de importante cuantía aquellos créditos cuyo principal supere un millón de euros, o el 5 por 100 de los recursos propios de la entidad. Se entenderán operaciones a corto plazo aquellas cuya duración original no sea superior a un año.

(18) Sucintamente, el «tablón de anuncios» en cada oficina de la entidad de crédito deberá contener: tipos de interés de obligada publicación y de publicación voluntaria; la existencia y disponibilidad de un folleto de tarifas y normas de valoración; las modificaciones de comisiones, tipos de interés y gastos repercutibles en contratos de duración indefinida; las modificaciones de tipos de interés de títulos emitidos a tipo variable; referencia al Servicio de Reclamaciones del Banco de España y, en su caso, al defensor del cliente u órgano equivalente; referencia a la normativa que regula la transparencia de la operaciones bancarias y la protección de la clientela; referencia a la existencia de tipos de cambio mínimos de compra y máximos de venta que se apliquen, respectivamente, a las operaciones de compraventa de divisas y de billetes; los tipos de conversión que se apliquen entre la peseta y las monedas integradas en el euro, acompañados de las comisiones y gastos que, en concepto distinto del de cambio, puedan aplicarse a las operaciones de compraventa de billetes o divisas; la existencia del folleto informativo gratuito sobre prés-

tamos hipotecarios; referencia al derecho de los clientes a solicitar las ofertas vinculantes sobre créditos al consumo y préstamos hipotecarios; referencia al derecho de los clientes a obtener una oferta en las condiciones específicas aplicables a una orden de transferencia transfronteriza de las reguladas en la Ley 9/1999, de 12 de abril, cuyo destino y divisa hayan sido precisados por el cliente, salvo que la entidad no desee realizar la operación.

(19) Las comisiones de amortización anticipada de préstamos hipotecarios están limitadas por el art. 3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, no pudiendo figurar en las tarifas comisiones superiores al 1 por 100. En el caso de los préstamos al consumo, estas comisiones se limitan por el artículo 10 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, no pudiendo exceder del 1,5 por 100 del capital reembolsado anticipadamente cuando se trate de contratos en los que se contemple la modificación del coste del crédito, o del 3 por 100 en los contratos en los que no se prevea dicha modificación.

(20) Las tarifas correspondientes a las operaciones y actividades con valores se incluirán en el folleto en epígrafes propios, separando, dentro de ellos, los correspondientes a operaciones del mercado de deuda pública en anotaciones, y sin incluir comisiones o gastos que correspondan a actividades u operaciones distintas de las indicadas. La redacción de estos epígrafes se llevará a cabo respetando las normas dictadas por la CNMV. El Banco de España remitirá a la CNMV los epígrafes correspondientes a las operaciones y actividades con valores distintos a los negociados en el mercado de deuda pública con anotaciones.

(21) En consecuencia, no podrán exigirse comisiones de apertura o similares en los descubiertos en cuenta corriente por valoración. Del mismo modo, en las operaciones en moneda extranjera (divisas o billetes) tampoco podrán realizarse conversiones artificiales e innecesarias a través de la peseta u otra moneda ni, en el caso de cuentas en moneda extranjera, percibirse comisiones por cambio de moneda por ingresos o disposiciones de efectivo de la misma moneda en que la cuenta esté abierta, sin perjuicio de repercutir los gastos que procedan por manipulación de las remesas de billetes extranjeros. Igualmente, en las transferencias en las que no se indique que las comisiones y gastos son, total o parcialmente, a cargo del beneficiario, no podrá cargarse ninguna comisión o gasto por dicho servicio al beneficiario.

(22) El concepto *fecha valor* se contrapone al concepto *fecha de operación*, entendiéndose por este último el momento en que se efectúa o asienta un apunte en los registros contables de una entidad de crédito, y que es el que determina la disponibilidad real de los fondos depositados en las cuentas, con independencia de la valoración a efectos de intereses de tal apunte. MIRALLES (2007: 290).

(23) La norma 4ª.2 de la Circular 8/1990 determina que «en el caso de entregas de cheques, transferencias bancarias, órdenes de entrega y similares, si la operación procede de entidades bancarias en el extranjero, incluidas las sucursales de la propia entidad en el extranjero, los abonos se valorarán no más tarde del siguiente día hábil a la fecha en que el importe de la operación haya sido, a su vez, abonado a la entidad del beneficiario, ... A efectos de la valoración aplicable a las operaciones realizadas a través de cajeros automáticos e instalaciones electrónicas, la fecha en que deba entenderse aceptada la operación o realizado el apunte se determinará atendiendo a lo establecido en los contratos relativos a los medios electrónicos de pago u otros instrumentos que permitan el uso de dichos cajeros e instalaciones.

En las operaciones con deuda anotada, tanto a la emisión y amortización de los valores como en el pago de intereses, las entidades gestoras, aplicarán a sus clientes en las liquidaciones de efectivo, fecha valor coincidente a la aplicada por la Central de Anotaciones».

(24) Cuando el TAE a indicar en la publicidad pueda verse alterado por circunstancias tales como el importe de la operación, la exis-

tencia de comisiones diferentes u otras circunstancias, se indicará el intervalo significativo en que pueda moverse.

(25) Art. 27.4 Ley 34/2002: «Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario».

(26) Es el caso de los contratos sobre paquetes turísticos o viajes combinados, los contratos sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, los de venta de ciertos productos como tabaco, medicamentos, etc. CAVANILLAS (2003: 142).

(27) Art. 1.3, RD 1906/1999: «Igualmente, quedan excluidos los contratos referidos a servicios financieros consistentes en servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, seguro y reaseguro, bancarios o prestados por entidades sujetas a supervisión prudencial, relativos a fondos de pensiones y a operaciones a plazo y de opción, los celebrados mediante máquinas o locales automáticos, en subasta y los relativos a la construcción y venta de bienes inmuebles y demás relativos a derechos reales sobre los mismos, así como los de arrendamiento de bienes inmuebles regulados por leyes especiales, excepto los arrendamientos de temporada, a los cuales será de aplicación la presente norma».

(28) Un análisis sobre la aplicación del RD 1906/1999 puede verse en MIRANDA (2001: 619 y ss.); ILLESCAS (2007: 17 y ss.), también el mismo autor en ILLESCAS (2001: 281 y ss.; y 2000: 3 y ss.)

(29) En la exposición de motivos del proyecto de Ley de 18 de julio de 2008 se señala que, si bien esta actividad de intermediación en los préstamos o créditos hipotecarios, realizada por empresas que no tienen la categoría de entidad de crédito, puede ser útil a los consumidores que decidan contratar estos servicios, al posibilitar una búsqueda más eficiente de los créditos o préstamos disponibles en el mercado, al tiempo que permiten que los consumidores ganen poder de negociación frente a los prestamistas pudiendo acceder a mejores condiciones en los préstamos que contratan, la Ley viene a establecer una regulación específica que, sin afectar a los potenciales beneficios que pueda reportar a los consumidores, establezca un marco transparente en las relaciones de éstos con las empresas que les ofrecen contratos de préstamo o crédito hipotecario. Con esta finalidad, se limita el ámbito de aplicación de la Ley a las empresas distintas a las entidades de crédito.

(30) De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, se hará constar, expresamente, en el folleto informativo del contrato de préstamo el derecho que asiste al cliente de proponer y elegir de mutuo acuerdo con el prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo. Igualmente, se hará constar que para la designación del notario ante el que se vaya a otorgar la correspondiente escritura pública, se estará a lo dispuesto en la legislación notarial.

(31) La norma sexta bis de la Circular 8/1990, en su apartado 2.b) señala que «la entidad de crédito estará obligada a la devolución inmediata de las provisiones de fondos que, en su caso, se hubieran pactado para gastos preparatorios, en los términos previstos en el propio pacto o, en todo caso, cuando así lo solicite el cliente y hubiera transcurrido un mes desde la presentación de la solicitud, o desde que se hubiera completado la información requerida, sin que la entidad hubiera denegado el préstamo o efectuado la oferta vinculante a que se refiere el artículo 5 de la Orden. Si el cliente desistiese de su solicitud antes de transcurrido ese plazo, la entidad deberá devolver aquella parte de la provisión a que se hubiese comprometido o, como mínimo, la que no hubiese utilizado».

(32) La norma sexta, apartado 7º, de la Circular 8/1990 prohíbe que en las operaciones a tipo de interés variable la entidad de crédito utilice como tipo de referencia el tipo de la propia entidad o de su grupo, y obliga a comunicar al cliente los nuevos tipos resultantes de la variación del de referencia. En ningún caso se permite que el coste total de las operaciones activas pueda modificarse en perjuicio del prestatario, salvo que esté previsto contractualmente.

(33) La obligación de comunicación previa individualizada de la modificación del tipo de interés podrá sustituirse por su publicación, con antelación razonable a su aplicación, en un diario de general difusión, siempre que así se prevea expresamente en el contrato, debiendo indicarse el diario en el que se anunciará. En caso de interrupción de la publicación en ese diario, deberá notificarse a los clientes su sustitución (norma sexta, apdo. 8, Circular 8/1990). Existe un segundo procedimiento que también puede sustituir a la comunicación individual, que consiste en la publicación de las nuevas condiciones en el tablón de anuncios de la entidad durante los dos meses siguientes a la modificación y siendo el transcurso de este plazo necesario para poder aplicar aquéllas, salvo dos supuestos de aplicación inmediata, uno en el supuesto de comisiones ligadas a operaciones solicitadas individualmente por el cliente, y otro cuando el cambio de las condiciones beneficia claramente al cliente.

(34) También, en este mismo sentido, el art. 27.1 LSSICE señala en su párrafo 2º que la obligación de poner a disposición del destinatario la información referida en el párrafo anterior se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de internet. Cuando el prestador diseñe sus servicios de contratación electrónica para acceder a ellos mediante dispositivos con pantalla reducida, se entiende cumplida la obligación si en este apartado se señala de forma permanente, fácil, directa y exacta la dirección de internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario.

(35) Artículo 2º RD 1906/1999: «Deber de información previa. Previamente a la celebración del contrato, y con la antelación necesaria, como mínimo en los tres días naturales anteriores a aquélla, el prestatario deberá facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales».

(36) Art. 9.2 LCDSF: «Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales de contratación, el proveedor habrá de cumplir las obligaciones previstas en el apartado 1, inmediatamente después de la formalización del contrato cuando éste se hubiera celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información exigida con arreglo a lo previsto en dicho apartado 1».

(37) No son pocos los contratos de servicios financieros en que no cabe desistimiento del consumidor. El art. 10.2 LCDSF señala algunas operaciones de contenido bancario; entre otras, las operaciones de cambio de divisas, instrumentos del mercado monetario, contratos de permuta sobre tipos de interés, y en general los servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, y que puedan producirse durante el plazo de desistimiento.

(38) Un poco más exigente en cuanto al medio se muestra el artículo 27.1 LSSICE, al exigir que el medio de comunicación utilizado permita la puesta a disposición de la información de forma «permanente, fácil y gratuita» para el destinatario.

(39) Afirma FLORES DOÑA (2009: 27) que «en relación con estas operaciones que implican movimientos y cambios patrimoniales se conecta la exigencia de *reproducibilidad sin cambios* requerida por el art. 6.1; pues sólo aquellos soportes dotados de un determinado nivel tecnológico pueden garantizar la integridad de la información reproducida y su vinculación indubitada con la persona de su autor».

(40) En el apartado 1 de la norma sexta bis de la Circular 8/1990 se señala que «dicha oferta podrá proporcionarse al cliente, cuando éste así lo haya solicitado, por medios electrónicos».

(41) El art. 7.2 LCDSF señala que toda la información exigida en el apartado 1º deberá suministrarse indicando inequívocamente su finalidad comercial...

(42) El anexo VII de la Circular nº 8/1990, en el que se pormenoriza el contenido obligatorio del folleto informativo sobre préstamos hipotecarios sujetos a la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994, señala, en su apartado 1º, que «salvo lo dispuesto sobre comisiones en la Orden y en la presente Circular, y lo establecido en el art. 4.1 de la Orden, las restantes orientaciones de este folleto tienen carácter orientativo y no vinculan a la entidad». El artículo 4.1 se refiere a los profesionales o entidades que vayan a realizar la tasación del inmueble y sus honorarios.

(43) La Directiva 2002/65/CE, sobre contratos a distancia, afirma en el considerando 20 que entre esos soportes duraderos se encuentran en particular los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y los discos duros de los ordenadores de los consumidores en que están almacenados mensajes de correo electrónico, sin que en principio tenga consideración de tal una dirección de internet.

(44) Sobre las particularidades en el uso de estos documentos, puede verse, FLORES DOÑA (2007: 211); también en FLORES DOÑA (2009: 28).

(45) El art. 3.5 LFE viene a definir el documento electrónico como aquél que está redactado en soporte electrónico e incorpora datos que están firmados electrónicamente.

(46) La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.

(47) Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.

(48) Al respecto, FLORES DOÑA (2009: 32), quien considera que la experiencia bancaria muestra el convencimiento de la idea de seguridad en la contratación electrónica.

(49) En el descuento comercial se entenderá que la factura de presentación, completada por el documento de liquidación, cumple la función de documento contractual a los efectos de esta norma (apartado 4º de la norma sexta de la Circular 8/1990).

(50) Art. 3 RD 1906/1999: «Igualmente quedan excluidos los contratos referidos a servicios financieros consistentes en servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, seguro y reaseguro, bancarios o prestados por entidades sujetas a supervisión prudencial, relativos a fondos de pensiones y a operaciones a plazo y de opción, los celebrados mediante máquinas o locales automáticos, en subasta y los relativos a la construcción y venta de bienes inmuebles y demás relativos a derechos reales sobre los mismos, así como los de arrendamiento de bienes inmuebles regulados por leyes especiales, excepto los arrendamientos de temporada, a los cuales será de aplicación la presente norma».

No obstante, en estos supuestos, deberá quedar constancia documental de la contratación efectuada, ya sea en forma escrita o en registros magnéticos o informáticos, de acuerdo con la normativa específica aplicable en cada caso. A falta de ésta, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

(51) Las cláusulas financieras que deberá contener la escritura son las siguientes:

1. Capital del préstamo. El importe del préstamo y la forma de entrega del importe del préstamo.

2. Amortización. Las fechas del primer y del último pago de amortización, cuando dichas fechas estén fijadas de antemano. El número, periodicidad y cuantía de las cuotas en que se divida la amortización del préstamo, cuando estuvieran fijadas de antemano. Condiciones para el ejercicio de la facultad de reembolso anticipado,

3. Intereses ordinarios. Tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo, especificándose si es fijo durante toda la vida del préstamo o si tendrá carácter variable, durante la totalidad o parte de la vida del préstamo.

La fecha de inicio del devengo de intereses, y su periodicidad y forma de liquidación ordinaria, indicándose la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés anual, el importe absoluto de los intereses devengados.

4. Comisiones. Comisión de apertura. Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará *comisión de apertura* y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula.

4. Bis. Tabla de pagos y tipo de interés anual equivalente.

5. Gastos a cargo del prestatario. Podrán incluirse los siguientes conceptos: Gastos de tasación del inmueble. Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca. Impuestos. Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de Impuestos. Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo. Los derivados del seguro de vida del prestatario, cuando fueran aplicables. Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago. Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo.

6. Intereses de demora. El tipo de interés de demora, expresado sea en forma de tanto por ciento anual, sea añadiendo un margen al tipo de interés de referencia. La base sobre la que se aplicará el interés de demora y su forma de liquidación.

(52) En el caso de préstamo a tipo de interés variable, deberá el notario advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales. Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole de ello a ambas partes.

En el caso de préstamos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación que, calculado conforme a las reglas establecidas por el Banco de España, se hace constar a efectos informativos en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo.

En el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer por el prestatario al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo, o que dichas facultades del prestatario se limiten de otro

modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente en la escritura dicha circunstancia y advertir de ello al prestatario.

En el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

(53) El anexo VI de la Circular 8/1990 especifica el contenido de las liquidaciones de intereses y comisiones de las siguientes operaciones: 1. Operaciones pasivas (cuentas corrientes; cuentas de ahorro; imposiciones a plazo y certificados de depósito y otros depósitos con intereses pospagables; pagarés y efectos de propia financiación y otros recursos tomados a descuento). 2. Operaciones activas (cuentas corrientes de crédito; préstamos con cuotas periódicas y operaciones de arrendamiento financiero; descuentos financieros —incluyendo pólizas liquidadas al descuento—; descuentos comerciales; financiaciones en operaciones de *factoring*). 3. Avales. 4. Transacciones efectuadas mediante tarjetas de crédito y débito. 5. Transferencias. 6. Comisiones y gastos suplidos por servicios.

(54) Al respecto ILLESCAS ORTIZ (2007: 14 y ss.), quien considera que cualquier otro criterio para determinar la perfección del contrato que no sea la teoría de la expedición disminuye la facilidad de la prueba por parte del consumidor, cuanto menos.

(55) En este sentido, considera FLORES DOÑA (2009) que la teoría de la recepción para determinar la perfección del contrato es más consecuente con el «carácter recepticio» que tiene la declaración de voluntad del aceptante frente al oferente; con el principio de equilibrio de las prestaciones que está implícito para toda la contratación en el art. 1256 CC; con la pretendida finalidad de tutela del interés de los consumidores presente en la normativa electrónica.

(56) Hay que señalar que, conforme a la disposición adicional 1ª, apartado 1º, de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, los contratos bancarios, entre otras operaciones, están excluidos de la aplicación de la normativa de ventas a distancia, contenida en su capítulo II de la misma ley.

(57) Contrariamente, MATEU DE ROS (2002: 43 y ss.) se muestra partidario de su caracterización como contrato entre presentes, pues «se rompe la presunción de falta de continuidad de las declaraciones de voluntad de las partes, características del contrato a distancia...». También VIERA GONZÁLEZ (2007: 178 y ss.).

(58) Para ALONSO PÉREZ (1971: 889) la buena fe precontractual significa comportamiento leal en las relaciones sociales, causa justificativa de la confianza y, al mismo tiempo, exigencia imprescindible en la conducta preparatoria del negocio. En el mismo sentido, MORALES (1993a: 307 y ss.).

(59) La doctrina considera que el deber de información se extiende a todo el período anterior a la perfección del contrato, y no termina con la publicación de la oferta, puesto que, como afirma GÓMEZ CALLE (1995: 5959) «los deberes de información, dicho simplificada-mente, consisten en que, mientras se negocia, cada una de las partes está obligada a comunicar a la otra las circunstancias de que tenga (o debiera tener) conocimiento y que, de ser conocidas por la otra parte, le llevarían a no contratar o a no hacerlo en los mismos términos, siempre y cuando la ignorancia de esta última esté justificada».

(60) Como afirma PERALES (2001: 425 y ss.), sería suficiente con que éste dejara de mencionar alguna de las exigencias requeridas por la normativa para que no hubiera oferta de contrato, lo que supondría dejar de facto la perfección del contrato al arbitrio del prestador de servicios financieros.

(61) Art. 1304 del CC: «Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera».

(62) Ya desde Savigny se distingue entre el error propio, o error vicio de la voluntad, y el error impropio, o error obstativo. Este último existe cuando la voluntad se ha formado correctamente sobre un exacto conocimiento de la realidad y la equivocación se produce al transmitir o declarar esa voluntad. DÍEZ-PICAZO (1993: 179); DE CASTRO Y BRAVO (1991: 121); MORALES (1988: 75 y ss.).

(63) Afirma MORALES (1988: 80 y ss.) que en el derecho moderno, en un buen número de ordenamientos, se ha superado ya la antigua equivalencia que conectaba el error con la lesión, entendida ésta como la falta de equivalencia de las prestaciones contractuales en los contratos con obligaciones recíprocas. Esta idea se supera como consecuencia de la convergencia de dos razones distintas. Primera, la función que se asigna a la voluntad en el contrato, al considerarse que la voluntad es la medida de la justicia contractual. Y segunda, el liberalismo económico, donde las cosas no tienen un justo precio. En consecuencia, el error que pueda sufrir un contratante acerca del valor del objeto que adquiere, aunque rompa la equivalencia objetiva, no tiene relevancia jurídica. Para MORALES, lo que caracteriza al error es la falta de equivalencia subjetiva, lo que a veces implica repercusiones económicas y otras no.

(64) MORALES (1988: 97 y ss.) considera que el concepto del error como vicio de la voluntad tiene un valor sistematizador y aproximativo, pero carece de un contenido normativo preciso que pueda permitir operar con él en la solución de los problemas concretos.

(65) MORALES (1988: 96). También DÍEZ-PICAZO (1993: 120 y ss.) ha afirmado que la «relevancia o irrelevancia del error sólo puede decidirse examinando el conflicto de intereses existente entre las partes...», y añade que «el problema, rigurosamente planteado, puede expresarse así: en qué casos es justo que el equivocado se desligue y en qué casos es justo que, pese a la equivocación, continúe vinculado».

(66) DÍEZ-PICAZO (1993: 182); García Rubio (1991: 158 y ss.). También la jurisprudencia ha contribuido a reelaborar el concepto de error. Al respecto, ha sido particularmente significativa la STS de 20 noviembre de 1989, en la que se determinan los requisitos que deben concurrir en el error del consentimiento invalidante del contrato.

(67) En relación con la manera de apreciar el carácter esencial del error en el derecho español, confluyen criterios de apreciación subjetiva con criterios objetivos. Así, MORALES (1988: 197) considera que «el dato respecto al que existe el error ha de ser estimado de importancia decisiva para la celebración del negocio, para quien alegue el vicio y, además, en sí mismo, pueda ser considerado base del negocio (condición *sine qua non*), teniendo en cuenta lo que resulte expresa o tácitamente de la conducta de quien o quienes hayan dado lugar al negocio. Ya antes DE CASTRO Y BRAVO (1991: 109) había manifestado que la esencialidad del error se deriva de la creencia inexacta por parte de quien lo sufre respecto de algún dato que se ha de valorar como motivo principal del negocio».

(68) Aunque el art. 1266 CC parece permitir la distinción entre error en el objeto y error en la persona, como errores invalidantes del consentimiento contractual, ya que su párrafo 1º habla del error que recae sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato, mientras que su párrafo 2º menciona el error sobre la persona, sólo creemos relevante en relación con el documento de oferta de préstamo el primero de ellos, puesto que no es fácil imaginar un supuesto en el que se produzca un error en la persona.

(69) Para DÍEZ-PICAZO (1993: 184), la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esta protección por su conducta negligente. DE CASTRO Y BRAVO (1991: 115); MORALES (1988: 217).

(70) Afirma MORALES (1988: 230) que la buena fe obliga a no aprovecharse del error del otro contratante. Se aprovecha del error ajeno el que, conociendo su existencia, no lo desvela para tener así una posición más ventajosa. Esta conducta, calificada de «reticencia dolo-

sa», escapa del ámbito propio del error para asimilarse al dolo. También MORALES (1993b: 378 y ss.).

(71) La Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas desleales entre empresa y consumidor en el mercado interior, considera que es «consumidor medio» aquél que está informado y es una persona razonablemente atenta y precavida, en atención a factores sociales, culturales y lingüísticos; mientras que «consumidor vulnerable» es aquel que por edad, minusvalía o ausencia de instrucción, no alcanza el patrón de referencia del consumidor medio (considerando 18).

(72) Conforme al art. 1311 CC, se entiende que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarla.

(73) Como ha advertido ALBALADEJO (1985: 473 y ss.), la convalidación no elimina la causa de impugnabilidad, sino sólo sus efectos. Es decir, la corrección de las inexactitudes que dan lugar al error no elimina el error sufrido al celebrarse el contrato, pero sí produce la extinción del derecho de impugnación y la correspondiente acción.

(74) Para DÍEZ-PICAZO (1993: 475), existe confirmación tácita cuando se produce cualquier comportamiento concluyente del titular de la acción de impugnación que resulte incompatible con el ejercicio de esta misma acción. No obstante, matiza CLAVERÍA (1977: 229 y ss.), que si, conociendo el motivo de la anulabilidad y habiendo ésta cesado, el legitimado para invocarla ejecuta un acto que lógicamente implica intención de no hacerlo, pero advierte que su comportamiento no debe ser reputado como confirmación, tal conducta carece de propio valor confirmatorio.

(75) Aunque sobre este extremo se ha dudado, DÍEZ-PICAZO (1993: 171), mantiene que para la existencia de dolo no es necesaria la específica intención de dañar a otro, y basta que se infrinja, de una manera consciente y voluntaria, un deber jurídico que pesa sobre el que actúa. Así, define el dolo como la realización consciente y voluntaria de un acto antijurídico. Anteriormente DE CASTRO Y BRAVO (1991: 15). También MORALES (1993b: 383 y ss.).

(76) Frente al dolo grave se sitúa el llamado «dolo incidental», que, conforme al art. 1270 CC, sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios, sin que, por tanto, pueda sustentarse una acción de anulabilidad en este tipo de dolo. Al respecto puede verse MORALES (1993b: 402).

(77) Para DÍEZ-PICAZO (1993), aunque el art. 1269 CC caracteriza al dolo como una insidia obtenida a través de un instrumento positivo (palabras o maquinaciones), para decidir si en la pura reticencia o en el puro silencio existe o no dolo, debe valorarse sobre todo hasta qué punto es lícito o ilícito el silencio y hasta qué punto puede ser considerado como artificio. Se trata de saber si, por el conjunto de circunstancias que rodean al contrato, la ocultación merece la consideración de insidia, lo que en algunos casos ha de recibir una respuesta positiva. Este fue el criterio que el TS parece haber seguido en la sentencia de 26 octubre de 1981, citada por DÍEZ-PICAZO (1993: 173); DE CASTRO Y BRAVO (1991: 68). También sobre la reticencia dolosa MORALES (1988: 230 y ss.; y 1993b: 387 y ss.).

(78) CLAVERÍA (1977: 156 y ss.) aclara que no sólo basta el conocimiento de la irregularidad y el de la anulabilidad que aquélla genera, también el legitimado para confirmar deberá saber que es él precisamente el que puede invocar la anulabilidad, y que el acto que realiza produce la eficacia definitiva del contrato. En el mismo sentido se manifiestan DÍEZ-PICAZO (1993: 473), y DE CASTRO Y BRAVO (1991: 512).

(79) Es generalmente admitida en el ordenamiento español, tal y como ocurre en el francés e italiano, la posibilidad de que la parte que ha sufrido el dolo o el error no impugne el negocio, pero exija la indemnización de los daños y perjuicios causados por la actuación dolosa. GARCÍA RUBIO (1991: 2006), y BIANCA (1984: 624). Señala GARCÍA RUBIO que en ocasiones esta decisión puede obedecer a la conveniencia de la víctima. En otras constituye la única posibilidad de ver satisfecho

su interés, ya que la acción de anulabilidad caduca a los cuatro años de celebrado el negocio (pág. 211). No obstante, para ASÚA (1989: 274) el ejercicio de la acción de anulación es presupuesto necesario para la indemnización.

(80) La mayor parte de la doctrina civilista ha visto en el art. 1258 CC el fundamento positivo de la responsabilidad precontractual en derecho español. Para ALONSO PÉREZ (1971: 916), es adecuada la extensión del principio de buena fe contractual a la fase precontractual teniendo en cuenta la idea integradora de la relación jurídica prenegocial, en la que se comprende el procedimiento formativo del acto jurídico desde las conversaciones preliminares hasta la oferta hecha en firme. La idea que preside la obra del autor es que no puede haber buena fe contractual si no hubo anteriormente buena fe precontractual, ya que, como él mismo afirma: «los contratos se hallan afectados a menudo por anomalías que pueden incluso provocar la nulidad, anomalías que tienen su origen en la etapa preparatoria» (pág. 886). También en la misma línea LACRUZ (1999: 385), y GARCÍA RUBIO (1991: 41 y ss.).

(81) Otros deberes precontractuales se refieren a los deberes de lealtad y de protección, al deber de secreto y al deber de custodia y conservación. GÓMEZ CALLE (1995: 5959), y ALONSO PÉREZ (1971: 900).

(82) Sobre el deber de información precontractual, puede verse el detallado análisis que del tema realiza GARCÍA RUBIO (1991: 44 y ss.).

(83) Mas, como afirma ALONSO PÉREZ (1971: 890 y ss.), no sólo queda vulnerada la buena fe *in contrahendo* por el «propósito de dañar» o conducta dolosa. Cualquier forma de deslealtad en el comportamiento precontractual, que suponga violación consciente de las legítimas expectativas de las partes, se opondría a la buena fe exigida en la etapa preliminar. No se opondría en cambio, la mera negligencia o culpa simple, sin cualificar por una actuación intencionada.

(84) Esta tendencia a invertir la carga se inicia con las SSTs de 5 de diciembre de 1979, de 18 de marzo de 1982 y de 16 de mayo 1983, en las que se pone de manifiesto lo difícil que resulta al demandado desvirtuar la presunción de culpa en su actuación, ya que el Tribunal Supremo no admite sólo como prueba el haber cumplido en su acción todos los preceptos que reglamentariamente se imponen para evitar el daño. Ello ha hecho que se ponga en duda la integridad del derecho fundamental de la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de nuestra Constitución. DíEZ-PICAZO (2001: 538).

(85) Los criterios que determinan que la conducta del oferente se ajusta a la diligencia debida se encuentran en el art. 1104 CC. Este precepto, pese a definir la «culpa» en el ámbito contractual, es aplicable también en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (STS 2 dic 1946 y 8 de julio 1972, citadas por DíEZ-PICAZO (2001: 538). En definitiva el art. 1104 CC establece que «la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia». No obstante, las notas definitorias de la diligencia debida han de buscarse por vía negativa del art. 1105 CC, considerando éste negligente a quien no prevé debiendo hacerlo, lo que le lleva a no evitar el suceso.

(86) ALONSO PÉREZ (1971: 905), remontándose a los orígenes del concepto de interés negativo en la obra de Jhering, considera que se trata ésta de una obligación de indemnizar por quebrantamiento de la buena fe *in contrahendo*; DíEZ-PICAZO (1993: 280). GÓMEZ CALLE (1995: 5958 y ss.).

(87) La doctrina no es unánime en este sentido, puesto que algunos autores (ALONSO PÉREZ, 1971: 906, y con mayor ahínco GARCÍA RUBIO, 1991: 242) han defendido la inclusión del lucro cesante en las partidas integrantes del daño indemnizable por responsabilidad precontractual, contractual o extracontractual. Nosotros seguimos en este punto a DíEZ-PICAZO (1993: 280), quien se posiciona en contra de la inclusión del lucro cesante en el interés negativo a resarcir.

(88) Esta excepción es expresamente admitida por DíEZ-PICAZO (1993: 280).

(89) Para GARCÍA RUBIO (1991: 250), el límite que el interés negativo encuentra en el límite del interés de cumplimiento tiene su excepción en el supuesto de responsabilidad precontractual cuando se celebra un contrato inválido y la parte que sufre la culpa *in contrahendo* hubiese rechazado una oportunidad de contratar aún mejor que la que significaría el hipotético contrato con el responsable de la falta precontractual. En tal caso, habría un interés de confianza superior al interés de cumplimiento.

(90) El art. 1107.1 CC determina una graduación de la indemnización en función de que la actuación del acreedor sea o no dolosa. Así, en su apartado 1º, establece que «los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación, y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». En el apartado 2º, previsto para los supuestos en que concurra dolo del acreedor, no se limita la indemnización. El precepto señala que «en caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

(91) No obstante, como ha observado GARCÍA RUBIO (1991: 227), cabe imaginar supuestos en que la vía del art. 1964 CC se halle definitivamente cerrada y aún resulte utilizable por el perjudicado la vía del art. 1968.2 CC. Tal es el caso de la víctima del dolo que descubre la existencia de éste quince años después de celebrado el contrato.

(92) Es la doctrina jurisprudencial la que ha sentado los presupuestos de ejercicio de esta acción. DíEZ-PICAZO (2001: 504); GARCÍA RUBIO (1991: 229).

(93) El art. 86.1 TR de la LGDCU considera cláusulas abusivas, por limitar los derechos básicos del consumidor o usuario, aquellas estipulaciones que prevean «la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor o usuario por incumplimiento total o parcial, o cumplimiento defectuoso, del empresario».

(94) Sobre el régimen de la responsabilidad administrativa en la Ley 34/2002 LSSI y CE, puede verse FLORES DOÑA (2002: 263 y ss.).

(95) El apartado a) del art. 10.1 se refiere a la información relativa al prestador del servicio (nombre o denominación social, su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España, su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva).

El apartado f) se refiere a la información sobre los precios del producto o servicio, que deberá aparecer de forma clara y exacta, indicando si incluye los impuestos aplicables y, en su caso, los gastos de envío o aquello que dispongan las normas de las comunidades autónomas con competencias en la materia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (1985), *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, vol. 2º, Barcelona.
- ALONSO PEREZ, M. (1971), «La responsabilidad precontractual», *RCDI*.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. (1989), *La culpa «in contrahendo»*, Bilbao.
- BIANCA, C.M. (1984), *Diritto Civile*, vol. 3: Il contratto, Milán.
- CARRASCO PERERA, A. (1989), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t XV, vol. 1º.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (2003), «La conclusión del contrato en internet», en *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*, dirigida por CAVANILLAS MÚGICA y CLEMENTE MEORO, Granada.

- CLAVERÍA GONSALVEZ, L. H. (1977), *La confirmación del contrato anulable*, Studia Albornotiana, Bolonia.
- CLEMENTE MEORO, M. E. (2003), «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*, dirigido por CAVANILLAS MÚGICA y CLEMENTE MEORO, Granada.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991), *El negocio jurídico* (reimpresión), Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1993), *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tº I, Madrid.
- (2001), *Sistema de Derecho civil*, vol. II. *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento civil sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Madrid.
- FLORES DOÑA, M. S. (2002), *Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación*, Madrid.
- (2007), «Autenticidad en la contratación bancaria electrónica», en *La contratación bancaria*, dirigido por A. SEQUEIRA, F. SACRISTÁN y E. GADEA, Madrid: 211 y ss.
- (2009), «Naturaleza y caracterización general de la contratación bancaria electrónica con el consumidor», en *Perspectivas del Sistema Financiero*, n.º 96, FUNCAS, Madrid.
- GARCÍA-CRUCES, J. A. (1992), «La protección de la clientela en el ordenamiento sectorial de la banca», *RDBB*, n.º 46.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (1991), *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid.
- GÓMEZ CALLE, E. (1995), «Responsabilidad precontractual», *EJB*, volumen IV, Madrid: 5959.
- ILLESCAS ORTIZ, R. (2000), «Entre Europa y la nada. A propósito del Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 29 de septiembre de 2000», *RCE*, n.º 11, diciembre.
- (2001), *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid.
- (2007), «Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica», en *RCE*, n.º 84: 17 y ss.
- JORDANO FRAGA, F. (1987), *La responsabilidad contractual*. Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1999), *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1º: parte general. *Teoría general del contrato*, Madrid.
- MATEU DE ROS, R. (2002), «La circular 3/2001 del Banco de España y los contratos bancarios electrónicos», *RDBB*, n.º 87, julio-septiembre.
- (2005), «Los contratos bancarios a distancia. La revisión de la circular 3/2001 del Banco de España y la contratación electrónica», *RDBB*, n.º 98, abril-junio.
- MIRALLES SÁEZ, E. (2007), «La protección del cliente en la relación bancaria», en *La contratación bancaria*, dirigido por A. SEQUEIRA, E. GADEA, y F. SACRISTÁN, Madrid, 2007: 280 y ss.
- MIRANDA SERRANO, L. (2001), «Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica», en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, coordinado por G. BOTANA GARCÍA, Colección Biblioteca de Derecho de los Negocios, dirigida por R. ILLESCAS, Madrid.
- MORALES MORENO, A. M. (1988), *El error en los contratos*, Madrid.
- (1993a), «Comentario a los arts. 1266 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, dirig. por M. ALBALADELO y S. DÍAZ ALABART, t. XVII, vol. 1-B, Madrid.
- (1993b), «Comentario al art. 1269 y 1270 CC», en *Comentarios al CC y compilaciones forales*, dirig. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, t. XVII, vol. 1-B, Madrid.
- MORENO NAVARRETE, M. A. (1999), *Contratos electrónicos*, Madrid.
- MUNAR BERNAT, P. A. (2003), «La directiva sobre contratos a distancia en materia de servicios financieros», En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. II, Madrid: 1189-1200.
- PERALES VISCASILLAS, P. (2001), «Formación del contrato», en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid: 425 y ss.
- RIBAS ALEJANDRO, J. (1999), *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Pamplona.
- TAPIA HERMIDA, A. J. (2007), «La ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», *RDBB*, n.º 107, julio: 281 y ss.
- VIERA GONZÁLEZ, A. J. (2007), «Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», en *La contratación bancaria*, dirigido por A. SEQUEIRA, E. GADEA y F. SACRISTÁN, Madrid.



# El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica (\*)

Jorge Sirvent García

## **I. LA VOLUNTAD UNILATERAL COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS**

Es por todos sabido que en ningún precepto del Código Civil (CC) se reconoce, con carácter general, a la voluntad unilateral como causa de extinción de las relaciones obligatorias. En efecto, el art. 1156 CC, en el cual se enumeran las causas de extinción de las obligaciones, no contempla que cualquiera de las partes de una relación obligatoria cualquiera pueda poner fin a ella libremente, en cualquier momento e incluso sin necesidad de alegar una causa en que dicha extinción se funde (1). En el Código Civil sí se reconoce la extinción de determinados contratos por la sola voluntad de alguna de las partes. Es el caso del contrato de obra, donde el comitente puede desistir del contrato en cualquier momento por su sola voluntad (art. 1594), debiendo indemnizar al contratista determinadas partidas (2); también la sociedad civil se extingue por la voluntad de cualquiera de sus socios, cuando se hubiere constituido por tiempo indefinido o cuando de la naturaleza del contrato de sociedad no se deduzca un término para ella, y siempre que el socio que desista lo haga de buena fe (3). Fuera del Código Civil, quizá la regulación legal más pormenorizada del derecho de desistimiento en un contrato la encontramos en la Ley del Contrato de Agencia, que dedica hasta nueve artículos a reglamentar el ejercicio de este derecho (4). Más allá de estos contratos y de otros en los que legalmente se admite el desistimiento como causa de extinción, incluso aunque la figura reciba literalmente otra denominación (5), la doctrina viene reconociendo la posibilidad de que ciertos contratos, principalmente los llamados contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada que tengan una duración indefinida, puedan extinguirse si ese es el deseo de alguna de las partes. En este sentido, se suele decir que el desistimiento es un instrumento muy útil que permite evitar la vinculación perpetua de los contratantes en los contratos de duración indeterminada (6).

Ciertamente, en contra de la admisibilidad indiscriminada del desistimiento en cualquier tipo de contrato de duración indeterminada se puede alegar el sentido que inspira determinados preceptos básicos de la legislación civil, como es el caso del artículo 1256, que impide que la validez y el cumplimiento de los contratos queden sometidos a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes; el art. 1115, que declara nula la obligación condicional en la que el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, el mismo art. 1091, en el que se sanciona la fuerza vinculante de los contratos para las partes que los celebran; e incluso podría entenderse vulnerado el art. 1258, en el que se preceptúa que los contratos obligan desde su perfección no sólo al cumplimiento de lo estrictamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. En definitiva, en contra de la admisión del desistimiento unilateral, fuera de los casos en que expresamente esté establecido por pacto o por disposición de la ley, puede argumentarse que ello supondría una vulneración de principios tan importantes como la irrevocabilidad de los contratos, lo cual es tanto como excepcionar el carácter vinculante del propio contrato (7).

Sea como fuere, como ya hemos dicho, la tesis que defiende la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia aboga por admitir que cualquier contrato cuya ejecución se prolongue indefinidamente en el tiempo, y que no tenga prefijada una duración máxima determinada, podrá terminar a petición de cualquiera de las partes y sin necesidad de alegar justa causa (8). Para que el desistimiento sea efectivo, ha de ponerse en conocimiento de la otra parte del contrato, es decir, su ejercicio se materializa en una declaración unilateral de voluntad de carácter recepticio (Capilla, 1995: 2438; Rodríguez Marín, 1991: 207). Es lógico que sea necesaria la notificación a la otra parte de la relación obligatoria en cuanto que

el desistimiento va a producir la extinción de la propia relación obligatoria, y eso, evidentemente, afecta a la esfera jurídica de este sujeto. Cuestión distinta es si será necesario o no indemnizar a la otra parte los daños y perjuicios que la extinción de la relación obligatoria le haya podido ocasionar. La indemnización está expresamente prevista en alguna norma, como es el caso del contrato de obra, para el cual el art. 1594 dispone que el comitente que desiste del contrato deberá indemnizar al contratista todos los gastos, trabajo y utilidad que hubiera podido obtener de la obra de haberse terminado. También se regula la necesidad de indemnizar en la Ley del Contrato de Agencia. En esta Ley se contempla que, en caso de extinción del contrato por denuncia del empresario, deberá éste indemnizar al agente por los nuevos clientes que éste haya aportado o por el aumento del volumen de negocio que el empresario haya obtenido. Además de la indemnización por clientela, en los contratos de agencia de duración indeterminada cabe la posibilidad de indemnización de los daños y perjuicios que la extinción del contrato a instancia del empresario haya podido ocasionar al agente (9).

Fuera de los supuestos en que esté prevista legalmente la indemnización de daños y perjuicios, podría argumentarse la analogía para admitir con carácter general, en todos los casos de desistimiento, la eventual indemnización de daños y perjuicios a la otra parte del contrato; incluso sobre la base del principio de autonomía privada no parece que haya ningún inconveniente en admitir los pactos que contemplen esta indemnización, al tratarse de pactos que no parece sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1255 CC) (10). Sin embargo, también podría argumentarse, en contra de la admisión de este tipo de pactos y de la indemnización de daños y perjuicios en general, que ello supondría tanto como penalizar el ejercicio del mismo derecho de desistimiento (11). En cualquier caso, pensamos que habrá que indemnizar daños y perjuicios en los supuestos en que el derecho de desistimiento se haya ejercitado de manera contraria a la buena fe, esto es, sin respetar el plazo de preaviso que sea necesario en cada caso para su ejercicio (12). En efecto, parece que este preaviso habrá de respetarse en cualquier supuesto como una obligación más exigible entre las partes, derivada de la buena fe (art. 1258) (13). Cuando el plazo no esté establecido en la Ley o no haya sido fijado convencionalmente por las partes, habrá que respetar el preaviso que sea normal atendidas las circunstancias del supuesto concreto, esto es, el que normalmente se respete según el tipo de contrato de que se trate.

Otra característica común a todos los supuestos legales de extinción de relaciones obligatorias por desistimiento de una de las partes es que dicha extinción se verifica con efectos *ex nunc*, esto es, la extinción no tiene efectos retroactivos, sino que la relación se extin-

gue sólo para el futuro. Ello significa que todos los efectos que se hayan producido hasta el momento en que se ejercita el desistimiento se mantienen (14).

## II. LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Son varias las normas de consumo que se ocupan de regular la denominada contratación a distancia. Ante esta concurrencia de normas, se impone determinar el ámbito de aplicación de cada una de ellas como tarea previa al estudio del derecho de desistimiento. La primera de estas normas es la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que fue modificada en 2002 con la finalidad de adaptarla al contenido de la directiva 97/7, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Como es sabido, esta Ley tiene por objeto regular determinadas ventas especiales y actividades de promoción comercial que se desarrollan entre los establecimientos comerciales (15) y los destinatarios finales de los productos que en ellos se ofrecen, es decir, los consumidores. Una de las ventas especiales de las que se ocupa esta norma es la venta a distancia, entendiéndose por tal la celebrada sin la presencia física y simultánea del comprador y del vendedor, siempre que la oferta y la aceptación se realicen, de forma exclusiva, a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor (art. 38-1).

Un concepto mucho más amplio de contrato a distancia se nos ofrece en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; así, ya no se reduce el ámbito de la contratación a distancia a la compraventa, sino a cualquier otro clase de contrato que se lleve a cabo con consumidores y usuarios, utilizando tanto en la oferta como en la aceptación cualquier técnica de comunicación a distancia, sea o no de tipo electrónico, como impresos, cartas normalizadas, publicidad en prensa, teléfono, catálogo, etcétera (16).

Partiendo de lo que acabamos de señalar, la duda que se plantea es determinar entonces por qué Ley se rigen en este momento en general los contratos a distancia celebrados con consumidores y usuarios; en particular, cuál será la Ley aplicable a la contratación bancaria electrónica con consumidores. Pues bien, en general, los contratos a distancia con consumidores se rigen por lo dispuesto en el título III del libro II del TRLGDCU (arts. 92 a 106). Sin embargo, estas normas generales de contratación a distancia con usuarios y consumidores no son de aplicación a los contratos bancarios electrónicos celebrados con consumidores,

en cuanto que en el art. 93-1 c) del propio TRLGDCU se excluye expresamente de su ámbito de aplicación a cualquier tipo de contrato sobre servicios financieros, entre los que se engloban, como no puede ser de otra manera, los contratos bancarios (17). Pero, aunque no lo estableciera expresamente el citado el art. 93, debería llegarse a la misma conclusión de no aplicar el título III del libro II del Texto Refundido a los contratos bancarios electrónicos, desde el momento en que existe una norma específica que se ocupa de regular la contratación financiera a distancia con consumidores, que, como sabemos, es la Ley 22/2007, de 11 de julio, de contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

En efecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, son partes del contrato a distancia, a los efectos de dicha Ley, el proveedor (18) y el consumidor; considerándose consumidor a «las personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional». Esto significa que todos los contratos electrónicos celebrados entre bancos o entidades financieras y consumidores se rigen, *prima facie*, por lo dispuesto en esta Ley 22/2007. Subsidiariamente, en lo que no esté previsto en la referida Ley, se aplicarán las disposiciones sobre contratos con consumidores y usuarios recogidas en el título I del libro II del RD Leg 1/2007 (19), entre las que se presenta, como veremos más adelante, la regulación del derecho de desistimiento, institución que constituye el objeto principal de estudio de este trabajo. Corrobora lo que acabamos de decir el texto del art. 59-2 del mismo cuerpo legal, en el que se dice que los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles.

Ya sabemos que las disposiciones sobre contratos a distancia contenidas en el TRLGDCU no se aplican a los contratos a distancia sobre servicios financieros porque así lo preceptúa el propio Texto Refundido. Como sabemos, los contratos a distancia referidos en general a servicios financieros se rigen por la Ley 22/2007 cuando tales contratos se celebren con quienes sean sus destinatarios finales, esto es, cuando los que contraten sean consumidores. Sin embargo, es necesario poner de relieve que la citada norma únicamente puede aplicarse en el caso de que dichos consumidores sean personas físicas, tal y como se deduce del propio concepto de consumidor que se maneja en esta Ley 22/2007 (art. 5). En consecuencia, parece que quedan fuera del ámbito de aplicación de esta norma todos los contratos a distancia de servicios financieros que puedan celebrarse con

cualquier clase de persona jurídica, así como con personas físicas que actúen en el marco de su actividad empresarial o profesional, esto es, que sean empresarios individuales. En la práctica, esto supone que no puede aplicarse la Ley 22/2007 a los contratos bancarios electrónicos que los bancos y demás entidades financieras puedan celebrar entre sí, ni a los contratos bancarios electrónicos que los bancos y otras entidades financieras celebren con empresas (sociedades de cualquier clase y empresarios individuales) y, en general, con cualquier tipo de persona jurídica.

¿Por qué ley se regirán entonces estos contratos bancarios electrónicos a los que no se aplica la Ley 22/2007? Pues bien, a primera vista, pudiera parecer que a todos los contratos bancarios electrónicos que celebren los bancos entre sí, y también a aquellos que los bancos concluyan con empresas (sociedades o empresarios individuales) deberían aplicarse, según se señala en la exposición de motivos del RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, las disposiciones sobre contratos a distancia contenidas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. En efecto, tras la entrada en vigor del TRLGDCU, la regulación de los contratos de venta a distancia contenida en la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, ya no se aplica a las ventas a distancia que se celebren en general con consumidores; por el contrario, esta Ley mantiene su vigencia exclusivamente para la regulación de las relaciones entre empresas (20). Sin embargo, no es esa la solución legal que se ha adoptado, en la medida en que la disposición adicional primera de la propia Ley de Ordenación del Comercio Minorista excluye de su ámbito de aplicación a los contratos que se refieran a servicios financieros en general (21). Siendo esto así, hay que llegar a la conclusión de que todos estos contratos bancarios electrónicos se regirán exclusivamente por lo que las partes hayan podido pactar haciendo uso de su autonomía de la voluntad y por las disposiciones legales relativas al tipo de contrato que sea. Además, no será posible aplicar a estos contratos bancarios electrónicos celebrados con empresas las normas sobre contratos con consumidores y usuarios recogidas en el libro segundo del TRLGDCU, ya que en el concepto de consumidor y de usuario del que se parte en esta norma, y que sirve de presupuesto para poder aplicar todas sus disposiciones, no encajan las empresas (22). Esto supone, desde el punto de vista que nos interesa en este estudio, que en los contratos bancarios electrónicos concluidos entre bancos y con empresas del tipo que sea no existe derecho legal de desistimiento en ningún caso; eso sí, no parece que haya ningún inconveniente en admitir en este ámbito de la contratación derechos de desistimiento convencionales, es decir, que sea posible que las partes puedan pactar en casos concretos un derecho de desistimiento a favor del cliente.

Fuera de los supuestos de contratos electrónicos celebrados con empresas, otra duda que se plantea es determinar cuál será la ley aplicable a aquellos contratos bancarios electrónicos que se celebren con personas jurídicas que no sean empresas, a los que, como hemos visto, no pueden aplicarse las disposiciones contenidas en la Ley 22/2007 (sólo aplicable a consumidores que sean personas físicas); por ejemplo, sería el caso de préstamos bancarios concedidos a asociaciones, fundaciones o sociedades civiles que se hayan constituido para el uso de una cosa determinada. En nuestra opinión, a estos contratos debe aplicarse la regulación general sobre contratación con consumidores contenida en el libro II del TRLGDCU (arts. 59 y ss), a excepción del título III, que es el relativo a la contratación a distancia, cuya aplicación está expresamente excluida por el art. 93, como ya hemos explicado. Así debe ser por cuanto el concepto de consumidor y usuario que se maneja en esta norma es amplio y permite englobar no sólo a personas físicas, sino también a personas jurídicas cuando, como es el caso, actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (23). De estos preceptos, especialmente interesante resulta todo lo relativo a la información previa al contrato (art. 60), integración de la oferta (art. 61), confirmación documental de la contratación realizada (art. 63) y derecho de desistimiento (arts. 68 a 79), del que luego hablaremos.

Como resumen de lo dicho hasta ahora, hay que decir que a los contratos bancarios electrónicos que se celebren con consumidores que sean personas físicas se les aplica la Ley 22/2007, de 11 de julio, y subsidiariamente las previsiones contenidas en el libro II del TRLGDCU, a excepción de su libro III; cuando estos contratos bancarios electrónicos se celebren con personas jurídicas que no sean empresas, deben aplicarse las disposiciones sobre contratos con consumidores del libro II del TRLGDCU, a excepción del mismo libro III, y los contratos que se lleven a cabo con sociedades, así como con empresarios individuales, se regirán por las normas reguladoras del tipo de contrato que sea y por lo que las mismas partes hayan podido establecer.

### **III. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LAS NORMAS DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA LEY 7/1996, DE 15 DE ENERO, DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA, DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TR DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS**

A partir del reconocimiento doctrinal y, en algunos casos, legal de la voluntad unilateral como causa de extinción de las relaciones obligatorias, es necesario poner de manifiesto que las diferentes leyes de pro-

tección de los consumidores han venido considerando como derecho básico del consumidor el derecho a desvincularse del contrato celebrado, sin necesidad de alegar causa alguna, durante un breve período de tiempo a contar desde la celebración del contrato. A este derecho se le suele denominar derecho de desistimiento, de arrepentimiento o, a veces, se le llama incluso derecho de revocación. Sin ánimo de ser exhaustivos, debemos señalar que ya se reconocía este derecho en la derogada Ley 26/1991 (24), de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (llamado en esta norma derecho de revocación) (25), y en toda una serie de leyes posteriores, que aún permanecen vigentes, como la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguladora de los derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico (26), y la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (27).

Sabemos ya que la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no puede aplicarse a los contratos bancarios electrónicos celebrados con empresas, que quedan fuera de su ámbito de aplicación. Por ello, no es posible aplicar a estos contratos las normas que en la referida Ley se contienen sobre el derecho de desistimiento. Ello no significa, sin embargo, que, con base en el principio de autonomía privada, no pueda establecerse un derecho convencional de desistimiento en contratos bancarios electrónicos celebrados con empresas; esta posibilidad siempre será posible por tratarse el desistimiento de un derecho que, como tal, no vulnera los límites que a la autonomía de la voluntad marca el CC en su artículo 1255, es decir, no va en contra de las leyes, la moral ni el orden público. Este derecho de desistimiento convencional se regirá, en cuanto a sus condiciones de ejercicio, por las previsiones del propio contrato, siempre que con ello no se vulneren las leyes imperativas generales de la contratación ni las concretas leyes imperativas aplicables según el tipo de contrato que sea.

La Ley de Ordenación del Comercio Minorista sí puede y debe aplicarse en muchos otros supuestos; en concreto, después de la entrada en vigor del TRLGDCU, su regulación sobre contratos a distancia (lo que en la Ley se denomina ventas a distancia) debe aplicarse a las relaciones entre empresas. Pues bien, en la citada norma se contempla la posibilidad de que el comprador desista del contrato realizado. Frente a las normas anteriores, se establece un plazo mínimo de siete días hábiles para que el comprador pueda desistir del contrato a contar desde la recepción del bien objeto; se insiste en que el ejercicio del desistimiento no puede conllevar la imposición de ningún tipo de penalización, salvo el coste directo de devolución del producto al vendedor, que deberá correr a cargo del comprador que desiste del contrato; igual que en los casos anteriores, no se somete el desistimiento a formalidad alguna. Por

lo que respecta a los efectos que produce el derecho de desistimiento, en la misma norma se dispone que el vendedor deberá restituir lo antes posible al comprador que ha desistido las cantidades que éste hubiera entregado, y en todo caso antes de plazo de treinta días; si la devolución no se ha verificado en dicho plazo, la parte que ha desistido tendrá derecho a reclamarla duplicada, además de la indemnización de daños y perjuicios que se le hubieren causado (28). Finalmente, en esta Ley se contemplan una serie de supuestos en los que no cabe el ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que expresamente se haya pactado en el contrato. Se trata de ciertos contratos de suministro en los cuales el objeto presenta determinadas características que hacen que en esos casos el ejercicio del derecho de desistimiento pueda ocasionar graves perjuicios al vendedor, como es que el objeto del contrato no pueda ser devuelto, pueda caducar, deteriorarse o bien sea susceptible de ser fácilmente copiado (29). Si en estos supuestos se reconociera el derecho de desistimiento, se estaría sobreprotegiendo injustamente al comprador a costa del vendedor. Por otra parte, con estas excepciones se trata de evitar posibles abusos por parte del comprador, obteniendo un beneficio injustificado (30).

Partiendo del régimen jurídico del derecho de desistimiento reconocido en todas estas leyes, debemos reconocer que, mediante este derecho, se trata básicamente de facultar a la parte que se entiende más débil del contrato para poner fin a éste durante un breve plazo a contar desde su celebración. Es como darle la oportunidad de replantearse si verdaderamente le interesa el contrato que ha celebrado; en un sentido amplio, no deja de ser de una manifestación del reconocimiento de la voluntad unilateral como causa de extinción de las relaciones obligatorias adaptada a la materia de consumidores; en definitiva, pensamos que se trata, en cierto modo, de una variante del instituto jurídico de la extinción de las relaciones obligatorias por voluntad unilateral de alguna de sus partes, del que hemos hablado anteriormente. Sin embargo, son varias e importantes las diferencias que existen entre ambos supuestos. Así, mientras que, en general, en los contratos de duración indeterminada el desistimiento es una facultad que se concede a las dos partes del contrato (31), en las leyes de consumidores sólo se reconoce el derecho de desistimiento al consumidor, en cuanto se entiende que es la parte más débil del contrato. Otra diferencia notable atañe al tipo de contrato; en este sentido, generalmente, los contratos con consumidores en los que se reconoce el derecho de desistimiento son de ejecución instantánea, frente a los de duración indefinida, en que se predica la posibilidad de su extinción por voluntad de cualquiera de las partes; distinto es también el fundamento de uno y otro tipo de desistimiento, pues mientras, como ya se dijo, en los contratos de duración indeterminada se justifica la posibilidad de poner fin al

contrato por voluntad de cualquiera de las partes afirmando que con ello se trata principalmente de evitar las vinculaciones perpetuas (32), el fundamento del desistimiento en los contratos con consumidores radica en que se trata de un mecanismo de protección del consumidor, como parte más débil del contrato, ayudándole con el reconocimiento del derecho de desistimiento a lograr una correcta formación de su voluntad contractual (Klein, 1997: 259; Díez-Picazo, 1993b: 1710), protegiéndole en definitiva contra la precipitación a la hora de prestar el consentimiento. También son distintos los efectos que produce la extinción del contrato en uno y otro caso, pues mientras que, como hemos visto, la extinción en los contratos de duración indeterminada produce efectos *ex nunc* para el futuro, en la mayoría de los contratos celebrados con consumidores la extinción por desistimiento del consumidor tiene efectos *ex tunc*, es decir, es como si el contrato nunca se hubiera celebrado (Klein, 1997: 258).

#### **IV. CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, Y SU APLICACIÓN A LOS CONTRATOS BANCARIOS ELECTRÓNICOS CELEBRADOS CON PERSONAS JURÍDICAS QUE NO SEAN EMPRESAS**

La entrada en vigor del nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, ha dotado a nuestro ordenamiento jurídico de una regulación general, hasta entonces inexistente, del derecho de desistimiento en los contratos celebrados con consumidores y usuarios (33). Esto, que a primera vista puede parecer un gran avance, ciertamente no lo es tanto si se analiza con más detenimiento su régimen jurídico, ya que en realidad la regulación sobre el derecho de desistimiento que se presenta en el TR sólo puede aplicarse, *prima facie*, si una norma atribuye previamente este derecho al consumidor; en cuyo caso, además, se aplica subsidiariamente, en lo que no esté expresamente previsto en dicha norma. En este sentido, es muy claro el art. 68-2, al señalar que «el consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente», a lo que añade el art. 68-3 que «el derecho de desistimiento atribuido legalmente al consumidor y usuario se regirá en primer término por las disposiciones legales que lo establezcan en cada caso y en su defecto por lo dispuesto en este Título». Por este motivo, las disposiciones que se presentan en el TR sobre el desistimiento no tienen mucha operatividad en la práctica.

En esta norma se presentan dos regulaciones diferentes del derecho de desistimiento, en función de que

sea una ley o un reglamento el que previamente lo establezca, o de que el desistimiento tenga un origen exclusivamente contractual. Efectivamente, el literal del citado art. 68-2 establece que el consumidor sólo puede desistir del contrato si una norma le confiere este derecho, y también cuando en el propio contrato se contemple esa posibilidad (34). Por todo ello, hay que concluir que en nuestro ordenamiento jurídico, en la actualidad, el consumidor y el usuario, por el mero hecho de serlo, no tienen un derecho a desistir de cualquier clase de contrato de consumo en el que sean parte. Sólo podrán desistir cuando una norma previamente les conceda este derecho o se lo conceda el mismo contrato que hubieran celebrado.

Ya vimos anteriormente cómo, en nuestra opinión, las personas jurídicas que actúen en un ámbito ajeno a cualquier actividad empresarial o profesional, como es el caso de las asociaciones, fundaciones o sociedades civiles que se hayan constituido para el uso de una cosa determinada (35), tienen la consideración de consumidores a los ojos del TRLGDCU, lo cual permite que se les pueda aplicar su regulación. Pues bien, partiendo de que para este tipo de personas jurídicas en ninguna norma se contempla la posibilidad de desistir de los contratos bancarios electrónicos que puedan celebrar, y dado el carácter subsidiario que tienen las disposiciones sobre el derecho de desistimiento del TRLGDCU en el sentido que hemos señalado, hay que concluir que, por este motivo, en realidad no es posible la aplicación de dichas normas a los contratos que nos ocupan. En consecuencia, las asociaciones, fundaciones y demás personas jurídicas que no sean empresas únicamente podrán desistir de los contratos bancarios electrónicos en los que sean parte si, convencionalmente, se ha contemplado de manera expresa esta posibilidad, bien porque el banco así lo hubiera dispuesto en la propia oferta contractual o porque en el mismo contrato se haya establecido el derecho de desistimiento. Por tanto, si no se ha previsto nada convencionalmente, no podrán estas personas jurídicas poner fin al contrato bancario electrónico que hubieran celebrado a través del mecanismo del desistimiento.

Si se hubiera contemplado en el contrato el derecho de desistimiento, ¿existe algún tipo de limitación a la hora de regular sus condiciones de ejercicio o, por el contrario, pueden las partes, basándose en su autonomía privada, regular este derecho como tuvieren a bien? El Texto Refundido admite la posibilidad de que la autonomía de la voluntad de las partes pueda entrar no sólo a la hora de prever en el contrato la existencia del derecho de desistimiento (36), también admite que en el propio contrato puedan regularse sus condiciones de ejercicio. En efecto, el art. 79 señala que el llamado derecho contractual de desistimiento se regirá, *prima facie*, por lo pactado, y subsidiariamente por las disposiciones legales del título

lo I libro II del TR, que son precisamente las mismas normas subsidiarias a los supuestos de desistimiento legal de que hemos hablado anteriormente. Esto significa, en primer lugar, que en todo lo que no esté expresamente previsto en el contrato, deberá aplicarse la regulación del derecho de desistimiento que se presenta en el TR; es decir, que por esta vía se puede llegar precisamente a la aplicación de las normas sobre desistimiento del TR, cuya aplicación se había negado por la vía de no existir ninguna regulación legal específica previa del desistimiento para este caso. Por tanto, para la aplicación de las normas sobre el desistimiento del TR a los contratos bancarios electrónicos celebrados con personas jurídicas que no ejerzan como empresas, es suficiente con que se reconozca en el contrato el derecho de desistimiento; a partir de ahí, en todo lo que no se hubiere pactado expresamente, se aplicará el Texto Refundido.

En cuanto a las concretas condiciones de ejercicio del derecho de desistimiento que pueden pactarse, el artículo 79 tan sólo establece dos límites a este respecto, a saber, «que el consumidor y usuario que ejercite el derecho de desistimiento no tendrá en ningún caso obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso del servicio debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva; y que en ningún caso podrá el empresario exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor para el caso de que se ejercite el derecho de desistimiento» (art. 79-2 y 3). Por tanto, en el caso de que en el contrato bancario electrónico se haya previsto la posibilidad de que el consumidor (asociación, fundación u otra persona jurídica no empresario ni profesional) desista del mismo, carecerán de validez las cláusulas que exijan cualquier tipo de garantía o cantidad de dinero con carácter preventivo, es decir, con la finalidad de garantizar al banco resarcimientos por los daños que eventualmente se le pudieran ocasionar derivados del ejercicio de este derecho. Tampoco podrán exigirse indemnizaciones por el uso del servicio correspondiente siempre que el cliente hubiera usado el servicio a los efectos de la simple prueba del mismo. Por el contrario, entendemos que el banco sí podrá exigir indemnización por el uso que haga el cliente de dicho servicio excediéndose de lo que sea la mera prueba de éste. Hay que reconocer que en muchos casos será extremadamente difícil precisar si el cliente se ha excedido en el uso del servicio de lo que sea su mera prueba; lógicamente, habrá que analizar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para poder determinar si el cliente que desiste del contrato ha usado el servicio objeto del mismo sobrepasando o no del uso que corresponda a su simple prueba. Por otra parte, pensamos que el sentido del art. 79 hace que también quede excluida la posibilidad de que en el contrato se supedite el ejercicio del desistimiento al pago de cantidad alguna.

Fuera de estos límites, las condiciones de ejercicio del derecho de desistimiento serán las que se hubieran pactado en el contrato, y si en el contrato no se ha contemplado algún aspecto concreto del ejercicio de este derecho, se aplicarán subsidiariamente las normas correspondientes del TRLGDCU (arts. 68 a 78). Por este motivo, en las páginas siguientes iremos comparando los diferentes aspectos del régimen jurídico del derecho de desistimiento que se presenta en el TR, aplicable muy limitadamente en el sentido que acabamos de apuntar, con el que se contiene en la Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Recordemos que esta última norma se aplica directa e imperativamente (37), entre otros supuestos, a todos los contratos bancarios electrónicos que se celebren entre cualquier banco o entidad financiera (llamados en esta ley proveedores) y el consumidor; considerándose tal a «las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional» (art. 5).

## **V. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN LA LEY 22/2007, DE 11 DE JULIO, DE CONTRATACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS DESTINADOS A LOS CONSUMIDORES, Y SU APLICACIÓN A LOS CONTRATOS BANCARIOS ELECTRÓNICOS CELEBRADOS CON PERSONAS FÍSICAS QUE ACTÚEN CON UN PROPÓSITO AJENO A TODA ACTIVIDAD EMPRESARIAL O PROFESIONAL**

Uno de los derechos que reconoce al consumidor la Ley 22/2007, de 11 de julio, es el derecho a desistir del contrato a distancia de servicios financieros que hubiera celebrado, sin necesidad de alegar causa alguna y sin sufrir ninguna penalización. Como ya sabemos, esta ley es aplicable, entre otros casos, a los contratos bancarios celebrados a distancia con personas físicas que actúen con un propósito ajeno a cualquier tipo de actividad empresarial o profesional. El mismo concepto de consumidor es el que se maneja en la Directiva 48/2008, de 23 de abril, aún sin trasponer a nuestro ordenamiento (38), relativa a los contratos de crédito al consumo (39). Creemos que es necesario poner de relieve que las disposiciones de esta directiva se refieren a cualquier tipo de crédito al consumo, no sólo a los que puedan celebrarse por vía electrónica. Pues bien, partiendo del concepto de consumidor que se presenta en la mencionada Ley 22/2007, lo que sucede en la práctica es que, dependiendo de la finalidad con la que determinada persona física celebre un contrato bancario electrónico, se aplicará esta norma o no; por ejemplo, si un abogado lleva a cabo un contrato de préstamo por internet con la finalidad de invertir el dinero prestado en la adquisición de material informático para su despacho profesio-

sional, este contrato quedaría fuera del ámbito de aplicación de la citada Ley y, en consecuencia, no será titular del derecho legal a desistir del referido contrato. Por el contrario, si ese mismo abogado celebra el mismo contrato electrónico de préstamo con la finalidad de adquirir el mismo material informático, pero para su uso doméstico, sí que podrá poner fin al contrato a través del mecanismo del desistimiento. Ésta es una de las paradojas de la norma, lo cual la hace criticable.

¿Cómo se justifica esta facultad del consumidor de poner fin al contrato a su libre voluntad? Parece que la principal razón por la que se atribuye este derecho al consumidor es la supuesta situación de inferioridad en la que se encuentra a la hora de contratar frente a la otra parte. En la contratación a distancia, en general, se justifica el derecho de desistimiento arguyendo que con este mecanismo se pretende proteger al consumidor ante una posible falta de correspondencia entre las características reales del bien que se le entrega y las esperadas, dado que el consumidor no tiene la posibilidad de ver el bien en el momento de la contratación. La posibilidad de desistir permite así al consumidor reflexionar más detenidamente sobre la conveniencia de la adquisición definitiva del bien (40).

En los contratos bancarios electrónicos la finalidad mediata que se persigue al conceder al consumidor la facultad de desistir es promocionar este tipo de contratos, presentando un mecanismo que haga que se genere confianza en la utilización de los medios telemáticos en la contratación (41). Es como si se dijera al consumidor: «no te preocupes que aunque pudiera haber algún tipo de fallo en el proceso de contratación electrónica, sea o no imputable a tu impericia en la utilización del ordenador, siempre podrás arrepentirte de la contratación efectuada». En definitiva, pensamos que, al permitirse el desistimiento en la contratación electrónica, se pretende potenciar el empleo de las nuevas tecnologías, lo cual, en cierto modo, supone un beneficio a la colectividad al incidir positivamente en el tráfico mercantil. Pero, junto a esta finalidad, es evidente que el desistimiento también es una medida individual de protección del consumidor. En efecto, el derecho a desistir del contrato fortalece la posición contractual de este sujeto frente a la otra parte del contrato. Se parte de la idea de que el consumidor ostenta en la contratación electrónica una posición débil frente al banco, y por ello se le da la oportunidad de reconsiderar durante un breve período de tiempo la decisión de contratar que ha tomado. Para evitar sobreproteger al consumidor, en algunos casos que luego se verán, se exceptiona la posibilidad de poner fin al contrato a través del derecho de desistimiento. Se trata de supuestos en los cuales, por sus peculiares características, la admisión del desistimiento podría traer como consecuencia abusos por parte de los consu-

midores; y en los que, además, si se admitiera, se ocasionarían perjuicios graves e irreparables a la entidad financiera.

Se ha señalado incluso que con el reconocimiento de la facultad de desistir del contrato se trata de evitar un error en el consentimiento contractual del consumidor. En este sentido, hay quien afirma que el derecho de desistimiento se presenta como un mecanismo idóneo de protección del consumidor en la contratación bancaria electrónica ante el exceso de información que los bancos ponen a su disposición a través de internet, que impide al consumidor adquirir un adecuado conocimiento de la realidad; situación que es equiparable a lo que sucede cuando existe un defecto de información (42). Pensamos que es muy discutible que el volumen de información que los bancos puedan eventualmente poner a disposición del consumidor por internet pueda perjudicar a éste, realmente, hasta el punto de que pueda razonablemente sostenerse que para el consumidor las supuestas consecuencias negativas de dicha cantidad de información sean equiparables al defecto de información. En todo caso, no pasa de ser una mera opinión particular de quien la emite. Por otra parte, debemos señalar que en otros supuestos, como es el caso de los contratos celebrados fuera de un establecimiento mercantil, sí vemos claramente que el desistimiento tenga una incidencia evidente en la correcta formación y prestación del consentimiento contractual; sin embargo, no parece que en el caso de la contratación bancaria electrónica sea el desistimiento un mecanismo que influya, o al menos no del mismo modo, en el proceso de formación de la voluntad contractual: es difícil imaginar que alguien que, por ejemplo, va a solicitar un préstamo para la adquisición de un vehículo o de una vivienda no tenga claro que efectivamente necesite ese préstamo para poder adquirir esos bienes.

Por lo demás, no alcanzamos a ver la correspondencia que pudiera existir entre el derecho a desistir *ad nutum* de un contrato celebrado y el régimen del error en el consentimiento contractual. Lo primero, porque el plazo para poder desistir del contrato es muy breve (el consumidor sólo dispone de 14 días para poder hacerlo), y es muy probable que si prestó el consentimiento por error no se percate en tan breve espacio de tiempo de dicha circunstancia. Si el consumidor ha prestado el consentimiento contractual por error o habiendo existiendo dolo, violencia o intimidación, siempre tendrá a su disposición el ejercicio de la acción de anulabilidad, que, además, es el mecanismo específico que el ordenamiento ha previsto para proteger a la parte que ha sufrido algún tipo de vicio en su consentimiento. En este sentido, hay que destacar que la acción de anulabilidad protege más eficazmente al contratante por su plazo y demás condiciones de ejercicio. Incluso, no hay que olvidar que la propia sentencia que se dicte en la juris-

dicción civil anulando el contrato por haber existido algún vicio en el consentimiento puede eventualmente servir a la parte perjudicada de cara al posible ejercicio de acciones penales; esto evidentemente no será así si el contratante que ha prestado un consentimiento viciado simplemente desiste del contrato.

Una vez analizado el ámbito de aplicación de la Ley 22/2007 y el fundamento del derecho de desistimiento del consumidor en los contratos bancarios electrónicos, pasaremos a exponer su régimen jurídico, comenzando por sus requisitos, para a continuación analizar los efectos que se producen como consecuencia de su ejercicio.

### **1. La obligación de la entidad financiera de informar al consumidor sobre la existencia del derecho de desistimiento**

Antes de proceder a regular todas las condiciones de ejercicio del derecho de desistimiento, la Ley 22/2007 prevé que el banco deba informar al consumidor sobre la existencia de este derecho y cómo debería en su caso ejercitarlo. Así, en el art. 7-1-3, se obliga al banco a informarle antes de la celebración del contrato a distancia sobre «la existencia de tal derecho, su duración y las condiciones para ejercitarlo, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al art. 11, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho y su pérdida cuando, antes de ejercer ese derecho, se ejecute el contrato en su totalidad por ambas partes, a petición expresa del consumidor». Del mismo modo, el banco también está obligado a informar al consumidor sobre aspectos concretos del ejercicio del desistimiento, como «la dirección postal o electrónica a la que debe dirigirse la notificación del desistimiento».

En caso de que el contrato se vaya a celebrar telefónicamente, también se obliga a la entidad financiera a informar al consumidor antes de la prestación de su consentimiento sobre «la existencia o inexistencia de un derecho de desistimiento y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al art. 11». Más adelante expondremos qué cantidades puede estar obligado a abonar el consumidor conforme al mencionado art. 11. Como puede verse, la Ley considera fundamental que el cliente sepa de la existencia del derecho de desistimiento que eventualmente le corresponda; por ello, y con la finalidad de que el cliente pueda formar correctamente su voluntad contractual, se obliga al banco a informarle sobre este punto antes de la celebración del contrato. Se configura de este modo el deber de informar al cliente sobre el derecho de desistimiento y sus

condiciones de ejercicio como una obligación de carácter precontractual a cargo de la entidad financiera.

La información sobre el derecho de desistimiento debe darse al consumidor «de manera clara y comprensible por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada, respetando debidamente, en particular, los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los principios que regulan la protección de las personas que carecen de capacidad de obrar y los derechos en materia de accesibilidad universal de las personas con discapacidad».

En la directiva 48/2008, relativa a contratos de crédito al consumo existe esa misma información precontractual de información a cargo del banco. Así, en el artículo 5, se obliga a la entidad de crédito a suministrar al futuro cliente en papel o en cualquier otro soporte duradero, información sobre «la existencia o ausencia de derecho de desistimiento». Además, en el contrato de crédito al consumo, que se formalizará en papel o en otro soporte duradero, también debe hacerse constar expresamente «la existencia o ausencia de derecho de desistimiento y el plazo y demás condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa a la obligación del consumidor de pagar el capital utilizado y los intereses de conformidad con el artículo 14, apartado 3, letra b), y el importe del interés diario» (43).

De conformidad con las disposiciones de la Ley 22/2007, el incumplimiento de la obligación de informar sobre la existencia del derecho de desistimiento y/o sobre sus condiciones de ejercicio, así como el incumplimiento de cualquier otra obligación de información precontractual, además de ser constitutivo de infracción administrativa y, en consecuencia, poder llevar consigo la imposición de la correspondiente sanción, hace que el plazo de 14 días naturales que el consumidor tiene para poder poner fin unilateralmente al contrato no comience a contar hasta que reciba la mencionada información (art. 10). Algo muy similar se dispone en la directiva sobre crédito al consumo, en cuyo art. 14 se señala que el plazo de 14 días civiles de que dispone el consumidor para desistir del contrato comenzará a contarse desde la celebración de éste o desde que reciba toda la información precontractual que la entidad financiera debe suministrarle.

## 2. Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento

Como ya se ha apuntado, el art. 10-1 de la Ley 22/2007 otorga al consumidor un plazo de 14 días naturales para desistir del contrato bancario electrónico que haya celebrado, sin necesidad de alegar causa alguna en que basar el desistimiento. En el caso de los contra-

tos relacionados con seguros de vida, el plazo se alarga hasta los 30 días naturales. Como regla general, en los contratos bancarios el plazo comienza a contarse desde el día de la celebración del contrato. Diversamente, en el caso de que se haya contratado con el banco un seguro de vida (lo cual es muy frecuente), el plazo comenzará no desde la celebración del contrato, sino desde que se informe al consumidor de que el contrato se ha celebrado (44). Ciertamente, no alcanzamos a ver el porqué de este diferente tratamiento jurídico, que trae como consecuencia que se proteja mucho más al consumidor que contrata con un banco un seguro de vida que a aquel que realiza cualquier contrato bancario. Por una parte, existe un mayor plazo para desistir del contrato de seguro de vida que para desistir de cualquier contrato bancario. Por otra, también es diferente la consideración que se hace en la Ley en cuanto al *dies a quo*, es decir, en cuanto al momento inicial del cómputo del plazo de desistimiento: en los contratos bancarios el plazo comienza desde su celebración, mientras que en el seguro de vida el plazo empieza a contarse a partir del momento posterior en que el consumidor reciba la confirmación del banco de la contratación efectuada.

No se entiende por qué hay que proteger más al consumidor que contrata un seguro de vida con un banco electrónicamente que al que, por ejemplo, contrata un préstamo utilizando la misma vía telemática; en todo caso, quizá habría que proteger más a éste último, ya que su contrato genera intereses y otros gastos que no se generan en el seguro de vida. En fin, no se entiende por qué en el seguro de vida se supedita el comienzo del plazo de desistimiento a la entrega al consumidor de la confirmación de que el contrato de seguro se ha realizado, ¿es que el consumidor no sabe que ha contratado?, ¿cómo es posible que no sepa que ha contratado un seguro de vida si él mismo ha aceptado la oferta de contrato?

Según el art. 10 de la Ley 22/2007, «si el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información contractual indicada en el art. 7-1, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contar el día en que reciba la citada información». *Sensu contrario*, de esta norma se deduce que mientras la entidad financiera no suministre toda la información precontractual a que le obliga la Ley, el plazo no empieza a correr. En consecuencia, en tanto la entidad financiera no entregue al consumidor dicha información, tendrá sobre sí, como una «espada de Damocles», la amenaza de la posibilidad de que el cliente pueda poner fin al contrato en cualquier momento, y sólo cuando se la entregue podrá librarse de la amenaza del desistimiento en el plazo de 14 días naturales. Debemos reconocer que esta previsión es muy interesante, ya que utiliza el mecanismo del desistimiento para fomentar la entrega completa de la información precontractual en beneficio del consumidor.

Exactamente el mismo plazo de 14 días para ejercitar el desistimiento es el que se fija en el art. 14 de la Directiva 48/2008, de 23 de abril, sobre crédito al consumo, con una idéntica previsión en cuanto al *dies a quo* en el caso de que la entidad financiera no haya suministrado al consumidor toda la información precontractual. Para los créditos vinculados, la Directiva admite que las legislaciones de los diferentes estados de la Unión prevean un plazo menor cuando tuvieran antes de la entrada en vigor de esta directiva una regulación específica que disponga que en este tipo de créditos los fondos no puedan ponerse a disposición del cliente sino después de un tiempo determinado (45).

Con relación al plazo que marcan ambas normas para el ejercicio del derecho de desistimiento, se plantea si en base al principio de la autonomía privada podría establecerse en el contrato un plazo diferente. En definitiva, se plantea si se trata de plazos máximos, de tal manera que no sea posible que pueda preverse en un contrato un plazo mayor a esos 14 días; o por el contrario se trata de unos plazos mínimos, que en consecuencia admitiría su ampliación contractual. Por un sector de la doctrina se ha mantenido que, al no precisarse expresamente en la Ley 22/2007 que sea un plazo máximo, las partes podrán fijar en el contrato un plazo mayor, ya que con ello no se vulneran las leyes, la moral ni el orden público (46). Otros autores sostienen que el plazo de 14 días que se fija en esta Ley es un plazo máximo, ya que en ella no se considera expresamente la posibilidad de que las partes estipulen uno mayor (Fernández Pérez, 2003: 237). En nuestra opinión, debe entenderse que el plazo de 14 días que se establece tanto en la Ley 22/2007 como en la Directiva 48/2008 será el aplicable cuando no exista cláusula contractual expresa. Sin embargo, dicho plazo puede verse ampliado por voluntad de las partes, ya que los preceptos que regulan el desistimiento, en cada una de estas normas no lo prohíben y, en todo caso, la ampliación del plazo es una medida que beneficia al consumidor. Por el contrario, las partes del contrato no podrán fijar un plazo más breve de desistimiento, en cuanto que ello supondría una merma en la protección del consumidor, finalidad con la que ha sido concebido el derecho de desistimiento en la Ley y en la Directiva. Parece, por tanto, que estamos ante unas normas imperativas «de mínimos» en cuanto al plazo, ya que ni su letra ni su espíritu admiten que puedan fijarse para el ejercicio del derecho de desistimiento plazos menores a los 14 días.

Llama la atención que en el TRLGDCU, a pesar de ser una norma posterior a la Ley 22/2007, se dispone un plazo diferente para el ejercicio del derecho de desistimiento. En concreto, se establece el plazo mínimo de 7 días hábiles a contar desde la recepción del bien objeto del contrato, o desde la celebración de éste si el obje-

to del contrato fuera la prestación de servicios (art. 71); éste será el supuesto más habitual en el caso de la contratación bancaria electrónica. Una primera diferencia es que aquí se establece expresamente que el plazo de 7 días es mínimo, por lo que contractualmente puede preverse un plazo mayor. Además, al plazo es de 7 días hábiles, frente a los 14 naturales que fijan la Directiva y la Ley 22/2007. Por tanto, en el caso del TR, del cómputo del plazo habría que excluir los días feriados, al tratarse de días hábiles. Eso en la práctica puede hacer que incluso el plazo real de que dispone el consumidor para ejercer el desistimiento (persona jurídica que no sea empresario, como vimos) sea mayor si, por ejemplo, se plantea la posibilidad de ejercer el desistimiento en épocas del año con numerosos días festivos, como pueden ser la Navidad o la Semana Santa.

También son algo diferentes las consecuencias que, en cuanto al cómputo del plazo de desistimiento, se prevén para los supuestos de incumplimiento de los deberes precontractuales de información. Así, según el artículo 71-3 TRLGDCU, si el banco no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio será de tres meses a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato si el objeto de éste fuera la prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de tres meses, el plazo comenzará a contar desde ese momento. Recordemos que, según la Ley 22/2007, en tanto no se entregue la documentación prevista en la misma no comienza a contarse el plazo de 14 días que hay para desistir. En consecuencia, si no se llega a entregar al consumidor toda la información precontractual que debe entregarle el banco, el consumidor podrá desistir del contrato en todo momento, y sólo cuando reciba dicha documentación empezará a contarse el plazo de los 14 días. Como puede verse, muy distinta es la situación en el TR, donde, si no se entrega la documentación, en todo caso el plazo máximo que tendrá el consumidor para desistir será de tres meses. A este respecto, debemos reconocer que es mucho más ventajosa la solución legal que se adopta para el consumidor persona física, al que se aplica la Ley 22/2007, que para el consumidor persona jurídica, al que se aplicaría el art. 71-3 TR, y además sólo si en su contrato electrónico se contempló expresamente el derecho de desistimiento.

El art. 13 de la Directiva contempla la terminación de los contratos de crédito al consumo de duración indefinida por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, consumidor o prestamista. Llama la atención que en esta norma se establecen condiciones diferentes para el ejercicio del desistimiento en uno y otro caso. Las condiciones de ejercicio previstas para el prestamista son más gravosas. Así, el consumidor puede

poner fin al contrato en todo momento y gratuitamente, pudiéndose establecer en el contrato un plazo máximo de preaviso de un mes. Por el contrario, el prestamista sólo puede desistir, si así se ha previsto expresamente en el contrato, respetando un preaviso mínimo de dos meses y notificándolo al consumidor en papel u otro soporte duradero (47).

### 3. Formalidades para el ejercicio del derecho de desistimiento

A tenor de lo dispuesto en el art. 10-3 de la Ley 22/2007, «el consumidor que ejerza el derecho de desistimiento lo habrá de comunicar al proveedor, en los términos previstos por el contrato, antes de que finalice el plazo correspondiente, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación de cualquier modo admitido en Derecho. Se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo». ¿Cuál es el sentido de esta norma?, ¿puede el consumidor desistir del contrato como quiera, hay libertad de forma para desistir o, por el contrario, estamos ante una norma que, con carácter esencial, regula la forma de ejercicio del desistimiento excluyendo completamente toda posibilidad de elección por parte del consumidor?, en su caso, ¿serían admisibles los pactos que prevean en el contrato una determinada forma *ad solemnitatem* para el desistimiento?

Una parte de la doctrina mantiene que en esta norma impera la libertad de forma, y que por ello deja completamente a la autonomía de la voluntad la determinación de la concreta forma en que debe ser ejercitado el derecho de desistimiento (Viera, 2007: 184 y 185). Lo primero que llama la atención del tenor literal del art. 10-3 es que parece, como indican estos autores, que deja abierta la posibilidad de que, basándose en el principio de la autonomía privada, las partes puedan prever en su contrato determinada forma para el ejercicio del derecho de desistimiento, en cuanto señala que el consumidor habrá de comunicar a la otra parte que desiste *en los términos previstos por el contrato*. Sin embargo, en nuestra opinión, en realidad no hay plena libertad a la hora de pactar sobre la forma del desistimiento, sino todo lo contrario, habida cuenta de lo que dispone el inciso final del artículo 10-3. En nuestra opinión, cuando el inciso final del art. 10-3 establece que «se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo», lo que está queriendo precisamente es limitar el juego de la autonomía privada y establecer una concreta forma para el ejercicio del desistimiento. Pensamos que, en realidad, lo que se desprende de la norma

es que para que sea válido el desistimiento ha de hacerse en forma escrita, siendo necesario documento privado, que será el que necesariamente habrá de notificarse a la otra parte del contrato. Lo que la norma nos dice es que el documento privado de desistimiento puede ser realizado por el consumidor utilizando el tradicional soporte en papel o bien algún otro soporte duradero (48) (DVD, CDR, etc.). Estamos, por tanto, ante un supuesto de forma *ad solemnitatem* en que la exigencia de documento privado redactado en papel u otro soporte duradero se eleva a requisito esencial para el ejercicio del derecho de desistimiento. Además, la norma exige que el desistimiento se notifique a la otra parte del contrato. El único margen, por tanto, que queda para el juego de la autonomía de la voluntad se refiere a la notificación a la entidad financiera del desistimiento realizado, lo que conlleva que en el contrato pueda precisarse que sea necesaria la utilización de algún medio concreto para comunicar el documento privado de desistimiento, v. gr., que deba remitirse por carta o correo electrónico. A nuestro juicio, lo más que podría establecerse en el contrato es que para desistir fuera necesaria la utilización de un determinado documento de desistimiento redactado por la propia entidad financiera. En ese caso, como es lógico, la entidad financiera deberá poner a disposición del consumidor, desde el mismo instante de la celebración del contrato, el correspondiente documento de desistimiento. Ése es, en nuestra opinión, el único margen que quedaría para el juego de la autonomía de la voluntad, fuera del cual serán nulas cualesquiera otras exigencias formales establecidas en el contrato para ejercitar el derecho de desistimiento.

En consecuencia, queda excluida la posibilidad de que en el contrato se pacte, por ejemplo, un desistimiento verbal. Tampoco parece admisible que en el contrato puedan elevarse los requisitos de forma exigidos por la norma, como si para desistir se exige escritura pública *ad solemnitatem*. Del mismo modo, entendemos que no puede exigirse en el contrato un mecanismo de notificación al banco del desistimiento que haga que su ejercicio sea dificultoso para el consumidor o que conlleve costes excesivos, ni, en general, se pueden admitir pactos sobre el ejercicio del desistimiento que supongan en la práctica poner trabas al propio ejercicio de este derecho, ya que ello va en contra de la letra y del espíritu de la norma.

Si en el contrato no se ha previsto nada sobre la forma de ejercicio del derecho de desistimiento, sólo será válido el desistimiento realizado por el consumidor siempre se haga en documento privado redactado en soporte de papel u otro soporte duradero (DVD, CDR, disco duro de ordenador, etc.), y que notifique el documento privado de desistimiento al banco por carta, fax, telex, telegrama, correo electrónico, etc. Lo fundamental es que el medio empleado para la notificación a la entidad

financiera deje constancia de la fecha en que se ha ejercido el derecho de desistimiento, y se trate de un medio que ofrezca garantías en cuanto a la intangibilidad posterior del contenido de los documentos que a través de él se remiten. En todo caso, el documento de desistimiento debe enviarse a la otra parte del contrato antes del vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para desistir.

La Directiva 65/2002, de 23 de septiembre, en su artículo 6, regula el llamado *derecho de rescisión*, que no es otra cosa que el derecho a desistir del contrato que se reconoce al consumidor. Pues bien, en cuanto a la forma de ejercicio del desistimiento, va en esta misma dirección de presuponer la exigencia con carácter esencial de un documento privado de desistimiento, ya que la remisión que en esta norma se hace al contrato únicamente es al objeto de que el consumidor pueda conocer a donde debe dirigir el documento de desistimiento, ni siquiera se menciona la posibilidad de que en el contrato exista una regulación sobre la forma (49). El texto del art. 6 de la Directiva, por tanto, viene así a confirmar nuestra postura sobre la esencialidad de la exigencia de documento privado para el ejercicio del desistimiento.

Respecto de los contratos de crédito al consumo, la posterior Directiva 48/2008 sigue exactamente el mismo criterio y, en consecuencia, parece que también para este tipo de contratos bancarios será necesaria la formalización en documento privado del ejercicio del derecho de desistimiento (50).

Es distinta, sin embargo, la regulación que se adopta en el TRLGDCU (como sabemos, eventualmente aplicable a los contratos bancarios electrónicos celebrados por personas jurídicas que no sean empresas). En efecto, una primera diferencia es que el art. 69 (aplicable directamente al desistimiento legal y subsidiariamente al desistimiento contractual *ex art. 79*) obliga al empresario a entregar al cliente el llamado documento de desistimiento, «identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere». Como sabemos, este precepto es aplicable con carácter subsidiario al contrato en el cual se haya pactado un derecho de desistimiento, merced a la consabida remisión que efectúa el art. 79. Pues bien, siendo esto así, hay que llegar a la conclusión de que si en el contrato bancario electrónico celebrado simplemente se ha previsto la posibilidad del cliente de desistir del mismo, sin mayores precisiones en cuanto a la forma de ejercicio de este derecho, habría que aplicar el régimen de este art. 69 y, en consecuencia, la entidad financiera estaría obligada a entregar al consumidor el mencionado documento de desistimiento.

Del mismo modo, se aplicaría subsidiariamente, siempre que no se haya especificado nada al respecto en el contrato, la regulación sobre las formalidades para el ejercicio de este derecho de los arts. 70 y 72. Conforme al art. 70, la regla general es la libertad de forma, lo cual supone que el consumidor podrá desistir del contrato como tenga a bien. El art. 70 es muy claro, al señalar que «el ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. En todo caso, se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos». A partir de esta norma, debe concluirse que, si en el contrato simplemente se ha contemplado sin más el derecho de desistimiento, la entrega del documento de desistimiento es exclusivamente una obligación que pesa sobre la entidad financiera, y no el documento que necesariamente tendría que entregar el cliente para desistir del contrato. El cliente puede utilizar o no ese documento de desistimiento para poner fin al contrato. Incluso puede no utilizar ninguno, bastando con la mera devolución de lo que hubiera recibido de la entidad financiera en virtud del contrato, lo cual sería una forma de desistimiento tácito. También sería perfectamente posible el desistimiento verbal. Eso sí, el consumidor tendría la carga de la prueba de haber desistido del contrato; de ahí que lo más conveniente para él sea la utilización de algún tipo de documento para que, eventualmente, pueda acreditar más fácilmente que ha puesto fin al contrato desistiendo del mismo (art. 72) (51).

Éste sería el régimen subsidiario aplicable en el supuesto de que en el contrato bancario electrónico llevado a cabo por una persona jurídica sin ánimo de lucro tan sólo se hubiera previsto el derecho de desistimiento, sin precisarse la forma concreta de su ejercicio. Pero es posible, en la medida en que no existe ningún impedimento legal al respecto, ni va en contra de la moral ni el orden público, que en el contrato se regule la forma concreta en que el cliente debería desistir del mismo, en cuyo caso tendría necesariamente que pasar por ella si es que quiere poner fin al contrato.

#### **4. Efectos que produce el ejercicio del derecho de desistimiento: Extinción del contrato. Restitución recíproca de las prestaciones**

La principal consecuencia que deriva del ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor es que cesa la eficacia del contrato que hasta ese momento le vinculaba con el banco. Esa cesación de efectos del contrato no tiene carácter retroactivo, es decir, se mantienen las consecuencias jurídicas que el contrato hubiera producido hasta el momento del desistimiento (52). Pero cuando el consumidor desiste no sólo se extin-

que el contrato bancario celebrado a distancia que mediaba entre las partes, sino que también pueden extinguirse aquellos otros contratos electrónicos celebrados con el mismo banco o con un tercero que, de alguna manera, estuvieran vinculados al contrato principal extinguido. Así, el art. 10-4 de la Ley dispone que «En el caso de que al contrato a distancia sobre el que se haya ejercido el derecho de desistimiento, se le haya vinculado otro contrato a distancia de servicios financieros prestados por el mismo proveedor o por un tercero, previo acuerdo con el proveedor, dicho contrato adicional también quedará resuelto, sin penalización alguna» (53). Este sería el caso, muy frecuente en la práctica, de los llamados «seguros de vida de amortización», que son seguros de vida que están vinculados con contratos de préstamo en los que el banco condiciona la concesión de un préstamo a la contratación de un seguro de vida, o de alguna manera «propone al cliente» que pretende tomar dinero a préstamo la contratación de un seguro de vida, en el cual el banco se constituye como beneficiario de la eventual indemnización en caso de fallecimiento del deudor, para de ese modo asegurarse el cobro del capital que estuviera pendiente de pago en ese momento. En este caso, si se extingue el préstamo por desistimiento del consumidor, del mismo modo se extinguirá el contrato de seguro de vida celebrado entre el consumidor y un tercero.

Pero, en virtud de esta norma, pensamos que también puede extinguirse un contrato que esté vinculado con aquel en que el consumidor ejercita el derecho de desistimiento aunque en dicho contrato el consumidor no sea parte. Podría ser éste el caso de algunos contratos de *leasing*, en los que el banco vincule el contrato electrónico de adquisición del bien celebrado con un tercero (fabricante o distribuidor) con el contrato de *leasing* en cuya virtud cede el uso de ese bien al consumidor a cambio del pago de una cantidad mensual. Si el contrato de adquisición del bien celebrado entre el banco y un tercero (fabricante o distribuidor generalmente) está vinculado al contrato de arrendamiento financiero celebrado entre ese banco y un consumidor, porque así se haya hecho constar en el mismo contrato de adquisición, la extinción del contrato de *leasing* por desistimiento del consumidor conllevará la extinción del contrato de adquisición.

La Directiva 48/2008, sobre crédito al consumo (artículo 14-4), adopta la misma solución respecto de los contratos referidos a servicios accesorios prestados por un tercero que estén relacionados con un contrato de crédito al consumo (54). Así, si el consumidor desiste del contrato de crédito al consumo, se extenderán los efectos del desistimiento a aquellos otros contratos que estuvieran vinculados a aquél, y en cuya virtud se proporcionen al consumidor «servicios accesorios» por el banco prestamista o por un tercero.

La extensión de los efectos del desistimiento a otros contratos que estén vinculados con aquel respecto del cual se ejercita este derecho también se contempla en el TRLGDCU. En efecto, el art. 77 de esta norma extiende los efectos del desistimiento recaído en un contrato de adquisición de un bien al contrato en cuya virtud un tercero financie total o parcialmente al consumidor la adquisición de dicho bien. Como en los casos anteriores, la extensión de los efectos del desistimiento requiere previo acuerdo del tercero y el empresario (55).

En la Ley se declara que el ejercicio del derecho de desistimiento no puede conllevar penalización alguna para el consumidor (art. 10-1), ni siquiera en el supuesto de extensión de los efectos del desistimiento a otros contratos vinculados (art. 10-4). En consecuencia, entendemos que deben considerarse nulas las cláusulas contractuales que impongan al consumidor cualquier tipo de penalización asociada al hecho de que desista del contrato (56). El precedente de esta solución hay que buscarlo en el art. 6-2 de la derogada Ley 26/1991, sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, en el que se remarcaba la gratuidad del ejercicio de este derecho por parte del consumidor (57). Por su parte, el TRLGDCU vuelve a poner de manifiesto la gratuidad para el consumidor del ejercicio del derecho de desistimiento, al señalar que «el ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario. A estos efectos se considerará lugar de cumplimiento el lugar donde el consumidor y usuario haya recibido la prestación».

Según el TRLGDCU (art. 74-1) (58), las partes del contrato extinguido en virtud del ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran constituido el objeto de dicho contrato. Existe una expresa remisión al régimen de restitución previsto en los artículos 1303 y 1308 del CC para la anulabilidad y nulidad del contrato. Con esa remisión se está poniendo de relieve, en primer lugar, que las partes deberán reintegrarse las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses; y en segundo lugar, con esa remisión se deja constancia de que la restitución de prestaciones es una obligación recíproca con todo lo que semejante calificación conlleva, en el sentido de que mientras uno de los contratantes no restituya lo que recibiera en virtud del contrato extinguido por desistimiento, no puede compeler al otro a la restitución de lo que él entregó. Por tanto, si estamos, por ejemplo, ante un préstamo concedido a una asociación y ésta decide desistir del contrato, deberá reintegrar al banco todas las cantidades que el banco le hubiera entregado en virtud del préstamo, es decir, el capital íntegro y además, en concepto de frutos, deberá reintegrar también los intereses

correspondientes al tiempo que ha estado vigente el contrato. Por su parte, la entidad financiera deberá reembolsar al consumidor todos los gastos relacionados con el contrato que hubiera cobrado para sí, por ejemplo, gastos de estudio o de tramitación del préstamo. Por el contrario, pensamos que el banco no estará obligado a reintegrar al cliente los pagos que hubiera recibido de él por cuenta de un tercero, como gastos notariales, de registro o pago de impuestos.

A continuación, nos encontramos en el TR con una medida dictada en clara defensa del consumidor, que ciertamente es de dudosa aplicación práctica en el ámbito de los contratos bancarios electrónicos, dado que está pensada sobre la base de contratos de adquisición de bienes. En el TR, al consumidor se le exige de reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien que restituye, siempre que hubiera realizado un uso normal del mismo. Del mismo modo, se le reconoce el derecho a ser reembolsado de todos los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien (59). Parece que con ello se adopta el mismo criterio que mantiene el Código respecto del poseedor de buena fe en la liquidación del estado posesorio (art. 453). Por ello, pensamos que podrá aplicarse analógicamente el artículo 454 CC para los gastos de puro lujo y recreo que hubiera podido realizar el consumidor en la cosa durante el breve espacio de tiempo que la ha tenido en su poder. En consecuencia, el consumidor no tendría derecho a que se le abonaran los referidos gastos de puro lujo o recreo, pero «podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa si no sufre deterioro y si el sucesor en la posesión (el empresario) no prefiere abonar el importe de lo gastado».

La devolución por parte del empresario de las cantidades abonadas por el consumidor deberá efectuarse «lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de treinta días desde el desistimiento. Transcurrido dicho plazo sin que el consumidor y usuario haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad. Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo» (art. 76). Como puede verse, la idea que preside este precepto es que no se dilate indefinidamente en el tiempo la devolución por parte del empresario de lo que recibiera del consumidor en virtud del contrato extinguido por desistimiento de este último. Las consecuencias para el empresario (banco en nuestro caso) que se derivarían si tardara más de un mes en restituir al consumidor son notablemente gravosas, ya que, además de tener que restituir duplicada la cantidad que hubiera entregado el consumidor, estará eventualmente obligado a indemnizar los daños y perjuicios que el cliente haya podido sufrir.

Se especifica en la norma que el hecho de que el consumidor no pueda restituir la prestación que hubiera recibido de la otra parte del contrato no le priva en ningún caso de su derecho a desistir del mismo. El régimen de restitución es diferente según que la pérdida de la cosa sea o no imputable al consumidor, teniéndose también en cuenta como criterio modulador de la restitución del consumidor, en el caso de que la pérdida le fuera imputable, el previo incumplimiento por parte del empresario de su deber de información sobre la existencia del derecho de desistimiento. Así, en el caso de que la pérdida de la cosa no fuera imputable al consumidor, es decir, la pérdida se hubiera producido por caso fortuito, fuerza mayor, como consecuencia de la actuación de un tercero que no estuviera vinculado con el cliente, o simplemente si la cosa no pudiera ser restituida porque el consumidor ya no la tenga en su poder por haberla transmitido a un tercero que la haya adquirido de buena fe, el empresario (banco o entidad financiera) deberá sufrir la pérdida y no recibirá nada del consumidor. Por el contrario, si la pérdida de la cosa fuera imputable al cliente, responderá del valor de mercado de la cosa en el momento del ejercicio del desistimiento; si este precio de mercado fuera superior al precio de adquisición, responderá de éste. La cantidad a devolver por el cliente al banco cuando la pérdida de la cosa le fuera imputable puede verse atenuada si el banco hubiera incumplido previamente el deber de informar y documentar al cliente sobre su derecho a desistir. Si ha existido el referido incumplimiento, la imposibilidad de restitución sólo será imputable al consumidor cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios actos (60). Esto significa que se atenúa el grado de diligencia exigible al consumidor al no exigirse, como sería lo normal, una diligencia media (la diligencia de un buen padre de familia, siguiendo la terminología del Código Civil) para compensar el defecto de información que ha sufrido.

La consecuencia que se prevé en la Ley 22/2007 para los casos de desistimiento del consumidor también es la restitución recíproca de prestaciones entre las partes. Así, según el art. 11-4: «el consumidor devolverá al proveedor cualquier cantidad que haya recibido de éste, a la mayor brevedad, y, en todo caso, en el plazo máximo de treinta días naturales, a contar desde la notificación del desistimiento». Por su parte, el banco reembolsará al consumidor a la mayor brevedad, y dentro del plazo máximo de treinta días naturales, cualquier cantidad que haya percibido de éste en virtud del contrato. El plazo comenzará el día en que el banco reciba la notificación del desistimiento (art. 11-3). La única cantidad que el banco puede detraer de la devolución es la que corresponda al precio del servicio prestado por él al consumidor hasta el momento del ejercicio del desistimiento. En este sentido, según el art. 11-1, el consumidor que desiste debe pagar el servicio prestado por el banco

hasta ese momento: «El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento solamente estará obligado a pagar, a la mayor brevedad, el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato, hasta el momento del desistimiento». Añadiendo que «el importe que el consumidor deba pagar no rebasará el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio comparada con la cobertura total del contrato, ni será en ningún caso de tal magnitud que equivalga a una penalización». Con esta regulación se pretende colocar a las partes en la misma situación en la que se encontraban antes de la celebración del contrato y evitar al banco la asunción de costes que sería injusto que asumiera. Con base en esta norma, el cliente que, por ejemplo, ha celebrado un contrato de préstamo por internet cuya ejecución ha comenzado ya a petición del propio cliente tendrá que restituir al banco, si desiste del contrato, el capital que hubiera recibido y los intereses que se hubieran devengado por el tiempo que haya mediado entre la celebración del contrato y el momento efectivo de restitución del capital. El banco debería restituir al cliente los gastos asociados al préstamo que el cliente hubiera satisfecho, a excepción de los que sean pago a terceros, como es el pago de tributos asociados a la operación.

Lo peculiar de esta regulación es que, implícitamente, la norma considera que la situación normal es que la ejecución del contrato no comience hasta que haya pasado el tiempo que el consumidor tiene para desistir. En efecto, el párrafo 2º del mismo art. 11 prevé dos situaciones en las que la entidad financiera no podrá exigir al cliente pago alguno al consumidor: «a) si no demuestra que le ha facilitado la información exigida en el artículo 7.1.3. a)», es decir, si el banco no demuestra que informó al consumidor sobre la existencia de su derecho a desistir del contrato, y «b) si inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el período de desistimiento». Como hemos dicho, en este segundo inciso se aprecia implícitamente que la voluntad del legislador es que no comience la ejecución de las prestaciones derivadas del contrato hasta después que haya finalizado el plazo de desistimiento, salvo que el propio consumidor pida que comience antes. La sanción para el caso de que empiece a ejecutarse el contrato antes de ese momento es que el banco no podrá detracer de su restitución al cliente cantidad alguna en pago de los servicios prestados por él antes del ejercicio del desistimiento.

Para los contratos de crédito al consumo, el artículo 14-3 b) de la Directiva 48/2008 establece que si el consumidor ejercita su derecho de desistimiento, deberá restituir al prestamista, en el plazo máximo de treinta días a contar desde el envío de la notificación de desistimiento, el capital y pagar los intereses por el tiempo que medie entre la fecha de disposición del crédito

y la fecha de reembolso del capital. Añade la norma que «el prestamista no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra compensación en caso de desistimiento excepto la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la administración pública».

## 5. Supuestos excluidos del ejercicio del derecho de desistimiento

La Ley 22/2007, después de regular los requisitos y los efectos que se producen como consecuencia de la terminación del contrato por desistimiento del consumidor, enumera una larga serie de supuestos en los que, por diferentes razones, no cabe el desistimiento. En general, se trata de casos en que si se admitiera el desistimiento la entidad financiera sufriría perjuicios injustos de difícil reparación, y en ocasiones además son supuestos en los que la posibilidad de desistir permitiría al consumidor especular a costa de la propia entidad financiera. Conviene poner de manifiesto desde ahora que lo más sensato es entender que sólo está excluido el derecho de desistimiento en los supuestos concretos que se mencionan en dicho precepto, es decir, entendemos que se trata de un sistema de excepciones que es *numerus clausus*. Así debe ser, por cuanto el derecho de desistimiento es uno de los pilares fundamentales sobre los que se articula la protección del consumidor en esta norma y en otras en las que se reconoce este derecho. Admitir que el arbitrio judicial pueda considerar excluida la posibilidad de desistimiento en otros casos distintos de los enunciados nos parece una puerta abierta a eventuales mermas injustificadas de este derecho. Veamos cada una de las excepciones:

En primer lugar, se excluye el desistimiento en los contratos que tengan por objeto la prestación 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, entre ellos, las transacciones sobre: 1º Operaciones de cambio de divisas, 2º instrumentos del mercado monetario, 3º valores negociables, 4º participaciones en instituciones de inversión colectiva, 5º contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo, 6º contratos de futuros sobre tipos de interés, 7º contratos de permuta sobre tipos de interés, sobre divisas o los ligados a acciones o a un índice sobre acciones, opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos relacionados en los anteriores guiones, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo. Concretamente, se incluyen en esta categoría las opcio-

nes sobre divisas y sobre tipos de interés, 8º contratos referenciados a índices, precios o tipos de interés de mercado, 9º contratos vinculados, en los que, al menos, uno de los negocios jurídicos suponga una transacción de las mencionadas en los guiones anteriores. A los efectos de esta ley, se considerarán contratos vinculados aquellos negocios jurídicos complejos resultado de la yuxtaposición de dos o más negocios jurídicos independientes, en los que, como resultado de esa yuxtaposición, la ejecución de uno dependa de la de todos los demás, ya sea simultánea o sucesivamente».

Como puede verse, la exclusión del derecho de desistimiento en todos estos casos encuentra su fundamento en que, en el período de tiempo que media entre la celebración del contrato y el ejercicio del desistimiento, pueden producirse variaciones importantes en el valor de las prestaciones del contrato que no pueden ni ser controladas ni previstas por el banco en el momento de su celebración. De admitirse el ejercicio del desistimiento en estos supuestos, se estaría desnaturalizando la institución del desistimiento y se podría convertir en un instrumento de especulación en poder del consumidor, y además el banco podría sufrir perjuicios económicos que no parece justo que deba soportar. Esto se ve claramente en los valores negociables, que según la coyuntura económica pueden sufrir en determinados momentos importantes oscilaciones en su valor de cotización de un día para otro, y no sería justo que la entidad financiera soportara las consecuencias desfavorables que se producirían si, por ejemplo, determinada persona adquirió un paquete de acciones cuyo valor en las bolsas se ha desplomado en días posteriores. En ese caso, de admitirse el ejercicio del desistimiento, el banco tendría que restituir al cliente el precio que pagó por dichas acciones, aunque su valor real posterior fuera mucho menor.

En segundo lugar, se excluye el desistimiento en algunos contratos de seguro. Concretamente, en los «contratos de seguro en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas a los mismos, los de viaje o equipaje de una duración inferior a un mes, aquellos cuyos efectos terminen antes del plazo al que se refiere el apartado 1, los que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador, los planes de previsión asegurados». En el primero de los supuestos que aquí se enumeran se trata de seguros en los que la aseguradora invierte el importe de las primas que vaya pagando el asegurado en determinados valores que éste le indica (Viera, 2007: 190). Pues bien, en este caso parece que la razón de que no pueda desistirse del contrato radica nuevamente en evitar que el consumidor pueda especular. Por lo que respecta a los seguros de viaje que se citan a continuación, y a aquellos contratos de seguro cuyos efectos fina-

lizan antes del vencimiento del plazo de los 30 días desde que se informe al consumidor de la celebración del contrato, el motivo de la exclusión del desistimiento es simplemente la escasa duración del contrato. La exclusión de los contratos de aseguramiento obligatorio parece que se debe precisamente a ese carácter de obligación que recae sobre el consumidor de asegurar determinado bien o actividad; éste sería el caso de los seguros obligatorios de automóviles. Finalmente, no cabe el desistimiento en los planes de previsión asegurados. A este respecto, se ha dicho que quedan excluidos por motivos fiscales, al estar sometidos a un régimen especial de deducciones en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Viera, 2007: 191).

Seguidamente, se señala en el mismo precepto que tampoco se puede desistir de los contratos «que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza su derecho de desistimiento, como las órdenes de transferencia y las operaciones de gestión de cobro». En realidad, no habría hecho falta que se mencionaran expresamente estos casos, ya que es obvio que si las prestaciones objeto del contrato se han realizado completamente no pueda desistirse de éste. Son casos en que las prestaciones se ejecutan inmediatamente, de ahí que no tenga sentido admitir el desistimiento.

No es posible desistir de los contratos de crédito «destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o destinados a renovar o mejorar inmuebles». No alcanzamos a ver la razón en base a la cual se puede justificar sensatamente que el consumidor no pueda desistir, por ejemplo, de un contrato de préstamo cuyo importe invertirá en la mejora de su vivienda habitual. Pensamos que no tiene ninguna justificación razonable que no se admita el desistimiento en estos supuestos, en la medida en que no se dan en ellos las razones que en los demás casos del artículo 10-2 fundamentan que no se pueda desistir. Se ha dicho que en estos casos desaparecen los eventuales riesgos vinculados al hecho de que el consumidor pueda adoptar una decisión poco reflexiva (61).

No es posible que la siguiente exclusión del derecho de desistimiento mencionada en el art. 10 se dé en la contratación bancaria a distancia, en cuanto que en ese caso interviene un notario. No obstante, no queremos dejar pasar la ocasión de manifestar nuestra opinión al respecto. Parece que la razón que hace que no pueda desistirse del contrato de «crédito garantizado ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble» parece que es simplemente de carácter operativo, ya que si se admitiera el desistimiento en este caso, habría que volver a redactar otra escritura de cancelación de hipoteca e inscribirla en el Regis-

tro de la Propiedad. Pensamos que no está justificado que el consumidor no pueda desistir en estos supuestos por el simple hecho de que exista una hipoteca que garantice la devolución al banco del préstamo, en la medida que todos los gastos de otorgamiento de escritura de cancelación de hipoteca y de inscripción registral los tendría que sufragar propio el consumidor si decide desistir del préstamo: el verá si le interesa o no ejercer el desistimiento sabiendo que si desiste, deberá hacerse cargo del pago de los mencionados gastos. Curiosamente, en la norma 6ª bis, apartado 2.b), de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre entidades de crédito, transparencia de las operaciones y protección de la clientela, sí se admite el derecho de desistimiento en la fase precontractual para los contratos de préstamo garantizados con hipoteca. En efecto, en esa norma se obliga a la entidad financiera a devolver al cliente la parte de la provisión de fondos que hubiera abonado y no se hubiera empleado aún si el cliente desiste de su solicitud de préstamo hipotecario en el plazo de un mes a contar desde la presentación de dicha solicitud, siempre que el cliente no hubiera recibido hasta ese momento contestación sobre la concesión o denegación del préstamo por parte de la entidad financiera (62).

Del mismo modo, tampoco cabe en el ámbito de la contratación bancaria a distancia el caso que se cita a continuación: «las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de Notario, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor contemplados en el artículo 7». En este caso, la intervención del notario se considera garantía suficiente de la observancia del cumplimiento de los deberes precontractuales de información a cargo de las entidades financieras. Evidentemente, eso puede ser cierto, pero, a nuestro juicio, no es una razón que permita sensatamente excluir el derecho de desistimiento, ya que, aunque están relacionados entre sí, son derechos fundamentales y diferentes del consumidor el desistimiento y el derecho de información.

Finalmente, no se puede desistir de los *planes de pensiones*. En este caso, no alcanzamos a ver qué argumento se puede utilizar para negar el derecho de desistimiento, ¿qué problema habría en admitirlo? En los planes de pensiones, ni el cliente puede especular con el ejercicio del derecho de desistimiento ni el banco o la entidad financiera sufriría perjuicios irreparables si se admitiera el desistimiento.

## VI. CONCLUSIONES

En los supuestos de extinción por la exclusiva voluntad de una de las partes de contratos de duración indeterminada, habrá que indemnizar daños y perjuicios a

la otra parte del contrato, siempre que el derecho de desistimiento se haya ejercitado de manera contraria a la buena fe, esto es, sin respetar el plazo de preaviso que sea necesario en cada caso para su ejercicio. Este preaviso habrá de respetarse en cualquier supuesto, como una obligación más exigible entre las partes, derivada de la buena fe (art. 1258). Cuando el plazo no esté establecido en la Ley o no haya sido fijado convencionalmente por las partes, habrá que respetar el preaviso que sea normal, atendidas las circunstancias del supuesto concreto, esto es, el que normalmente se respete según el tipo de contrato de que se trate.

Todos los contratos electrónicos celebrados entre bancos o entidades financieras y consumidores se rigen, *prima facie*, por lo dispuesto en la Ley 22/2007. Subsidiariamente, en lo que no esté previsto en la referida Ley, se aplicarán las disposiciones sobre contratos con consumidores y usuarios recogidas en el título I del libro II del RD Leg 1/2007.

No puede aplicarse la Ley 22/2007 a los contratos bancarios electrónicos que los bancos y demás entidades financieras puedan celebrar entre sí, ni a los contratos bancarios electrónicos que los bancos y otras entidades financieras celebren con empresas (sociedades de cualquier clase y empresarios individuales) y, en general, con cualquier tipo de persona jurídica. Estos contratos se regirán exclusivamente por lo que las partes hayan podido pactar haciendo uso de su autonomía de la voluntad y por las disposiciones legales relativas al tipo de contrato que sea. Además, no será posible aplicar a los contratos bancarios electrónicos celebrados con empresas las normas sobre contratos con consumidores y usuarios recogidas en el libro segundo del TRLGDCU, ya que en el concepto de consumidor y de usuario del que se parte en esta norma, y que sirve de presupuesto para poder aplicar todas sus disposiciones, no encajan las empresas. Esto supone que en los contratos bancarios electrónicos concluidos entre bancos y con empresas del tipo que sea no existe derecho legal de desistimiento en ningún caso. Sin embargo, no hay ningún inconveniente en admitir en este ámbito de la contratación derechos de desistimiento convencionales, es decir, que sea posible que las partes puedan pactar en casos concretos un derecho de desistimiento a favor del cliente.

Las personas jurídicas que no sean empresas sólo podrán desistir de los contratos bancarios electrónicos en los que sean parte si convencionalmente se ha contemplado de manera expresa esta posibilidad, bien porque el banco así lo hubiera dispuesto en la propia oferta contractual o porque en el mismo contrato se haya establecido el derecho de desistimiento. En estos casos, se aplicarán subsidiariamente a lo pactado en el contrato las disposiciones sobre el ejercicio de este derecho con-

tenidas en el libro II del TRLGDCU (art. 59 y ss.), a excepción del título III. En los contratos electrónicos que estas entidades puedan celebrar, carecerán de validez las cláusulas que exijan cualquier tipo de garantía o cantidad de dinero con carácter preventivo, es decir, con la finalidad de garantizar al banco resarcimientos por los daños que eventualmente se le pudieran ocasionar derivados del ejercicio de este derecho. Tampoco podrán exigirse indemnizaciones por el uso del servicio correspondiente, siempre que el cliente hubiera usado el servicio a los efectos de la simple prueba del mismo. Por el contrario, entendemos que el banco sí podrá exigir indemnización por el uso que haga el cliente de dicho servicio excediéndose de lo que sea la mera prueba del mismo.

La finalidad mediata que se persigue en la Ley 22/2007 al conceder al consumidor la facultad de desistir del contrato es promocionar la celebración de contratos a distancia, presentando un mecanismo que genere confianza en la utilización de los medios telemáticos en la contratación. Junto a esta finalidad, el desistimiento también es una medida individual de protección del consumidor, en cuanto que el derecho a desistir del contrato fortalece la posición contractual de este sujeto frente a la otra parte del contrato.

El plazo de 14 días para el ejercicio del derecho de desistimiento, que se establece tanto en la Ley 22/2007 como en la Directiva 48/2008 sobre crédito al consumo, será el aplicable cuando no exista cláusula contractual expresa. Sin embargo, dicho plazo puede verse ampliado por voluntad de las partes, ya que los preceptos que regulan el desistimiento en cada una de estas normas no lo prohíben y, en todo caso, la ampliación del plazo es una medida que beneficia al consumidor. Por el contrario, las partes del contrato no podrán fijar un plazo más breve de desistimiento, en cuanto que ello supondría una merma en la protección del consumidor, finalidad con la que ha sido concebido el derecho de desistimiento.

Para que sea válido el ejercicio del derecho de desistimiento conforme a la Ley 22/2007 ha de hacerse en forma escrita, siendo necesario documento privado, que será el que necesariamente habrá de notificarse a la otra parte del contrato. Estamos ante un supuesto de forma *ad solemnitatem*, en que la exigencia de documento privado redactado en papel u otro soporte duradero se eleva a requisito esencial para el ejercicio del derecho de desistimiento. Además, la norma exige que el desistimiento se notifique a la otra parte del contrato. El único margen que queda para el juego de la autonomía de la voluntad se refiere a la notificación a la entidad financiera del desistimiento realizado, lo que conlleva que en el contrato pueda precisarse que sea necesaria la utilización de algún medio concreto para comunicar el documento privado de desistimiento; v. gr., que deba remi-

tirse por carta o correo electrónico. A lo sumo, podría establecerse en el contrato que para desistir fuera necesaria la utilización de un determinado documento de desistimiento redactado por la propia entidad financiera. En ese caso, como es lógico, la entidad financiera deberá poner a disposición del consumidor desde el mismo instante de la celebración del contrato el correspondiente documento de desistimiento.

La extinción de un contrato bancario electrónico por desistimiento del consumidor puede también hacer que se extinga otro contrato que esté vinculado con el extinguido, aunque en dicho contrato el consumidor no sea parte. Podría ser éste el caso de algunos contratos de *leasing*, en los que el banco vincule el contrato electrónico de adquisición del bien celebrado con un tercero (fabricante o distribuidor) con el contrato de *leasing* en cuya virtud cede el uso de ese bien al consumidor a cambio del pago de una cantidad mensual. Si el contrato de adquisición del bien celebrado entre el banco y un tercero (fabricante o distribuidor generalmente) está vinculado al contrato de arrendamiento financiero celebrado entre ese banco y un consumidor, porque así se haya hecho constar en el mismo contrato de adquisición, la extinción del contrato de *leasing* por desistimiento del consumidor conllevará la extinción del contrato de adquisición.

Sólo está excluido el derecho de desistimiento en los supuestos concretos que se mencionan en la Ley 22/2007, ya que en ella que se adopta un sistema de excepciones que es *numerus clausus*.

Las razones que justifican las excepciones legales al ejercicio del derecho de desistimiento son, en algunos casos, evitar perjuicios injustificados a la entidad financiera, y en otros, evitar que el consumidor pueda especular ejercitando este derecho.

## NOTAS

(\*) El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación SEJ 2005-02912, titulado «Hacia un Código del Consumidor», financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

(1) Art. 1156 CC: «Las obligaciones se extinguen:

Por el pago o cumplimiento.  
Por la pérdida de la cosa debida.  
Por la convocación de la deuda.  
Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor.  
Por la compensación.  
Por la novación».

(2) Art. 1594: «El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella».

Sobre el desistimiento en el contrato de obra puede verse SIRVENT (2002: 105-127).

(3) Art. 1700: «La sociedad se extingue:

«4º. Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707.

Art. 1705: «La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio.

«Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno, además debe ponerse en conocimiento de los otros socios».

Art. 1707: «No puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que, ya sea por disposición del contrato, ya por la naturaleza del negocio, ha sido constituida por tiempo determinado, a no intervenir justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales u otro semejante, a juicio de los Tribunales».

Es el art. 1706 el que nos define cuándo el socio que pretende extinguir la sociedad será de buena fe, al señalar que «es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común. En este caso, el renunciante no se libra para con sus socios, y éstos tienen la facultad de excluirle de la sociedad».

«Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes».

(4) En efecto, la Ley 12/92, de 27 de mayo, regula en los arts. 23 a 31 la extinción del contrato de agencia por la sola voluntad de cualquiera de las partes. Frente a otros supuestos, aquí debe respetarse casi siempre un plazo de preaviso, y se contempla la indemnización por clientela al agente que haya aportado nuevos clientes al empresario, así como la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el agente cuando el empresario desista unilateralmente del contrato (arts. 28 y 29).

(5) Es el caso del mandato, en el cual se reconoce al mandante la posibilidad de revocar el mandato por su exclusiva voluntad (artículos 1732 y 1733 CC). Esta revocación del mandante ha sido calificada por algunos autores como un supuesto de desistimiento unilateral. Así, entre otros, CRESPO ALLUE (1984: 150), y KLEIN (1997: 115-118).

(6) Algún autor propone que las partes de todo contrato de duración indeterminada deben tener a su disposición un derecho potestativo que les permita poder desistir del contrato en todo momento, incluso sin necesidad de que haya sido pactado, siempre que se den los siguientes presupuestos: que la relación obligatoria sea duradera, que no tenga fijado un término final y que exista un marcado carácter *intuitu personae* en la relación contractual que exista entre las partes. Díez-PICAZO (1993a: 323). En el mismo sentido, PARRA LUCÁN (1997: 155). Se adhiere a esta postura KLEIN (1997: 140 y ss.), quien incluso entiende que debe reconocerse que existe un principio general del Derecho que faculta para desistir unilateralmente en todos los contratos que no tengan fijada por las partes una duración concreta. Este principio, a su juicio, se deduce por *analogía iuris* de la regulación de los contratos de duración indeterminada, y es aplicable tanto a los contratos típicos en los que no se haya contemplado expresamente esta posibilidad como a los atípicos, tales como la concesión o el suministro.

(7) Algunos autores pretenden salvar esta objeción afirmando que no hay relación, o al menos no existe una relación directa, entre la obligatoriedad del contrato y su posible revocabilidad. Señalan que se mueven en planos distintos, que la irrevocabilidad no es un efecto del contrato, sino un no efecto, y por ello la revocabilidad no implica en sí misma la inexistencia de vínculo. Para estos autores, la irrevocabilidad del contrato se sustenta en su carácter bilateral, de ahí

que, como regla general, sólo pueda extinguirse o modificarse por ambas partes de común acuerdo, y de ahí también que la extinción del contrato por la sola voluntad de una de las partes exija, a su juicio, justa causa que la justifique. Así, DELGADO ECHEVERRÍA (en LACRUZ Y SANCHO, 1987: 318), MARTÍN PÉREZ (Comentarios al art. 1091 del CC, en ALBALADEJO, 1989: 202). Aunque con distintos argumentos, también KLEIN (1997: 22, nota 12) mantiene que obligatoriedad e irrevocabilidad del contrato son conceptos diferentes.

(8) Véase en este sentido, RODRÍGUEZ MARÍN (1991: 224-226); Díez-PICAZO Y GULLÓN (2001: 247); Díez-PICAZO (1993a: 893); CAPILLA (1995: 2438 y 2439), y KLEIN (1997: 140 y ss.).

(9) El art. 28 contempla la denominada indemnización por clientela: «1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario, o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurren.

«2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente.

«3. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior».

Por otra parte, el art. 28 prevé la indemnización de daños y perjuicios al agente en los contratos de duración indeterminada, al establecer que «sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato».

(10) Sin más explicaciones, RODRÍGUEZ MARÍN admite esta posibilidad (1991: 218 y 219). También CAPILLA admite una eventual indemnización de daños y perjuicios (1995: 2439); KLEIN mantiene que la parte que desista deberá indemnizar a la otra cuando el ejercicio del desistimiento haya sido contrario a la buena fe y/o no haya respetado el plazo de preaviso pactado o que razonablemente tuviera que respetar, atendidas las circunstancias del caso (1997: 230-242).

(11) BERCOVITZ parece que es partidario de que no se indemnice los daños y perjuicios en los supuestos de desistimiento (2001: 1460).

(12) KLEIN (1997: 172) considera que el deber de dar preaviso es una consecuencia derivada del principio de la buena fe en el ámbito de la extinción de las relaciones obligatorias por desistimiento de alguna de sus partes. También, CAPILLA (1995: 2439). Sobre la buena fe en general y en el ámbito del desistimiento y sobre el preaviso, puede verse KLEIN (1997: 160-245).

Este último autor analiza las distintas partidas que, a su juicio, deberán indemnizarse cuando se extinga el contrato por desistimiento de una de las partes sin haberse respetado el plazo de preaviso. En su opinión, en los contratos de servicios el daño mínimo resarcible será la contraprestación que el contratante frente a la que se desiste hubiera tenido derecho a recibir durante dicho período, en el cual la relación contractual debía seguir vigente. En los contratos de distribución, en los supuestos de desistimiento del fabricante o productor, deberán indemnizarse como daño emergente todos los gastos e inversiones que hubiere realizado el distribuidor que no haya podido amortizar aún debido a lo intempestivo de la terminación del contrato. Por lo que respecta a los eventuales *stocks* de mercancías que tuviere el distribuidor, el autor propone que se permita al distribuidor compeler

al fabricante a su readquisición y, además, satisfacerle una indemnización en función de la media de beneficios obtenidos por el distribuidor en períodos anteriores (KLEIN, 1997: 236-242)

(13) Así, señala KLEIN (1997: 200) que «el instituto del deber de preaviso...se trata de un aspecto derivado de la aplicación de la buena fe, que impone esta concreta obligación como corolario del mandato genérico de corrección y diligencia en el ejercicio de los derechos, y atribuible a la función integradora de este principio, donde, en definitiva, su concurrencia y duración, si no han sido previstas por la ley o las partes, deben ser apreciadas en función del tipo de contrato y de las circunstancias del caso concreto».

(14) CAPILLA (1995: 2439). Esto es, por ejemplo, lo que sucede en el caso de extinción del contrato de obra por desistimiento del comitente. Así se desprende de una interpretación literal del art. 1594 CC, en el que se dispone que el dueño de la obra puede desistir «indemnizando al contratista», con lo que implícitamente debe entenderse que la parte de obra ejecutada hasta ese momento pertenece al comitente, lo cual es tanto como afirmar que se mantienen los efectos producidos por el contrato antes de su extinción. Al respecto, puede verse SIRVENT (2002: 117).

(15) Según dispone el art. 2 de la norma, «Tendrán la consideración de establecimientos comerciales los locales y construcciones o instalaciones de carácter fijo y permanente, destinados al ejercicio regular de actividades comerciales, ya sea de forma continuada o en días o en temporadas determinadas.

«2. Quedan incluidos en la definición anterior los quioscos y, en general, las instalaciones de cualquier clase que cumplan la finalidad señalada en el mismo, siempre que tengan el carácter de inmuebles, de acuerdo con el art. 334 del Código Civil.

«3. Las Comunidades Autónomas establecerán los requisitos, en virtud de los cuales se otorgará la calificación de gran establecimiento. En todo caso, tendrán esta consideración, a efectos de las autorizaciones y de lo establecido en la normativa mercantil, los establecimientos comerciales, que destinándose al comercio al por menor de cualquier clase de artículos, tengan una superficie útil para la exposición y venta al público superior a los 2.500 metros cuadrados».

(16) Art. 92 TRLGDCU: «1. Se regirán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia simultánea de los contratantes, siempre que la oferta y la aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizada por el empresario.

«La validez y eficacia de los contratos relativos a bienes inmuebles quedará condicionada, además, al cumplimiento de los requisitos que impone su legislación específica.

«2. Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: los impresos, con o sin destinatario concreto; las cartas normalizadas; la publicidad en prensa con cupón de pedido; el catálogo; el teléfono, con o sin intervención humana, cual es el caso de las llamadas automáticas o el audiotexto; la radio; el teléfono con imagen; el videotexto con teclado o pantalla táctil, ya sea a través de un ordenador o de la pantalla de televisión; el correo electrónico; el fax y la televisión».

(17) Art. 93-1 c): «La regulación establecida en este título no será de aplicación a:

c) Los contratos sobre servicios financieros».

(18) Este precepto considera proveedor a «toda persona física o jurídica, privada o pública, que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia. A los efectos de esta Ley, se consideran como proveedores a quienes intervengan por cuenta propia como intermediarios en cualquier fase de la comercialización». Previamente, en el art. 2 se hace

una enumeración muy completa de estos proveedores, a cuyos contratos financieros a distancia celebrados con consumidores se aplica la Ley; en este sentido y sin ánimo de ser exhaustivos, se considera proveedor a las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las entidades gestoras de fondos de pensiones, los mediadores de seguros, las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo y cualesquiera otras que presten servicios financieros, así como las sucursales en España de entidades extranjera de la misma naturaleza que figuren inscritas en alguno de los registros administrativos de entidades a cargo del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

(19) El concepto de consumidor que se maneja en esta norma lo presenta el art. 3, según el cual «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Por otra parte, se considera empresario «a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada» (art. 4).

A partir de ahí, se consideran contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario (art. 59-1).

(20) En este sentido, la exposición de motivos del RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, es muy clara al señalar en relación con la Ley de Ordenación del Comercio Minorista que «se incorporan al texto refundido las disposiciones destinadas a regular las relaciones jurídicas con los consumidores en los contratos a distancia de bienes y servicios contenidas en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, modificada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de ordenación del Comercio Minorista, para la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7 CE, en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas directivas comunitarias.

«Como consecuencia de esta refundición, la regulación sobre contratos a distancia contenida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, queda vigente para la regulación de las relaciones empresariales».

(21) Disposición adicional 1ª, Ley 7/1996: «Cuando el proveedor actúe en el marco de su actividad económica y la otra parte sea un consumidor, lo dispuesto en los artículos 38 a 48 y 65.1, párrafo ñ), de la presente ley será de aplicación a los contratos negociados a distancia referentes a la prestación de servicios, incluidos los arrendamientos de bienes inmuebles, con las particularidades siguientes:

«1. La regulación señalada no se aplicará a los contratos que se refieran a servicios financieros tales como servicios de inversión, seguro, reaseguro, bancarios, relativos a fondos de pensiones y a operaciones a plazo y de opción; a los celebrados con los operadores de telecomunicaciones debido a la utilización de los teléfonos públicos; a los celebrados para la construcción de bienes inmuebles; a los que regulen relaciones familiares y sucesorias, y a contratos societarios.

(22) En efecto, según el artículo 3 del TRLGDCU, «a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

(23) En este sentido, el art. 3 del TRLGDCU ofrece el concepto de consumidor y usuario, señalando que «a efectos de esta norma, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

(24) Como es sabido, esta norma ha quedado formalmente derogada, y su contenido ha sido objeto de refundición con la entrada en vigor del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre). En concreto, los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil se regulan en el título IV del libro II (arts. 107 a 113).

(25) En cuanto al ejercicio del denominado derecho de revocación, establecía el art. 5 de esta norma un plazo de siete días, libertad de forma e imposición de la carga de la prueba al consumidor de la revocación efectuada: «el consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días contados desde la recepción.

«Para determinar la observancia del plazo, se tendrá en cuenta la fecha de emisión de la declaración de revocación.

«La revocación no está sujeta a forma. En todo caso, se considerará válidamente realizada cuando se lleve a cabo mediante el envío del documento de revocación a que se refiere el artículo tercero o mediante la devolución de las mercancías recibidas.

«Corresponde al consumidor probar que ha ejercitado su derecho de revocación, conforme a lo dispuesto en el presente artículo».

Las consecuencias derivadas del ejercicio del derecho de revocación en este tipo de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil venían también reguladas legalmente en el art.6 de la misma norma; básicamente eran la restitución recíproca de las prestaciones objeto del contrato, ausencia de costes para el consumidor derivados del ejercicio del desistimiento y derecho del consumidor al reembolso de todos los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en la cosa. Art. 6: «ejercido el derecho de revocación, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil.

«El ejercicio del derecho de revocación no implicará gasto alguno para el consumidor. A tal efecto se considerará lugar de cumplimiento el lugar donde el consumidor haya recibido la prestación.

«En particular, el consumidor no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a la naturaleza de la cosa.

«El consumidor tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en la cosa».

Finalmente, en esta norma se dispone que por el hecho de que el consumidor no pueda restituir la cosa objeto del contrato a la otra parte no perderá su derecho a desistir del contrato (art.7).

(26) Esta Ley alarga hasta diez días el plazo para que el consumidor desista del contrato celebrado, reconoce como gratuito el derecho de desistimiento y reconoce la libertad de forma para desistir, salvo que el contrato se hubiera celebrado ante notario, en cuyo caso deberá realizarse en acta notarial. Art. 10: «1. El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio. Si el último día del mencionado plazo fuese inhábil, quedará excluido del cómputo, el cual terminará el siguiente día hábil. Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno.

«3. El desistimiento deberá notificarse al propietario o promotor en el domicilio que a estos efectos figure necesariamente en el contrato. La notificación podrá hacerse por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como de la fecha de su envío. Tratándose de desistimiento, será suficiente que el envío se realice antes de la expiración del plazo.

«Si el contrato se celebra ante notario en el caso del artículo 14.2, el desistimiento deberá hacerse constar en acta notarial. Esta será título hábil para reinscribir el derecho de aprovechamiento a favor del transmitente».

(27) En este caso, el plazo que tiene el comprador a plazos de un bien mueble para arrepentirse del contrato es de siete días. Se califica expresamente el derecho de desistimiento como irrenunciable. Frente a los supuestos anteriores, se enumeran una serie de requisitos que deberán cumplirse para que efectivamente pueda llevar a cabo el desistimiento. Art. 9: «1. El consumidor podrá desistir del con-

trato dentro de los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien, comunicándolo mediante carta certificada u otro medio fehaciente al vendedor y, en su caso, al financiador, siempre que se cumplan todos los requisitos siguientes:

«a) No haber usado el bien vendido más que a efectos de simple examen o prueba.

«b) Devolverlo, dentro del plazo señalado anteriormente, en el lugar, forma y estado en que lo recibió y libre de todo gasto para el vendedor.

El deterioro de los embalajes, cuando fuese necesario para acceder al bien, no impedirá su devolución.

«c) Proceder, cuando así se haya pactado, a indemnizar al vendedor en la forma establecida contractualmente, por la eventual depreciación comercial el bien. Dicha indemnización no podrá ser superior a la quinta parte del precio de venta al contado. A este fin habrá de aplicarse el desembolso inicial si existiera.

«d) Reintegrar el préstamo concedido en virtud de alguno de los contratos regulados en el artículo 4.3, en los términos acordados en los mismos para el caso de desistimiento.

«2. Este derecho será irrenunciable, sin que la no constancia de tal cláusula en el contrato prive al comprador de la facultad de desistimiento.

Si como consecuencia del ejercicio de este derecho se resolviera el contrato de venta a plazos también se dará por resuelto el contrato de financiación al vendedor y, en tal caso, el financiador sólo podrá reclamar el pago de éste».

(28) Art. 44 LOCM: «1. El comprador dispondrá de un plazo mínimo de siete días hábiles para desistir del contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. Será la ley del lugar donde se ha entregado el bien la que determine qué días han de tenerse por hábiles.

«2. El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho.

«3. El derecho de desistimiento no puede implicar la imposición de penalidad alguna, si bien podrá exigirse al comprador que se haga cargo del coste directo de devolución del producto al vendedor.

«No obstante lo anterior, en los supuestos en que el vendedor pueda suministrar un producto de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor, los costes directos de devolución, si se ejerce el derecho de desistimiento, serán por cuenta del vendedor, que habrá debido informar de ello al consumidor.

«Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo.

«4. A efectos del ejercicio del derecho de desistimiento, el plazo se calculará a partir del día de recepción del bien, siempre que se haya cumplido el deber de información que impone el artículo 47.

«6. Cuando el comprador haya ejercitado el derecho de desistimiento conforme a lo establecido en el presente artículo, el vendedor estará obligado a devolver las sumas abonadas por el comprador sin retención de gastos. La devolución de estas sumas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo máximo de treinta días desde el desistimiento. Corresponde al vendedor la carga de la prueba sobre el cumplimiento de plazo. Transcurrido el mismo sin que el comprador haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad.

«7. En caso de que el precio haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido al comprador por parte del ven-

dedor o por parte de un tercero previo acuerdo de éste con el vendedor, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el comprador.

«8. El transcurso del plazo del derecho de desistimiento sin ejecutarlo no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho».

(29) Art. 45: «Salvo pacto en contrario, lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los siguientes contratos:

«a) Contratos de suministro de bienes cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el vendedor no pueda controlar.

«b) Contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez.

«c) Contratos de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos que hubiesen sido desprecintados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente.

«d) Contratos de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas».

(30) De esta opinión es también Díez Soto (1999: 566).

(31) La excepción sería el contrato de obra, en el que, como es sabido, sólo se reconoce al comitente la facultad de desistir unilateralmente del contrato.

(32) El fundamento del derecho a desistir del contrato que tiene reconocido el comitente en el contrato de obra radica en razones de equidad, en el sentido de que puede que, por las razones que sean, el comitente deje de tener interés en la realización o terminación de la obra, de ahí que se le permita dar por finalizado el contrato; eso sí, indemnizando al contratista, tal y como establece el art. 1594 CC. Así, Sirvent (2002: 109).

(33) El derecho a desistir del contrato es un derecho básico del consumidor que se configura en la Ley como un desistimiento *ad nutum*, esto es, sin justa causa, y cuyo ejercicio no puede conllevar penalización alguna, según dispone el art. 68-1, al señalar que: «el derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase.

«Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento».

(34) Art. 68-2: «el consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato».

(35) Esta posibilidad aparece reconocida expresamente por el artículo 1678 del CC. Se trata de un tipo de sociedad particular en la cual no hay ánimo de lucro.

(36) La primera norma de consumo en la que se admitió la posibilidad de un derecho de desistimiento de origen contractual fue la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, en cuyo artículo 10-1 sutilmente parece aludirse a posibles desistimientos convencionales: «cuando en el ejercicio de un derecho previamente reconocido se proceda a la devolución de un producto, el comprador no tendrá obligación de indemnizar al vendedor por el desgaste o deterioro del mismo debido exclusivamente a su prueba para tomar una deci-

sión sobre su adquisición definitiva sin alterar las condiciones del producto en el momento de la entrega. Se prohíbe al vendedor exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor para el caso de que se devuelva la mercancía». Se ha interpretado que la expresión «derecho previamente reconocido» alude a supuestos de desistimientos contractuales. Así, GONZÁLEZ PACANOWSKA (1999: 144).

(37) El carácter imperativo de los derechos que se reconocen al consumidor en esta norma se destaca en su art. 3, en el que se configuran dichos derechos, entre ellos el desistimiento, como derechos irrenunciables, so pena de nulidad: «los consumidores de los servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen en esta ley.

«La renuncia a los derechos reconocidos por esta ley a los consumidores es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de esta ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

«Las normas de protección a los consumidores contenidas en esta ley serán de aplicación cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un Estado no comunitario, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

«Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el proveedor ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo o por cualquier medio de publicidad o de comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro».

(38) El art. 27 de la Directiva dispone que deberá ser incorporada a los diferentes derechos nacionales antes del 12 de Mayo de 2010.

(39) En el art. 3 de esta Directiva se presentan las definiciones y se señala que es consumidor la «persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional». En esta misma norma (art. 2-2) se hace una enumeración de todos los contratos de crédito que quedan fuera de su ámbito de aplicación:

«a) Contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble;

«b) Los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir;

«c) Los contratos de crédito cuyo importe sea inferior a 200 euros o superior a 75.000 euros;

«d) Los contratos de arrendamiento o de arrendamiento financiero en los que no reestablezca una obligación de compra del objeto del contrato, ni en el propio contrato ni en otro contrato aparte; se considerará que existe obligación si el prestamista así lo ha decidido unilateralmente;

«e) Los contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes

«f) Los contratos de crédito concedidos libres de intereses y sin ningún otro tipo de gastos, y los contratos de crédito en virtud de los cuales el crédito deba ser reembolsado en el plazo de tres meses y por los que sólo se deban pagar unos gastos mínimos;

«g) Los contratos de crédito concedidos por un empresario a sus empleados a título subsidiario y sin intereses o cuyas tasas anuales equivalentes sean inferiores a las del mercado, y que no se ofrezcan al público en general;

«h) Los contratos de crédito celebrados con empresas de inversión en el sentido del artículo 4, apartado 1 de la Directiva 39/2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, o con entidades de crédito en el sentido del artículo 4 de la Directiva 48/2006 a efectos de que un inversor pueda realizar una operación en relación con uno o más de los instrumentos enumerados en la sección C del anexo I de la Directiva 39/2004, cuando la empresa de inversión o la entidad de crédito que concede el crédito participe en la operación;

«i) Los contratos de crédito que son el resultado de un acuerdo alcanzado en los tribunales o ante cualquier otra autoridad pública;

«j) Los contratos de crédito relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente;

«k) Los contratos de crédito para cuya celebración se pide al consumidor que entregue un bien al prestamista como garantía de seguridad y en los que la responsabilidad del consumidor está estrictamente limitada a dicho bien;

«l) Los contratos de crédito relativos a préstamos concedidos a un público restringido, en virtud de una disposición legal con un objetivo de interés general, y a un tipo de interés inferior al habitualmente propuesto en el mercado o sin interés o en condiciones que son más favorables para el consumidor que las habituales del mercado y a un tipo de interés no superior al habitualmente propuesto en el mercado».

(40) Así, DÍEZ SOTO (1999: 539-543); BERCOVITZ (1997: 716); TOBÍO (1997: 72); MIRANDA (2001a: 175); SOLA (2002: 506).

(41) MIRANDA (2001b: 587 y 588) en este sentido, ha puesto de relieve que «el interés institucional que se tutela y promueve a través del reconocimiento normativo de este derecho de desvinculación comercial al consumidor no es otro que el de facilitar ordenadamente la circulación de la riqueza mediante canales informáticos, esto es, el comercio electrónico, prestigiándolo social y jurídicamente de forma que se genere hacia él una aceptable credibilidad y confianza por parte de los consumidores».

(42) Así, ha puesto de relieve VIERA (2007: 182) que el derecho de desistimiento estaría tratando de proteger temporalmente la prestación de un consentimiento que, por la propia estructura del mercado competitivo, no puede ser, por costoso, plenamente informado, lo que, por otra parte, se acentúa mucho más en el ámbito de internet, porque allí las fuentes de información y, en algunos sectores como el de la banca a través de internet, las ofertas de productos han roto hace mucho tiempo los estrechos límites de los mercados territoriales, con el consiguiente aumento de competencia entre los prestadores de servicios. El exceso de información justifica con la misma fuerza que su ausencia el reconocimiento del derecho de desistimiento. En el ámbito de servicios, como los financieros, cuyo suministro por medios electrónicos no implica meramente la apertura de un nuevo canal de distribución para llegar al mismo mercado, sino también, y acaso más trascendentalmente, el ensanchamiento exponencial de ese mercado relevante al que los consumidores pueden acudir para adquirir o contratar los mismos o equivalentes bienes o servicios, la justificación del ejercicio, limitado temporalmente, del derecho de desistimiento trata de evitar, en definitiva, un error en el consentimiento.

(43) Esa obligación precontractual de información sobre el desistimiento se reitera en el art. 60 TRLGDCU, en el cual se obliga al empresario antes de la celebración del contrato. Por otra parte, una vez que se ha celebrado el contrato, el empresario tiene la obligación de entregar al consumidor un documento de desistimiento, en el que deben constar una serie de datos: nombre, dirección de la persona a quien debe remitirse, identificación del contrato y de los contratantes (artículo 69). Insistimos en que la regulación sobre el desistimiento que se contiene en los arts. 68 a 79 de esta norma sólo será de aplicación, y además subsidiariamente, a los contratos bancarios electrónicos celebrados con personas jurídicas que puedan considerarse consumidoras de acuerdo con la misma Ley, y únicamente cuando previamente se hubiera previsto en el contrato la facultad de desistir del mismo.

(44) Art. 10-1: «El consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna.

«El mencionado plazo será de treinta días naturales en el caso de los contratos relacionados con seguros de vida.

«El plazo para ejercer el derecho de desistimiento empezará a correr desde el día de la celebración del contrato, salvo en relación con los seguros de vida, en cuyo caso el plazo comenzará cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado. No obstante, si el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información contractual indicada en el art. 7.1, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contar el día en que reciba la citada información».

(45) Así, señala el art. 14-2 lo siguiente: «Para los contratos de crédito vinculados tal y como se definen en el art. 3, letra n), cuando la legislación nacional ya prevea, en el momento de la entrada en vigor de la presente Directiva, que los fondos no pueden ponerse a disposición del consumidor antes del término de un período determinado, los Estados miembros podrán excepcionalmente establecer que el plazo señalado en el apartado 1 del presente artículo se reduzca a dicho período a petición expresa del consumidor».

Según el art. 3 de la Directiva, «contrato de crédito vinculado es un contrato de crédito en el que:

«1º) el contrato en cuestión sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos, y

«2º) los dos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo; se considerará que existe una unidad comercial cuando el proveedor del bien o el suministrador del servicio financian el crédito al consumo o, en el caso de que éste sea financiado por un tercero, cuando el prestamista se sirve de la intervención del proveedor del bien o el suministrador del servicio en la preparación o celebración del contrato de crédito, o cuando los bienes específicos o la prestación de un servicio específico vienen expresamente indicados en el contrato de crédito».

(46) VIERA (2007: 184). Este mismo autor reconoce, sin embargo, que en la práctica es muy dudoso que se amplíe el referido plazo, dados los elevados costes que ello conlleva para las entidades financieras.

(47) Art. 13: «El consumidor podrá poner fin gratuitamente y en cualquier momento, a un contrato (de crédito al consumo) de duración indefinida por el procedimiento habitual, a menos que las partes hayan convenido un plazo de notificación. El plazo de preaviso no podrá exceder de un mes.

«Si así lo dispone el contrato de crédito, el prestamista podrá poner fin por el procedimiento habitual a un contrato de crédito de duración indefinida dando al consumidor un preaviso de dos meses como mínimo, notificado mediante documento en papel o en otro soporte duradero».

(48) El art. 6 de la Ley define qué se entiende por soporte duradero: «Por soporte duradero se entiende todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada».

En los considerandos de la Directiva 65/2002, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, traspuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 22/2007, se hace una enumeración meramente ejemplificativa de algunos soportes duraderos: «Entre los soportes duraderos se encuentran en particular los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y los discos duros de los ordenadores de los consumidores

en que estén almacenados mensajes de correo electrónico, pero a menos que responda a los criterios de la definición de soportes duraderos, una dirección de internet no constituye un soporte duradero».

(49) Art. 6-6 Directiva 65/2002, de 23 de septiembre: «Cuando el consumidor ejerza su derecho de rescisión, lo notificará, antes de expirar el plazo correspondiente, con arreglo a las instrucciones que se le hayan dado de conformidad con lo dispuesto en la letra d) del punto 3 del apartado 1 del artículo 3, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación y que sea conforme el Derecho nacional. Se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo».

En la letra d) del punto 3 del apartado 1 del artículo 3, se regula la información previa a la celebración del contrato a distancia que debe dar la entidad financiera al consumidor, y únicamente establece que el consumidor deberá recibir la información relativa a «las instrucciones para ejercer el derecho de rescisión, indicando, por ejemplo, a dónde debe dirigirse la notificación de la rescisión».

(50) Art. 14-3 a) Directiva 48/2008: «Si el consumidor ejerce su derecho de desistimiento deberá:

a) Para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, notificárselo al prestamista, ateniéndose a la información facilitada por este último de acuerdo con el artículo 10, apartado 2, letra p), por medios que puedan ser probados de conformidad con la legislación nacional. Se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él».

(51) Art. 72: «Corresponde al consumidor y usuario probar que ha ejercitado su derecho de desistimiento conforme a lo dispuesto en este capítulo».

(52) Ello sucede en todos los supuestos de contratos celebrados con consumidores que se extinguen por desistimiento el consumidor. La relación obligatoria se extingue para el futuro, y no retroactivamente al momento de su constitución. Así, CAPILLA (1995: 2439); Díez-PICAZO (1993a: 893); Díez SOTO (1999: 549 y 550), y VIERA (2007: 185 y 186).

(53) El origen de esta solución está en el art. 44-7 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que dispone que el contrato de financiación total o parcial al consumidor de la compra a distancia de un bien quedará extinguido si el consumidor desiste de este último contrato: «en caso de que el precio haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido al comprador por parte del vendedor o por parte de un tercero previo acuerdo de éste con el vendedor, el ejercicio del derecho de desistimiento o de resolución contemplados en este artículo implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el comprador».

(54) Art. 14-4: «En caso de que un prestamista o un tercero proporcione un servicio accesorio relacionado con el contrato de crédito sobre la base de un acuerdo entre ese tercero y el prestamista, el consumidor dejará de estar vinculado por dicho servicio accesorio si ejerce su derecho de desistimiento respecto del contrato de crédito conforme a lo dispuesto en el presente artículo».

(55) Art. 77 TRLGDCU: «Cuando en el contrato para el que se ejercite el derecho de desistimiento el precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor o usuario».

(56) Aunque no hable de la nulidad de este tipo de cláusulas, en el art. 3 de esta Ley se declaran nulas las renunciaciones a los derechos

reconocidos por esta Ley a los consumidores. Mucho más claramente, el art. 44-4 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista señala que «serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo».

(57) Art. 62. Ley 26/1991: «El ejercicio de derecho de revocación no implicará gasto alguno para el consumidor. A tal efecto se considerará lugar de cumplimiento el lugar donde el consumidor haya recibido la prestación.

«En particular, el consumidor no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a la naturaleza de la cosa».

(58) Art. 74-1: «ejercicio del derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil».

(59) Art. 74-2: «El consumidor y usuario no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio.

«3. El consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien».

(60) Art. 75 TRLGDCU: «1. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento.

«En estos casos, cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable, el consumidor y usuario responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste.

«2. Cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos».

(61) Según VIERA (2007: 191): «en este tipo de operaciones la sujeción de requisitos legales y formales produce una dilación en el tiempo que propicia un consentimiento menos compulsivo».

(62) Norma 6º bis, apdo. 2 b) Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre: «la entidad de crédito estará obligada a la devolución inmediata de las provisiones de fondos que, en su caso, se hubieran pactado para gastos preparatorios, en los términos previstos en el propio pacto o, en todo caso, cuando así lo solicite el cliente y hubiera transcurrido un mes desde la presentación de la solicitud, o desde que se hubiera completado la información requerida, sin que la entidad hubiera denegado el préstamo o efectuado la oferta vinculante a que se refiere el artículo 5 de la Orden. Si el cliente desistiese de su solicitud antes de transcurrido dicho plazo, la entidad deberá devolver aquella parte de la provisión de fondos a que se hubiese comprometido o, como mínimo, la que no hubiese utilizado».

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ, L. (2001), *La protección legal del consumidor de crédito*, Valencia.

ALBALADEJO, M., dir. (1989), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XV-1, Madrid.

ÁLVAREZ LATA, N. (2004), *Invalidez e ineficacia en el Derecho Contractual de consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con Consumidores*, Navarra.

- ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2000), *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid.
- ARROYO APARICIO, A. (2003), *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra.
- (2004), «Compraventa a distancia celebrada con consumidores», *Contratos mercantiles*, dirigido por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., Navarra.
- BADOSA, F. (1991), «Artículo 1104», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987), «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid.
- (1991), «Artículo 1156», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- (1997), «Artículo 44», *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, coordinado por BERCOVITZ, R. y LEGUINA, J., Madrid.
- (2001), «Artículo 1256 CC», *Comentarios al Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ, R., Navarra.
- BLASCO GASCO, F. (2000), *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Valencia.
- BOTANA GARCÍA, G.A. (1994), *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, Zaragoza.
- CABALLERO LOZANO, J.M. (1994), «Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento», *Revista de Derecho Patrimonial*.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1992), «Artículo 5», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dir. ALBALADEJO, Edersa, I, 1º, Madrid.
- CALVO VIDAL, F. (1993), «La protección del consumidor en algunos tipos de ventas especiales», *Anuario de Derecho Civil*.
- CAPILLA RONCERO, F. (1995), Voz «Desistimiento», *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid.
- CARRASCO, A. y otros (2002), *El derecho de consumo en España: Presente y Futuro*, dirigido por CARRASCO, Madrid.
- CLEMENTE MEORO, M. E. (2006), «El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia», *Revista de Derecho Patrimonial*.
- COCA PAYERAS, M. (1993), «Artículo 1262», *Comentario del Código Civil*, II, Madrid.
- CRESPO ALLUE, F. (1984), *La revocación del mandato*, Madrid.
- DE LEÓN ARCE, A. (2007), *Derechos de los consumidores y usuarios*, I, 2.ª ed., Valencia.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M.A. (2005), *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Madrid.
- DÍAZ ALABART, S. (1997), «Artículo 10», *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria*, dirigido por PIÑAR MAÑAS y BELTRÁN SÁNCHEZ, Madrid.
- DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2003), *Información y voluntad en la contratación de derechos de aprovechamiento por turno*, Valencia.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1993a), *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid.
- (1993b), «¿Una nueva doctrina general del contrato?», *Anuario de Derecho Civil*.
- (2006), «Contratos de consumo y derecho de contratos», *Anuario de Derecho Civil*.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (2001), *Sistema de Derecho civil*, II, 9.ª ed., Madrid.
- DÍEZ SOTO, C.M. (1999), «Artículo 44», *Régimen jurídico general del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, Complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, coordinado por Alonso ESPINOSA y otros, Madrid.
- EBERS, M., y ARROYO AMAYUELAS, E. (2006), «Heininger y el derecho de desistimiento *ad nutum*», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 9.
- FERNÁNDEZ-ALBOR, A. (1993), «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991», *Revista de Derecho Mercantil*.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2003), *La contratación electrónica de servicios financieros*, Madrid-Barcelona.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2001), «La absoluta invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica en condiciones generales» en GÓMEZ SEGADÉ, *Comercio electrónico en Internet*, Madrid.
- GARCÍA VICENTE, J.R. (1997), *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Navarra.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1999), «Artículo 10. Derecho de desistimiento», *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 5 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero Complementaria de la Ordenación del Comercio Minorista*, coordinado por Alonso ESPINOSA y otros, Madrid.
- ILLESCAS ORTIZ, R. (2007), «La ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica», *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 84: 3-23.
- KLEIN, M. (1997), *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid.
- LACRUZ, J.L., y SANCHO, F.A. (1987), *Elementos de Derecho Civil*, t. II, volumen 2º, Barcelona.
- LOBET i AGUADO (1995), «El período de reflexión y la facultad de retracción. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre la protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales», *Revista General de Derecho*.
- MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2003), «Los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario», *La protección jurídica de los consumidores*, dirigido por MARÍN LÓPEZ, Madrid.
- MARTÍN PÉREZ (1989), «Comentarios al artículo 1091 cc», en *Comentarios al CC y compilaciones forales*, dir. M. ALBALADEJO, t. XV-1, Madrid.
- MIRANDA SERRANO, L.M. (2001a), *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en Derecho español*, Madrid.
- (2001b), «Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica», en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, coord.: BOTANA GARCÍA, Colección Biblioteca de Derecho de los Negocios, dir.: ILLESCAS ORTIZ, Madrid.
- MORENO-LUQUE, J.M. (2007), «Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles», en *Derechos de los consumidores y usuarios*, I., coordinado por LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA, 2.º ed., Valencia.
- MUNAR BERNAT, P. A. (1999), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid.

- (2003), «La Directiva sobre contratos a distancia en materia de servicios financieros», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. II, Madrid: 1189-1200.
- MUÑOZ GARCÍA, A. (2007), «Particularidades del desistimiento unilateral en el contrato de obra inmobiliaria. Derecho civil y Derecho administrativo», *Diario La Ley*, n.º 6814, martes 6 de noviembre.
- PARRA LUCÁN, M.A. (1997), «Artículo 10», *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, coordinado por BERCOVITZ., R. y LEGUINA, Madrid.
- (2008), *Legislación de consumo*, 2.ª ed., *Normativa de actualización*.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1992), «Artículo 8», *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, coordinado por BERCOVITZ. R., y SALAS, Madrid.
- (1997), «Ventas a distancia» en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley Orgánica complementaria*, dirigido por PIÑAR MAÑAS y BELTRÁN SÁNCHEZ, Madrid.
- PEINADO GRACIA, J.I. (1997), «El pretendido Derecho de los consumidores y el sistema», *RDM*.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C. (1991), *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid.
- RUIZ MUÑOZ, M. (1999a), «Introducción a la protección jurídica de los consumidores», *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid.
- (1999b), «Contratos de prestación de servicios turísticos de viajes combinados», *Curso de protección jurídica de los consumidores*, coordinado por BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ, Madrid.
- SALVADOR CODERCH, P. (1991), «artículo 1594», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- SANTOS MORÓN, M.J. (1999), «Información precontractual, forma y prueba del contrato», en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ, Madrid.
- SIRVENT GARCÍA, J. (2002), «El desistimiento unilateral del comitente en el contrato de obra», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1.
- SOLA TEYSSIERE, J. (2002), *La venta a distancia en el comercio minorista. Régimen jurídico y control administrativo*, Valencia.
- TAPIA HERMIDA, A. J. (2007), «La ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 107: 281 y ss.
- TOBÍO RIVAS, A. (1997), «Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y contratos a distancia», *Contratos mercantiles especiales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid.
- VERGEZ, M. (1995), «Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles [análisis de la Ley n.º 26/1991 de 21 de noviembre]», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, III, Valencia.
- VIERA GONZÁLEZ, A. J. (2007), «Comercialización a distancia de servicios financieros destinado a los consumidores», en VV.AA., *La contratación bancaria*, dir.: SEQUEIRA, GADEA y SACRISTÁN, Madrid.

# Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual

Sara Martín Salamanca

## I. PRESENTACIÓN DE LA LEY 22/2007

La Ley 22/2007, de 11 de julio (LCDSF), sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (1) está llamada a convertirse en una de las normas clave del tráfico contractual. En parte, por su objeto (servicios financieros a distancia con consumidores), que constituye un mercado de extraordinario interés en el ámbito de la Unión Europea (2). Y, en parte, por la coyuntura normativa que la ha rodeado. Su especificidad como instrumento jurídico la convierte en una regulación de imposible absorción por otras normas próximas, incluso colindantes o tangentes, pero, al mismo tiempo, la coloca en inevitable relación con ellas (a veces explícita, a veces implícita).

La LCDSF traslada al ordenamiento jurídico español la 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 las directivas 90/619/CEE, de 8 de noviembre de 1990, 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, y 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998 (3). El plazo máximo para transponer la directiva finalizaba el 9 de octubre de 2004 (art. 21 directiva 2002/65). Y, ciertamente, el plazo expiró sin que en España se contase con una auténtica norma de adaptación. No obstante, se había operado una incorporación parcial de la Directiva, en concreto, para el contrato de seguro celebrado a distancia, con la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados (4). No obstante esta traslación parcial de la Directiva de 2002, la Ley española 22/2007 somete a su regulación los contratos de seguro concertados a distancia, intentando armonizarlos, en la medida de lo razonable, con el resto de los servicios financieros con consumidores en esta misma modalidad de contratación. De ahí la derogación explícita de

buena parte de la reciente normativa aseguradora que había introducido la Ley 34/2003 (cfr. disposición derogatoria de la Ley 22/2007).

### 1. La necesidad de esta Ley

Si se analiza la normativa vigente hasta julio de 2007, se comprueba con estupor que no existía en España ninguna regulación de la contratación a distancia con consumidores de servicios financieros.

Por una parte, si nos remontamos a la norma matriz de la Ley 22/2007, la Directiva 2002/65, ésta guarda una innegable relación con la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (5). Esta directiva quedó transpuesta al ordenamiento español a través de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, que reformó los preceptos pertinentes de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) (6). Dice, por ello, Marín López (2006) que la directiva 2002/65 se presenta como el «complemento imprescindible y necesario de la directiva 97/7/CE», porque, de hecho, ésta última, excluyó los servicios financieros (7) de su ámbito de aplicación (art. 3.1 y anexo II de la misma, que contenía un listado ejemplificativo de los servicios financieros excluidos). Y exactamente igual, dentro del ámbito nacional, hizo la Ley 47/2002. La DA 1ª de la LOCM señaló como ajenos a la regulación de los contratos de venta a distancia los contratos referidos a los servicios financieros, tales como servicios de inversión, seguro, reaseguro, bancarios, relativos a fondos de pensiones y a operaciones a plazo y de opción.

Por otra parte, el sector de las condiciones generales de la contratación también había reparado ya en la negociación de servicios financieros con consumidores.

Pero lo había hecho para excluirlos de la normativa con vocación natural para acogerla. El RD 1906/1999, de 17 de diciembre, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, se refería a los «contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contengan condiciones generales de la contratación (...)» (art. 1.1 RD 1906/1999). Pero, explícitamente, el aptdo. 3 del art. 1 de dicho RD considera que «quedan excluidos los contratos referidos a servicios financieros consistentes en servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, seguro y reaseguro, bancarios o prestados por entidades sujetas a supervisión prudencial, relativos a fondos de pensiones y a operaciones a plazo y de opción (...)». Por lo tanto, visto desde otra óptica, la Ley 22/2007 somete a una misma disciplina la comercialización electrónica y telefónica de los servicios financieros (Illescas, 2007: 5).

Tanto en el caso de las ventas a distancia como en el de los contratos a distancia con condiciones generales mediante telefonía o medios electrónicos, el servicio financiero era expulsado del ámbito de aplicación de las normas consideradas en atención a la peculiaridad (y, ¿por qué no?, complejidad) del rubro. Objeción que, aparte de ser correcta, ha conducido a la paradójica situación de dejar insuficientemente protegidos a los consumidores en este ámbito hasta la legislación de 2007.

## 2. Su encaje sistemático

En primer lugar, a día de hoy, la Ley 22/2007 constituye, como se ha visto, un islote normativo, dentro de las leyes nacionales que han regulado los contratos a distancia referidos a la prestación de servicios (DA 1ª LOCM, RD 1906/1999).

En segundo lugar, fuera de los casos de exclusión frontal, como los anteriores, la Ley 22/2007 debe ponerse en relación con otro grupo de normas con las que es compatible. Cosa distinta es que, en estos supuestos, no sea clara la forma en que se coordinan o completan, como veremos.

Así, el RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) (8), advierte que no quedan incorporadas al texto refundido las previsiones sobre servicios financieros, atendiendo a la especificidad del sector y su alejamiento del núcleo básico de la protección de los consumidores y usuarios (EM, pfs. 6-8). Sin embargo, esto no significa que no sean

aplicables a los contratos con consumidores que verben sobre contratación a distancia de servicios financieros las normas no incompatibles con lo previsto en la Ley 22/2007, siquiera con carácter subsidiario. De hecho, la propia LCDSF, en su art. 1, alude a ello de manera expresa. Del mismo modo, menciona la normativa general sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico que se contiene en la Ley 34/2002, de 11 de julio (9).

Y, aunque el art. 1 de la LCDSF no lo mencione, pienso que, del mismo modo, habrá que entender que lo previsto en ella es conjugable con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (10), ya que, de acuerdo con su art. 1, el clausulado con condiciones generales puede aparecer también en la contratación entre empresarios y consumidores, que es precisamente la que ocupa a la Ley 22/2007, como veremos (11). De hecho, tangencialmente, la propia Ley 22/2007 así parece reconocerlo en su art. 9.2: «sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales de contratación...».

## 3. Ámbito de aplicación

El art. 1 de la LCDSF dispone que su régimen habrá de aplicarse a los contratos con consumidores de servicios financieros prestados, negociados y celebrados a distancia.

La Ley desglosa esta previsión en los arts. 2, 4 y 5, distinguiendo los ámbitos subjetivo y objetivo de la misma, respectivamente.

### 3.1. Ámbito subjetivo

La Ley, como bien explica su articulado, se aplica a los contratos de prestación de servicios financieros a distancia celebrados entre un proveedor y un consumidor (art. 5).

El *proveedor* es el prestador del servicio. Puede tratarse tanto de una persona física como de una persona jurídica, privada o pública, que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia. A los efectos de esta Ley, se considera como proveedores a quienes intervengan por cuenta propia como *intermediarios* en cualquier fase de la comercialización (12) (art. 5 LCDSF). Por tanto, lo esencial es el carácter profesional de la prestación del servicio financiero. Según el art. 2.1, la Ley se aplicará a «las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las entidades gestoras de fondos de pensiones, los mediadores

de seguros, las sociedades gestoras de entidades de capital de riesgo y cualesquiera otras que presten servicios financieros», así como las sucursales en España de entidades extranjeras de la misma naturaleza que figuren inscritas en alguno de los registros administrativos de entidades a cargo del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o, en su caso, de las comunidades autónomas, cuando se trate de determinadas empresas aseguradoras. Los apartados siguientes previenen que igualmente son «proveedores» a los efectos de esta Ley: a) los prestadores de servicios financieros establecidos en España o que actúen a través de un establecimiento permanente situado en España (apartado 2); b) los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea, o del Espacio Económico Europeo, cuando el destinatario de los servicios radique en España y resulten afectadas determinadas materias (cfr. art. 2.4); c) los prestadores de servicios establecidos fuera de la Unión Europea, o el Espacio Económico Europeo, cuando dirijan sus servicios específicamente al territorio español, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios que sean aplicables (art. 2.5).

Según el art. 5, se considera consumidor la persona física que, en los contratos a distancia, actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional. La traslación automática de lo que contenía el apartado d) del art. 2 de la Directiva 2002/65 provoca conflicto con la definición general de *consumidor* del art. 3 del TRLGDCU, según el cual son consumidores las personas «físicas o jurídicas» que actúan en un ámbito ajeno a una actividad profesional. El resultado parece indeseable, y no hay motivo aparente que justifique restricción semejante en este ámbito. Máxime si se tiene en cuenta que la Directiva, como tal, buscaba establecer lugares comunes para la normativa a desarrollar por los estados miembros (13), pero que, consciente de las peculiaridades locales, permitía, como se lee en su considerando 29, que los estados miembros pudieran «ampliar, con arreglo a la legislación comunitaria, la protección que en la misma se establece respecto de las organizaciones sin ánimo de lucro o de terceros que recurran a servicios financieros para establecerse como empresarios» (13bis).

En otro orden de cosas, el profesor Illescas (2007: 5) precisa que la Ley 22/2007, en su concepto de *consumidor*, manifiesta una carencia de sutileza jurídica en el siguiente sentido: si bien el régimen tuitivo para el «consumidor» que contiene la LCDSF se adecua al tomador de seguros o al cliente bancario, no ocurre igual con el accionista de sociedad anónima cotizada en Bolsa, por ejemplo. Advierte el autor que «los accionistas no son empresarios, y así se viene legislando multiseccularmente, pero sin duda que los accionistas

gozan de una iniciativa y unos derechos de propiedad sobre el empresario SA que dificultan la reducción de su *status* jurídico a la condición de consumidores: probablemente la multiplicidad de sus facetas nos hace encontrarnos ante el equivalente legislativo de lo que la doctrina de la codificación decimonónica denominó, en relación con la contratación mercantil, como contratos mixtos. Podría ahora hablarse, en relación con estos accionistas que llegan a serlo a través del mercado secundario electrónico —o electrificado—, como sujetos mixtos: propietarios de la compañía y a la par consumidores de servicios financieros».

### 3.2. *Ámbito objetivo*

Materialmente, la Ley 22/2007 desarrolla el concepto de «contrato de comercialización a distancia de servicio financiero» concernido por la norma, en su art. 4.1.

«Se comprenden en el ámbito de la Ley los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor y las ofertas relativas a los mismos siempre que generen obligaciones para el consumidor, cuyo objeto es la prestación de todo tipo de servicios financieros a los consumidores, en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato.»

Ya ha suscitado críticas doctrinales el empleo del adverbio «exclusivamente», que no sólo figura en el apartado 1, sino que se desarrolla en el apartado 3 del mismo artículo:

«Se entiende que el contrato se celebra a distancia cuando para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares.»

Evidencia Illescas (2007: 20) que la descripción legal es defectuosa en un doble sentido:

1º) Se circunscribe la utilización de la electrónica y asimilados a la «negociación y celebración del contrato», con olvido de otras fases como administración, ejecución y consumación del mismo, etapas todas ellas relevantes, si se tiene en cuenta que los servicios financieros pueden calificarse generalmente como servicios de duración y de tracto sucesivo, «cuando no servicios a cuyo través se adquiere el *status* societario de accionista», lo que conduce a la utilización de medios electrónicos con fines mucho más amplios que los de mera negociación y celebración del contrato.

2º) Igualmente indeseable, por restringente, es la *exclusividad* de la que habla la Ley porque ignora el frecuente supuesto de cambio de modo en las distintas fases de la contratación (negociación y perfección). Illescas ilustra su tesis con el ejemplo de una oferta inicialmente efectuada en papel que conduce a un sitio *web* desde el que la negociación continúa electrónicamente; del mismo modo puede suceder a lo largo del tracto duradero de ejecución contractual; e incluso se contradice indirectamente la propia Ley si consideramos que su art. 10.3, al abordar el ejercicio del derecho de desistimiento (del que se hablará más adelante), que no es más que un acto de administración del contrato, si se quiere, permite que se ejercite mediante un «soporte papel», aunque el contrato se hubiera pactado electrónicamente. Y lo mismo el art. 7.3 de la Ley, en su apartado b), referido a las instrucciones que el profesional debe proporcionar al consumidor para ejercitar el derecho de desistimiento, entre otras, le exige que le suministre la dirección postal (o electrónica) a la que dirigir la notificación correspondiente.

En todo caso, a título indicativo, el anexo I de la Directiva 97/7 incluye una enumeración de algunas técnicas de comercialización a distancia que pueden ser empleadas para celebrar un contrato sin que exista una presencia física simultánea de las partes (14): impreso sin destinatario, impreso con destinatario, carta normalizada, publicidad en prensa con cupón de pedido, catálogo, teléfono con intervención humana, teléfono sin intervención humana, radio, visiófono, videotexto con teclado o pantalla táctil, correo electrónico, fax y televisión (Marín, 2006).

Respecto a qué sean, en concreto, los servicios *financieros* que la Ley contempla, su art. 4.2 desarrolla la genérica expresión del art. 2.b de la Directiva 2002/65 (15). Entre otros, son servicios *financieros*:

A) Servicios bancarios, de crédito o de pago: son las actividades relacionadas en el art. 52 de la LDIEC (16). No obstante, la aprobación de la directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre servicios de pago en el mercado interior (17), ha conferido (de momento, en el ámbito europeo únicamente) una regulación específica a este sector, apartándose de lo dispuesto por la Directiva 2002/65, y derogando ésta en lo que contravenga a la nueva directiva. Antes del 1 de noviembre de 2009, los estados miembros deben haber transpuesto la Directiva 2007/64, y eso hace pensar que, en breve, tendremos legislación nacional nueva también sobre este aspecto, muy probablemente en el sentido de ordenar en instrumento jurídico separado los «servicios de pago».

B) Servicios de inversión definidos en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (18).

C) Operaciones de seguros privados: definidas en el art. 3 del Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por RD 6/2004 (19).

D) Planes de pensiones: definidos en el art. 1 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (20).

E) Actividad de mediación de seguros: definida en el artículo 2 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (21).

## II. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN LA LEY 22/2007

Hasta aquí, el encuadre sistemático de la Ley 22/2007. Su presentación se hace imprescindible porque permite comprender el complicado equilibrio que se ha intentado guardar en su elaboración. Por un lado, topa con un sector de enorme especificidad, como son los servicios financieros, cuyo tecnicismo ha aconsejado reiteradamente al legislador que pospusiera la norma. En parte, a la espera de una siempre penúltima directiva europea sobre el tema; en parte, para no solaparse con las modificaciones sectoriales que afectaban a ámbitos objeto también de su regulación.

Por otro lado, y esta es la faceta que más nos interesa aquí, la Ley 22/2007 es una Ley destinada a aplicarse, exclusivamente, a los contratos concluidos a distancia entre prestadores de servicios financieros y consumidores. Esto es, está llena de «reglas dotadas de interés y, nominalmente, finalidad tuitiva para los consumidores». Produce, el efecto, además, de derogar las aludidas disposiciones en materia de comercialización a distancia del seguro en España y someten a una disciplina única la comercialización de los mencionados «servicios financieros» (22), aun a pesar de los matices vistos en relación con normas «marco», a las que invoca el art. 1 de la misma Ley 22/2007 (Illescas, 2007: 4-5).

Siguiendo la estela de las normas especiales de consumo que han surgido en nuestro ordenamiento, al hilo de lo que ha constituido todo un programa europeo de directivas en este sentido (23), la Ley 22/2007 articula la protección del consumidor como parte del contrato a distancia de servicios financieros sobre dos pilares esenciales: 1) la información que el proveedor debe proporcionar al destinatario-consumidor, y 2) el derecho de desistimiento *ad nutum* que se concede al consumidor, dentro del plazo legalmente previsto (Blasco, 2004: 23). Desde este estudio, prestaremos atención exclusiva al *derecho de desistimiento* que la Ley regu-

la (arts. 10-11), si bien es cierto que su documentación y ofrecimiento, como veremos, integra también el deber de información del *proveedor*, lo que nos permitirá recalcar también en el tema de la *información previa* (arts. 7-9).

## 1. El derecho de desistimiento en la legislación general

---

El Código Civil español (en adelante, CC), a diferencia de otros códigos civiles europeos —así el alemán (§§355, 356 BGB), o el italiano (arts. 1373 y ss.)—, carece de una regulación general del derecho de desistimiento. Sin embargo, lo contempla en distintos supuestos, que deben interpretarse y aplicarse desde la excepción que constituyen al principio consagrado en el art. 1256 CC, esto es, que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno sólo de los contratantes (Lacruz, *et al.*; 2004: 70; Ebers y Arroyo, 2006: 421).

El Código Civil, con una desgraciada fluctuación terminológica, designa como «desistimiento», pero también como «renuncia» o «revocación», los fenómenos de extinción de la relación contractual por decisión de una de las partes, mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia. Sólo se permite en los contratos en los que sólo hay una parte beneficiada (como ocurre en el mandato, art. 1732.1; comodato, art. 1749; depósito, art. 1775.1 CC), y en aquellos otros contratos que, sin esta posibilidad, se harían perpetuos. Así ocurre en el caso del contrato de sociedad civil (art. 1700.4º, 1705.1 CC), siempre que concurren los requisitos del art. 1705.2 CC (renuncia de buena fe, en tiempo oportuno y con puesta en conocimiento de otras personas (24). De acuerdo con la jurisprudencia que se ha ocupado del derecho de desistimiento, además, si la ley no lo prevé (25), éste sólo es posible si las partes lo han acordado (así en el caso de que se concluya pacto de arras penitenciales) (26). E incluso, como señalan Ebers y Arroyo (2006), esto genera la admisión de un auténtico derecho de desistimiento, aunque no tipificado, en contratos que comúnmente incluyen pacto al respecto, como es el caso del contrato de suministro.

Todas estas notas alejan el derecho de desistimiento (sea cual sea la nomenclatura que se utilice para referirse al instituto en sí mismo) de otros remedios de ineficacia sobrevenida del contrato, tales como la rescisión o la resolución. La primera requiere, como presupuesto, que se produzca una lesión o perjuicio económico en el sujeto legitimado para su ejercicio (Martín Pérez, 1995). Condición que no se exige en los supuestos de *desistimiento ad nutum*. Tampoco puede confundirse con la resolución, ya que ésta, tal como se interpreta

por doctrina y jurisprudencia unánimemente, presupone que haya habido un incumplimiento contractual por una de las partes (la que padece la resolución, nunca la que la insta) (Rodríguez Marín, 1991; Martín Pérez, 1995; Miranda, 2001).

El efecto que el ejercicio del derecho de desistimiento produce sobre las relaciones obligatorias ha hecho dudar a la doctrina respecto al momento de perfección de los contratos afectados por él. Es decir, se ha cuestionado (más teórica que prácticamente), si el contrato no se perfecciona hasta finalizado el período en el que es posible ejercer el derecho de desistimiento; o si, por el contrario, de acuerdo con los principios de obligatoriedad de las convenciones y de irrevocabilidad comercial que consagran los arts. 1254, 1258 y 1091 CC, el contrato se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades, y desde entonces obliga a su cumplimiento. Ello implicaría que el desistimiento, al operar sobre un contrato perfecto, en especial, arrastraría consecuencias sobre la transmisión del riesgo contractual. Orillando aquí el examen detallado de la discusión sobre los llamados «contratos de perfección diferida o aplazada» (Díez-Picaso, 1993: 1710 y ss.; Miranda, 2001: 603-605), sí podemos afirmar que entre la mayor parte de la doctrina actual es opinión pacífica (y a ella nos adherimos) que el derecho de desistimiento se refiere a un contrato perfeccionado (Camacho, 2006). Aunque cosa distinta será fijar el momento en el que se produce la perfección, entendida como el encuentro de voluntades. En todo caso, es evidente que la eficacia del contrato sujeto a derecho de desistimiento, es una eficacia claudicante, precaria si se quiere (Miranda, 2001: 605), a la espera de que la parte legitimada para ello decida actuar su derecho potestativo.

Por último, el derecho de desistimiento se revela como una declaración de voluntad unilateral y recepticia, regida por los principios que nuestro ordenamiento recoge para estas manifestaciones (Miranda, 2001: 606). Unilateral en tanto que su efectividad no necesita la aceptación de la otra parte (como resulta natural; otra solución frustraría su finalidad). Y recepticia en tanto que sus efectos dependen de que la parte a la que se dirige esta declaración de voluntad sea conocida (aplicándose, en este sentido, los criterios generales del Código, art. 1262 CC) (27).

## 2. El derecho de desistimiento en la legislación especial de consumo

---

La legislación dedicada a los contratos entre empresario y consumidor ha empleado prolijamente el instrumento del derecho de desistimiento, en parte, por sus beneficios sobre la marcha del mercado sectorial. El resultado que se puede obtener a través de la conce-

sión de un derecho de desistimiento es bifronte, afirma Miranda (2001: 587-588), hablando en concreto de los contratos electrónicos, pero en modo alguno extensible a todo tipo de contrato con consumidores. De un lado, la tutela de la libre decisión negocial del consumidor, esto es de su libertad de saber y de querer a la hora de celebrar contratos; de otro, la protección de la seguridad, honestidad y lealtad en el tráfico mercantil.

De un modo más inmediato, es evidente que el derecho de desistimiento encaja a la perfección con un tipo de relaciones contractuales, por definición, asimétricas, en las que los consentimientos de ambas partes (empresario o profesional y consumidor) no son homologables. No se trata de proteger al consumidor frente a vicios de consentimiento, ni frente a incumplimientos del empresario —sin perjuicio de que también puedan establecerse otros remedios jurídicos para ello—, sino de tutelar su libertad de decisión negocial y fortalecer, al mismo tiempo, estos canales de distribución comercial (Clemente, 2006 a: 5, y 2006 b: 163-164).

No obstante, es cierto que la posición asimétrica de los contratantes ofrece distintos matices en función del sector de la contratación en el que nos encontremos y, por lo tanto, presta distinta justificación al reconocimiento legal de un derecho a desistir.

Tradicionalmente, en los casos de contratación a distancia, en general, se trataba de contrarrestar, fundamentalmente, el riesgo derivado de que el consumidor no tiene la posibilidad real de ver el producto o conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato (considerando 14, Directiva 97/7, sobre contratos a distancia). Además, señala Miranda (2001: 596-597), se constata una especial situación de vulnerabilidad negocial, compartida con los supuestos de contratos domiciliarios, caracterizada por un déficit de información y, también, por un déficit de reflexión. Lo que, en realidad, puede extenderse a muchos de los contratos más modernos, celebrados «extramuros del mercado tradicional», como es el caso de los contratos electrónicos. No obstante, pienso que no en todo tipo de contratos a distancia puede hablarse de un déficit de reflexión. No puede olvidarse que, a menudo, si la iniciativa de la contratación proviene del consumidor, éste contrasta, comprueba, compara precios y prestaciones. En definitiva, la mayor labor de información se ha podido desarrollar anticipadamente, sin una necesaria precipitación. Pero sí es cierto que, en concreto, el entorno contractual electrónico propicia la contratación «inconsciente», en el sentido de que fomenta el llamado *click agreement* (un simple «clic» sobre un determinado icono, a veces irreflexivo, previamente marcado, etc., significa la prestación de un consentimiento que no ha sido tal). Y, por otro lado, el sector de los servicios financieros plantea como indefensión adi-

cional para el contratante la dificultad técnica de la materia. Y piénsese que, en el caso de la contratación a distancia de servicios financieros, a menudo coincidirán ambas desventajas, puesto que la vía telemática o la banca *online*, por ejemplo, son el futuro al que se camina en este ámbito.

Por todo ello, el derecho de desistimiento se ha convertido en un clásico en la legislación de consumo, tanto de directivas europeas, como de trasposiciones nacionales (Ebers y Arroyo, 2006: 422). Y debe añadirse que, fruto de la refundición que ha realizado el RDLeg. 1/2007 en materia de normas de consumo, también ahora la LGDCU recoge no sólo las normas derivadas de trasposiciones europeas relativas a esta figura, sino una formulación genérica, de nuevo cuño, que pretende ser un «derecho de desistimiento patrón» para los contratos con consumidores (arts. 68-79).

Del mismo modo que hemos visto en el caso del *desistimiento* del Código Civil, tanto directivas como normas nacionales de incorporación han oscilado a la hora de escoger el término para designar lo que se revela como un auténtico «*desistimiento ad nutum*» (Clemente, 2006 a; Ebers y Arroyo, 2006: 423). Dado que, desde 2007, muchas de las normas de transposición se han integrado en el TRLGDCU, se han reparado la mayor parte de las divergencias en este sentido (así ha ocurrido con las normas referidas a contratos celebrados a distancia, art. 101 TRLGDCU, y contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales, art. 110 TRLGDCU) (28). De las normas que se han quedado fuera de esta refundición, sólo la Ley 42/1998, relativa a aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, mantiene una desahogada referencia a «desistir» (art. 10).

A título de curiosidad, y a pesar de que la Ley 22/2007 se refiere al «derecho de desistimiento», la versión española de la Directiva 2002/65 reconocía un «derecho de rescisión» (art. 6).

En todos los supuestos de *derecho de desistimiento* que han consagrado las normas sobre derecho de consumo puede concluirse, siguiendo al profesor Blasco (2004: 29), que su regulación se basa en los criterios de indemnidad y libertad. Por una parte, el desistimiento se produce sin penalización alguna para el consumidor y es nulo cualquier pacto en contrario. Aunque, no obstante, como se verá, esto es distinto de la exigencia al consumidor de los gastos directos de la devolución o los servicios aprovechados. Por otra, el desistimiento es *ad libitum*.

Y, en última instancia, también se verifica siempre que el ejercicio del derecho de desistir no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier modo (29).

### 3. El derecho de desistimiento y el deber de información previa de la Ley 22/2007

Conforme al art. 7 de la Ley 22/2007, «el proveedor del servicio financiero deberá suministrar al consumidor, con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia, al menos, la información que a continuación se detalla».

El apartado 3 del mismo art. 7 incluye en la información a proporcionar:

«a) La existencia o no de derecho de desistimiento, de conformidad con el artículo 10 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para su ejercerlo, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al artículo 11, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho y su pérdida cuando, antes de ejercer este derecho, se ejecute el contrato en su totalidad por ambas partes, a petición expresa del consumidor.

b) Las instrucciones para ejercer el derecho de desistimiento, indicando, entre otros aspectos, a qué dirección postal o electrónica debe dirigirse la notificación del desistimiento; (...)

c) La información acerca de cualquier derecho, distinto del contemplado en la letra a), que puedan tener las partes a resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a las condiciones del contrato, incluidas las penalizaciones que pueda contener el contrato en ese caso.»

En relación con *la existencia del derecho de desistimiento*, de conformidad con el art.10 de la misma Ley, como dice el precepto, sólo puede tener como excepción, en realidad, que estemos ante alguno de los casos de comercialización a distancia de servicios financieros excluidos por el legislador expresamente en dicho artículo 10 (*cf. infra*). El establecimiento del derecho de desistimiento es una norma de Derecho imperativo (art. 3 Ley 22/2007).

Por ello resulta un poco confusa la parte final del precepto, en la que se recoge que el proveedor debe informar al consumidor de las consecuencias de la *falta de ejercicio de ese derecho y su pérdida*, cuando, *antes de ejercer este derecho*, se ejecute el contrato en su totalidad, *a petición expresa del consumidor*. En sentido indirecto, estamos hablando de una renuncia al derecho de desistimiento, vetada por el art. 3 de la Ley 22/2007. Sólo es explicable semejante previsión entendiéndose que la renuncia proscrita por la Ley es la renuncia anticipada del derecho, no la renuncia al derecho una vez adquirido éste. Piénsese que se trata de evitar

que la posibilidad de ejercitarlo sea «arrebata» al consumidor antes de que éste pueda disponer de él, antes de que el derecho nazca. Esto es, sería nula de pleno derecho cualquier renuncia de este tipo.

Las *instrucciones de ejercicio* del derecho, en todo caso, va de suyo, no pueden limitar la libertad de forma que la propia Ley garantiza al consumidor para el ejercicio del derecho de desistimiento (*cf. art. 10.3*) según creo, siguiendo en este punto a Marín (2006: 30). Incluso podría invocarse el art. 70 del TRLGDCU como regulación *general*, de la que admite el art. 1 de la Ley, y según el cual el ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna.

Por último, la mención de *la información acerca de cualquier derecho, distinto del contemplado en la letra a), que puedan tener las partes a resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a las condiciones del contrato* resulta confusa y concuerda, en realidad, con lo que prevé, en sede de ejercicio del derecho de desistimiento, el apartado 5 del art. 10. A lo que allí se dirá nos remitimos.

En el caso de que la comunicación con el consumidor se haga por vía de telefonía vocal (la que ofrece comunicación personal y no automática), la información que se obliga a comunicarle, según el aptdo. 3 del artículo 7, se reduce a la existencia o inexistencia del derecho y, si existe, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al artículo 11. Es razonable la solución, si pensamos en que una comunicación telefónica demasiado prolija no sólo agota la paciencia del consumidor, sino que, lejos de aclarar los extremos sobre el servicio, sólo sirve para que aquél disperse su atención y, en definitiva, se frustre la finalidad del precepto. En todo caso, tanto para la comunicación a través de telefonía vocal como para todos los demás supuestos, esta comunicación se realiza (no se olvide) antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato a distancia o una oferta (art. 3.1.1 Directiva 2002/65; art. 7.4 Ley 22/2007) (30). Por ello, y atendiendo a todas las posibilidades imaginables en la contratación a distancia, también es obligación del proveedor comunicar al consumidor todas las condiciones contractuales, así como esta información precontractual, en cualquier soporte duradero accesible al consumidor (31), con suficiente antelación a la celebración del contrato. Y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma cualquier tipo de obligación (art. 9.1).

Lo más criticable de esta norma, sin duda es la falta de concreción sobre el soporte duradero, sobre a quién incumbe elegir el soporte concreto en que se producirá la comunicación (32) y sobre el plazo. En relación con

este último punto, incluso debiera ser admisible el envío de la información el día antes de la firma del contrato, lo que chirría con el espíritu de la norma. Curiosamente, en el anteproyecto de 29 de junio de 2005, que precedió a la Ley 22/2007, se establecía, análogamente a lo que contenía el RD 1906/1999 (cit. *supra*), un plazo mínimo de tres días, que hubiera podido ser una buena solución (Marín, 2006: 26). Sin embargo, está claro que la opción legislativa es la opuesta. De hecho, a mayor abundamiento, el párrafo nº. 2 del art. 9 prevé que ni siquiera esta relativa «antelación» es exigida legalmente en aquellos casos en los que el contrato se celebra a iniciativa del consumidor, y no del proveedor, de los servicios financieros y se hubiese utilizado una técnica de comunicación que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información exigida en el artículo 9.1 (todo lo visto). Lo que, ciertamente, plantea dudas, como señala Illescas (2007: 19), es qué técnica utilizaría el consumidor solicitante que no permita una respuesta por el prestador solicitado, basada siempre en papel u otro soporte duradero. Extraño.

Si las condiciones del derecho de desistimiento y toda la información respecto éste forman parte, además, del clausulado contractual (como será habitual), y estamos ante condiciones generales de la contratación, el artículo 9.2 recuerda que, al margen de lo previsto en la Ley 22/2007, deberán cumplirse, también, los requisitos legales de inclusión que establece la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

Y, en términos de carga probatoria, recuérdese que, según el art. 17 de la Ley, corresponde al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumben sobre información al consumidor. Se hace uso de la facultad que concedía el art. 15 de la Directiva 2002/65 a los estados, y se materializa en una disposición que se adecua a los principios generales de carga probatoria, ya que es el empresario aquel a quien favorece la prueba de este extremo, y además, habiendo utilizado un soporte duradero, su capacidad de recuperación y comprobación es tan elevada como la del consumidor (33).

Por último, ¿qué sanción corresponde al incumplimiento de los deberes de información que pesan sobre el empresario (incluidas las referencias al derecho de desistimiento)? El apartado 4 del art. 9 prevé la nulidad del contrato. Resulta muy inverosímil que el legislador haya querido referirse a una *nulidad* en sentido técnico, que no resultaría más beneficiosa para el consumidor, dado que puede ser instada por ambas partes. En realidad, lo razonable es leer el art. 9.4 como «anulabilidad», denominada, impropriamente, «nulidad» por los artículos del Código Civil que la regulan (arts. 1300 y ss.). Con ello, es claro que la impugnación sería siempre, y únicamente, a instancia del consumidor (34). No obstante, y aunque asu-

mos (que lo hacemos) esta opción interpretativa (forzando o aprovechando el error terminológico del propio Código Civil español), el funcionamiento de esta sanción es equívoco, y punto de partida para nuevas incertidumbres.

En primer lugar, el vicio que causa esta anulabilidad no tiene mucho en común con los vicios que según el Código la provocan (35). Se trata, únicamente, del incumplimiento de un deber de formalización que la Ley impone al empresario. Ello quizá acercaría el razonamiento a la nulidad absoluta o radical (arts. 6 y 1279 CC), pero las objeciones anteriores me parecen insalvables.

Señalan Ebers y Arroyo (2006: 431) que si se aplica el plazo general de la anulabilidad recogido en el Código Civil (4 años, art. 1301 CC), queda por dilucidar el *dies a quo* de su cómputo. Los autores apuntan tres posibilidades que, genéricamente, se han utilizado por la jurisprudencia: la celebración del contrato, la entrega y recepción de las mercancías, y el momento en que el consumidor conoce que el contrato tiene defectos formales.

En realidad, ninguna satisface los casos que estamos tratando. Y lo razonan del siguiente modo. «Las consecuencias derivadas del hecho de vincular la infracción de la información sobre el derecho de desistimiento (...) determinan que, mientras tal información no se proporcione (...) aquel contrato sea anulable. Y cuando deja de serlo, porque se subsana el defecto, entonces por ser válido puede empezar a pensarse en la posibilidad de desistimiento. Por tanto, el resultado es que no existe plazo para la impugnación. O dicho de otro modo: éste es ilimitado y no prescribe mientras persista el vicio de anulabilidad. Una vez subsanado, ya no hay impugnación posible por esta causa, sino, en todo caso, de desistir en el plazo establecido». Añaden, en un juego de palabras, que, así vistas las cosas, la «nulidad» o anulabilidad (mejor dicho) del contrato es, en realidad, una especie de «desistimiento impropio», cuya impropiedad deriva de que es consecuencia de la existencia de un contrato «no definitivo», a diferencia de lo que sucede con el desistimiento en sentido estricto (Ebers y Arroyo, 2006: 431).

Para salvar esta situación irreversible, los autores acercan la solución a la imposición de una sanción articulable como la resolución contractual, dando al consumidor la posibilidad de resolver el contrato y reclamar daños, calificando el deber de información como una obligación derivada del contrato. No deja de ser, en todo caso, una propuesta *de lege ferenda*, puesto que la aplicación de nuestro actual art. 1124 CC, referido a la resolución de las obligaciones sinalagmáticas, no puede aplicarse a un caso en que: 1) no existe contrato definitivo, y 2) no se trata del incumplimiento de una obligación recíproca ni principal (Ebers y Arroyo, 2006: 433).

### III. RÉGIMEN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO DE LA LEY 22/2007

---

Se regula escuetamente en los arts. 10 y 11 de la Ley. El primero aglutina el régimen de ejercicio del derecho (plazos, contratos excluidos, forma, carga probatoria). El artículo 11 se refiere al pago al que puede estar obligado el consumidor que desiste, en determinadas circunstancias.

En todo caso, el apartado 5 del art. 10 advierte, de forma poco clara, que «las previsiones contenidas en la presente Ley, en relación con el derecho de desistimiento, no serán de aplicación a los contratos resueltos como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento reconocido en otra norma». En realidad, la Directiva 2002/65, en el apartado 7 de su art. 2, estableció:

«7. El presente artículo no se aplicará a los acuerdos de crédito rescindidos con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva 97/7/CE y del artículo 7 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.»

En resumen, esto significa que la Directiva 2002/65 no se aplica al desistimiento de un contrato de crédito concertado a distancia cuando éste se ha celebrado para financiar un contrato a distancia o la adquisición de un derecho de utilización de un inmueble de tiempo compartido (Marín, 2006: 76). Y de ahí, el legislador español, con una técnica generalizadora poco comprometida con el texto europeo, ha derivado este extraño apartado (ligado, como se advertía, al sentido del artículo 7.3.d de la Ley).

#### 1. Plazo

---

El artículo 10.1 establece un plazo de 14 días naturales para desistir del contrato, que se convierten en 30 para los contratos relacionados con seguros de vida (36). Sin embargo, el legislador español omite la ampliación del plazo para los servicios financieros «jubilaciones personales», que sí aparece en el artículo de la Directiva 2002/65 que fue su precedente (art. 6.1 de la Directiva). Es así porque, como se verá, las jubilaciones personales, según la legislación española, son uno de los servicios financieros que carecen de derecho de desistimiento, con discutible legitimidad, en nuestra opinión.

El cómputo del plazo varía en función de que la información que el proveedor debe suministrar al consumidor se haya verificado o no:

a) *si el proveedor ha cumplido su obligación* (y lo ha hecho de forma completa), el plazo comienza a correr desde la celebración del contrato, salvo en el caso de los seguros de vida, en los que comienza cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado. Lo que entiendo que se corresponde con el hecho de que el consumidor reciba tal comunicación;

b) *si el proveedor no ha cumplido su obligación* (o lo ha hecho de forma incompleta o defectuosa), dice la Ley que el plazo comenzará a contar desde el día en que el consumidor reciba la información. Y no existe aquí, a diferencia de lo que pasa en los contratos a distancia (cfr. art. 71.3 TRLGDCU), un plazo de caducidad residual de la acción. De modo que hay que entender que la sanción que impone la Ley 22/2007 al proveedor es la de la prórroga del plazo de desistimiento hasta que él mismo decida interrumpirla, suministrando la información y haciendo que comience así el cómputo del plazo.

El desistimiento se considerará realizado en plazo si, antes de que finalice el plazo correspondiente, el consumidor, utilizando un soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, lo envía al proveedor (art. 10.3 LCDSF). En todo caso, entiendo, ese medio deberá permitir que quede constancia de la notificación de cualquier modo admitido en Derecho (así lo recoge el mismo artículo 10.3 también).

Nótese, como señala el profesor Illescas (37), que la LCDSF emplea una fórmula, al abordar el desistimiento, que revela la relevancia del «envío». Y ello no es confundible con la recepción o el conocimiento. «Enviar» es, como el profesor Illescas recuerda, “producir toda la conducta necesaria para que el mensaje de datos o la notificación electrónica de que se trata salga de la esfera de control —el sistema electrónico— del remitente con destino a la esfera de control —el sistema electrónico— del destinatario. En definitiva, el desistimiento contractual, como notificación contractual, adquiere efectos desde ese momento. Lo que señala una referencia distinta a las que contiene el art. 1262 CC (armonizado con el art. 54 del Código de Comercio por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico).

#### 2. Ejercicio

---

Como no podía ser de otra forma, la norma es escueta. El apartado 3 del art. 10 recuerda que el consumidor ejercerá el derecho de desistimiento comunicando, *en los términos previstos por el contrato*, su decisión al proveedor. Recuérdese que, como ya se dijo, tales instrucciones, parte de la información precontractual obligatoria, no pueden lesionar el principio de libertad, de forma que ampara al consumidor en este sentido.

Requiere el texto, eso sí, que la comunicación se realice por cualquier medio que deje constancia de la notificación (fax, burofax, correo electrónico, telegrama...). Y en soporte duradero. La carga probatoria de haber ejercitado tempestivamente el derecho de desistimiento corresponderá al consumidor (art. 17 *a contrario*).

### 3. Ámbito objetivo

El derecho de desistimiento no afecta a todos los contratos a distancia sobre servicios financieros que concluyan empresario y consumidor.

La Directiva 2002/65 compartía ya este planteamiento, y los apartados 2 y 3 de su artículo 6 se consagraban a establecer dos listados de tipos de contratos de servicios financieros excluidos del derecho de desistimiento. El primero, imperativo (parece). Y el segundo, potestativo para los estados miembros.

El art. 10.2 de la Ley 22/2007 es el que se ocupa de estas exclusiones. Textualmente, son las siguientes:

«a) 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, entre ellos, las transacciones sobre:

- 1.º operaciones de cambio de divisas,
- 2.º instrumentos del mercado monetario,
- 3.º valores negociables,
- 4.º participaciones en instituciones de inversión colectiva,
- 5.º contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo,
- 6.º contratos de futuros sobre tipos de interés,
- 7.º contratos de permuta sobre tipos de interés, sobre divisas o los ligados a acciones o a un índice sobre acciones, opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos relacionados en los anteriores guiones, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo. Concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés,
- 8.º contratos referenciados a índices, precios o tipos de interés de mercado,

9.º contratos vinculados, en los que, al menos, uno de los negocios jurídicos suponga una transacción de las mencionadas en los guiones anteriores. A los efectos de esta Ley, se considerarán contratos vinculados aquellos negocios jurídicos complejos resultado de la yuxtaposición de dos o más negocios jurídicos independientes, en los que, como resultado de esa yuxtaposición, la ejecución de uno dependa de la de todos los demás, ya sea simultánea o sucesivamente;»

«b) los contratos de seguros siguientes:

1.º contratos de seguro en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas a los mismos.

2.º los de viaje o equipaje de una duración inferior a un mes,

3.º aquéllos cuyos efectos terminen antes del plazo al que se refiere el apartado 1,

4.º los que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador,

5.º los planes de previsión asegurados;»

«c) contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza su derecho de desistimiento, como las órdenes de transferencia y las operaciones de gestión de cobro;»

«d) créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o destinados a renovar o mejorar inmuebles;»

«e) créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble;»

«f) las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de Notario, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor contemplados en el artículo 7;»

«g) los planes de pensiones.»

En relación con las que la Directiva contenía como obligatorias, el legislador español ha incorporado todas (38). Y lo mismo ha sucedido con las exclusiones que quedaban a su decisión (39).

La ratio de la exclusión no es igual de evidente en todos los casos. Los recogidos en el apartado a) son,

en general, servicios financieros cuyo precio depende de fluctuaciones en los mercados que no están bajo el control del proveedor. De modo que un derecho de desistimiento, en este caso, retraería el tráfico negocial en el sector por una excesiva imputación de riesgos para el proveedor. Nótese que la norma española añade un número 9º, inexistente en la Directiva, para los casos en que se trate de contratos vinculados en los que, al menos uno, suponga una transacción de las reguladas en los números precedentes. Queda por ver si la regulación del contrato vinculado contiene o no un derecho de desistimiento (lo que resulta imaginable) y si, en su caso, se coordinará esta disposición con la allí prevista. La autoproclamación de la *vis attractiva* de la Ley 22/2007 no es irrazonable, pero requiere un esfuerzo de coordinación legislativa.

Respecto a los casos recogidos en el supuesto c), Marín (2006: 31) señala lo alambicado del supuesto de hecho, condicionado o aleatorio, pues el contrato allí aludido estará excluido (o no), en función de que «la ejecución completa (...) tenga —o no— lugar antes de que expire el plazo en que cabe ejercitar el derecho de rescisión».

El apartado b), relativo a seguros, desarrolla, con mucha libertad y más amplitud, el escueto apartado c) del art. 6.2 de la Directiva, que sólo se refería a «pólizas de seguros de viaje o de equipaje o seguros similares de una duración inferior a un mes». Si esta era la ratio que debía respetar cualquier otra exclusión operada por el Estado miembro dentro de esta categoría, es difícil justificar la legalidad de todas las que la ley española ha añadido. La primera tiene que ver con la asunción del riesgo de la rentabilidad garantizada y de la inversión, en un sentido análogo a los del apartado a). La tercera (los seguros cuyos efectos acaben antes del plazo de 14 o de 30 días, a contar desde la celebración del contrato o, si es seguro de vida, desde la información de la misma al consumidor), no es compatible. Piénsese que, en todo caso, como veremos, el consumidor que ejerza el desistimiento pagará el servicio financiero realmente prestado. Por tanto, se mantiene la indemnidad del asegurador. Los números 4º y 5º tampoco son fáciles de comprender como exclusiones. Los planes de pensión asegurados, probablemente por su relación con los planes de pensiones (ordinarios), fuera del derecho de desistimiento, según el apartado g). Los seguros obligatorios (legal o contractualmente, porque la ley no distingue) sencillamente carecen de motivo para formar parte de esta lista, y nada tienen que ver con lo previsto por la Directiva (Marín, 2006: 31).

En concreto, y continuando con las novedades de la Ley 22/2007, coincido con Marín (2006: 32) en que parece contrario al espíritu de la Directiva que se prive al consumidor del derecho de desistimiento en los con-

tratos relativos a los planes de pensiones (apartado g), porque:

1º) la Directiva no lo incluye en el listado de exclusiones opcionales, y

2º) la propia Directiva, en el apartado 1 del mismo artículo 6, contemplaba las «jubilaciones personales», junto a los seguros de vida, como supuestos de ampliación del plazo del derecho de desistimiento hasta los 30 días.

#### **4. Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento**

---

En términos generales, puede decirse que el ejercicio del derecho de desistimiento tiene dos tipos de efectos: uno liberatorio y otro restitutorio.

Liberatorio porque, a la vista de que el desistimiento deja sin efecto el contrato, si los contratantes no han ejecutado todavía su prestación, quedan liberados de hacerlo. Pero si alguno o ambos han ejecutado ya la prestación que les incumbe, el ejercicio del derecho de desistimiento implica su restitución ante esta ineficacia sobrevinida (Clemente, 2006 a: 7).

La ley 22/2007 regula, en el art. 11, el efecto restitutorio como consecuencia ordinaria del ejercicio del derecho de desistimiento.

En el apartado 4 del art.10, en cambio, se regula lo que podría ser un efecto especial o extraordinario.

##### *4.1. Consecuencias ordinarias*

Sin atentar contra el principio proclamado en el artículo 10.1 de la Ley, según el cual el desistimiento no requiere ni indicación de motivos ni tampoco penalización, el artículo 11 arbitra el efecto restitutorio en un ámbito (el de los servicios) en el que, por definición, es muy difícil.

El consumidor que ejercita el derecho de desistimiento en un contrato de servicios financieros está obligado a pagar el servicio realmente prestado por el proveedor hasta el momento del desistimiento (que, recordémoslo, está marcado por el envío de la declaración negocial). La importancia de que no comporte sanción ni sanción ninguna, sino un mero reflejo del principio de indemnidad de los contratantes, lleva al legislador a suministrar indicadores en relación con la cuantificación del servicio disfrutado. El importe que el consumidor pague nunca, dice la Ley, rebasará el importe proporcional de la parte ejecutada de la cobertura total del contrato. Y, añade, tampoco puede ser de tal magnitud que

equivalga a una penalización. La verdad es que, cumpliendo el primero de los parámetros, difícilmente va a poder incurrir en la prohibición de la desproporción. Prohibición que, por otro lado, sólo va a poder concretarse, en caso de litigio, por la autoridad judicial.

La Ley, sorprendentemente, no fija ningún plazo para que el consumidor realice este pago, contentándose con recomendar que sea «a la mayor brevedad posible», lo que implica una inmensa confianza en la «muy buena fe» del contratante consumidor. En especial, porque, por lo que se refiere a la obligación paralela que pesa sobre el proveedor, éste tiene marcado como máximo un mes, a contar desde el día en que reciba la notificación de desistimiento, para proceder a la restitución prevista (aptdo. 3, art. 11). Y también él, en la devolución añadida que le impone el apartado 4, está sujeto a plazo de 30 días naturales. No parece un olvido, porque la Directiva 2002/65 incurría en el mismo lapsus, pero quizá hubiera sido positivo que el legislador nacional homogeneizara las restituciones a cargo del consumidor en lo tocante a los plazos. Se consigue con ello un resultado más equitativo.

La obligación del consumidor cesa en dos supuestos de claro carácter punitivo para el proveedor:

a) si el proveedor no demuestra haber facilitado la información precontractual exigida en el art. 7.1.3).a, relativo a la existencia, duración y condiciones del derecho de desistimiento. En concreto, la ley está pensando en que se hayan obviado los aspectos referentes a las cantidades a abonar, y

b) si el proveedor inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el plazo de desistimiento. Como dijimos al analizar la posibilidad que tiene el consumidor de solicitar que así sea (art. 7.1.3a), estamos muy cerca de lo que sería una renuncia del derecho adquirido, que, en su caso, sólo al consumidor puede pertenecer. Si el proveedor actúa arrebatando este derecho al consumidor y ejercitándolo él (en realidad), la Ley desequilibra la relación permitiendo, primero, el ejercicio del derecho de desistimiento y, segundo, la ruptura del principio de indemnidad de las partes. Y repárese en que la redacción de la Ley hace pensar que, en estos casos, para que el proveedor no sea sancionado no basta con que el consumidor dé su consentimiento para iniciar la ejecución, sino que ésta responda a la iniciativa del consumidor (Marín, 2006: 34).

Además de todo lo anterior, el consumidor debe devolver al proveedor cualquier cantidad que haya recibido de éste a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo de 30 días naturales a contar desde la notificación del desistimiento (art. 11.4). Aquí la norma dice «la noti-

ficación», lo que, por coherencia con el art. 10.3, una vez más, debe interpretarse como «envío».

Por su parte, el proveedor también está obligado de forma paralela con el consumidor. El apartado 3 del artículo 11 le exige que reembolse al consumidor a la mayor brevedad, y como máximo en 30 días naturales, a contar desde que recibió la notificación del desistimiento, cualquier cantidad percibida del consumidor que no sea el pago del servicio prestado por causa del desistimiento.

En todo caso, no parece que quepa compensación, a pesar de que la Ley nada dice.

Por último, en relación con el valor de estas normas de restitución, la Directiva nada aclara sobre el valor que tienen o cuál sea su relación con los efectos del desistimiento. Marín (2006: 35) opina que no puede considerarse requisito de validez o eficacia del desistimiento, por lo que éste será plenamente válido y eficaz con independencia de que se verifique la devolución. En ese caso, el proveedor podrá beneficiarse de una acción de reclamación de cantidad, aunque el contrato, lógicamente, haya quedado sin efecto.

#### 4.2. Consecuencias especiales

Como adelantábamos, bajo este epígrafe nos referimos a los efectos del desistimiento sobre contratos en los que, vinculado al de servicios financieros, exista otro contrato a distancia de servicios financieros prestados por el mismo proveedor o por un tercero, previo acuerdo con el proveedor. En este caso, el contrato adicional también quedará resuelto sin penalización ninguna (artículo 10.4 Ley 22/2007).

Debe entenderse como una extinción automática; ése es el beneficio legal que la norma aporta.

Y, aunque con una clara semejanza, mejora al consumidor que concierta servicios de financiación a distancia respecto a la Ley de Crédito al Consumo (40), que permite, en sus arts. 14.2 y 15, una resolución automática similar para contratos vinculados, pero en los que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios debe existir un acuerdo previo, pero necesariamente concertado *en exclusiva*, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste.

## IV. CONCLUSIONES

La Ley 22/2007 ha supuesto una novedad importante en el panorama de la contratación a distancia con consumidores. Consagra un nuevo derecho de desisti-

miento, al margen de la legislación general de Derecho de Consumidores, y en especial de la normativa referente a contratos a distancia. Las peculiaridades que afectan a su objeto han justificado diversidades que, en mi opinión, requieren una mirada crítica en algún caso, como ocurre con el concepto de consumidor nuevo que introduce, o los referentes temporales de eficacia del derecho de desistimiento. Y, en todo caso, no es posible su comprensión al margen de lo que disponen normas tangentes a su ámbito de aplicación genérico, que es la contratación con consumidores, invocadas o no por el redactor de la Ley del año 2007, pero que interfieren espontáneamente en el momento en el que se inicia la lectura de la norma. A falta de estudios recientes dedicados a esta Ley, este trabajo ha pretendido ofrecer una interpretación unitaria de la norma, completa y sistemática, referente de lo que serán, sin duda, estudios futuros de mayor concreción.

## NOTAS

(1) BOE n.º 166, de 12 de julio: 29985 y ss.

(2) Los beneficios económicos de la integración financiera europea no dejan lugar a duda. Esto también ha sido reconocido en la estrategia de Lisboa, y confirmado por el estudio intermedio de Lisboa de la Comisión Europea, con un mayor énfasis en el crecimiento y en el empleo, cfr. Libro Verde sobre la política para los servicios financieros (2005-2010), COM(2005) 177 final, 3-05-2005.

(3) DOCE n.º L271, de 9 de octubre de 2002.

(4) En particular, con esta finalidad, la Ley 34/2003 introduce modificaciones en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. La Ley 30/1995 pasa a tener una nueva redacción del art. 60, que se ha mantenido en la regulación vigente del seguro privado: el RDLeg 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que deroga a la Ley de 1995 (cfr. artículo 60 del Texto Refundido). La Ley del Contrato de Seguro, por su parte, a través de la Ley 34/2003, y a la luz de lo dispuesto por la Directiva 2002/65, añade varios artículos nuevos: 6.bis, 83.a, y las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera. En detalle, sobre el contenido, cfr. MARÍN LÓPEZ (2006: 12-15).

(5) DOCE n.º L144, de 4 de junio de 1995.

(6) Preceptos relativos a la contratación a distancia, hoy volcados en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), BOE n.º 287, de 30 de noviembre, arts. 92-106.

(7) Esto es, los contratos a distancia, que según el art. 2.1 de la misma Directiva eran los contratos «entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrados en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato».

(8) BOE n.º 287, de 30 de noviembre.

(9) Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, BOE n.º 166, de 12 de julio.

Más extraña parece, en cambio, la referencia del art.1 de la Ley 22/2007 a la aplicabilidad, «en su caso», del Capítulo II del Título III y

Disposición Adicional primera de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. Ciertamente que el art.1 LCDSF utiliza la ambigua expresión «sin perjuicio de la aplicación de...», encabezando la enumeración de normas (aparentemente) compatibles con sus previsiones. Ambigüedad que se cifra en la imposibilidad de distinguir si estamos ante una exclusión o una posible complementación. Esta última parece clara en el caso de las normas generales sobre derecho de consumidores (como ocurre con el TRLGDCU) y sobre contratación electrónica (habida cuenta de que, a pesar de que el contrato a distancia de servicios financieros puede producirse, por ejemplo, por correspondencia, esto es, al margen de contratos electrónicos, la inmensa mayoría de los negocios concluidos lo serán por vía telemática, y además ese es el futuro de la contratación en este sector). Sin embargo, el Capítulo II del Título III y la Disposición Adicional primera de la LOCM son precisamente los preceptos que regulan los contratos de venta a distancia y, en especial, la Disposición Adicional primera ocupa de extender su aplicación a los contratos a distancia relacionados con la prestación de servicios, salvo los contratos que afecten a servicios financieros. Por lo tanto, a primera vista, parece obvio que estamos hablando de una normativa no aplicable en modo alguno al ámbito objetivo de aplicación de la Ley 22/2007.

(10) Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, BOE n.º 89, de 14 de abril.

(11) Según el art. 1 LCGC, son condiciones generales de la contratación «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría personal de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

(12) Como aclara MARÍN (2006: 19), al analizar la figura del *intermediario* en la Directiva 2002/65, es la persona física o jurídica que interviene en la negociación y/o celebración de un contrato de prestación a distancia de servicios financieros en nombre y representación del proveedor. Señala el profesor MARÍN que el criterio favorable a la inclusión del intermediario se obtiene del preámbulo de la misma Directiva 2002/65, aunque no haya quedado el mismo vestigio en el articulado definitivo de la norma comunitaria. El considerando n.º 19 indica que la Directiva «debe aplicarse asimismo cuando una de las etapas de la comercialización se desarrolle con la participación de un intermediario», y añade que «habida cuenta de la naturaleza y del grado de esta participación deben aplicarse a este intermediario las disposiciones pertinentes de la presente directiva, con independencia de su régimen jurídico».

(13) Entre los que el concepto español de consumidor, omnicomprendivo de personas físicas o jurídicas, es la excepción.

(13bis) No obstante, como bien señala la profesora Guisado, en la Ley 22/2007, el legislador repite, respecto al concepto de «consumidor», lo que ya había realizado en el art. 1.2 de la Ley 7/1995, de Crédito al consumo, de 23 de marzo (BOE n.º 72, de 25 de marzo, páginas 9370-9375), que también trasponía normativa europea (Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, y Directiva 90/88 CEE, de 22 de febrero de 1990, que modificaba a la anterior). E incluso se aprecia que a esta lectura que el legislador español hizo del «consumidor», ya apuntaba, incluso, alguna regulación gubernativa, en el ámbito de los contratos que vinculaban a consumidores con entidades financieras. Así la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE n.º 112, de 11 de mayo). Cfr. GUIADO MORENO, Ángela, «Contratación a distancia de Servicios financieros. La protección del consumidor», en *Revista de Derecho de Extremadura*, n.º 3, 2008, p. 303).

(14) Que, siguiendo a MARÍN (2006: 18), es el sentido perseguido por la Directiva 2002/65 y, en consecuencia, por su Ley de transposición de 2007, y que había sido precedida ya por el art. 60.5 del

Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados y la disposición adicional segunda de la Ley de Contrato de Seguro.

(15) Según la directiva, «servicio financiero» es «todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago».

(16) Según el art. 52 de la Ley 26/1988 son las siguientes:

a) Las de captación de depósitos u otros fondos reembolsables, según lo previsto en el artículo primero del Real Decreto legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las comunidades europeas.

b) Las de préstamo y crédito, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales.

c) Las de *factoring*, con o sin recurso.

d) La de arrendamiento financiero.

e) Las operaciones de pago, con inclusión, entre otras, de los servicios de pago y transferencia.

f) La emisión y gestión de medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cartas de crédito.

g) La concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares.

h) La intermediación en los mercados interbancarios.

i) Las operaciones por cuenta propia o de su clientela que tengan por objeto:

-Valores negociables, instrumentos de los mercados monetarios o de cambios, instrumentos financieros a plazo, opciones y futuros financieros y permutas financieras. Para realizar las operaciones citadas, las entidades de crédito comunitarias podrán ser miembros de los mercados organizados correspondientes establecidos en España, siempre que ello esté permitido por las normas reguladoras de éstos.

j) La participación en las emisiones de valores y mediación por cuenta directa o indirecta del emisor en su colocación, y aseguramiento de la suscripción de emisiones.

k) El asesoramiento y prestación de servicios a empresas en las siguientes materias:

-estructura de capital,

-estrategia empresarial,

-adquisiciones, fusiones y materias similares.

l) La gestión de patrimonios y asesoramiento a sus titulares.

ll) La actuación, por cuenta de sus titulares, como depositarios de valores representados en forma de títulos, o como administradores de valores representados en anotaciones en cuenta.

m) La realización de informes comerciales.

n) El alquiler de cajas fuertes.

(17) DOCE n.º L319, de 5 de diciembre de 2007.

(18) El art. 63.1 de la Ley del Mercado de Valores, modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, considera servicios de inversión los siguientes: a) La recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros. Se entenderá comprendida en este servicio la puesta en contacto de dos o más inversores para que ejecuten operaciones entre sí sobre uno o más instrumentos financieros; b) la ejecución de dichas órdenes por cuenta de clientes; c) la negociación por cuenta propia; d) la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes; e) la colocación de instrumen-

tos financieros, se base o no en un compromiso firme; f) el aseguramiento de una emisión o de una colocación de instrumentos financieros; g) el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituyen asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial; h) la gestión de sistemas multilaterales de negociación.

(19) Las actividades de seguro directo de vida, de seguro directo distinto del seguro de vida y de reaseguro; las operaciones de capitalización basadas en técnica actuarial que consistan en obtener compromisos determinados en cuanto a su duración y a su importe a cambio de desembolsos únicos o periódicos previamente fijados; las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro o capitalización que practiquen las entidades aseguradoras en su función canalizadora del ahorro y la inversión; las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora. Todo ello siempre y cuando sean realizadas por entidades aseguradoras españolas, o bien sean realizadas en España por entidades aseguradoras domiciliadas en el territorio de cualquiera de los restantes países miembros del Espacio Económico Europeo o en terceros países.

(20) Según el art. 1 del Texto Refundido, «los planes de pensiones definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y, en la medida permitida por la presente Ley, las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse».

(21) De acuerdo con el art. 2 de la Ley, comprende: la mediación entre los tomadores de seguros o de reaseguros y asegurados, por una parte, y las entidades aseguradoras o reaseguradoras autorizadas para ejercer la actividad aseguradora o reaseguradora privadas, por otra. A tales efectos, se entenderá por mediación aquellas actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro. E igualmente, quedan sometidas a esta Ley, en aquello que les sea de aplicación, las actividades mercantiles de distribución de seguros que las entidades aseguradoras realicen a través de otros canales distintos de los mediadores de seguros.

(22) Que con anterioridad se movían, con cierta confusión, entre la Ley 34/2002, el RD 1906/1999, la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Ley 7/1998 (cit. *supra*).

(23) Así: Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, BOE n.º 283, de 26 de noviembre; Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, BOE n.º 161, de 7 de julio; Ley 7/1996, de 15 de enero, BOE n.º 15, de 17 de enero (y la que operó su reforma, Ley 47/2002, de 19 de diciembre, BOE n.º 304, de 20 de diciembre), de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, BOE n.º 313, de 30 de diciembre; Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, BOE, n.º 166, de 12 de julio; Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, BOE n.º 265, de 5 de noviembre. Recuérdese que, actualmente, muchas de estas normas (con la excepción de las relativas a los contratos de Seguro, de aprovecha-

miento por turno de bienes inmuebles y de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico) han sido armonizadas y reconducidas al TRLGDCU (RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, BOE número 287, de 30 de noviembre), que, además, en sus arts. 59-81, ha venido a crear un régimen general tanto de la obligación de información como del derecho de desistimiento, para los contratos celebrados entre empresario y consumidor.

(24) No puede dejar de mencionarse, siquiera por su proximidad literal, el *derecho de desistimiento* que se concede al comitente en el contrato de obra, según el art. 1594 C. Sin embargo, esta facultad extintiva de libre ejercicio responde más bien a un fundamento que no permite la extrapolación a otros contratos y que incluso ha hecho dudar a parte de la doctrina de su verdadera condición de «desistimiento» en sentido material, no sólo formal. Es revelador, en este sentido, que el desistimiento del art. 1594 muestra una atenuadísima excepción al principio del art. 1256 CC, ya que el propietario acreedor de la obra, según nuestro Código, puede desistir previa indemnización al contratista o al arquitecto, que habrán de quedar totalmente indemnes, con lo que el cumplimiento del contrato —su obligación de pagar el precio— no queda en modo alguno al arbitrio del dueño de la obra (*in extenso*, KLEIN, 1997: 87-89).

(25) RODRÍGUEZ MARÍN (1991: 118). Según este autor, el desistimiento se define como «una potestad legal concedida por la ley a una de las partes para extinguir el contrato unilateralmente en los casos donde expresamente se autorice tal proceder».

(26) En detalle, EBERS y ARROYO (2006: 422); MIRANDA (2001: 603); ESPIAU (1998: 116-118).

(27) Adelantamos, no obstante, que alguna doctrina especializada (ILLESCAS, 2007) ha querido ver, en el derecho de desistimiento de la Ley 22/2007, una alteración de la teoría de la «recepción» para la contratación entre ausentes.

(28) Excepcionalmente, el derecho de *desistimiento* que se concede al contratante de viajes combinados, antes recogido en el art. 9 de la Ley 21/1995 y ahora en el art. 160 del TRLGDCU, no se ha beneficiado de esta depuración conceptual. En 1995 se preveía un derecho a «desistir», aunque, ciertamente, previa indemnización; ahora, el art. 160 se refiere a «resolver», en las mismas condiciones.

(29) «Cualquier procedimiento que permita dejar constancia de la notificación de cualquier modo admitido en Derecho», reza, en concreto el art. 10.3 de la Ley 22/2007.

(30) «Fase precontractual», art. 7.4, Ley 22/2007, que «traduce» la expresión, más descriptiva, de la Directiva 2002/65 (art. 3.1.I).

(31) La Ley incluye el papel (art.9.1) a título ejemplificativo. La Directiva 2002/65 consideraba «soporte duradero» 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 a los que la información está destinada, y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada (art. 2.f). El considerando 20 añadía que entre los soportes duraderos se encuentran, en particular, los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y discos duros de los ordenadores de los consumidores en que estén almacenados mensajes de correo electrónico, pero, a menos que responda a los criterios de la definición de soportes duraderos, una dirección internet no constituye un soporte duradero. La duda surge entonces en torno a los casos en que el proveedor publica en su página web, convenientemente actualizada y documentando los cambios, esa información. MARÍN (2006: 25) señala que la exclusión de las direcciones de internet, como regla general, «obedece a su temporalidad, dado que pueden desaparecer sin dejar ni rastro si el proveedor no cumple determinadas exigencias administrativas (p.ej., renovación del nombre de dominio, pago de tasas, etc.)».

(32) MARÍN (2006: 25). Él aboga por conferir el *ius electionis* al proveedor, aplicando analógicamente el argumento del art. 1132.1 cc,

sobre obligaciones alternativas. Si con ello se veta la posibilidad de que el consumidor «acceda» efectivamente a la información (p.ej., carece del dispositivo adecuado), el apartado 3 del art.9 solventa el conflicto (y apoya esta tesis), ya que, en cualquier momento de la relación contractual, el consumidor tiene derecho, si lo solicita, a obtener las condiciones contractuales en soporte papel y también a cambiar las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, salvo incompatibilidad con el tipo de contrato celebrado. Inciso este último que salvaría el vacío que en la primera parte del art. 9.3 ha quedado respecto a las informaciones previas.

(33) Recuérdate que la DA 2ª de la Ley 22/2007 modifica el TRLGDCU, introduciendo un nuevo art. 19.bis, relativo a cláusulas abusivas, para que se incorpore a la «lista negra» la cláusula que contenga «la imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la norma que los regula». Comenta MARÍN (2006: 40) que, en todo caso, incluso sin incluir expresamente aquel nuevo 19.bis (hoy art. 88.3), semejante condición se consideraría abusiva a la luz del entonces vigente art.19 de la LGDCU (hoy 88.2), según el cual debía considerarse abusiva la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los caos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

(34) Piénsese que ésta fue la solución legislativa que recogió explícitamente la Ley 26/1991, en su art.4.1, con remisión explícita a los arts. 1300 y ss. Cosa que no sucedió en leyes posteriores, y que la doctrina ha criticado y reconducido, por razonamiento analógico, a la solución de la Ley de 1991. Véanse MIRANDA (2001: 611); EBERS y ARROYO (2006: 430).

(35) Intimidación, dolo, error, contratación con menores o incapacitados sin capacidad de obrar, conclusión de un contrato oneroso sin el consentimiento del otro cónyuge, cuando aquél fuera preciso, y falsedad de la causa contractual, para algún sector de la doctrina. En este sentido y sigo también a EBERS y ARROYO (2006: 430).

(36) Compárese con los 7 días hábiles que recoge el derecho de desistimiento general del art. 71 TRLGDCU; con los 7 días naturales del artículo 110 del mismo texto, relativo a contratos concluidos fuera de establecimientos mercantiles; o los 10 días (aparentemente naturales, con la excepción del último del cómputo que siempre habrá de ser hábil) que determina la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. La heterogeneidad es total.

(37) ILLESCAS (2007: 9 y ss.). Y este es el punto de partida para una reflexión más amplia. El profesor Illescas sostiene que este criterio apunta una mayor adecuación a las técnicas y el ritmo de la contratación moderna. De tal modo que, aunque la «teoría del envío» sólo aparece referida al derecho de desistimiento, cabe interrogarse sobre la pertinencia de extenderlo al perfeccionamiento del contrato bajo la cobertura que concede el brocardo latino «quien puede lo más, puede lo menos». Él mismo concluye, no obstante, que, en la contratación con consumidores, plantea demasiados conflictos con el principio tuitivo del adherente o no profesional.

(38) Según el apartado 2 del art.6 de la Directiva, el derecho de rescisión no se aplicará a los contratos relativos a:

«a) 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 rescisión, como, por ejemplo, los servicios relacionados con:

- operaciones de cambio de divisas,
- instrumentos del mercado monetario,
- títulos negociables,
- participaciones en entidades de inversión colectiva,

- contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo,
- contratos de futuros sobre tipos de interés (FRA),
- contratos de permuta (*swaps*) sobre tipos de interés, sobre divisas o los contratos de intercambios ligados a acciones o a un índice sobre acciones (*equity swaps*),
- opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos contemplados en la presente letra, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo. Concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés;»

«b) pólizas de seguros de viaje o de equipaje o seguros similares de una duración inferior a un mes;»

«c) contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza su derecho de rescisión.»

(39) El apartado 3 del art. 6 de la Directiva establecía que los Estados miembros podrían disponer que el derecho de rescisión no se aplicase a:

«a) los créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o a renovar o mejorar inmuebles; o

b) los créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble;

c) las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de un fedatario público, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor contemplados en el apartado 1 del artículo 5.»

La transcripción es prácticamente perfecta por lo que se refiere a los apartados d), e) y f) del art. 10.2 de la Ley 22/2007.

(40) Ley 7/1995, de 23 de marzo, BOE n.º 72, de 25 de marzo.

## BIBLIOGRAFÍA

BLASCO GASCÓ, Francisco de P. (2004), «Tutela de los consumidores en la contratación electrónica», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 5: 19-37.

CAMACHO CLAVIJO, Sandra (2006), «El derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de ordenación del comercio minorista)», en *La Ley*, n.º 6466, 20 de abril.

CLEMENTE MEORO, Mario Enrique (2006a), «Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos electrónicos», en *Noticias de la Unión Europea*: 5-14.

— (2006b), «El ejercicio de los derechos de desistimiento en los contratos a distancia», en *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 16: 163-184.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis (1993), «¿Una nueva doctrina general del contrato?», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 4: 1709-1718.

— (2006), «Contratos de Consumo y Derecho de Contratos», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1: 11-28.

EBERS, Martín, y ARROYO AMAYUELAS, Esther (2006), «“Heiniger” y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 9: 407-442.

ESPIAU ESPIAU, Santiago (1998), «La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial», en *Aranzadi Civil*, n.º 113: 113-130.

GUISADO MORENO, Ángela (2008), «Contratación a distancia de servicios financieros. La protección del consumidor», en *Revista de Derecha de Extremadura*, n.º 3: 222-313.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael (2007), «La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica», en *RCE*, n.º 84: 3-23.

KLEIN, Michele (1997), *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (*et al.*) (2004), *Elementos de Derecho Civil*, t. II-1. Madrid.

MARÍN LÓPEZ, Juan José (2006), «Los servicios financieros y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación: la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores», en *Estudios sobre Consumo*, 76: 9-41.

MARTÍN PÉREZ, José Antonio (1995), *La rescisión del contrato. (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona J.M. Bosch.

MIRANDA SERRANO, Luis (2001), «Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica», en *Comercio Electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley.

MUNAR BERNAT, Pedro A. (2003), «La Directiva sobre contratos a distancia en materia de servicios financieros», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Madrid: 1189-1200.

RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción (1991), *El desistimiento unilateral (como causa de la extinción del contrato)*. Madrid, Montecorno.

# Protección de datos en la contratación bancaria electrónica

Fernando Marín de la Bárcena

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Justificación y sentido del trabajo

La introducción de un apartado relativo a la protección de datos en un trabajo sobre contratación bancaria electrónica se justifica por varias razones. La primera es que resulta oportuno revisar esta materia a la vista del notable impulso que ha experimentado mediante el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RLOPD). El Reglamento ha servido para objetivar los criterios consolidados de interpretación de la Ley que habían desarrollado las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo sobre esta materia y para ofrecer soluciones a ciertos problemas de régimen que habían generado situaciones gravísimas (v.gr.: cesión de datos en operaciones de reestructuración empresarial). Como establece el apartado 2 del artículo 1, el Reglamento desarrolla también las potestades sancionadoras de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) reconocidas por la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del correo electrónico (LSSI) y la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (LGT).

Por su parte, en el concreto sector de la contratación electrónica, la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información (artículo 2), ha establecido, a cargo de las empresas que prestan servicios financieros, la obligación de disponer de medios de interlocución telemática que, mediante el uso de certificados reconocidos de firma electrónica, permitan a los interesados ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que les reconoce la normativa sobre protección de datos personales.

La segunda razón por la que debe fomentarse el estudio de los problemas de protección de datos en el sector financiero es de carácter práctico: como han destacado las sucesivas memorias de la AEPD, se trata del segundo sector más investigado y sancionado por infracción de la normativa sobre protección de datos, sólo superado por el de las telecomunicaciones.

### 2. Ordenación sistemática elegida

Hemos considerado oportuno ofrecer, en primer lugar, una referencia del marco normativo de la protección de datos en España, con especial atención a la problemática derivada de su ámbito de aplicación (apartado II). A continuación, estudiaremos los elementos esenciales del derecho a la protección de datos, con referencia a aquellos aspectos que presentan relaciones con la utilización de medios electrónicos en el ámbito de las relaciones entidad-cliente (apartado III).

## II. MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA

### 1. Normativa aplicable

La norma que regula en España los aspectos sustantivos de la protección de datos es la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), y su Reglamento, aprobado mediante Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD). En sus respectivos ámbitos, rigen la Ley 8/2001, de 13 de julio, de protección de datos de carácter personal en la Comunidad de Madrid; Ley 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos, y Ley 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de febrero de 2007 (RJ 2007/739), ha abordado la polémica cuestión de la naturaleza jurídica de las instrucciones de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), y concluido que la Agencia tiene encomendado, como ente público, el control de la aplicación de la Ley mediante la emisión de las instrucciones que entienda precisas para conseguir que el tratamiento automatizado de datos se ajuste a los principios legales. Dichas instrucciones se proyectan sobre la aplicación de la Ley, al margen, dice la sentencia, de su desarrollo reglamentario mediante las correspondientes disposiciones generales. Por su singular importancia, es de destacar la Instrucción 1/1995, de 1 marzo, sobre la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito (RCL 1995/796) —precisamente objeto del recurso antes reseñado— y la 1/1998, de 19 enero, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en ficheros automatizados (RCL 1998/232). Finalmente, merece tenerse en cuenta el cuerpo de doctrina formado paulatinamente por las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que han interpretado y aplicado la normativa en la resolución de recursos contra sanciones impuestas por la Agencia Española de Protección de Datos.

## 2. Ámbito subjetivo de protección

Una de las cuestiones tradicionalmente conflictivas en esta materia ha sido la extensión de la aplicación de la normativa sobre protección de datos al ámbito profesional o empresarial del afectado. Vigente la LORTAD, se resolvió negativamente porque aquella norma encontraba su fundamento en la protección del derecho a la intimidad personal y familiar del afectado, y la actividad empresarial o profesional se realiza esencialmente *ad extra*, luego no resultaría aplicable al tratamiento de datos relativos a dicha actuación en el tráfico (cfr. Resolución AEPD, de 28 de julio de 1998). Posteriormente, la STC de 30 de noviembre de 2000 (RTC 2000, 290) reconoció que el derecho a la protección de datos excede la esfera del derecho a la intimidad y constituye un derecho autónomo, en los siguientes términos:

«La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. (...) el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que

para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo (...).».

El Reglamento aborda esta cuestión en el artículo 2.3, y establece que «los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos *en su calidad de comerciantes, industriales o navieros*, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal». Del tenor literal de la norma, sobre todo de la precisión que realiza, con terminología ciertamente arcaica, a los «comerciantes, industriales o navieros», se deduce que la exclusión reglamentaria no abarca a los datos personales relativos a las personas físicas que sean profesionales liberales. En este sentido se había pronunciado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en sus sentencias de 21 de noviembre de 2002 (RJCA 2003, 40) y 11 de febrero de 2004 (RJCA 2004, 421). En lo que se refiere al empresario individual, la sentencia de 29 de marzo de 2006, de la misma Sala y Tribunal, destacó que la exclusión se refería a los datos relativos a la actividad empresarial del afectado o a los elementos de su organización (criterio objetivo) y que en los casos en que coincidiesen datos relativos a la actividad empresarial y a la privada (v.gr., coincide el domicilio privado con el de la empresa, deudas de la empresa y personales) debería tenerse en cuenta la finalidad y circunstancias en que se produce el tratamiento. Si se dirige a mantener una relación empresarial, estarían excluidos, pero no cuando el uso de los datos obedezca a un fin distinto (v.gr., para dirigirse al sujeto como consumidor).

La cuestión parece clara desde un punto de vista de *lege data*, otra cosa son las consideraciones que deban realizarse *de lege ferenda*. En el ámbito del Derecho Mercantil, se excluye tradicionalmente a estos profesionales del concepto de empresarios por faltar la nota de la «despersonalización» de la organización de factores de producción para ofrecer sus servicios en el mercado, con excepción de aquellos sectores en los que lo relevante no es tanto la forma en la que se desarrolla la actividad (organización «despersonalizada») como el hecho mismo de participar en el mercado (v.gr., el derecho de la competencia). En el ámbito del dere-

cho de los consumidores, la equiparación entre profesionales y empresarios, con carácter general, deriva de la delimitación del propio concepto de consumidor, que es precisamente el que no actúa en el marco de una actividad profesional o empresarial (art. 4 TRLGDCU). Sin embargo, en el ámbito del derecho a la protección de datos, descartada su conexión estrictamente con el derecho a la intimidad personal y familiar, no está clara cuál es la razón que justifica la exclusión de los empresarios individuales y la inclusión de los profesionales liberales, más allá de razones presupuestarias relacionadas con los recursos económicos que se está dispuesto a destinar a esta materia. En cualquier caso, como ocurre con las personas jurídicas, el hecho de que el tratamiento de datos personales de empresarios individuales o de personas jurídicas quede excluido del ámbito de aplicación de la normativa sobre protección de datos, no quiere decir que no existan intereses dignos de protección por el ordenamiento jurídico respecto de ellos, ni que sea libre el tratamiento inconsentido, puesto que, como afirmamos en otro lugar, el derecho a la autodeterminación informativa no es creación de la LOPD, sino que ésta lo presupone y parte de él.

### **3. Ámbito objetivo de protección**

El ámbito objetivo de protección de esta normativa se refiere al «tratamiento de datos personales». El Reglamento define el «tratamiento» como «cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias» (artículo 5.1, apartado t) y datos de carácter personal son «cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables» (artículo 5.1, apartado f).

A la vista de estas definiciones, resulta evidente que la finalidad de estas normas no es sólo proteger el estricto ámbito de la intimidad personal o familiar, por lo que se entienden incluidas cualesquiera informaciones referidas a las personas, aunque sean de carácter puramente patrimonial (v.gr., direcciones IP, propiedades, situación laboral, información sobre sus relaciones contractuales con terceros, etcétera).

La AEPD (Informe 327/2003) ha declarado que las direcciones IP (Internet Protocol) son datos de carácter personal en tanto que, por medios razonables, aunque de forma más sencilla en las direcciones estáticas que en las dinámicas, es posible que a partir de las mismas

se logre identificar a un usuario de Internet, es decir, obtener su identidad civil (nombre dirección, número de teléfono, etc.). En cuanto a las direcciones de correo electrónico, se distingue entre aquellas que identifican en sí mismas a la persona (porque contienen nombre y apellidos) y las demás, en las que será posible la identificación mediante la consulta del servidor en el que se gestione el dominio, luego todas han de ser consideradas datos de carácter personal. En definitiva, los problemas se resuelven mediante la aplicación de ciertos principios que ya han sido fijados por la Jurisprudencia. En este sentido, la SAN de 8 de marzo de 2002 (JUR 2002/143289) afirma que para que exista un dato de carácter personal (en contraposición con dato disociado) no es imprescindible una plena coincidencia entre el dato y una persona concreta, sino que es suficiente con que tal identificación pueda efectuarse sin esfuerzos desproporcionados, y que para determinar si una persona es identificable «hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona». Finalmente, el RLOPD ha definido la persona «identificable» como «toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados» (cfr. art. 5.1 letra o).

## **III. ASPECTOS RELEVANTES DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**

### **1. Planteamiento**

La normativa sobre protección de datos gira en torno a la siguiente idea: el tratamiento de datos personales debe contar con el consentimiento del afectado (cfr. artículo 6 LOPD), que habrá sido previamente informado sobre sus derechos en el momento de recogida de los datos (artículo 5.1. LOPD). Una vez cumplidos los deberes de información y obtenido el consentimiento, que no será necesario en determinados casos, los datos sometidos a tratamiento deben ser «adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido», así como «exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado» (cfr. art. 4 LOPD). Cuando un dato no cumple estos requisitos (principios de calidad de los datos), surgen derechos-deberes de rectificación y cancelación a favor del afectado y a cargo del responsable del fichero y el encargado de su tratamiento (cfr. arts. 16 y 17 LOPD), y para ello es preci-

so reconocer al afectado sendos derechos de consulta y acceso (arts. 14 y 15 LOPD).

Los sujetos obligados por la normativa sobre protección de datos se ordenan en dos categorías. El «responsable del fichero» es quien «sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente» (art. 5.1. letra *g*, RLOPD), mientras que el «encargado del tratamiento» es quien «trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio» (art. 5.1. letra *i* RLOPD). La comunicación de datos entre el responsable y el encargado del tratamiento se rige por unas reglas específicas que se apartan, como es natural, de la general, según la cual la cesión requiere siempre el consentimiento del afectado (artículos 11 y 12 LOPD). Las relaciones entre todos estos sujetos y los supuestos de subcontratación de servicios por el encargado del tratamiento a un tercero se han desarrollado por el Reglamento de forma notable (artículos 20 a 22 RLOPD).

Por nuestra parte, nos limitaremos a analizar a continuación aquellos extremos de la protección de datos que presenten conexiones con determinados problemas propios de la contratación bancaria electrónica con consumidores. Con carácter general, hay que destacar que la particular forma en que se desarrolla este tipo de contratación no afecta en lo esencial al régimen jurídico aplicable a la protección de datos. En todo caso, las especialidades derivan de la aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, recientemente reformada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información. Esta regulación complementa la normativa sobre protección de datos y resulta aplicable más allá del limitado ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de aquélla.

## **2. Deber de informar en la recogida de los datos: el problema de la digitalización de la firma**

El artículo 5.1 LOPD exige que los afectados por el tratamiento sean previamente informados, de modo expreso, preciso e inequívoco: a) de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; b) del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; c) de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; d) de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación,

cancelación y oposición, y e) de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Conforme al apartado 3 de dicho artículo, «no será necesaria la información a que se refieren las letras b, c y d del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban».

En cuanto a la forma de realizar esa información, la Ley se limita a señalar que «cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior» (artículo 5.2 LOPD). Si la recogida de datos se realiza a través de una página web, estas obligaciones se cumplen normalmente mediante formularios a los que se accede a través de enlaces denominados «aviso legal» o «política de protección», solución que resulta correcta siempre que los afectados no puedan introducir dato alguno en la base de datos sin antes tener conciencia del citado aviso y «aceptarlo» (cfr. «Informe jurídico», AEPD 0268/2008). El cumplimiento de esta obligación de informar debe poder probarse, incluso mediante medios informáticos o telemáticos, en los términos previstos en el artículo 18 RLOPD.

La emisión y utilización de tarjetas electrónicas de pago ha generado ciertos problemas en relación con el cumplimiento de estos deberes de notificación por los sujetos intervinientes en el proceso. De forma muy general, el proceso comienza mediante la emisión de la tarjeta por la entidad financiera, que la entrega al cliente para que pueda acceder al funcionamiento automatizado del servicio de caja de la entidad, a efectos de realizar operaciones u obtener información de la propia cuenta mediante la introducción de un código secreto (número de identificación personal, NIP) en los denominados cajeros automáticos, y sobre todo para que la pueda utilizar como medio de pago por medios electrónicos. En relación con esta utilización de la tarjeta, aparece un tercer sujeto, que es el empresario que la acepta y que está vinculado con la entidad emisora mediante un contrato de admisión de tarjeta. Por su parte, las entidades de crédito participan en las sociedades Euro 6000, Sistema 4B y Servired, que a su vez disfrutan de derechos de explotación de las principales marcas de tarjetas VISA Internacional y MasterCard Europa.

Los establecimientos comerciales que aceptan la tarjeta identifican al cliente y recaban su firma tras haberse autorizado la transacción por la entidad emisora, realizan una actividad calificable como «tratamiento de datos personales», lo que plantea la cuestión de si deben informar sobre dicho tratamiento en el sentido del artículo 5 LOPD. La AEPD abrió varios expedientes a empresa-

rios que no informaban al cliente en el momento de recabar su firma mediante un sistema de tabla digitalizada. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional declaró que, efectivamente, en estos casos había tratamiento de datos personales, pero que no era necesario ofrecer información previa porque «la operación con tarjeta conlleva siempre un tratamiento de datos de carácter personal que ha sido autorizado por el titular de la misma al suscribir el contrato para su emisión siempre que el tratamiento de los datos esté vinculado lógicamente a las operaciones comerciales en las que la tarjeta es utilizada y a esos solos efectos, pues en otro caso indudablemente habría que requerir el consentimiento previa información» —cfr. SSAN de 9 octubre 2007 (RJCA 2007/784) y 28 de septiembre de 2006 (JUR/2006/251444).

### 3. Derecho al consentimiento

#### 3.1. Especialidades de la contratación electrónica

Como hemos señalado anteriormente, la normativa sobre protección de datos encuentra su fundamento y eje central en el consentimiento informado del titular de los datos personales para su tratamiento y comunicación a terceros. Dicho consentimiento consiste en una manifestación de voluntad que debe ser libre, inequívoca, específica e informada (cfr. artículos 3h, 6 y 11 LOPD), y ello también cuando la solicitud para la recogida y tratamiento se realice por medios electrónicos, aunque la especial forma en que se desarrolla exija ciertas adaptaciones y una interpretación coherente.

En el ámbito de la contratación, incluso la electrónica, el consentimiento para el tratamiento de datos resulta relevante respecto de aquéllos que no se refieran a las partes del contrato o no sean necesarios para su mantenimiento o tratamiento (v.gr., fines comerciales o de publicidad), pues los demás se entienden comprendidos en el propio consentimiento otorgado para establecer la relación jurídico-negocial (art. 6.2 LOPD; artículo 10.3 RLOPD). En estos casos, el Reglamento exige que «se permita al afectado» manifestar expresamente su negativa al tratamiento de sus datos, lo que puede realizarse, entre otros procedimientos, mediante «una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato o se establezca un procedimiento equivalente» (artículo 15).

El denominado Grupo de Trabajo del 29 (órgano consultivo independiente creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE) emitió el 17 de mayo de 2001 una recomendación sobre determinados requisitos mínimos para la recogida en línea de datos personales en la Unión Europea y, posteriormente, la AEPD elaboró unas reco-

mendaciones al sector del comercio electrónico para la adecuación de su funcionamiento a la LOPD. En el año 2002 se publicaron las conclusiones relativas al plan de inspección de oficio al sector de la banca a distancia para comprobar el grado de adecuación de los ficheros automatizados del sector a la normativa sobre protección de datos. Cuando la contratación se realiza por internet, dicha casilla aparece normalmente en las páginas web de banca a distancia, si bien se ha destacado que sería preferible desde el punto de vista del usuario que se establezca un paso más en el *íter* de recogida de los datos personales integrado en la fase precontractual o en el proceso de formación del contrato, donde resulte imposible avanzar sin aceptar o rechazar el tratamiento de los datos.

#### 3.2. Envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos

El artículo 19.2 de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, establece expresamente que la LOPD se aplicará en todo lo relativo a la obtención de datos personales, información a los interesados y creación y mantenimiento de ficheros de datos personales para el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico o medios de comunicación equivalente. Asimismo, uno de los requisitos para que proceda aplicar la excepción a la prohibición de envío establecida con carácter general (apartado 1 del artículo 21) es que los datos de contacto del destinatario se hayan recogido de forma lícita (apartado 2, artículo 21), es decir, con arreglo a la normativa sobre protección de datos.

Además, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, y no sólo en el momento de recogida de sus datos (obligación que ya se deduce de la LOPD, en su limitado ámbito de aplicación), sino también «en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija». Los prestadores de servicios deben ofrecer información accesible por medios electrónicos sobre los procedimientos para oponerse al tratamiento de datos (artículo 22, apartado 1). En cuanto a los sistemas o dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, se establecen ciertos deberes de información para los destinatarios y facilidades para el ejercicio de los derechos de oposición (artículo 22, apartado 2).

El incumplimiento de estos deberes constituye un infracción administrativa (artículo 38) y puede dar lugar a la imposición de sanciones por la AEPD, que ha sido declarada expresamente competente para conocer de aquéllos incumplimientos de la legislación de comercio

electrónico que puedan afectar a la protección de datos de carácter personal (cfr. artículo 43, Ley 34/2002).

#### 4. Cesión de datos a terceros

La comunicación a terceros de datos de carácter personal (cesión de datos) se rige por dos principios: sólo es posible para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, y resultará nulo cuando la información que se facilita al interesado no le permita conocer la «finalidad a que se destinarán los datos» y el «tipo de actividad» de aquel a quien se pretenden comunicar (cfr. art. 11 LOPD). Por ejemplo, una autorización de cesión de datos para «realizar labores de información, formación y comercialización del servicio» no serviría para efectuar pruebas de *scoring* o de establecimiento de riesgo de clientes —cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 1 marzo 2006 (RJ 2006/5506).

Un supuesto especialmente conflictivo es el de la cesión de datos realizada en el marco de operaciones de reestructuración empresarial. Es conocido el caso de la cesión de sucursales de Banesto a favor del Banco Santander que dio lugar a la imposición de importantes sanciones en vía administrativa —cfr. SSAN de 16 de febrero de 2005 (JUR 2005, 223019 y 226246)— e incluso motivó acciones de clientes en procedimientos civiles —cfr. SAP Toledo de 12 de julio de 2004 (JUR 2004, 202840). Estas resoluciones fueron cuestionadas por la doctrina científica sobre la base de que la cesión de datos en ese tipo de operaciones debería entenderse incluida en la excepción relativa al tratamiento necesario para el mantenimiento y desarrollo de relaciones contractuales. El Reglamento optó por configurar este supuesto como uno «especial» y excluir la aplicación de las normas sobre cesión de datos en los supuestos de modificación del responsable de un fichero a consecuencia de una «operación de fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos, aportación o transmisión de negocio o rama de actividad empresarial, o cualquier operación de reestructuración societaria de análoga naturaleza, contemplada por la normativa mercantil», sin perjuicio del cumplimiento por el responsable de las obligaciones de información previstas con carácter general en el artículo 5 de la Ley (cfr. art. 19 RLOPD).

#### 5. Deberes de seguridad y secreto de los datos personales

##### 5.1. Introducción

El artículo 9 LOPD establece, sobre el responsable de un fichero y sobre el encargado de su tratamiento, el

deber de adoptar las «medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que estén expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural». Asimismo, el artículo 10 del mismo texto legal dispone que «el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos». El Reglamento de protección de datos dedica su título VIII a regular las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal y distingue tres niveles (bajo, medio y alto). Las entidades financieras deberán aplicar las de nivel medio (capítulo III, sección 2ª, artículos 95 a 100), cuando el tratamiento de datos se realice para finalidades relacionadas con la prestación de servicios propios de su actividad (artículo 81.2 letra d) RLOPD), lo que implica la obligación de designar uno o varios responsables de seguridad y, en determinados casos, de someterse a auditoría.

Resulta de particular interés destacar que el artículo 19 LOPD reconoce a favor de los afectados un derecho a la indemnización del daño o lesión «en sus bienes o derechos» como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la Ley, mediante acciones de indemnización de daños y perjuicios que se promoverán ante la jurisdicción ordinaria. La norma es únicamente declarativa del derecho a la indemnización (no establece el régimen jurídico de la responsabilidad), pero tiene importancia porque reconoce el derecho a la indemnización de los daños puramente patrimoniales derivados de la infracción de la normativa sobre protección de datos. En consecuencia, no podría alegarse como fundamento de exclusión de la responsabilidad que el ámbito de protección de este tipo de normas sólo se refiere a la evitación de daños de tipo moral o personal (v.gr., lesión de la intimidad).

##### 5.2. Responsabilidad derivada del uso fraudulento de tarjetas de pago y del fraude en internet

La determinación del contenido y ámbito de protección de estos deberes de seguridad y secreto tiene su incidencia en un sector, ciertamente conflictivo en la práctica, como es el de la responsabilidad derivada por el uso fraudulento de tarjetas de pago. Es sabido que este tipo de supuestos plantean la dificultad de delimitar las posiciones de responsabilidad de todos los intervinientes, aparte del que realiza tal uso fraudulento: el titular de la tarjeta (que tiene deberes de custodia y de reducción del alcance de los daños), la entidad emisora, las sociedades que incorporan su marca en la tarje-

ta y controlan el sistema informático y, en algunos casos, el empresario destinatario del pago (que puede operar a distancia).

En torno a este temario se plantean cuestiones de gran interés, como la de delimitar la validez y alcance de las cláusulas que contienen los contratos entre el titular de la tarjeta y la entidad emisora, y entre ésta y los empresarios vinculados mediante contratos de afiliación sobre distribución del riesgo en caso de uso fraudulento, y el problema de si está justificado o no aplicar principios de responsabilidad por riesgo para imputar a las entidades financieras la obligación de indemnizar los daños derivados de fraudes informáticos realizados mediante tarjetas (o mediante el acceso ilegítimo a datos personales del afectado mediante internet). La perspectiva que interesa a los efectos de este trabajo se refiere a los supuestos de acceso ilegítimo a los datos personales del titular de la tarjeta, que requiere verificar si ha existido incumplimiento de los deberes de seguridad a cargo del responsable y encargados del tratamiento de los datos personales del afectado (v.gr., de su PIN, nombre, datos bancarios, etcétera) y, lo más importante, sobre quién pesa la carga de probar dicho incumplimiento según las reglas generales (art. 217 LEC).

Es necesario distinguir entre supuestos en los que la tarjeta física ha sido utilizada por un tercero, a consecuencia de su extravío o sustracción, y aquellos otros en los que se haya recurrido a técnicas complejas para su clonación.

#### a) Utilización fraudulenta por sustracción o extravío

La cuestión central en estos supuestos es determinar el alcance de los deberes de custodia diligente de la tarjeta física, confidencialidad del PIN y comunicación inmediata de su sustracción o extravío, que es un tema a resolver caso por caso, más allá de los que resultan evidentes (v.gr., no firmar la tarjeta, anotar el PIN en un lugar cercano a la misma, ceder su uso a terceros, etc.). El Código de Buena Conducta de la Banca Europea (respuesta de los operadores a la Recomendación 88/590/CEE, de la Comisión, de 8 de diciembre de 1987, relativa a los sistemas de pago y, en particular, a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas) estableció en su norma 12 la conveniencia de fijar un límite de responsabilidad del consumidor en relación con estas disposiciones por un importe de 150 euros, salvo que hubiese actuado de forma fraudulenta, a sabiendas o con negligencia grave, no hubiera observado la debida diligencia en la custodia de la tarjeta y de su número secreto, así como la obligación de avisar la pérdida, robo o duplicado ilícito de la misma con la mayor celeridad posible (es decir, de forma diligente). La Jurisprudencia ha declarado la validez de las cláusulas de exención de

responsabilidad del banco o entidad crediticia en el contrato de tarjeta, por extravío o sustracción, por los cargos realizados antes de que su titular notificase su pérdida a la entidad (cfr. SSAP Madrid, de 11 de mayo de 2005 (AC 2005, 832), 6 de febrero de 2008 (AC 2008, 723) y 3 de junio de 2008 (JUR 2008/223590).

La *Memoria* del Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha denunciado como contrarios a las buenas prácticas algunos comportamientos y cláusulas contractuales que desgraciadamente se siguen detectando en la *praxis*: a) las cláusulas de exclusión objetiva de la aplicación del límite de 150 € para los supuestos en los que las transacciones fraudulentas se efectuaran mediante la utilización de la clave secreta (extracción en cajeros automáticos), puesto que no cabe imputar automáticamente dicha circunstancia al incumplimiento de guardar la confidencialidad del PIN (cfr. apartado 6.1 de la Recomendación 88/590/CEE); b) condicionar la retrocesión de las operaciones a la presentación de una denuncia policial sobre extravío de la tarjeta; c) no aplicar el límite de responsabilidad en aquellos supuestos en que el usuario hubiese elegido un límite de disposición diario superior al que ofrece con carácter general el contrato; d) no aplicar el citado límite cuando el consumidor incumplió el deber de comunicar el extravío o sustracción de la tarjeta dentro del plazo contractualmente previsto (24 horas), presumiendo así que no obró de forma diligente (en relación con la interpretación de este tipo de cláusulas y la polémica sobre su carácter abusivo, cfr. las SSAP Madrid de 26 de mayo de 2006 (AC 2006/1863), 28 de noviembre de 2003 (JUR 2004/89327), 25 de abril de 2006 (AC 2006/839) y 6 de febrero de 2008 (AC 2008/723), entre otras).

Cuando el número de una tarjeta haya sido utilizado de forma fraudulenta o indebida como medio de pago de las obligaciones pecuniarias derivadas de un contrato a distancia, de conformidad con el apartado primero del artículo 106 TRLGDCU (y, en parecidos términos, el art. 46 LOCM), el titular de la tarjeta tiene derecho a exigir de la entidad emisora de la tarjeta la inmediata anulación del cargo, y la entidad financiera debe proceder, a la mayor brevedad, a practicar las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del proveedor y del titular. El apartado segundo de dicho precepto añade una regla que afecta exclusivamente a la relación proveedor-titular de la tarjeta, según la cual el consumidor sólo quedará obligado a la indemnización de daños y perjuicios sufridos por el empresario a consecuencia de la anulación si la compra hubiese sido efectivamente realizada por él y no hubiera sido resultado del ejercicio de su derecho de desistimiento.

La cuestión es si, en este tipo de supuestos, la entidad financiera debe mantener el adeudo cuando el

empresario acredite la realidad de la transacción mediante la remisión de copia de los registros informáticos, acreditando que el titular de la tarjeta facilitó el número y que la operación se terminó con normalidad. En nuestra opinión, la relación entre los apartados primero y segundo del art. 106 TRLGDCU debe ser la siguiente: las entidades están obligadas a anular el cargo inmediatamente y sin entrar a valorar la corrección o no del ejercicio de ese derecho (apartado primero), que es algo que se resuelve mediante el reconocimiento de un derecho de indemnización de daños por anulación indebida en la relación consumidor-empresario (apartado segundo). El derecho al abono no puede ser condicionado por la entidad bancaria de ninguna forma, ni pactarse o aplicarse aquí el límite de los 150 €, pues contravendría una norma de derecho imperativo dictada en protección de consumidores.

#### b) Supuestos de clonación o técnicas análogas

Cuando el uso fraudulento de la tarjeta se debe a la aplicación de técnicas sofisticadas, la cuestión se resuelve de forma distinta. Existen varias resoluciones en la jurisprudencia menor que han reconocido la existencia de un riesgo calificado como «fugas del sistema» en cuanto a la sustracción de las tarjetas y el uso fraudulento de las mismas por terceros, que acceden a la información y a los datos mediante técnicas sofisticadas. Ese riesgo, se dice, ha de ser asumido por las entidades bancarias en tanto que son ellas las que generan la fuente de riesgo como emisoras de las tarjetas e impulsoras de su uso en masa, y porque controlan y confeccionan los medios tecnológicos para su efectividad y su seguridad. La responsabilidad sólo correspondería al consumidor cuando el uso fraudulento sea imputable a su comportamiento negligente. En cuanto a la carga de la prueba, se ha declarado que la entidad bancaria debe acreditar que el cliente no observó la diligencia debida, mientras que corresponde al usuario de la tarjeta la prueba de que las disposiciones efectuadas con la misma fueron fraudulentas. Las cláusulas contractuales que atribuyan al consumidor esta responsabilidad o la que establezca cualquier tipo de franquicia serían nulas por abusivas —cfr. SAP Valencia de 17 de mayo de 2006 (AC/2006/1647), SAP Madrid (Sección 25ª) de 10 de octubre de 2007 (JUR 2008/1366) y SAP Córdoba de 24 julio de 2006 (AC 2007/1099).

Es difícil predecir si se impondrá la misma regla en los supuestos de fraude por internet mediante técnicas de suplantación de la personalidad del usuario. El supuesto más frecuente consiste en la captación de las claves mediante sistemas de ingeniería social (*phishing*, *keylogging*, virus «troyanos» que se instalan en el equipo, etc.) y la posterior ejecución de una transferencia de fondos desde la cuenta del titular, bien a la cuenta de un intermediario de la que se extraen los

fondos en efectivo, bien al extranjero a través de un establecimiento de gestión de transferencias. La Recomendación 97/489/CE, de la Comisión, de 30 de julio de 1997, que comprende el servicio de banca a distancia como instrumento de pago de acceso a distancia, establece que el titular no será responsable de las transferencias de fondos realizadas de forma fraudulenta si el instrumento de pago se utilizó «sin presentación física o identificación por medios electrónicos del instrumento mismo» (v.gr., de la tarjeta de coordenadas para el acceso y utilización de la cuenta por internet), y añade que «el uso exclusivo de un código confidencial o cualquier otro elemento similar de identificación no será suficiente para entrañar su responsabilidad» (v.gr., número de usuario y contraseña para acceder a la banca a distancia). En todo caso, se establece una limitación de responsabilidad del cliente de hasta 150 euros, salvo supuestos de negligencia en la custodia de instrumentos de pago (o acceso a la banca a distancia).

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España hace referencia a esta cuestión en su *Memoria* para el ejercicio de 2007, y establece las siguientes premisas: a) son las entidades las que han puesto en funcionamiento un nuevo canal operativo para sus clientes, cuyo uso fraudulento puede devenir en graves perjuicios para los mismos; b) el uso fraudulento puede venir producido no sólo por la negligencia de los clientes, sino por un desconocimiento más que comprensible de los riesgos asumidos o por la vulnerabilidad de los sistemas de autenticación utilizados; c) los sistemas de autenticación son elegidos por las entidades, existiendo casos en los que otros sistemas pueden proporcionar una mayor seguridad a la hora de la correcta identificación de los clientes de banca electrónica. El Servicio llega a la conclusión de que «no parece equitativo ni proporcionado que las entidades eludan sin más su responsabilidad, dirigiendo a sus clientes a los tribunales de justicia y haciendo recaer en los mismos la totalidad de los importes defraudados». Hacer recaer en el cliente toda la responsabilidad, así como la carga de la prueba de haber actuado correctamente (mediante pruebas de carácter negativo como, por ejemplo que no facilitó sus claves al contestar un correo *spam* o que no actuó desde un equipo desprotegido), sería una mala práctica bancaria porque le sitúa en una posición de inferioridad e indefensión frente a la entidad, que es la que ha ofrecido el sistema a su cliente y elegido los mecanismos de seguridad que ha estimado más convenientes.

En el ámbito de la responsabilidad contractual, la imputación y el alcance de la obligación de indemnizar se realiza a partir de la distribución de los riesgos previstos por las partes en el momento de contratar. En principio, cada parte responde de los inherentes a su

propia organización y con independencia de que haya existido o no culpa por su parte en el control de esos riesgos, pues la culpa sólo es uno de los factores de atribución de este tipo de responsabilidad. En la contratación a distancia, el sistema de comunicación es organizado por las entidades financieras, por lo que la responsabilidad derivada de sus fallos y de las insuficiencias en materia de seguridad deberían recaer exclusivamente sobre aquéllas, y su atribución al consumidor resultaría abusiva. Las cláusulas no negociadas individualmente deberán pasar el tamiz de la normativa sobre condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas (arts. 82 y ss. TRLGDCU) y, en caso de detectar una desproporción, proceder a la integración del contrato (art. 1258 CC) tomando en consideración los postulados de la Recomendación 97/489/CE.

Desde la perspectiva de la protección de datos personales, se puede añadir que, como responsables del fichero o del tratamiento, las entidades financieras tienen la obligación de «garantizar» la seguridad de los datos personales del afectado en aras a evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado (artículo 9 LOPD), que es también una exigencia del deber de secreto bancario. Por su parte, el RLOPD establece, en su artículo 93, que el responsable del fichero o tratamiento deberá adoptar las medidas que «garanticen la correcta identificación y autenticación de los usuarios» (apartado primero), que debe ser «inequívoca y personalizada» (apartado segundo).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpretado estas obligaciones de seguridad de forma estricta, y razonado en términos de responsabilidad por riesgo. En la STS 3ª, de 28 de junio de 2006 (JUR 2006/204327), con cita de otras muchas resoluciones, se establece la siguiente doctrina jurisprudencial: «No basta, entonces, con la adopción de cualquier medida, pues deben ser las necesarias para garantizar aquellos objetivos que marca el precepto. Y, por supuesto, no basta con la aprobación formal de las medidas de seguridad, pues resulta exigible que aquéllas se instauren y pongan en práctica de manera efectiva. Así, de nada sirve que se aprueben unas instrucciones detalladas sobre el modo de proceder para la recogida y destrucción de documentos que contengan datos personales, si luego no se exige a los empleados del banco la observancia de aquellas instrucciones. Se impone, en consecuencia, una *obligación de resultado*, consistente en que se adopten las medidas necesarias para evitar que los datos se pierdan, extravíen o acaben en manos de terceros. En definitiva, y como manifiesta el Abogado del Estado en la contestación, la recurrente es, por disposición legal, una *deudora de seguridad en materia de datos*, y por tanto debe dar una explicación adecuada y razonable de cómo los datos han ido a parar a un

lugar en el que son susceptibles de recuperación por parte de terceros, siendo insuficiente con acreditar que adopta una serie de medidas, pues también es responsable de que las mismas se cumplan y se ejecuten con rigor. En definitiva, toda responsable de un fichero (o encargada de tratamiento) debe asegurarse de que dichas medidas o mecanismos se implementen de manera efectiva en la práctica *sin que, bajo ningún concepto, datos bancarios o cualesquiera otros datos de carácter personal puedan llegar a manos de terceras personas*». En el caso resuelto por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Murcia, de 30 de marzo de 2007 (JUR 2008/44072), el demandante denunciaba que, mediante un virus del tipo «troyano», un tercero había accedido a su ordenador y obtenido las claves y datos de firma electrónica para acceder a su cuenta corriente *on line* y efectuado una disposición patrimonial fraudulenta, lo que motivó el ejercicio de una acción de responsabilidad contra el banco. La pretensión fue desestimada por falta de prueba respecto de dicho extremo.

#### IV. CONCLUSIONES

1. La normativa sobre protección de datos personales, representada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD) y su Reglamento, aprobado mediante Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), resulta plenamente aplicable al supuesto de la contratación electrónica, si bien su interpretación y aplicación debe adaptarse a los especiales medios empleados para la formación de la relación contractual y su posterior ejecución. Las direcciones de IP y de correo electrónico son datos personales si permiten identificar a una persona sin realizar esfuerzos extraordinarios. Cuando la contratación se realiza mediante internet, las páginas web deben contener enlaces que faciliten al usuario la información exigida con carácter previo a la recogida de sus datos y le permitan oponerse al tratamiento de los datos que no sea necesarios para el mantenimiento de la relación contractual.

2. El empresario individual y las personas jurídicas quedan excluidas del ámbito subjetivo de protección de la normativa de protección de datos, lo que no quiere decir que carezcan de un auténtico derecho subjetivo o, cuando menos, un interés jurídico digno de protección por el ordenamiento jurídico mediante el recurso a los institutos generales (responsabilidad civil extracontractual, interdicción del ejercicio abusivo de los derechos, etcétera).

3. Las entidades financieras, como responsables de ficheros o, en su caso, encargados del tratamiento, tienen el deber de garantizar la seguridad de los datos

personales de los usuarios y evitar el acceso no autorizado por terceros, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que estén expuestos. El incumplimiento de este deber genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, incluso meramente patrimoniales, de los afectados respecto de los que se encuentran en posición de garante.

4. De conformidad con una extendida línea jurisprudencial, recaída en el conflictivo sector del uso fraudulento de datos personales asociados a tarjetas de crédito, el riesgo de producirse «fugas del sistema» debe ser asumido por las entidades bancarias, en tanto que son ellas las que generan la fuente de riesgo como emisoras de las tarjetas e impulsoras de su uso en masa y porque controlan y confeccionan los medios tecnológicos para su efectividad y su seguridad. La aplicación de este principio a los supuestos de fraudes realizados mediante la utilización de los servicios de la banca a distancia es conflictiva, si bien la expresa obligación legal de «garantizar» la seguridad de los datos personales y la necesaria protección de la posición jurídica del consumidor, mediante el control de las condiciones generales de los contratos de prestación de ese tipo de servicios en conexión con el deber de secreto bancario, permitiría defender una solución en dicha línea.

#### RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS

— STC de 30 de noviembre de 2000 (RTC 2000, 290). La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 ce) y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona.

— SAN (Sala Cont.-Admvo., Sec. 1ª), de 21 de noviembre de 2002 (RJCA 2003, 40). Derecho a la intimidad personal y familiar; contenido: protección de datos personales de profesionales que no ejercen su actividad bajo forma de empresa; arquitectos; inclusión.

— SAN (Sala Cont.-Admvo., Sec. 1ª), de 11 de febrero de 2004 (RJCA 2004, 421). Ámbito de aplicación: dato de persona física; relativo a actividad profesional; lugar de ejercicio de su profesión; irrelevancia; inclusión procedente.

— SAN (Sala Cont.-Admvo., Sec. 1ª), de 8 de marzo de 2002 (JUR 2002, 143289). Concepto de dato personal: no es imprescindible una plena coincidencia entre el dato y una persona concreta, sino que es suficiente con que tal identificación pueda efectuarse sin esfuerzos desproporcionados.

— SAN (Sala Cont.-Admvo., Sec. 1ª), de 9 de octubre de 2007 (RJCA/2007/784). Desde el momento en que el cliente elige la tarjeta

como medio de pago, debe entenderse que existe consentimiento tácito al sistema de captura electrónica de firma en tableta digitalizadora.

— SAN (Sala Cont.-Admvo., Sec. 1ª), de 28 de septiembre de 2006 (JUR/2006/251444). La captura electrónica de firma, consistente en digitalizar los trazos efectuados por los clientes sobre una tableta conectada al terminal de venta, no está sometida al deber de información previa.

— SAP Madrid (Sec. 13ª) de 11 de mayo de 2005 (AC 2005, 832). Cláusulas abusivas exención de responsabilidad de la entidad bancaria por fallos en sus aparatos en la realización de operaciones con tarjetas.

— SAP Madrid (Sec. 14ª) de 6 de febrero de 2008 (AC 2008, 723). Condiciones abusivas: improcedencia: cláusulas de exención de toda responsabilidad por extravío o sustracción de la tarjeta, antes de que su titular notifique su pérdida a la entidad emisora.

— SAP Madrid (Sec. 25ª) de 3 de junio de 2008 (JUR 2008/223590). Validez de las cláusulas de exención de responsabilidad del banco o entidad crediticia en el contrato de tarjeta, por extravío o sustracción de la tarjeta antes de que su titular notificase su pérdida a la entidad.

— SAP Valencia (Sec. 9ª) de 17 de mayo de 2006 (AC/2006/1647). Uso fraudulento por el sistema de clonación; consecuencias perjudiciales que en principio han de ser asumidas por la misma; no cabe hacer por vía contractual al usuario responsable prescindiendo de la culpa del consumidor; nulidad de la cláusula; falta de acreditación de su negligencia.

— SAP Madrid (Sec. 25ª) de 10 de octubre de 2007 (JUR 2008/1366). Toda la elaboración del riesgo técnico tiene como referente la posición dominante de la entidad bancaria y la consiguiente asunción de las consecuencias perjudiciales, que decae cuando el perjuicio es imputable al titular de la tarjeta, cuestión cuya prueba incumbe a la demandada.

— SAP Córdoba (Sec. 1ª) de 24 julio de 2006 (AC 2007/1099). Es obligación de la entidad financiera suministradora de la tarjeta proporcionar al cliente un instrumento fiable y seguro, sin que en determinadas condiciones se le puedan repercutir a aquél las consecuencias económicas que se deriven de la falta de seguridad de los sistemas de protección de las tarjetas.

#### BIBLIOGRAFÍA

ERDOZAÍN LÓPEZ, J. C. (2007), «La protección de los datos de carácter personal en las telecomunicaciones», *Aranzadi Civil*, núm. 2.

MADRID PARRA, A. (2008), «Contratación electrónica y protección de datos personales», *RCE*, núm. 94, junio.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2007), *Contratación bancaria y protección de datos*, Adolfo SEQUEIRA (coord.), Ed. Dykman, Madrid.

AA.VV. (2008a), *Protección de datos. Comentarios al Reglamento*, Javier ZABÍA DE LA MATA, (coord.), Ed. Lex Nova, 1ª edición, Madrid.

AA.VV. (2008b), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*, Carlos LERMES SERRANO (coord.), Ed. Lex Nova, 1ª edición, Madrid.

# Los sistemas alternativos de resolución de conflictos en la contratación bancaria electrónica

Marta Blanco Carrasco

## I. RESUMEN

Las novedades introducidas por las tecnologías de la información y la comunicación en el tráfico jurídico han permitido el acceso de los consumidores a nuevas e impensables formas de consumo. Sin embargo, la rapidez e inmediatez que ofrecen estas nuevas tecnologías han generado a su vez situaciones de creciente inseguridad y desprotección para el consumidor. Ello ha motivado que la reciente normativa europea y nacional en el ámbito del consumo se haya centrado en dos objetivos principales: la mejora de los procedimientos de protección del consumidor ya existentes y la introducción de nuevos sistemas de solución de controversias que den respuesta a nuevas necesidades.

Estos nuevos sistemas, conocidos como *sistemas extrajudiciales o alternativos de resolución de conflictos*, han sido ya incorporados al ordenamiento jurídico de numerosos países de la Unión Europea en muy diferentes ámbitos, y de forma especial en el sector de los servicios financieros. En este sector han destacado fundamentalmente tres en el ordenamiento jurídico español: el *arbitraje de consumo*, la *mediación de consumo*, y la figura del *comisionado*, que serán objeto de nuestro análisis en las próximas líneas, precedido de un planteamiento general acerca de la naturaleza y funciones de los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR).

## II. PRESENTACIÓN

La garantía y protección del *derecho de acceso a la justicia* se ha convertido en uno de los objetivos fundamentales de la política europea de protección al consumidor, prestando especial importancia a la necesidad de incorporar en los estados miembros *sistemas rápidos y efectivos de gestión de las quejas o reclamaciones*

que los consumidores consideren necesarias ante la violación de alguno de sus derechos. Fruto de éste interés son las numerosas directivas y recomendaciones con el objeto de impulsar la implantación de los conocidos como *sistemas alternativos de resolución de conflictos* (ADR) en el ámbito del consumo.

En España, el sistema alternativo que cuenta con mayor respaldo, tanto normativo como práctico, es sin duda el *arbitraje*. Su regulación general la encontramos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, con las modificaciones introducidas para el ámbito del consumo por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del sistema arbitral de consumo.

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos se han extendido desde la contratación electrónica en general, regulada en las leyes del comercio y firmas electrónicas, a los diversos ámbitos sectoriales, como el financiero. Es en el derecho de la contratación electrónica en el que comienzan a despuntar nuevas figuras o sistemas de solución de conflictos. Entre ellas, la *mediación*, regulada en Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo (art. 38), y otras figuras híbridas o mixtas como los comisionados, creados por el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

## III. PLANTEAMIENTO GENERAL. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (ADR)

### 1. Concepto y características comunes de los ADR

Con las siglas anglosajonas ADR (*alternative dispute resolution*) se designa el conjunto de sistemas que tienen

como objetivo resolver o gestionar los conflictos o disputas sin el concurso de los tribunales de justicia (Blanco, 2009).

Estos sistemas surgen como consecuencia de la saturación de los tribunales de justicia y de los dilatados plazos para la resolución de conflictos, de forma que, junto a la posibilidad de acudir al juez, viene siendo frecuente recurrir a «otros terceros» para tratar de alcanzar la solución a un litigio.

De esta forma los *sistemas alternativos de resolución de conflictos*, o ADR (1), tienen como objetivo último *mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos*; por ello, su estudio debe encuadrarse dentro del llamado *derecho de acceso a la justicia* (2). Su importancia parte de la constatación de que una *adecuada protección del ciudadano* no consiste exclusivamente en un *reconocimiento* de una variedad exhaustiva de derechos subjetivos, sino, en gran medida, de que ese reconocimiento sea *efectivo*. A todo derecho le debe corresponder una *acción destinada a su reconocimiento en un juicio*, pero en ocasiones el procedimiento judicial no responde adecuadamente a las necesidades del ciudadano. La efectividad en la protección de los derechos de los ciudadanos se consigue cuando se permite que éste goce de todas las garantías y posibilidades de recurso *reales* ante la vulneración de los mismos. Se trata, por tanto, *no solo de que existan vías de recurso que permitan al ciudadano defender cualquiera de los derechos que tenga reconocidos, sino de que estas vías sean conocidas y adecuadas*, permitiendo alcanzar el objetivo que pretenden cumplir.

Esta afirmación ha permitido que, junto con la jurisdicción, se ofrezcan otras vías que permitirán, en determinadas condiciones, acceder a una satisfacción más rápida y efectiva de los derechos subjetivos vulnerados. Precisamente por esto, por su intento de evitar la jurisdicción, se denominan alternativos, puesto que ofrecen una alternativa a la solución judicial del conflicto.

De acuerdo con lo anterior, debemos distinguir entre cauces *jurisdiccionales* y *extrajurisdiccionales* de solución de conflictos (Barona, 1999: 167-169). Los primeros son aquéllos que suelen denominarse como «justicia formal» (ibidem), en el sentido de métodos institucionalizados y basados en la intervención de los órganos jurisdiccionales. Los cauces extrajurisdiccionales son aquellos mecanismos de solución de conflictos surgidos al margen del proceso y desarrollados por órganos no vinculados al poder judicial que, si bien no responden a las exigencias garantistas del poder judicial, se han revelado más aptos y adecuados en determinadas circunstancias.

Los ADR engloban una gran variedad de sistemas, gozando cada uno de ellos de especiales característi-

cas. En un *sentido amplio*, entre los ADR se incluiría cualquier institución que permita la solución al conflicto al margen del proceso judicial, sin que sea necesaria la intervención de una tercera persona ajena al conflicto, como por ejemplo la transacción o la negociación no asistida.

En un *sentido estricto*, sólo se considerarían incluidos los sistemas que requieran la participación de una tercera persona ajena al conflicto. Esta parece ser la posición seguida por la Unión Europea, puesto que sólo presta atención a aquellos sistemas que requieren la intervención de un tercero (3). Esta intervención es deseada y requerida por las propias partes en conflicto, que, a pesar de no poder alcanzar la solución por sí mismas, están de acuerdo en hacer un esfuerzo por evitar la jurisdicción.

Siguiendo lo manifestado tanto por la Comisión como por el Parlamento Europeo, los ADR tienen las siguientes características en común:

1) Requieren la intervención de una *tercera persona*.

2) Esta intervención debe ser *activa*.

3) El acceso a ellos debe ser *voluntaria*.

4) Su creación o establecimiento es normalmente producto de *iniciativas de un sector* determinado, como bancos, entidades de seguros, empresas dedicadas al sector de las telecomunicaciones.

5) El *órgano* o tercero que interviene para la solución del conflicto es en ocasiones una autoridad pública (Consumer Complaints Board, en Dinamarca, o el Comisionado en España), pero en la mayoría de los países es un órgano privado (permanente o no, colegial o unipersonal).

6) El *resultado* de la intervención del tercero puede ser muy diverso. Así, en unas ocasiones se limita a aproximar las posiciones de las partes, mientras que en otros casos emite una decisión que puede tener muy diferente alcance:

— Pueden ser meras recomendaciones, de carácter no obligatorio para ninguna de las partes, como los *complaints boards*, de países escandinavos u *ombudsman* privados.

— Puede ser una decisión obligatoria para el profesional, como en el caso de los *ombudsman* de los bancos.

— O puede ser obligatoria para ambas partes en el conflicto, como en el arbitraje.

## 2. El arbitraje

El arbitraje es la institución a través de la cual las personas naturales o jurídicas someten, mediante una declaración de voluntad, las cuestiones litigiosas actuales o futuras que surjan en una materia de libre disposición a la decisión de uno o varios árbitros, vinculándose a dicha resolución (4).

Entre las principales características del arbitraje, y que le distinguen del resto de ADR, encontramos las siguientes:

a) *Se trata de un sistema voluntario para las partes sólo al inicio del procedimiento, pero no en su finalización*

La sumisión al arbitraje requiere una declaración de voluntad de las partes para someter su conflicto a dicho sistema (5). Esta declaración de voluntad se recoge en el denominado *convenio arbitral*, y puede formalizarse tanto antes como después de que surja el conflicto. Sin embargo, este carácter rogado no se mantiene durante todo el proceso, dado que, una vez sometido el conflicto al proceso de arbitraje, éste seguirá de oficio a pesar de la inactividad de las partes (art. 31 LA de 2003). Es lo que se conoce como el efecto positivo del convenio arbitral (6). Las partes son libres de suscribir o no el convenio, pero una vez que se ha formalizado válidamente se encuentran vinculadas al proceso arbitral de forma inexorable, puesto que no podrán sustraer el conflicto del conocimiento del árbitro salvo voluntad conforme de ambas partes. Sólo en el caso de que ambas partes lo deseen podrán desvincularse del proceso arbitral.

b) *La sumisión al sistema arbitral excluye la posibilidad de resolver el conflicto posteriormente ante la jurisdicción*

El convenio arbitral permite fundamentar una excepción que impide al órgano judicial entrar en conocimiento de la materia al considerarlo incompetente para conocer de la cuestión litigiosa que se somete al arbitraje a través del convenio arbitral. Se trata de que las partes, a través del convenio arbitral voluntariamente suscrito, excluyen el conocimiento de su conflicto a la jurisdicción y lo entregan a la decisión de un árbitro (7).

c) *La función del árbitro es emitir una solución al conflicto: el laudo*

El árbitro tiene como función principal decidir la solución al conflicto, lo que acerca esta figura a la jurisdic-

ción más que a otras figuras como la mediación o conciliación (8), y ello en varios sentidos.

En primer lugar, *el laudo tendrá efecto de cosa juzgada*, en el sentido de que lo decidido por el árbitro vincula al juez posteriormente. El laudo no solo resuelve definitivamente la controversia, sino que lo hace firmemente, no pudiendo volver a plantearse el conflicto ni ante un juez ni ante otro árbitro. Por lo tanto, el laudo tiene efecto tanto de *cosa juzgada formal*, lo que garantiza su inatacabilidad, como de *cosa juzgada material*, lo que significa que no podrá dictarse un nuevo laudo o sentencia sobre el mismo objeto de arbitraje.

En segundo lugar, *el laudo es título ejecutivo* (artículo 517.2 LEC). Esto significa que, en caso de incumplimiento de lo establecido en él, se puede obligar a su cumplimiento. Ahora bien, dicha ejecución no puede ser acordada por el árbitro que adoptó el laudo incumplido, sino que debe ser acordada por el juez de primera instancia del lugar donde se haya pronunciado el laudo (artículo 8.4 LA 2003 y 545 LEC).

Como hemos visto, el arbitraje goza de unas características muy especiales que no pueden predicarse de otros ADR, y que lo acercan mucho a las características propias de la jurisdicción. Ello ha motivado que exista gran dificultad a la hora de determinar la naturaleza jurídica del arbitraje, llegando parte de la doctrina a considerar que estamos ante una figura de naturaleza jurisdiccional o cuasi jurisdiccional (Álvarez Alarcón, 1999: 31).

Este acercamiento a la jurisdicción ha motivado que en ocasiones se considere que el arbitraje no debe ser incluido entre los ADR. Así, el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* (9) excluye el arbitraje de su regulación puesto que «el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia». De forma similar se pronuncia la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (10), al afirmar, en su apartado 8, que la Directiva deberá abarcar los procedimientos donde dos o más partes en un conflicto son asistidas por un mediador para alcanzar un acuerdo amistoso sobre la resolución del conflicto, pero «excluye los procedimientos que tienen una cierta naturaleza jurisdiccional como el arbitraje, el recurso al Defensor del Pueblo, las denuncias de consumidores, la determinación por experto o procesos administrativos por órganos que formulan una recomendación formal, ya sea jurídicamente vinculante o no para resolver el conflicto».

### 3. La mediación

El fenómeno de la mediación ha tenido en nuestro país un importante desarrollo desde los años noventa, practicándose en la actualidad en un amplio campo de relaciones jurídicas, ya sean laborales, familiares, políticas, económicas o jurídicas. En todos estos ámbitos existe un elemento común que puede ser identificado como la propia esencia de esta figura, y es que la mediación se concibe como *la intervención, voluntariamente aceptada por las partes enfrentadas en un conflicto, de una tercera persona sin capacidad de decisión sobre el fondo del asunto*.

En este sentido, son muchos los autores (11) que han propuesto diversas definiciones de la mediación. Baste a modo de ejemplo la aportada por Mejías (1997: 26), identificándola como «una forma pacífica de resolución de los conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes».

La mediación ha sido también definida en diversos cuerpos normativos. La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (12), define la *mediación*, en su artículo 3, como «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este proceso puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el derecho de un Estado miembro» (13). Asimismo ofrece una definición de *mediador*, afirmando que es «todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación».

Los principios fundamentales que constituyen la esencia de la mediación se encuentran perfectamente recogidos en las leyes autonómicas de mediación familiar (14). Siguiendo la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid (art. 4), estos principios esenciales serían:

1) *Voluntariedad*, que se manifiesta tanto para iniciar el proceso como para terminarlo. Las partes no están obligadas a acudir a mediación, siendo imprescindible su consentimiento expreso y libremente manifestado en

lo que las leyes de mediación familiar denominan el Acta Inicial de la mediación, y pueden abandonarla en el momento que consideren oportuno.

2) *Confidencialidad y reserva*, que trata de evitar que el mediador pueda ser llamado como testigo o perito en un eventual juicio, para lo cual se firma el compromiso de confidencialidad entre las partes que participarán en el proceso de mediación, incluido el mediador.

3) *Imparcialidad y neutralidad*, cuya diferenciación no es sencilla. La imparcialidad debe ser entendida como la relación del mediador con las partes que trata de evitar que una amistad o enemistad manifiesta con alguna de ellas pueda perjudicar el resultado del proceso. La neutralidad es entendida como la relación del mediador con el resultado del conflicto, de forma que no oriente éste hacia sus propios valores morales, religiosos o culturales, sino que respete los propios de cada una de las partes.

4) *Buena fe*, que trata de garantizar la actitud colaboradora de las partes en la solución del conflicto (15).

5) *Asistencia personal*, una de las principales aportaciones de la mediación es precisamente la necesaria asistencia de las partes, debiendo ser ellas quienes alcancen la solución y realicen un esfuerzo de análisis y colaboración en la solución del conflicto.

6) *Protección del interés más necesitado de protección*, el mediador aparece como el garante de los intereses más necesitados de protección, como pueden ser los menores en los conflictos de familia o los consumidores en los conflictos de consumo, y del equilibrio de poderes de los mediados que les permita negociar en igualdad de condiciones.

Estos principios tratan de garantizar la propia esencia de la mediación: su carácter *voluntario* y la *falta de capacidad del tercero de tomar una decisión sobre el conflicto*.

La función del mediador se dirige principalmente a *facilitar la comunicación*, salvando las situaciones de *impasse* que se producen en cualquier negociación, ofreciendo alternativas de solución y, fundamentalmente, aportando una visión de futuro de las decisiones adoptadas. Pero, sin duda, lo que caracteriza a la mediación frente a otros ADR es el hecho de que el mediador *carece de capacidad decisoria sobre el resultado del conflicto*, siendo las propias partes en éste quienes alcancen el acuerdo mediante la asistencia personal a las sesiones de mediación y la participación directa y responsable en la búsqueda de la solución.

El resultado de la mediación es, por tanto, un *acuerdo privado* alcanzado por las partes en conflicto con la ayuda del mediador. Este acuerdo, que debe entenderse como una *transacción extrajudicial*, podrá ser homologado judicialmente, si así lo solicitan las partes, en cuyo caso será considerado como una transacción judicial.

La verdadera aportación de la mediación es que, mientras que es difícil encontrar una sentencia que satisfaga a ambas partes en conflicto, el acuerdo alcanzado en mediación es el resultado de la búsqueda de soluciones aceptables para ambas partes mediante la negociación directa entre éstas, lo que aporta una mayor responsabilización y cumplimiento de los términos del contrato. La mediación ofrece así una verdadera participación en la solución de los conflictos, permitiendo a las partes recuperar la capacidad de solucionarlos y reafirmando el hecho de que el juez sólo debe intervenir en defecto de acuerdo de las partes.

#### 4. La conciliación

La conciliación, entendida en un sentido amplio, se identifica con la *avenencia*, o composición de intereses contrapuestos, de forma que se refiere exclusivamente al resultado a obtener, el acuerdo, independientemente de la forma en que éste se haya conseguido.

En un sentido más estricto, la conciliación debe identificarse con la comparecencia de las partes ante una tercera persona para la solución del conflicto que las enfrenta, evitando así la provocación de un pleito (16). Esto supone que, en un sentido técnico jurídico con la expresión conciliación estamos haciendo referencia a una actuación concreta, la *comparecencia* ante un tercero, llevada a cabo en un determinado momento procesal, *anterior* a la decisión del conflicto por parte de un juez, y encaminada a la obtención de un resultado, un *acuerdo* que evite una sentencia judicial sobre el fondo del asunto.

Dependiendo del momento procesal y del tercero ante el que se produzca dicha comparecencia, podremos distinguir entre una conciliación extrajudicial e intrajudicial. La *conciliación extrajudicial* (17) es realizada ante un órgano no judicial, colegiado o no, establecido por la ley o la costumbre, con carácter anterior al inicio del proceso judicial, por lo que se la conoce como conciliación preventiva o preprocesal. La *conciliación judicial* es la comparecencia que se produce ante el juez u órgano jurisdiccional que está conociendo ya el litigio y se denomina audiencia previa (18).

La mediación y la conciliación son dos ADR diferentes, según pone de manifiesto la Propuesta de Directi-

va del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (19) al afirmar que no se incluirán dentro de la regulación contenida en la misma «los intentos de un juez por solucionar el litigio en el curso de un proceso judicial referente a ese litigio».

Entre las diferencias que se pueden predicar de ambos ADR encontramos, en primer lugar, que el tercero es un sujeto radicalmente distinto en ambos casos. En la conciliación judicial el tercero es el juez que conoce del asunto jurisdiccionalmente, mientras que el mediador jamás podrá ser un *juez* (20), y mucho menos el que tenga en su mano la decisión última sobre la solución al conflicto.

En segundo lugar, la función (21) del conciliador y del mediador también es radicalmente diferente. En una conciliación, el tercero tiene como función la de *exhortar* (22) a las partes para que alcancen un acuerdo, mientras que el mediador debe facilitar activamente, incluso ofreciendo propuestas, la solución al conflicto.

El exhorto propio del juez conciliador es una actuación mucho más limitada que la del mediador. Se trata de una actividad de carácter facultativo para el juez, que se produce después de haber resuelto las cuestiones procesales que puedan haberse planteado, de forma que ya han quedado fijados los hechos sobre los que existe conformidad o disconformidad. El juez se limita a hacer una invitación, meramente formal o protocolaria, a las partes a fin de que alcancen un acuerdo, sin que el juez pueda hacer propuestas concretas de solución. En realidad, se trata de un tiempo procesal muerto que se ofrece en el momento en que se vislumbra una posibilidad de acuerdo extrajudicial. Según Marco (1995), este exhorto debe ser delicado y sin asomo de coacción, puesto que, en caso contrario, el juez puede ser objeto de recusación. Sin embargo, podemos afirmar que si el legislador ha querido que se exhorte a las partes es porque se espera que vaya más allá de la invitación o consejo paternal, o de la concesión de un receso en el curso de los autos. Solicitar un papel activo y con contenido jurídico en la comparecencia no supone que el juez tenga que explicar y fundamentar sus manifestaciones, sino simplemente contribuir a perfilar o matizar las propuestas de las partes.

En el caso de que se alcance el acuerdo esperado en dicha audiencia previa, las partes pueden o bien simplemente *desistir de proceso* o bien *solicitar al tribunal que homologue lo acordado*. Sólo en el caso de que se solicite del juez la homologación el acuerdo tendrá los efectos que se atribuyen «por ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trá-

mites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados» (artículo 415.2 LEC 1/2000).

#### **IV. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A TRAVÉS DE LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

##### **1. Principales problemas en la protección del consumidor**

El nuevo entorno social que ha generado la expansión de las redes de telecomunicación, y en concreto internet (23), han revolucionado el tráfico económico-jurídico, facilitando el acceso a la información y generando mayor oferta, eficiencia empresarial y nuevas fuentes de empleo.

Sin embargo, las nuevas formas de contratación desarrolladas a través de estos sistemas, el conocido como comercio electrónico (24), ha generado situaciones de incertidumbre e inseguridad jurídica que deben ser paliadas por el legislador.

Los esfuerzos legislativos, tanto a escala europea como nacional, por proteger a los consumidores en estas nuevas formas de consumo, se centran fundamentalmente en cuatro ámbitos:

— *Educación.* Condición de éxito de otras políticas y con un importante papel preventivo, reduce las desigualdades beneficiando a los más vulnerables.

— *Información.* Debe ser completa y exhaustiva, y teniendo en cuenta la pluralidad de fuentes y vías de información.

— *Protección.* Completa la necesidad de información, que por sí sola es insuficiente porque suele ser incompleta e ineficaz, y por la ficción de modificar la estructura de los determinantes y presiones de consumo que caracterizan nuestro sistema económico mediante una simple mejora del juego del mercado, resultado de la creciente información de los destinatarios de las actividades de producción.

— *Acceso a la justicia.* Una política de verdadera ayuda al consumidor debe establecer los mecanismos que permitan asegurar la expresión de sus peticiones, de sus necesidades, incluso de sus conflictos (25).

Centrándonos en este último aspecto, podemos afirmar que existen *barreras importantes al acceso de la justicia* de los consumidores. Las principales circunstancias que afectan a la resolución de conflictos entre profesionales y consumidores son la desprotección del

consumidor frente al profesional y la proliferación de litigios transfronterizos.

##### *a) La desprotección del consumidor frente al profesional*

Se trata fundamentalmente de compensar (poder compensador, o *countervailing power*) el desequilibrio consustancial en la relación consumidor-profesional, ya sea en los valores tangibles ya en los intangibles (información, acceso a la justicia, participación en los mecanismos de toma de decisiones y el disfrute de derechos subjetivos). Para la consecución de este objetivo juega un papel importante el *grado de participación de los consumidores* en la formulación y aplicación de la política comunitaria.

Hacemos referencia a una desprotección que se produce no por la falta de discernimiento del consumidor ni por un intento del profesional de obtener un beneficio fraudulento, sino por una serie de circunstancias propias de los conflictos de consumo, donde destaca fundamentalmente la *desproporción* entre el valor del objeto del litigio y los costes que va a suponer la iniciación del procedimiento.

Los contratos de consumo son de escaso valor, y la pérdida del consumidor no justifica la iniciación de un procedimiento contencioso (26). Es esta desproporción lo que justifica y reafirma la necesidad de un régimen especial para la protección, en juicio o al margen de éste, de los derechos de los consumidores y para la resolución de los conflictos de consumo (27).

##### *b) Los litigios transfronterizos*

Según establece la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, el litigio es transfronterizo cuando «al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro (...)» (28). Se trata, por tanto, de aquellos litigios en los que las partes enfrentadas residen en diferentes estados, de forma que el elemento internacional complica tanto la elección del sistema a elegir como la eficacia del mismo.

El plan de acción para el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo (29), al referirse al coste de las fronteras judiciales, pone de manifiesto que todas las partes indicaron la necesidad de solucionar de forma rápida, costosamente razonable y equitativa los litigios transaccionales para el buen funcionamiento del mercado interior. El proble-

ma es que los litigios transfronterizos tienen una serie de *efectos disuasivos* para el acceso a la justicia, como son las complicaciones y gastos necesarios para orientarse y, en algunos países, la lentitud de los procedimientos judiciales y las minutas de los abogados, ya que la parte sólo recupera una porción de los gastos efectuados (30).

El objetivo del mercado único depende claramente de los litigios de consumo. Si los procedimientos de solución de estos litigios no son eficaces, aumentan los casos de no ejecución y termina afectando al funcionamiento del mercado. Pero si el procedimiento es adecuado, la posibilidad de litigar favorece la ejecución espontánea de los contratos.

La Comisión también se pronunciaba al respecto afirmando que «la existencia de procedimientos adecuados para la solución de los litigios en materia de consumo favorece el *cumplimiento “espontáneo”* de las obligaciones que se derivan del contrato y/o de las disposiciones legales aplicables, en cambio, la ausencia de procedimientos que permitan solucionar rápidamente los litigios intracomunitarios representan un factor de inseguridad para los agentes económicos» (31).

## 2. Principales iniciativas europeas para la incorporación los ADR en la protección del consumidor

La problemática anteriormente referida ha centrado los esfuerzos europeos en la mejora de la protección de los consumidores (32) y en el fomento de su participación en las decisiones que les afecten (33). Los intentos de los distintos países comunitarios (34) por mejorar las vías de acceso de los consumidores a la justicia se han basado en una doble vertiente: la simplificación de los procedimientos judiciales existentes (35) y la creación de nuevos procedimientos extrajudiciales.

Respecto a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, se pueden destacar las siguientes iniciativas llevadas a cabo por la Unión Europea.

### 2.1. Formulario europeo de reclamación del consumidor

Supone la realización de un proyecto piloto que establezca un formulario europeo de reclamación para el consumidor, disponible en internet, en la dirección <http://europa.eu.int/comm/deg24>, o en las oficinas de información de consumo. Su objetivo principal es orientar al consumidor a la hora de realizar una reclamación.

Es un formulario redactado por los servicios de la Comisión Europea, a través del cual se trata de mejorar

el diálogo entre consumidores y profesionales y de ayudar a resolver de forma amistosa los litigios que pudieran producirse entre ambos.

Se dirige a los consumidores, profesionales, asociaciones de consumidores y a los propios organismos extrajudiciales de resolución de litigios de consumo.

Este formulario permite guiar y orientar al consumidor al formular su solicitud, delimitar mejor sus problemas y peticiones, y añadir precisiones (no modificarlo, pero sí personalizarlo).

Su utilización:

- Es independiente del valor.
- Es independiente de la naturaleza del litigio.
- Se deja a criterio de las personas interesadas decidir en qué medida es posible resolver su problema a través de la utilización del formulario.
- Tanto para litigios nacionales como transfronterizos.

Es interesante que se incite a los consumidores a no utilizar el formulario de forma inmediata a que se produzca el problema; se aconseja como primera medida hacer el intento de un diálogo directo con el empresario, y sólo cuando éste no se produzca rellenar el formulario.

El formulario *sustituye a la tradicional carta de reclamación*, y se destaca que:

- Puede utilizarse posteriormente como medio de prueba.
- Se pueden aportar documentos (mejor no originales) junto con este formulario.
- El plazo de contestación del profesional lo da el propio consumidor (se da una gran iniciativa a los consumidores).

Es importante tener en cuenta el *plazo de prescripción para la reclamación judicial*, dado que la utilización del formulario puede afectar a dicho plazo. Será la legislación nacional la que establezca si interrumpe o no el plazo de prescripción, pero en algunos estados miembros el envío de una carta de reclamación al profesional interrumpe automáticamente el plazo.

«El formulario también está destinado a facilitar el acceso a los procedimientos extrajudiciales (...) la parte del formulario reservada al profesional da a éste último

la posibilidad de proponer al consumidor que se someta el litigio a un órgano competente para la resolución extrajudicial de su litigio en materia de consumo» (36).

## 2.2. Dos recomendaciones sobre los principios aplicables a los ADR

Estas recomendaciones recogen los principios, y no el procedimiento, que deben regir la actuación de los órganos de solución extrajudicial del conflicto. El objetivo es conseguir unas pautas que aporten garantías sobre la transparencia y la eficacia de estos sistemas tanto a los consumidores como a otros órganos de resolución de conflictos, de forma que se potencie una colaboración que es necesaria en los litigios transfronterizos.

A pesar de tener un objetivo común, cada una tiene un ámbito de aplicación diferente:

— La Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE) (37). Esta recomendación se aplicará a los ADR donde la intervención de un tercero es más activa, en el sentido de que debe emitir una solución al conflicto, es decir, debe haber un pronunciamiento formal sobre la solución. Como veremos más adelante, y como afirma el *Libro Verde* de 2002, esto supone que la mediación no se incluiría dentro de éstos ADR (38).

— La Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE) (39), se refiere a los ADR donde el tercero tiene una intervención menos directiva, limitándose a facilitar un acercamiento entre las partes para que encuentren ellos mismos la solución al acuerdo. Esta recomendación sí sería aplicable a la mediación.

## 2.3. Dos redes europeas para facilitar la comunicación y el conocimiento de los ADR en el extranjero

El objetivo consiste en facilitar el conocimiento por los consumidores de los procedimientos extrajudiciales no sólo nacionales, sino también internacionales, de forma que los litigios transfronterizos puedan ser también abordados.

— *La red extrajudicial europea (Red EJE o EEJ-NET)* (40)

Consiste en una *base de datos* que recoge información sobre los órganos extrajudiciales que cumplen los requisitos de las recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE, y de facilitar la creación de puntos centrales nacionales de intercambio de información que

permiten constituir una *red a escala comunitaria* (41). Asimismo, y siendo consciente de que existen órganos extrajudiciales de resolución de conflictos que *no cumplen* las indicaciones establecidas en la anterior recomendación, se propone su inclusión en dicha red, tratando de establecer unos criterios comunes que garanticen la calidad, equidad y eficacia de dichos órganos.

En España el centro de intercambio de información es el Instituto Nacional de Consumo (42), y entre los centros europeos del consumidor encontramos el Institut Català de Consum (43) y el Centro Europeo del Consumidor del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco (44). Como órganos extrajudiciales de resolución de conflictos están recogidas las juntas arbitrales de consumo.

— *La red para la solución extrajudicial de litigios transfronterizos en el sector de los servicios financieros, FIN-NET* (45)

Se creó en febrero de 2001, y está limitada a los conflictos relativos a los servicios financieros. El objetivo de esta red es facilitar la resolución de conflictos que el consumidor pueda tener con empresas extranjeras. Los sistemas nacionales de los diversos estados miembros se han unido con el objeto de favorecer la tramitación de las denuncias sobre servicios financieros.

Esta red tiene tres objetivos fundamentales:

a) Facilitar el acceso a los ADR en casos de conflictos transfronterizos.

b) Garantizar un intercambio de información entre los sistemas europeos, de forma que las denuncias sobre conflictos transfronterizos se presenten y tramiten con la máxima celeridad, eficacia y profesionalidad.

c) Garantizar y determinar cuales de los ADR cumplen con las garantías mínimas deseables.

Este sistema permite que el consumidor se ponga en contacto con el órgano de gestión de quejas o reclamaciones de su propio país de origen, incluso en los casos en los que la empresa o profesional denunciado sea extranjero. Este órgano le facilitará información sobre el sistema de solución de conflicto más adecuado y la información sobre el procedimiento que sea necesaria. La denuncia se entregará al órgano miembro de FIN-NET en el propio país de origen, siendo éste el encargado de tramitarla o de remitirla al órgano competente en el país del proveedor del servicio.

La red es también garantía de calidad de los órganos empleados, puesto que los miembros de esta red acor-

daron un memorando, de forma que se incluía una declaración de intenciones según la cual los órganos aplicarán los principios recogidos en la Recomendación 98/257/CE, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los conflictos de consumo.

El acceso a esta red se puede encontrar en las páginas [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/finances/consumer/adr.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/adr.htm) y <http://finnet.jrc.it/en/>

En España, el centro que tiene competencias en estas materias es el Instituto Nacional de Consumo.

#### 2.4. *Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales (46)*

Esta Directiva se centra única y exclusivamente en un ADR, la mediación, y de forma especial, aunque no excluyente (47), será de aplicación a la mediación que se desarrolle para la solución de litigios transfronterizos.

A través *Libro Verde sobre las medidas alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, COM (2002) 196 final, se remitió a todos los estados miembros un cuestionario a fin de que valorasen la necesidad de una regulación de estos ADR a nivel europeo. Fruto de esa consulta, se ha publicado recientemente esta directiva, cuyo objetivo es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, y en particular en lo referente a la disponibilidad de servicios de mediación. Afirma en su considerando quinto que «la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos».

La Directiva se aplicará, según el artículo 1, «en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*)». La exposición de motivos excluye de su ámbito de aplicación «a las negociaciones precontractuales [...] a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de concia-

liación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y a la determinación por experto, y [...] a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto».

### **3. Especial atención al desarrollo de sistemas de resolución alternativa de litigios en línea**

La problemática suscitada por el comercio electrónico y por los sistemas que se basan en internet se centra fundamentalmente en la desconfianza que genera la utilización de la tecnología y la desprotección del consumidor ante estos medios de formalización de contratos.

La Unión Europea trata de ofrecer un marco normativo que aporte al consumidor las garantías necesarias para el desarrollo de su actividad de consumo. Destacan especialmente dos directivas que han sido traspuestas a nuestro ordenamiento jurídico:

— La primera, con un ámbito de aplicación más general, es la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, y en particular el comercio electrónico en el mercado interior, que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

— La segunda, más específica, la Directiva (48) 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, ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento a través de dos leyes: la Ley 34/2003 de 4 de noviembre, de modificación y adaptación de la normativa comunitaria a la legislación de los seguros privados, y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

En toda esta normativa se presta una especial atención a la necesidad de garantizar la defensa judicial del consumidor, pero además promueve activamente la incorporación a los ordenamientos jurídicos de los diferentes estados, y en concreto de España, de los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

Las dos directivas (49) mencionadas se limitan a recoger la necesidad de que los Estados miembros no sólo no obstaculicen, sino que faciliten la utilización de los mecanismos extrajudiciales de resolución de litigios. Sin embargo, no determinan qué tipo de ADR sería el ade-

cuado en este tipo de conflictos, limitándose a afirmar que, dado que los litigios transfronterizos son muy usuales en este tipo de contratación, se faciliten los ADR, y concretamente la red FIN-NET (50) para su solución, dado que se han revelado especialmente eficaces ante este tipo de conflictos.

Las leyes que trasponen dichas directivas al ordenamiento español son un poco más explícitas respecto al tipo de ADR que se debe implantar.

Así, en la Ley 39/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, el capítulo II del título V, relativo específicamente a la solución extrajudicial de conflictos, recoge, en su artículo 32, «1. el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación. 2. En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica». Asimismo, el artículo 34, relativo a la comunicación de las resoluciones relevantes, establece que «los órganos arbitrales y los responsables de los demás procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que se refiere el artículo 32.1 comunicarán al Ministerio de Justicia los laudos y decisiones que revistan importancia para la prestación de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico de acuerdo con los criterios indicados en el apartado anterior. 3. En la comunicación de las resoluciones, laudos y decisiones a que se refiere este artículo, se tomarán las precauciones necesarias para salvaguardar el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales de las personas identificadas en ellos».

Por su parte, la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, se refiere expresamente a los ADR en su artículo 16.

«Artículo 16. Reclamación extrajudicial.

«1. El proveedor y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquéllos al Sistema Arbitral de Consumo, o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, que figuren en la lista que publica la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores y que respete los principios establecidos por la normativa comunitaria, así como a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros.

«2. Los órganos arbitrales de consumo o los órganos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros, que intervengan en la resolución de reclamaciones sobre servicios financieros prestados a distancia, habrán de cooperar en la resolución de los conflictos de carácter transfronterizo que se produzcan a nivel intracomunitario, a través de la Red Transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros (FIN-NET) o cualquier otro mecanismo habilitado al efecto».

Como vemos, ambas leyes se refieren de forma específica al arbitraje de consumo como ADR adecuado para los conflictos derivados del comercio electrónico y la comercialización a distancia de los servicios financieros. De la misma forma, ambas leyes abren la posibilidad de incorporar además otros ADR que se consideren adecuados por los estados miembros.

## V. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DESARROLLADOS EN ESPAÑA EN EL ÁMBITO DEL CONSUMO

### 1. El arbitraje de consumo

En España, la vía de acceso de los ADR al ámbito del consumo la encontramos en el artículo 51 de la Constitución, que establece «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos (...)». A nuestro entender, es precisamente esa exigencia de una protección eficaz de los intereses de los consumidores la que justifica la necesidad de la mediación, pues se trata de un procedimiento que puede conseguir, en determinados casos y en ciertas circunstancias, una protección más eficaz que los procedimientos tradicionales, que no pueden adaptarse tan rápidamente a las nuevas situaciones, circunstancias y necesidades creadas por la sociedad actual.

Desde este reconocimiento constitucional, se han promulgado numerosas leyes en relación con la protección de los derechos e intereses de los consumidores, siendo el arbitraje el ADR que mejor se ha incorporado a la sociedad española y al que mayores esfuerzos normativos se han dedicado.

El sistema arbitral viene regulado en la actualidad por la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre (51), y por el recentísimo Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo (52).

En el referido Real Decreto, el artículo 1.2. define el sistema arbitral de consumo como «el arbitraje institu-

cional de resolución extrajudicial de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor». Por lo tanto, se trata de aquel arbitraje cuyo objeto es solucionar los conflictos que enfrentan a consumidores o usuarios frente a empresas o profesionales.

Entre las principales novedades introducidas por el referido Real Decreto 231/2008 destacan las siguientes:

1. Facilita la resolución de controversias inferiores a 300 euros, admitiendo la posibilidad de que sea un solo árbitro, y no tres como es habitual, el que resuelva el conflicto (53).
2. Regula el arbitraje de consumo colectivo y el arbitraje electrónico.
3. Crea la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y el Consejo General del Sistema Arbitral del Consumo.
4. Se recoge una mención expresa a la mediación en el procedimiento arbitral en su artículo 38, aspecto al que nos referiremos en el siguiente apartado.

#### 1.1. Órganos del sistema arbitral de consumo

El sistema de arbitraje de consumo (SAC) se estructura fundamentalmente a través de las juntas arbitrales de consumo y los órganos arbitrales, pero la reciente reforma ha incluido dos nuevos órganos en el sistema.

##### — Las juntas arbitrales de consumo

Es el órgano administrativo del sistema de arbitraje de consumo, puesto que son las que ofertan y administran el servicio de arbitraje con carácter institucional. Concretamente, el artículo 5 del Real Decreto 231/2008 establece que «son órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros». La Junta Arbitral de Consumo dirige el procedimiento arbitral para conseguir que el sistema arbitral de consumo funcione correctamente, encontrando entre las funciones que se le han encomendado la de *mediación* de los conflictos.

##### — Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo

Es un órgano colegiado, de reciente creación a través del Real Decreto 231/2008, cuya función principal es esta-

blecer criterios homogéneos en el sistema arbitral de consumo y resolver los recursos que se presenten contra las resoluciones del presidente de la Junta Arbitral en lo relativo a la admisión o no a trámite de una solicitud de arbitraje. Está integrada por un presidente, que será el de la Junta Arbitral Nacional, y por dos vocales, designados por un período de dos años por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo entre los presidentes de las juntas arbitrales territoriales. Asimismo, contará con un secretario, que será miembro del personal del Instituto Nacional del Consumo, asistido con dos árbitros por período de dos años por el Consejo general de Consumidores y usuarios. Su regulación se encuentra en los artículos 9 a 11 del Real Decreto 231/2008.

##### — Consejo General del Sistema Arbitral del Consumo

Es un órgano colegiado de representación y participación en materia de arbitraje de consumo, también creado recientemente por el Real Decreto 231/2008. Sus funciones, recogidas en el artículo 15, incluyen las de realizar propuestas para mejorar el sistema de arbitraje de consumo, aprobar programas de formación de árbitros, establecer criterios homogéneos sobre la creación de órganos arbitrales y especializados y habilitar instrumentos que favorezcan la cooperación y la comunicación entre las juntas arbitrales y los árbitros. Su constitución viene regulada en el artículo 13 del RD, debiendo contar con un presidente, un vicepresidente y consejeros.

##### — Los órganos arbitrales

Para cada litigio concreto será necesario nombrar un órgano arbitral, que será designado por el presidente de la Junta Arbitral de Consumo entre todos aquellos que se encuentren acreditados según establecen los artículos 16 y 17 del Real Decreto 231/2008.

Los órganos arbitrales pueden tener carácter unipersonal o colegiado. Serán *unipersonales* cuando las partes así lo acuerden o cuando así lo establezca el presidente de la Junta Arbitral, siempre que la cuantía del asunto sea inferior a 300 euros y la falta de complejidad del mismo así lo aconseje (art. 19 Real Decreto 231/2008). Serán *colegiados* en el resto de supuestos, constituyendo el Colegio Arbitral, que se integrará por tres árbitros, según establece el artículo 20, elegidos entre los propuestos por la Administración, las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales y profesionales.

Estos órganos tienen atribuidas, entre otras funciones, la de *conciliar* en los conflictos que sean objeto del arbitraje. A este aspecto nos referiremos en páginas posteriores (54), dado que es necesario distinguir las diver-

sas funciones que se pueden desarrollar y cuál es el órgano arbitral encargado de desarrollarla.

### 1.2. Arbitraje de consumo colectivo y arbitraje electrónico

El arbitraje de consumo colectivo aparece por primera vez regulado en el capítulo V, sección 2ª del Real Decreto 231/2008. Su objeto es resolver los conflictos originados cuando, por la misma causa, una empresa o profesional haya podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, y afecte a un número determinado o determinable de éstos. En el caso de que la empresa acepte someter el conflicto al arbitraje de consumo se llamará a los consumidores afectados para que defiendan sus intereses a través de la publicación en el *Diario Oficial* que corresponda según el ámbito territorial del conflicto.

El arbitraje electrónico también aparece regulado en el capítulo V, sección 1ª del Real Decreto 231/2008. El artículo 51 define el arbitraje electrónico como «aquel que se sustanciará íntegramente, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales (...)». Según la modificación introducida recientemente por el Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, en el artículo 51.2, las Juntas Arbitrales de Consumo se podrán adscribir voluntariamente a la administración del arbitraje electrónico que se sustanciará a través de los sistemas electrónicos y aplicaciones tecnológicas que ellas mismas habiliten sin perjuicio de que el Ministerio de Sanidad y Política Social pondrá a disposición de las Juntas Arbitrales de Consumo que voluntariamente se adscriban a ella una aplicación electrónica para la gestión del arbitraje electrónico.

Merino (2002: 7 y 8) define el convenio arbitral celebrado por vía electrónica como «aquel en el que se hace constar la voluntad inequívoca por las partes expresada por dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos, de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de alguna de ellas, surgidas o que puedan surgir en las relaciones jurídicas que tienen lugar en la red, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como la obligación de cumplir la decisión» (ibídem: 8 y 9).

El referido autor ha manifestado que este tipo de arbitraje cuenta con ciertos rasgos caracterizadores, entre los que destacamos:

— El arbitraje telemático no se reduce a ningún sector, sino que se utiliza en todo tipo de relación patrimonial celebrada electrónicamente.

— Es un arbitraje promovido institucionalmente por el legislador nacional e internacional, así como por la Administración, a través de los llamados códigos de conducta para la resolución de los conflictos que surjan de la contratación electrónica.

— Es un arbitraje que se perfecciona a través del consentimiento de las partes prestado por medios electrónicos.

## 2. La mediación de consumo

Hasta la publicación del Real Decreto 231/2008, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, eran realmente escasas las referencias a la mediación desarrollada en este sector a escala estatal. Son más abundantes las remisiones expresas a la mediación a nivel autonómico, tanto en los estatutos de autonomía (55) de las diferentes comunidades autónomas como en los estatutos del consumidor o leyes autonómicas de protección del consumidor (56).

En España, la mediación de consumo se desarrolla integrada en otro ADR, el arbitraje, de forma que *la mediación aparece como una actuación propia de los órganos arbitrales e integrada dentro del sistema arbitral*.

### 2.1. La incorporación de la mediación al procedimiento arbitral

La Junta Arbitral de Consumo dirige el procedimiento arbitral para conseguir que el sistema arbitral de consumo funcione correctamente, encontrando entre las funciones que se le han encomendado la de *mediación* de los conflictos.

Este tipo de actuación no es nueva, puesto que el artículo 4 del ya derogado Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, recogía esta función como propia de las juntas arbitrales. El artículo 6 del actual Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo se refiere a ello en el apartado f), al establecer entre sus funciones la de «asegurar el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por lo órganos arbitrales, salvo que no proceda conforme a lo previsto en el artículo 38».

La mediación es desarrollada por la Junta Arbitral de Consumo *antes* de iniciar el procedimiento arbitral, según pone de manifiesto el artículo 37.3 del Real Decreto 231/2008, al establecer que en la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral constará expresamente la admisión de la solicitud de arbitraje, *la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa* en los supuestos en

que proceda y el traslado al reclamado de la solicitud de arbitraje para que, en el plazo de 15 días, formule las alegaciones que estime oportunas para hacer valer su derecho y, en su caso, presente los documentos que estime pertinentes o proponga las pruebas de que intente valer (57).

Al margen de la regulación recogida en el Real Decreto 231/2008, debemos apuntar que también se media a través de las oficinas municipales de información al consumidor (58) (OMIC), entre cuyas funciones principales se encuentran la de informar a los consumidores sobre la forma de realizar sus reclamaciones, informarles del sistema arbitral y, aquellas OMIC que lo deseen pueden *mediar* en los conflictos entre consumidor y empresario antes de iniciar el arbitraje o la reclamación judicial.

Una vez iniciado el procedimiento arbitral, se constituye el órgano arbitral, que, según hemos manifestado anteriormente, puede ser unipersonal o colegiado.

Entre las funciones que se atribuyen a estos órganos arbitrales se encuentra la de instar la *conciliación* de las partes.

El derogado Real Decreto 636/1993 recogía, en su artículo 12. 4: «en trámite de audiencia, el colegio arbitral podrá intentar la conciliación entre las partes, que, de lograrse, se recogerá en el laudo». El actual Real Decreto 231/2008 también hace referencia a esta actuación en el artículo 42.1, al afirmar que «el órgano arbitral dirigirá el procedimiento con sujeción a lo dispuesto en esta norma, pudiendo instar a las partes a la conciliación».

De esta forma se habilita al órgano arbitral para intentar conciliar a las partes, de forma que, en caso de avenencia, el resultado del arbitraje será un acuerdo. Este acuerdo podrá recogerse en un laudo, denominado «laudo por acuerdo» (art. 36 de la LA 2003), otorgando al mismo la fuerza vinculante y el respaldo ejecutivo judicial que tiene cualquier laudo.

En todo lo anterior se advierte la necesidad de distinguir dos actuaciones diferentes desarrolladas en el sistema arbitral de consumo: la mediación y la conciliación (59). *La mediación es una función exclusiva de las juntas arbitrales de consumo que debe ser desarrollada antes (60) de iniciarse el procedimiento arbitral, y por lo tanto antes de la constitución del órgano arbitral. La conciliación es desarrollada por el órgano arbitral una vez que se ha iniciado el procedimiento (61).*

De esta forma, la mediación en el ámbito del consumo es considerada como *un paso previo al arbitraje* en este sector, que puede solicitarse:

— *Antes de la remisión al sistema arbitral*, mediante la presentación de la reclamación o queja ante las asociaciones de consumidores, las oficinas municipales de información al consumidor (OMIC) o algunos órganos especializados de ciertos sectores como los seguros.

— *Una vez remitida la reclamación al sistema arbitral, pero antes de conocerse el conflicto por el órgano arbitral*. Las juntas arbitrales desarrollarán la mediación antes de la constitución del órgano arbitral. Una vez constituido éste, no podemos hablar de mediación, sino de conciliación, desarrollada por el árbitro único o por el colegio arbitral.

## 2.2. La regulación de la mediación en el procedimiento arbitral

El Real Decreto 231/2008 recoge por primera vez en el sistema arbitral de consumo un artículo dedicado expresamente a la mediación.

«Artículo 38. Mediación en el procedimiento arbitral.

«1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto.

«2. La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de ésta.

«3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros».

A pesar de encontrarnos ante la primera normativa estatal que se refiere a esta figura, es llamativa su imprecisión a la hora de determinar qué se entiende por mediación. El referido artículo se limita a determinar:

— El momento en el que se desarrolla la mediación: admitida la solicitud de arbitraje.

— La necesidad de dejar constancia de su desarrollo por la Junta Arbitral.

— Los principios mínimos de la actuación del mediador: independencia, imparcialidad y confidencialidad.

En los trabajos preparatorios de esta normativa, en el proyecto del Real Decreto por el que se regula el sis-

tema arbitral de consumo y la mediación en el procedimiento arbitral, se recogía una regulación más detallada no tanto de lo que es la mediación, sino de la figura del mediador. El capítulo V del citado proyecto establecía:

«Artículo 35. Mediación en las Juntas Arbitrales de consumo.

«1. Una vez admitida la solicitud de arbitraje, el Presidente de la Junta Arbitral designará un mediador que intentará una solución amistosa del conflicto a través de la mediación, salvo que conste que ésta haya sido intentada sin efecto por la inadmisión a la que esté adscrita la Junta Arbitral.

«2. La mediación en las Juntas Arbitrales de consumo se regirá por lo dispuesto en esta norma y, en lo no previsto por ella, por las disposiciones generales que resulten de aplicación.

«Artículo 36. Los mediadores.

«1. La designación de mediador deberá recaer en personal al servicio de la Junta Arbitral.

«2. Será requisito para actuar como mediador en las Juntas Arbitrales ser licenciado en derecho o contar con una experiencia de al menos tres años en el ámbito de protección de los consumidores.

«3. El mediador deberá respetar los principios de independencia, confidencialidad e imparcialidad a lo largo de toda su actuación.

«4. Nadie que haya sido designado como mediador podrá intervenir posteriormente en el mismo asunto como árbitro, ni en cualquier otro que tenga relación conexas con aquél.

«Artículo 37. Fin de la mediación.

«1. Si las partes, mediante acuerdo, dan por resuelto el conflicto, el mediador levantará un acta en la que consten los términos que pongan fin a la controversia, y expedirá copia certificada de ella una vez firmada por el reclamante y reclamado.

«2. Si no existiera acuerdo, se devolverá el expediente al Presidente, a efectos de iniciar el procedimiento arbitral en la forma establecida en esta norma».

El artículo 38 del actual Real Decreto 231/2008 es menos concreto que el referido proyecto. Esta falta de concreción no es casual, según pone de manifiesto la propia exposición de motivos cuando afirma que entre los objetivos de dicha regulación se encuentra el de acla-

rar «el papel de la mediación en el procedimiento arbitral, *absteniéndose de regular este instituto de resolución de conflictos por confluencia con las competencias autonómicas sobre la materia*».

En nuestra opinión el Real Decreto 231/2008 ha desaprovechado la oportunidad de establecer una cierta uniformidad en el casuismo que impera en la práctica de la mediación en el ámbito del consumo, pudiendo haber ofrecido unos criterios mínimos a las eventuales normas autonómicas, fundamentalmente en lo que a la función del mediador se refiere. Sin embargo, este artículo permite la aplicación de cualquier normativa relativa a mediación o ADR que resulte aplicable al ámbito del consumo, al afirmar que «*la mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación*».

### 2.3. Los principios de la mediación de consumo

El artículo 38 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero por el que se regula el sistema arbitral de consumo, recoge los principios mínimos que deben regir las funciones del mediador, que son la *independencia*, la *imparcialidad* y la *confidencialidad*.

Para determinar qué se entiende por tales principios se sugiere seguir la Recomendación relativa a los Principios aplicables a los Órganos Responsables de la Solución Extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE) (62) y la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (63).

A través del principio de independencia se trata de garantizar tanto la capacidad y experiencia del tercero como una representación paritaria de los consumidores y usuarios cuando el órgano es colegiado.

En concreto, las referidas recomendaciones establecen que el *principio de independencia* se garantizará adoptando las siguientes medidas:

Cuando la decisión se adopte *de forma individual*:

— La persona designada tendrá la *capacidad, la experiencia y la competencia*, en particular en materia jurídica, necesarias para la función.

— La *duración del mandato* de la persona designada deberá ser suficiente para garantizar la independencia de su acción, sin que ésta pueda ser destituida sin motivo justificado.

— Cuando la persona designada sea nombrada o remunerada por una asociación profesional o por una

empresa, no deberá haber trabajado para dicha asociación profesional, ni para uno de sus miembros, ni para la empresa en cuestión, durante los tres años anteriores a su entrada en funciones.

Cuando la decisión se adopte de *forma colegiada*: mediante la representación paritaria de los consumidores y de los profesionales o por el respeto de los criterios antes enunciados.

Se trata de garantizar la independencia del órgano responsable de la toma de la decisión fundamentalmente a través de criterios de capacidad, experiencia, competencia y representación paritaria. En definitiva, se trata de asegurar la *imparcialidad y neutralidad* de su acción.

Según hemos manifestado anteriormente, el principio de *imparcialidad* garantiza que el mediador no tiene ningún tipo de relación con las partes, es decir, que no representa los intereses de ninguna de ellas, y debe abstenerse de actuar en el caso de que tenga una relación personal o profesional. Por lo tanto, es un principio que afecta a la relación del mediador con las partes.

El principio de *neutralidad* se refiere a la relación del mediador con el resultado del conflicto. Esto supone que no podrá imponer un acuerdo determinado (y por lo tanto, en principio, tampoco se permitiría ninguna táctica de presión) ni debe orientar a las partes a acuerdos que se correspondan con su propia escala de valores, sino que deberá actuar en función de los intereses, valores y moral de las partes en conflicto.

Muy relacionado con este principio de independencia se encuentra el principio de *confidencialidad* del mediador. Su capacidad y competencia se verían perjudicadas si no se ofrece una desvinculación con el eventual proceso posterior que pueda desarrollarse. La propia Ley de Arbitraje de 2003 ha establecido la importancia de este aspecto en el proceso arbitral, puesto que el artículo 24.2 establece que «los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales» (64).

Habría sido conveniente recoger en el artículo 38 del Real Decreto 231/2008 lo que ya se planteaba en el proyecto del Real Decreto por el que se regula el sistema arbitral de consumo y la mediación en el procedimiento arbitral, cuyo artículo 36. 4 establecía que «nadie que haya sido designado como mediador, podrá intervenir posteriormente en el mismo asunto como árbitro, ni en cualquier otro que tenga relación conexas con él».

#### 2.4. La función del mediador: más allá del mero facilitador

a) La facultad de emitir una propuesta de solución al conflicto

La mediación es un ADR que requiere la intervención de un tercero, el mediador, que carece de capacidad decisoria en la solución al conflicto, al contrario de lo que ocurre con el juez o el árbitro.

Sin embargo, el que el mediador no tenga en sus manos la posibilidad de solucionar el conflicto no puede ser entendido como una intervención pasiva, limitada a la mera presencia junto a las partes o el establecimiento de un orden en el turno de palabra. Muy al contrario, la participación del mediador debe ser activa, dado que como profesional se obliga a desempeñar una función en la solución al conflicto.

La Recomendación relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE) (65), entiende por activa la intervención del tercero dirigida a una *propuesta o imposición* de la solución (66). Según esta afirmación, la función del mediador no se encuadraría en esta definición puesto que, por supuesto, no impone ni propone la solución del conflicto, sino que simplemente aproxima posiciones y dirige un proceso en el cual las partes son las que deciden la solución a su controversia.

Sin embargo, esta cuestión fue puntualizada en la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, que se aplicará a los órganos responsables de los procedimientos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo que, independientemente de su denominación, buscan resolver un litigio mediante una aproximación de las partes para convencerles de que busquen una solución de común acuerdo (67). Esta recomendación incluye dentro del concepto de intervención activa del tercero a aquella que *resuelve, propone e incluso se limita a aproximar posiciones* (Barona, 2002: 44) no dejando ninguna duda respecto a la inclusión de la mediación en su ámbito de aplicación. Esta solución nos parece la más adecuada, puesto que el mediador favorece la consecución del acuerdo, ya que su actuación intercede y actúa en la obtención del mismo.

Si afirmamos que la labor del mediador debe ser entendida como una intervención activa en el conflicto, debemos tratar de determinar qué funciones se consideran incluidas dentro de aquella. En definitiva, trataremos de conocer cuál es la función del mediador (68).

Según manifestamos anteriormente, la actuación del mediador está dirigida a restablecer una comunicación cooperativa y responsable entre las partes en conflicto, lo cual permitirá que éstas sean capaces de manifestar sus posiciones e intereses de forma clara y precisa, evitando los recelos y prejuicios que cualquier conflicto genera. No se trata de hacer de mero transmisor de la comunicación, sino que se trata de dar a conocer a cada parte la posición del contrario, siendo un *facilitador activo de dicha comunicación*.

Muy vinculada a lo anterior está la posibilidad de que el mediador informe a las partes de determinadas cuestiones, jurídicas, psicológicas o sociales que suelen plantearse por los mediados. Esta función tiene una importante limitación puesto que se trata de *informar sin asesorar* a las partes, ya que se verían seriamente perjudicados los principios de neutralidad e imparcialidad propios de la mediación.

Por último, el mediador tiene encomendada la *dirección del proceso de negociación*, estableciendo antes del inicio del proceso los principios esenciales del mismo que son de obligado cumplimiento para todas las partes.

Una de las cuestiones más debatidas respecto a la función del mediador es la de si éste tiene capacidad para *proponer alternativas de solución*. La problemática que este tipo de actuación acarrea tiene relación con la exigencia de neutralidad en la actuación del mediador, puesto que el hecho de que el mediador pueda ofrecer diferentes alternativas de solución puede poner de manifiesto aquella que le resulta más adecuada según su propia escala de valores. Parte de la doctrina (García Villaluenga, 2006: 404) se muestra contraria a esta facultad de ofrecimiento de alternativas.

En nuestra opinión, esta facultad no sólo es posible, sino también deseable. La posibilidad de este tipo de actuación ha sido aceptada por la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que afirma en su artículo 2 que el mediador «debe ayudar a conseguir la conciliación de los sujetos en conflicto sin imponer criterios propios en su toma de decisiones, aunque puede ofrecerles propuestas de solución».

Desde nuestro punto de vista, el mediador tiene una experiencia propia en cierto ámbito de conflictos que puede permitirle plantear alternativas, no contempladas por las partes hasta el momento, que pueden resultar adecuadas para sus intereses. La experiencia y la capacidad de generar dichas alternativas es una de las principales aportaciones del mediador. Ahora bien, las alternativas generadas no deben ser las más adecuadas según el criterio o los valores propios del mediador, sino

que deben ser alternativas que recojan los intereses y valores manifestados por los mediados en las entrevistas de mediación. En esto consiste la neutralidad propia del mediador, en evitar plasmar su propia escala de valores permitiendo que sean las voluntades manifestadas por los mediados las que se tengan en cuenta en el proceso. No se puede negar que es una actividad de difícil delimitación, y por ello podemos afirmar que una neutralidad pura en la actuación del mediador es prácticamente imposible, aunque es deseable.

La cuestión se complica aún más al constatar que existen ciertos ámbitos donde no sólo se admite que el mediador pueda ofrecer alternativas diferentes a las propuestas propias de las partes en conflicto, sino que se admite la posibilidad de que el mediador pueda ofrecer una «propuesta formal de solución». Este tipo de actuación consistiría en que, después de conocer las posiciones de las partes en conflicto, el mediador emita la solución que le parezca más adecuada en una propuesta no vinculante para las partes, que éstas serán libres de aceptar o rechazar. Dicha propuesta, sea o no aceptada, dará fin a la función del mediador en dicho conflicto.

Entre los ámbitos en los que esta actuación es posible encontramos el ámbito de la *mediación en conflictos sanitarios* (69), *los conflictos laborales* (70) y el *ámbito del consumo* (Blanco, 2005: 220-223). En estos contextos se distinguen dos etapas en el proceso de solución del conflicto: la etapa de conciliación y la de mediación. El conciliador trata de informar a las partes sobre las distintas alternativas ante el problema e intenta manifestar las ventajas de la consecución del acuerdo. Sólo en el caso de no poder alcanzarlo por ellos mismos (porque la participación del conciliador no es activa en este sentido, como ya hemos manifestado anteriormente) se pasa a la fase de mediación, que consiste en una *proposición de acuerdo* (en función de lo manifestado por las partes en la etapa anterior), pudiendo las partes manifestar las objeciones o correcciones que consideren oportunas.

En realidad, en estos ámbitos la mediación se concibe como una fase intermedia entre la conciliación y el arbitraje, que consiste exclusivamente en el ofrecimiento de una propuesta de solución, sin preocuparse de otros objetivos que generalmente se predicen de la mediación como es la restitución de la comunicación entre las partes.

Esta posibilidad ha llevado a determinados sectores a considerar que la mediación es un sistema heterocompositivo, puesto que la solución al conflicto se da por el tercero. El que las partes puedan aceptar o rechazar la propuesta realizada supone un reconocimiento de la autonomía de la voluntad que ha permitido a algunos matizar

su postura y considerar la mediación como un sistema heterocompositivo de «menor medida» o de «bajo riesgo» (71), considerándolo como una «intervención espontánea» (Calvo, 1995: 216) en la que las partes pueden rechazar, aceptar o modificar la solución propuesta.

Esta especialidad en la función del mediador desvirtúa, desde nuestro punto de vista, la propia esencia de su actuación. Ello nos hace preguntarnos si, en realidad, en lugar de encontrarnos ante la figura jurídica de la mediación, nos encontramos ante el conocido como *arbitraje informal*. Este tipo de «arbitraje» se recogía en el artículo 3.2 de la anterior Ley de Arbitraje de 1988, que establecía: «cuando en forma distinta de la prescrita en esta ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato».

Este arbitraje informal no ha sido recogido en la actual Ley de Arbitraje de 2003, pero nos preguntamos si podría seguir vigente a través de la mediación recogida en el artículo 38 del Real Decreto 231/2008, dadas las evidentes coincidencias entre ambas figuras. La decisión emitida por un árbitro informal no es un laudo, dado que dicha decisión sólo es vinculante si, después de emitida, es aceptada tácita o expresamente por las partes en conflicto. Esto supone que, al igual que ocurre en la mediación de consumo, la decisión del árbitro informal no obliga a las partes en conflicto como un laudo, sino que las obliga, después de su aceptación, contractualmente.

Si finalmente se calificase esta actuación como «mediación», consideramos que sigue siendo más adecuada la calificación como sistema autocompositivo, puesto que, aunque se reconozca al mediador la facultad de proponer una solución al conflicto, lo cierto es que la posibilidad de que las partes se desvinculen de ésta impide su consideración como órgano decisor de la controversia. En la mediación son las partes las que deciden en última instancia cómo se soluciona la controversia, si bien, dependiendo del ámbito en el que se utiliza la mediación, el tercero puede tener reconocidos distintos grados de intervención, llegando a estar muy próximo a la función de decisión, pero, al menos en nuestra opinión, sin llegar a serlo.

#### b) Otras actuaciones propias del mediador de consumo

Junto con esta facultad de emitir una propuesta formal de solución al conflicto, se reconoce en el ámbito del consumo una serie de actuaciones al mediador que

no se admiten en otros contextos ordinarios de la mediación. Entre estas funciones especiales destaca la posibilidad de que el mediador realice un *asesoramiento* (Blanco, 2001) a alguna de las partes; en concreto, al consumidor.

Como vimos, la posibilidad de que el mediador asesore a las partes está descartada en la mayoría de los ámbitos de la mediación (72). La Recomendación 98-1 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre la mediación familiar establece que el mediador debe facilitar informaciones jurídicas, pero no debe dar consejo jurídico. En los casos en los que los sujetos necesiten este asesoramiento jurídico, debe informar a las partes de la posibilidad de consultar a un abogado u otro profesional competente. Se trata de informar sin que en ningún caso el mediador pueda ofrecer un asesoramiento a las partes ni insinuar la solución que le resulta más adecuada, puesto que, como se ha indicado ya, se verían seriamente perjudicados los principios de neutralidad e imparcialidad propios de la mediación.

Sin embargo, en el ámbito de los conflictos de consumo, la práctica nos demuestra que los mediadores consideran como una función propia el asesoramiento, el cual se dirige, con carácter general, a la parte más débil de la relación, en este caso al consumidor (Blanco, 2001).

Algunos autores (Vicario, 1992; Ondarza, 1996) niegan esta función de asesoramiento, afirmando que la intervención del mediador de consumo debe ser a lo sumo informadora del procedimiento a seguir, de otros procedimientos existentes o de la finalidad de la reunión, limitándose asimismo a ofrecer una opinión sólo cuando las partes le consulten cómo deberían resolver el problema, a no ser que haya una ignorancia o incapacidad manifiesta que muevan al mediador a tratar de suplir esa información deficiente de una de las partes.

Por otro lado, el mediador en conflictos de consumo puede abrir un *expediente sancionador* (Blanco, 2001) a una empresa que no acuda a desarrollar la mediación, expediente que podrá derivar en la retirada de distintivos de calidad. Este expediente se abre cuando *el comerciante o empresa*, no el consumidor, manifiesta una absoluta falta de colaboración durante todo el proceso de mediación. En estos casos, se entiende que se está produciendo una obstrucción a las funciones públicas de intermediación en materia de consumo, actuación que se fundamenta en la LGDCU y en el RD de 1945/83 (artículo 5.1), que contemplan la posibilidad de sancionar la obstrucción a la tramitación e intento de solución de las reclamaciones. Estas medidas pueden ser consideradas excesivas, fundamentalmente partiendo de que el proceso de mediación es voluntario para ambas partes, y no sólo para los consumidores.

Se trataría de una medida de presión de difícil justificación, y que hace peligrar los principios de neutralidad del mediador y de igualdad de las partes.

A pesar de estas especialidades, existe una función que de ningún modo podrá realizar el mediador, puesto que desvirtuaría la propia esencia de la mediación y pasaríamos a encontrarnos ante otra figura jurídica. Esa función *expresamente prohibida* para el mediador es la de *decidir la solución al conflicto de forma vinculante para las partes*.

## 2.5. La especial formación de origen de los mediadores

Las actuales leyes de mediación familiar requieren, por lo general, que los mediadores sean abogados, psicólogos, trabajadores sociales, asistentes sociales, educadores sociales o pedagogos.

Junto con esta formación de origen, se exige una formación específica en mediación, ADR y técnicas de mediación. No existe un consenso respecto al número de horas, contenidos, prácticas, ni desde qué institución se puede garantizar la mejor formación, pudiendo ser universidades, colegios profesionales, centros de la Administración, etcétera.

Los conflictos de consumo se diferencian de los familiares por su complejidad en la normativa, su carácter multidisciplinar (pueden tocar ámbitos del derecho muy dispares, derecho penal, económico, civil, procesal...) y su continuo contacto con materias que se encuentran dentro del concepto de orden público o con normas imperativas que se sustraen de la voluntad de las partes en conflicto y, por lo tanto, de la negociación. Ello nos lleva a considerar *imprescindible una formación en derecho*, por lo que, en principio, el abogado especialista en consumo es la persona adecuada para ser mediador, aunque ciertamente personas de reconocido prestigio y con experiencia acreditada en el sector también podrían desempeñar una buena función mediadora (Blanco, 2001).

Sea como fuere, lo cierto es que consideramos que ésta es una cuestión de suma importancia, que debería ser regulada de forma que se establecieran unos criterios mínimos para poder acceder a la condición de mediador y ofrecer ciertas garantías en relación con su formación y/o experiencia.

## 2.6. El proceso de mediación

Entre las cuestiones que más llaman la atención respecto a la mediación desarrollada en éste ámbito, destacan fundamentalmente dos.

En primer lugar, la *posición de desequilibrio o debilidad* que el consumidor ocupa frente al empresario. Esta situación es considerada, por la mayor parte de la doctrina, como consustancial a la propia definición de consumidor. Según esta afirmación, se podría considerar que la mediación no es posible en este tipo de conflictos, dado que ésta tiene como presupuesto la igualdad de fuerzas de los sujetos en conflicto como única forma de asegurar la obtención de un acuerdo justo y equilibrado. Tanto es así que las leyes autonómicas que regulan la mediación familiar excluyen de su ámbito de aplicación las relaciones familiares en las que exista algún tipo de maltrato, dada la falta de igualdad de poder entre las partes en conflicto.

En segundo lugar, que los servicios de mediación se ofrecen dentro del marco de una *política protectora de los intereses del consumidor*, lo que puede poner en peligro la necesaria neutralidad e imparcialidad de los mediadores. La mediación de consumo se desarrolla además de por las juntas arbitrales de consumo, por las OMIC y por las asociaciones de consumidores y usuarios, cuya vinculación con el consumidor es evidente.

Estas dos cuestiones nos llevan a preguntarnos qué es lo que incentiva a ambas partes a acudir a la mediación, puesto que la neutralidad de este tipo de servicios puede ser cuestionada por las razones anteriormente apuntadas.

Entre los motivos de los *consumidores* (Blanco, 2001) para acudir a la mediación, destacan la *ventaja económica* de estos servicios frente a otros sistemas, la *rapidez* en la solución o la *proximidad geográfica*, puesto que suelen tener una sede en cada Ayuntamiento, sin que sea necesario desplazarse a la sede del partido judicial, como sucede cuando hay un procedimiento judicial.

Entre los motivos propios de las *empresas* (Blanco, 2001), destaca principalmente la existencia de una *legislación protectora del consumidor* que le incentiva a evitar la vía judicial, la intención de ofrecer una *imagen conciliadora y amistosa*, tanto a sus propios clientes como al juez o árbitro que pueda eventualmente decidir la controversia en una instancia posterior, el *prestigio de la empresa* o la *calidad de su servicio*.

Las etapas propias del proceso de mediación están claramente identificadas tanto en la legislación autonómica como en la práctica de la mediación en el ámbito de los conflictos de familia. Siguiendo a Suares (73), se distinguen tres etapas: la de *premediación* o evaluación del conflicto; la de *mediación* propiamente dicha, en la cual se desarrolla la negociación de los temas conflictivos, y la de *postmediación*, cuyo objetivo es el seguimiento de los acuerdos alcanzados.

En el ámbito del consumo, las fases de la mediación no están tan claras, dado que la falta de normativa al

respecto ha provocado una importante falta de homogeneidad a la hora de desarrollarla. Sin embargo existen unas actuaciones comunes:

— La audiencia a las partes conjunta o por separado (la conjunta es más aconsejable, ya que propicia el principio de contradicción).

— Permitir un turno de palabra.

— Levantamiento de un acta que recoja el resultado obtenido.

Más allá de estas tres notas comunes, podemos observar gran variedad de actuaciones. Mientras que en los servicios territoriales de la Administración autonómica la función de mediación se realiza a través de la inspección al domicilio del demandado, y siendo portadores de lo manifestado por el reclamante, las OMIC tienen un procedimiento mucho más formalizado y normalmente previo a la vía judicial (aunque también puede ser durante el proceso judicial) que consiste en varias etapas.

*Primera: intento de conciliación.* Consiste en un contacto telefónico a partir del cual el reclamante ha formalizado su reclamación y el reclamado realiza sus manifestaciones, de las que se da traslado a la parte contraria por escrito, quien deberá contestar en el plazo de diez días.

*Segunda: reunión conjunta.* Se cita a las partes en una reunión en la que el mediador intenta que alcancen un acuerdo. Las únicas formalidades de esta cita consisten en el respeto del turno de palabra y del principio de contradicción. En este momento, las partes aportan su visión del problema en presencia de la otra parte (que se correspondería con la primera y segunda etapa) y posteriormente son preguntados sobre la posibilidad de alcanzar un acuerdo. Estas reuniones pueden alargarse durante horas, e incluso contar con varias sesiones.

*Tercera: firma del acta de mediación.* Si se llega a un acuerdo, se redactará un acta de éste, que, como cualquier contrato privado, es fuente de obligaciones y derechos. Si no hay avenencia, también se redacta un acta estableciendo que no se alcanzó el acuerdo y el motivo de esta situación.

## 2.7. El valor del acuerdo alcanzado

De lo acontecido en el proceso de arbitraje se deja constancia en un acta. Así lo disponía de forma expresa el artículo 37 del proyecto de Real Decreto por el que se regula el sistema arbitral de consumo y la mediación en el procedimiento arbitral, que establecía respecto al fin de la mediación:

«1. Si las partes, mediante acuerdo, dan por resuelto el conflicto, el mediador levantará un acta en la que consten los términos que pongan fin a la controversia, y expedirá copia certificada de ella una vez firmada por reclamante y reclamado.

«2. Si no existiera acuerdo, se devolverá el expediente al Presidente, a efectos de iniciar el procedimiento arbitral en la forma establecida en esta norma».

El artículo 38.2 del actual Real Decreto 231/2008 se limita a establecer que corresponde al secretario de la Junta Arbitral «dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de ésta».

Sin embargo, si tenemos en cuenta lo establecido para el arbitraje con carácter general, es posible otorgar a este acuerdo una eficacia mayor que la del acta, a través de la *homologación arbitral* del mismo. Esta homologación es posible gracias a la incorporación en la Ley 60/2003, de arbitraje, del artículo 36, que recoge el laudo por acuerdo de las partes. En tal caso, las partes pueden solicitar al árbitro que recoja el acuerdo alcanzado en el laudo para así otorgarle la misma eficacia que tiene éste, es decir, efecto de cosa juzgada y ejecutividad (art. 517.2.2 LEC).

El Real Decreto 231/2008 se refiere a esta posibilidad en el artículo 48.2, al establecer que «si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin, total o parcialmente, al conflicto, el órgano arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados, incorporando el acuerdo adoptado al laudo, salvo que aprecie motivos para oponerse».

Por último, no debería descartarse la posibilidad de una *homologación judicial* del acuerdo alcanzado, en virtud del 517.2.3 de la LEC 1//2000, que establece que serán título ejecutivo «las resoluciones judiciales que aprueben y homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones».

El acuerdo de mediación en este caso será incorporado al proceso, y tendrá la misma virtualidad que una transacción judicial, es decir, efecto de cosa juzgada y susceptible de ejecución.

## 3. El Comisionado para la defensa de los clientes de servicios financieros

### 3.1. Concepto y funciones

Los clientes de servicios financieros se encuentran en numerosas ocasiones desbordados ante la complejidad

que están alcanzando las operaciones financieras, lo que ha generado una creciente sensación de incertidumbre y recelo en este sector. Por este motivo, se consideró prioritario ofrecer mecanismos que mejoren la transparencia y la protección de los consumidores, prestando especial atención a la necesidad de ofrecer a estos clientes medios ágiles y eficaces para trasladar sus consultas, quejas o reclamaciones a la entidades financieras.

De esta forma se promulgó la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero (74), en cuyo capítulo V, titulado «Protección de clientes de servicios financieros», recoge, en su sección 1ª, «Defensa del cliente de servicios financieros», la creación de los comisionados. Esta figura ha sido desarrollada a través del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros (75).

Los comisionados tienen encomendada la defensa del cliente de servicios financieros, distinguiendo tres tipos de comisionados:

— El Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, nombrado por el ministro de Economía, se encuentra adscrito orgánicamente al Banco de España. Tiene competencias en relación con las quejas o reclamaciones y consultas que formulen los usuarios de servicios bancarios prestados por las entidades de crédito autorizadas para operar en el territorio nacional, así como de los servicios prestados por las sociedades de tasación y por los establecimientos de cambio de moneda autorizados para realizar operaciones de venta de billetes extranjeros y cheques de viajero o gestión de transferencias en el exterior (76).

— El Comisionado para la Defensa del Inversor, nombrado por el ministro de Economía, se encuentra adscrito a la CNMV. Tiene competencias en relación con las quejas o reclamaciones y consultas que formulen los usuarios de los servicios de inversión prestados por las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, y de los partícipes en fondos de inversión y los accionistas de sociedades de inversión que hayan delegado la gestión en una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva (77).

— El Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones, nombrado por el ministro de Economía, se encuentra adscrito a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Sus competencias se refieren a las quejas o reclamaciones y consultas que formulen los usuarios de servicios financieros de las entidades aseguradoras, salvo en los supuestos de contratos por grandes riesgos, y de las entidades gestoras de fondos de pensiones, sometidos

a la supervisión de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Asimismo, le corresponde la protección de los usuarios de servicios financieros en relación con la actividad de los mediadores de seguros, conforme a lo establecido en su legislación específica, así como en relación con las entidades de crédito en materia de comercialización de seguros o planes de pensiones o en su condición de depositarias de fondos de pensiones (78).

Entre las funciones (79) encomendadas a los comisionados destacan:

— *Atender las quejas y reclamaciones* que presenten los usuarios de servicios financieros que estén relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.

— *Contrastar* la información necesaria acerca de las quejas o reclamaciones interpuestas, al efecto de verificar y contrastar su trascendencia.

— *Asesorar a los usuarios de los servicios financieros* sobre sus derechos en materia de transparencia y protección de la clientela, así como sobre los cauces legales existentes para su ejercicio.

— *Remitir a los servicios de supervisión* correspondientes aquellos expedientes en los que se aprecien indicios de incumplimiento o quebrantamiento de normas de transparencias y protección de la clientela.

— *Proponer* a la respectiva autoridad supervisora o reguladora las modificaciones normativas que consideren necesarias para la mejor protección de los usuarios de servicios financieros.

Queda expresamente fuera de sus funciones decidir o pronunciarse sobre los daños y perjuicios que las entidades financieras hayan podido ocasionar a los usuarios de sus servicios financieros, no pudiendo facilitar valoración económica de ningún tipo (80).

El Real Decreto 303/2004 establece con claridad que se trata de órganos que *carecen de funciones ejecutivas y ejecutorias*, de forma que sus actuaciones o informes no tendrán consideración de actos administrativos ni podrán ser objeto de recurso alguno (81).

La utilización de estos comisionados es compatible con otros sistemas de solución de conflictos por parte del cliente de servicios financieros, puesto que su utilización *no excluye el acceso a otros sistemas de protección*, y «en especial, la normativa arbitral y de consumo» (82). Sin embargo, sí existe cierta incompatibilidad, pues-

to que el Real Decreto 303/2004 determina que los comisionados no podrán conocer asuntos que se encuentren o hayan sido sometidos «a cualquier instancia arbitral, administrativo o judicial».

La función del Comisionado, por tanto, es emitir un *informe*, según establece el artículo 5.4. del Real Decreto 303/2004 (no utiliza el término dictamen), que ponga fin a la consulta, queja o reclamación.

Cuando se trata de una queja o reclamación, este informe en ningún caso será vinculante para ninguna de las partes, si bien podrán ser objeto de remisión a los servicios de supervisión correspondientes los expedientes en los que se haya apreciado algún indicio de incumplimiento o quebrantamiento de la normativa sobre transparencia o protección de los usuarios.

Cuando se trate de una consulta (83), es decir, la solicitud de asesoramiento o información sobre determinadas materias, no podrá pronunciarse sobre la interpretación de la norma aplicable en relación a un supuesto concreto.

La designación del Comisionado debe recaer sobre una persona de reconocido prestigio en el ámbito económico o financiero, con al menos diez años de experiencia profesional.

A pesar de encontrarse adscritos a las entidades anteriormente referidas, los comisionados gozan de independencia y autonomía en sus funciones (84). La *independencia* garantiza la falta de intervención de cualquier otro órgano administrativo, incluidos aquellos a los que se encuentran adscritos, y la *autonomía* atribuye a estos órganos absoluta libertad a la hora de aplicar los criterios y directrices que deben aplicar en sus funciones.

Una vez que conocemos el concepto y la función del Comisionado, la principal dificultad estriba en distinguir esta la figura de la del mediador de consumo.

No existiría tal dificultad si se tratase de distinguirla del mediador «ordinario», es decir, de aquel cuyas funciones se limitan a facilitar a las partes la consecución del acuerdo deseado mediante una participación neutral e imparcial. En este tipo de mediaciones no se admite la formulación de propuestas formales sometidas a la aceptación de las partes, y mucho menos se concibe al mediador como garante del interés de una de las partes en conflicto.

Más difícil es distinguir esta figura de la mediación que se desarrolla en el ámbito del consumo, dado que, según analizamos en páginas anteriores, se admite la posibilidad de que el mediador pueda hacer una *propuesta for-*

*mal* a las partes, *asesorar* al consumidor y *sancionar* a la empresa que no facilita el proceso negociador.

Desde nuestro punto de vista, la principal diferencia entre ambos se refiere a la razón de ser de su intervención. Mientras un mediador de consumo tendrá como función principal resolver el conflicto planteado, tratando de actuar de forma *imparcial, neutral y confidencial*, el comisionado tiene la función no tanto de resolver el fondo de un conflicto en sí, sino más bien de *fiscalizar* o *controlar* que el cliente del servicio financiero no ha sido vulnerado en alguno de los derechos que tiene reconocidos en la normativa existente, sin que para ello deba actuar de forma imparcial o neutral, más bien al contrario, debe *tratar de defender en todo caso los intereses del cliente del servicio financiero*; ésta es la razón de ser del Comisionado.

Desde nuestro punto de vista, e insistimos en que la diferenciación es realmente sutil y difícil en este ámbito, mientras el mediador de consumo debería seguir siendo neutral e imparcial en su actuación, sin erigirse en defensor del consumidor, o al menos no como su función principal, el Comisionado sí tiene como objetivo en su actuación la defensa del interés del cliente del servicio financiero, para lo cual no se encuentra obligado a actuar de forma neutral e imparcial, sino que deberá defender los intereses de sus clientes. Por ello, en nuestra opinión la figura del Comisionado debe ser entendida como un *ombudsman* (85), o defensor del cliente, en este caso de los servicios financieros, y no como un mediador.

### 3.2. Procedimiento

Para que el Comisionado pueda entrar a conocer la queja o reclamación planteada es necesario haber agotado un paso previo, la presentación de la queja o reclamación ante la propia entidad prestadora del servicio financiero.

Esto significa que todo servicio financiero debe tener un departamento o servicio de atención al cliente o un defensor del cliente, ante quien el usuario deberá presentar previamente su reclamación.

Una vez que dicha reclamación o queja haya sido desestimada por la entidad financiera o hayan transcurrido dos meses desde su presentación sin haber obtenido pronunciamiento alguno, el usuario podrá acudir al Comisionado competente en su materia para que se pronuncie el respecto (86).

Esta queja o reclamación previa ante la entidad financiera es imprescindible, y debe ser acreditada en la solicitud presentada ante el Comisionado, tal y como exige

el artículo 7.3.d del Real Decreto 303/2004 (87), de forma que, si no se acredita dicha circunstancia, el Comisionado deberá inadmitir la queja o reclamación (art. 10.1.a Real Decreto 303/2004).

El procedimiento de presentación de las quejas o reclamaciones se ha facilitado al máximo, puesto que se puede realizar personalmente o a través de representación y tanto en papel como por medios informáticos, electrónicos o telemáticos (88).

Una vez presentada, se procederá a la apertura del expediente. En el plazo de diez días hábiles se procederá a informar al solicitante de los efectos de la iniciación del expediente (su tramitación no le impide acceder a otros sistemas para hacer valer sus derechos, ni paraliza las resoluciones o tramitaciones de procedimientos en curso, ni suspende o interrumpe los plazos para ejercitar derechos o acciones) y se remitirá a la entidad contra la que se dirige la queja una copia de los documentos aportados para que, en el plazo de quince días hábiles, presente las alegaciones que considere oportunas.

Es interesante que se recoja en el art. 11. 4 que «en el caso de que la entidad en sus alegaciones proponga una solución para la reclamación, se comunicará a los interesados, que podrán manifestar en el plazo de 15 días hábiles su disconformidad, sin posibilidad de formular nuevas alegaciones». No se trata de una mediación o negociación, sino simplemente de un ofrecimiento de acuerdo para su aceptación o rechazo, sin posibilidad de ningún otro tipo de manifestación.

El expediente termina con un informe que debe presentarse en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de presentación de la queja o reclamación ante el Comisionado. El artículo 12.3 del Real Decreto 303/2004 determina que dicho informe «que será motivado, y deberá contener unas conclusiones claras en las que se haga constar si de lo actuado se desprende quebrantamiento de normas de transparencia y protección y si la entidad se ha ajustado o no a las buenas prácticas y usos financieros. En todo caso, el informe final deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones que planteen las quejas o reclamaciones».

El informe del Comisionado no tiene carácter vinculante para ninguna de las partes, siendo de carácter informativo. De esta forma el art. 12. 6 insiste nuevamente en que el informe no tiene consideración de acto administrativo, de forma que no se puede entablar recurso alguno contra él.

Una vez recibido el informe, la entidad debe pronunciarse en el plazo de un mes sobre la aceptación o no de los presupuestos. Si en el informe se deduce que ha

existido un perjuicio para el reclamante y la entidad está de acuerdo con el informe de la Comisión, ésta podrá proceder a la rectificación de dicha situación, debiendo ponerlo en conocimiento del Comisionado, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o de otro orden en que haya podido incurrir la entidad. Asimismo, el Comisionado remitirá a los servicios de supervisión correspondientes aquellos expedientes en los que se aprecien indicios de incumplimiento o quebrantamiento de normas de transparencia y protección de la clientela o se detecten indicios de conductas delictivas, o de infracciones tributarias, de consumo o competencia, o de otra naturaleza.

Por último, el Comisionado, a solicitud del órgano u organismo de supervisión al que esté adscrito, podrá informar periódicamente de las quejas y reclamaciones recibidas, así como de los expedientes tramitados, y en todo caso deberá informar de la marcha del servicio al menos trimestralmente.

## VI. CONCLUSIONES

1. Los *sistemas alternativos de resolución de conflictos*, conocidos con las siglas anglosajonas ADR (*alternative dispute resolution*), constituyen un conjunto de mecanismos que tienen como objeto resolver o gestionar los conflictos sin el concurso de los tribunales de justicia. Su carácter alternativo se predica por tanto respecto del proceso jurisdiccional, al tratarse de sistemas que evitan el conocimiento del conflicto por el juez. La característica predicable de todos estos sistemas es sin duda el carácter *voluntario* del acceso a ellos.

2. En nuestro ordenamiento jurídico destacan como ADR, por el interés normativo y doctrinal que han despertado, *el arbitraje, la mediación y la conciliación*. Todos ellos tienen en común la existencia de un tercero distinto de las partes en conflicto. Sin embargo, se distinguen fundamentalmente en la función que desempeña dicho tercero y en el alcance del resultado obtenido. Respecto a la función del tercero, se distinguen en que mientras el árbitro *decide*, el mediador *facilita* y el conciliador *invita o exhorta*. Respecto al resultado, se distinguen en que el arbitraje concluye con un *laudo* al cual se reconoce efecto de cosa juzgada y título ejecutivo; la mediación concluye con un *acuerdo privado* al cual se reconoce la eficacia de una transacción (extrajudicial o judicial), y la conciliación, con el *desistimiento* del proceso judicial o con un *acuerdo privado* también con la eficacia de una transacción (extrajudicial o judicial).

3. Uno de los ámbitos en los que los ADR están alcanzando un especial desarrollo es el del *consumo*. Las razones de su proliferación se encuentran en la necesi-

dad de solucionar los problemas que los consumidores afrontan a la hora de hacer efectivos sus derechos, y ello por las especiales características que presenta la relación del consumidor con el empresario, tanto en el equilibrio de fuerzas como en los elementos internacionales que suelen darse en la práctica. Todo ello ha facilitado que la Unión Europea preste especial atención a los ADR en éste ámbito, adoptando diversas medidas que facilitan la incorporación de estos sistemas y que ofrecen a los consumidores garantías de su calidad.

4. De forma especial, la Unión Europea ha hecho un esfuerzo normativo en el ámbito del *comercio electrónico y de la contratación de servicios financieros a distancia*. Este esfuerzo se ha plasmado en dos directivas: la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, y en particular el comercio electrónico en el mercado interior, y la 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. A pesar de que ambas tratan de facilitar la utilización de los mecanismos extrajudiciales de resolución de litigios, no determinan qué tipo de ADR sería el adecuado en este tipo de conflictos. Las leyes que trasponen dichas directivas al ordenamiento español —Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, Ley 34/2003 de 4 de noviembre, de modificación y adaptación de la normativa comunitaria a la legislación de los seguros privados, y Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores—, son un poco más explícitas respecto al tipo de ADR que se debe implantar, refiriéndose de forma específica al arbitraje de consumo.

5. El *sistema arbitral de consumo* viene regulado en la actualidad por la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, y por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo. Entre las principales novedades introducidas por el referido Real Decreto 231/2008, y que son predicables sólo del arbitraje que se desarrolla en el ámbito del consumo, destacan las siguientes: la incorporación del árbitro único cuando se trate de conflictos de un valor inferior a 300 euros, la regulación del arbitraje de consumo colectivo y el arbitraje electrónico, y la creación de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y del Consejo General del Sistema Arbitral del Consumo.

6. La *mediación de consumo* aparece regulada por primera vez en el artículo 38 del Real Decreto 231/2008. Entre las novedades que presenta la mediación desarrollada en este ámbito destacan:

— La mediación aparece incorporada como una fase previa al proceso arbitral, dado que se desarrolla por las juntas arbitrales de consumo antes de que el órgano arbitral conozca el conflicto.

— El mediador de consumo va más allá del mero facilitador en la negociación del conflicto, puesto que podrá ofrecer a las partes una propuesta formal de solución a aquél, que éstas podrán aceptar o rechazar libremente. Esta función acerca la mediación a la figura del *arbitraje informal*.

— El mediador puede asesorar al consumidor y abrir un expediente sancionador a la empresa o profesional que no facilite la solución del conflicto. Todo ello pone en tela de juicio la necesaria neutralidad e imparcialidad del mediador en el ejercicio de sus funciones.

7. La figura del *Comisionado*, o el defensor del cliente de los servicios financieros, ha sido regulada a través del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros. Esta figura guarda una aparente similitud con la mediación desarrollada en el ámbito del consumo, dado que consiste en emitir un informe que ponga fin al conflicto, que no es vinculante para ninguna de las partes ni tiene funciones ejecutivas. Sin embargo, el Comisionado tiene como función principal «la defensa del cliente» lo que impide la aplicación de uno de los principios fundamentales de la mediación, que es la imparcialidad y la neutralidad. Su principal función es velar por los intereses de los clientes de los servicios financieros, lo que dificulta la equidistancia del tercero respecto a ambas partes del conflicto, que es requisito imprescindible para una mediación.

## NOTAS

(1) Nos vamos a referir a ellos, como ADR por ser la expresión más utilizada por la legislación internacional y nacional; sin embargo, son muchas las formas de referirse a este tipo de sistema. Así, PAZ LLOVERAS y Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital, coord. científico (2002: 10) se refieren a éstos con el término MESC (mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos); por su parte, HUERGO (2000: 15) se refiere a ellas como *medios de resolución extrajudicial de conflictos*. También podemos encontrar TARC, haciendo referencia a las técnicas alternativas de resolución de conflictos.

(2) *Libro Verde sobre el acceso de los Consumidores a la justicia* (COM (93) 576 final de 16.11.1993). Fue reconocido como derecho humano en el art. 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos de Roma del 4 de noviembre de 1950.

(3) Así, la Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE), y la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE), se refieren a los procedimientos que «conducen a una

solución del litigio por intervención activa de una tercera persona». De la misma forma, el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, COM (2002) 196 final, de 19 de abril de 2002, considera que con la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial.

(4) ÁLVAREZ MORENO (2000: 960): «La institución mediante la cual las personas naturales o jurídicas someten, por medio de una declaración de voluntad (convenio o testamento) a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de libre disposición, comprometiéndose a acatar su resolución (el laudo arbitral)».

(5) Actualmente no existe en España el arbitraje forzoso, aunque en nuestro derecho histórico se han querido ver ejemplos del mismo como señala NÚÑEZ BOLUDA (2004: 3552-3553). Sólo hay un supuesto que tiene algunas especialidades, y es el arbitraje testamentario. *Vid.* ALBALADEJO (1990); GARCÍA PEREZ (1999).

(6) MONTERO (2001), establece que «el legislador (...) se limita a transcribir una consecuencia de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.091 del Código Civil; el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado porque es un contrato, y las obligaciones que nacen de los contratos «tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos».

(7) La imposibilidad judicial para decidir el conflicto debe ser puesta de manifiesto al juez por las partes que firmaron el convenio arbitral a través de una excepción procesal. Esto supone que, en el caso de que un sujeto, después de haber sometido su conflicto al sistema arbitral mediante la suscripción del correspondiente convenio arbitral, plantee una demanda ante la jurisdicción para que sea el juez y no el árbitro quien conozca del conflicto, el demandado y contraparte en dicho convenio arbitral, *con carácter previo a la contestación a la demanda*, debe alegar la *declinatoria* ante el juez para denunciar la falta de jurisdicción y de competencia del tribunal (art. 63 LEC 1/2000) o la sumisión de la cuestión al arbitraje (art. 11.1 LA 2003).

(8) Como se verá más adelante, el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* excluye el arbitraje de su regulación, y en el mismo sentido se pronuncia la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

(9) COM (2002) 196 final, de 19 de abril de 2002, considera que con la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, «de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido».

(10) COM (2004) 718 final, de 22 de octubre de 2004.

(11) GROVER (1996: 52), la define como «la intervención en un conflicto de una tercera parte neutral que ayuda a las partes opuestas a manejar o resolver su disputa. La tercera parte imparcial es el mediador, quien utiliza diversas técnicas para ayudar a los contendientes a llegar a un acuerdo consensuado con el fin de resolver su conflicto». REDORTA (1999), define la mediación como un proceso voluntario de resolución de conflictos, donde las partes en disputa participan voluntariamente asistidas por un tercero neutral con la finalidad de construir sus propias decisiones.

(12) *Diario Oficial de la Unión Europea*, 25, abril, 2008 L136/3.

(13) De una forma similar, la Recomendación nº R (98) 1, del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar, la define como un «proceso en el que una *tercera persona*, el mediador, imparcial y neutro, asiste a las partes sobre los aspectos objeto de litigio para que *ellos mismos*, por medio de *la negociación* lleguen a acuerdos comunes».

PAZ LLOVERAS. E., y Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital, coord. científico (2002: 16), afirman que «se trata de un procedimiento voluntario, informal y confidencial por el cual una tercera parte neutral (una o más personas), con una formación profesional adaptada a las necesidades del conflicto, asiste a las partes con el objeto de que éstas lleguen a un acuerdo por sí mismas. Las partes buscan en ese experto a un guía que escuche a los interesados y les ayude a llegar a un acuerdo mutuamente beneficioso».

(14) Existen las siguientes leyes autonómicas de mediación familiar, recogiendo todas ellas una definición de la mediación:

— Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña. Consiste en un método de resolución de conflictos que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, sea a iniciativa propia de las partes, sea a indicación de una autoridad judicial, que tiene por objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio (preámbulo).

— Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia, y Decreto 159/2003, de 31 de enero. Intervención de un tercero ajeno a las partes en conflicto y experto en la materia para ofrecerles, en el mayor grado de imparcialidad, propuestas de solución a sus desavenencias (preámbulo). Intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador, que actuarán para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja (art. 2).

— Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales y sin capacidad para tomar decisiones por las partes, asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo (art. 1).

— Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias y Ley 3/2005 de 23 de junio para la modificación de la Ley 15/2003. La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario en el cual un tercero, debidamente acreditado, denominado mediador familiar, informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a los familiares en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por éstos de acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos (art. 2).

— Ley 4/2005, de 24 de mayo, del servicio social especializado de mediación familiar, Castilla-La Mancha. La mediación familiar consiste en la intervención, voluntariamente solicitada por las personas interesadas, de una tercera parte imparcial, neutral y profesional que las orienta, asesora y auxilia en la negociación conducente a la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su conflicto familiar (art.1.1). La mediación es una forma de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, caracterizada por la intervención de una tercera parte, neutral e imparcial respecto de las partes en controversia, que las auxilia en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas (exposición de motivos).

— Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar, de Castilla y León. «Se entiende, en este sentido, por mediación familiar la intervención profesional realizada en los conflictos familiares señalados en esta Ley, por una persona mediadora cualificada, neutral e imparcial, con el fin de crear entre las partes en conflicto un marco de comunicación que les facilite gestionar sus problemas de forma no contenciosa».

— Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar, de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares. «La mediación familiar persigue la solución extrajudicial de conflictos surgidos en el seno de la familia con la asistencia de profesionales cualificados e imparciales

que hagan de mediadores entre los sujetos para posibilitar vías de diálogo y obtener acuerdos justos, duraderos y estables, con el objeto de evitar que se planteen procesos judiciales, de poner fin a los que ya se hayan iniciado o de reducir su alcance» (art. 1).

— Ley de mediación familiar de la Comunidad de Madrid. Define la mediación como «un procedimiento voluntario de gestión o resolución positiva de tensiones o conflictos familiares en el que las partes solicitan y aceptan la intervención de un mediador, profesional imparcial, neutral y sin capacidad para tomar decisiones por ellas, que les asiste con la finalidad de favorecer vías de comunicación y búsqueda de acuerdos consensuados» (art. 1).

— Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar del Principado de Asturias. «La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario creado con la finalidad de solucionar los conflictos que se puedan originar en el ámbito definido en el artículo siguiente, en el que interviene un tercero imparcial debidamente acreditado y sin poder de decisión, denominado mediador familiar, que informa, orienta y ayuda a las partes en conflicto para facilitar el diálogo y la búsqueda de un acuerdo duradero y estable con el fin de evitar un procedimiento judicial, poner fin al iniciado o reducirlo».

— Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar del País Vasco. «La mediación familiar es un procedimiento voluntario en el que uno o más profesionales con cualificación en mediación, imparciales y sin poder decisorio, ayudan y orientan a las partes en cuanto al procedimiento dialogado necesario para encontrar soluciones aceptables que permitan concluir su conflicto familiar».

(15) La falta de esta actitud puede llevar al propio mediador a suspender el proceso de mediación ante la imposibilidad de llegar a acuerdos, dado que también es voluntario para él.

(16) ALBERT (1999): «comparecencia facultativa de las partes en un conflicto de intereses, ante una autoridad designada por el Estado ya sea ante órganos judiciales (juez) como no judiciales (organismos administrativos) para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que las separa, regulada por el ordenamiento jurídico, que atribuye determinados efectos, asimismo jurídicos, a lo en ella convenido (Montero Aroca)».

(17) Por lo tanto, se lleva a cabo cuando el litigio no se ha iniciado y ante otro juez del que deberá resolverlo. Esta conciliación está directamente vinculada con la transacción en el art. 460, II.4º LEC, dado que no se puede conciliar sobre lo que no se puede transigir. La conciliación realizada con éxito se rige por las reglas generales de interpretación de los contratos, y su eficacia no es mayor a la de un acuerdo privado entre las partes.

(18) Centrándonos en la figura de la audiencia previa al juicio, o conciliación judicial, que se encuentra actualmente regulada en los artículos 414 a 430 de la LEC 1/2000, podemos afirmar que esta comparecencia tiene cuatro objetivos (artículo 414 LEC 1/2000):

— Intentar el acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso.

— Examinar las cuestiones procesales, lo que supone reconocer la posibilidad de subsanar los errores procesales que pudieran afectar el desarrollo normal del proceso.

— Fijar con precisión el objeto de la controversia, lo que permite, además de discutir los hechos, transformar o modificar el objeto del proceso.

— Y, en su caso, proponer y admitir prueba.

(19) COM (2004) 718 final de 22, octubre, 2004.

(20) Lo que supone que es la misma persona que, en caso de no alcanzarse el acuerdo, conocerá el conflicto con poderes decisorios, y que su fuerza en la conciliación deriva precisamente de un poder decisorio que no ejerce.

(21) Debemos poner de manifiesto importantes diferencias entre la actuación desarrollada por el juez en la comparecencia de la audiencia previa y la desarrollada por un mediador.

La primera cuestión que llama poderosamente la atención es que en la audiencia previa la presencia de los abogados es *obligatoria*. Se otorga una especial importancia a su participación en dicha comparecencia, hasta el punto de que si no compareciese el abogado de la parte demandante se sobreseerá el proceso, salvo que el demandado alegare interés legítimo en la continuación del procedimiento (artículo 414.3 LEC 1/2000). Por el contrario, en la mediación la presencia de los abogados no sólo no es obligatoria, sino que su actuación como representación letrada debe desarrollarse al margen del proceso de mediación.

En segundo lugar, respecto a la *participación de las partes en conflicto*, en la mediación la asistencia de las partes en conflicto es obligatoria, debiendo acudir personalmente a las entrevistas con el mediador, sin posibilidad de delegar esta actividad en ninguna otra persona. Sin embargo, en la conciliación, y a pesar de que en un principio la intención del legislador fue asegurar la presencia de éstas en la comparecencia, afirmando que deben acudir *personalmente* a ella, se reconoce acto seguido y de forma expresa la posibilidad de que las partes puedan no acudir en los casos en que hayan otorgado a sus *procuradores* poder para allanarse, renunciar o transigir (artículo 414.2). Lo afirmado anteriormente permite deducir que los efectos ante la *incomparecencia* de una de las partes en conflicto serán radicalmente diferentes en la mediación y en la conciliación. En la mediación, si alguna de las partes no se presenta el día en que fue citado se hace del todo imposible desarrollar la entrevista de mediación, puesto que es necesaria la presencia física de ambas partes en conflicto (salvo que el mediador considere que puede realizarse en entrevistas separadas y en circunstancias determinadas). Sin embargo, en la audiencia previa la situación será diferente en función de cuál es el sujeto que no ha acudido a la comparecencia, puesto que si el que no comparece es el *demandado* la conciliación continuará con el demandante en lo que fuese procedente, mientras que si quien no comparece es el *demandante*, o *ninguno de los dos*, se dictará auto de sobreseimiento por parte del juez. Es decir, se producen efectos distintos en función de si la incomparecencia es de una u otra parte procesal.

(22) Debemos distinguir dos momentos de la comparecencia en la cual se pretende la conciliación de las partes en conflicto.

El primer momento de conciliación se recoge en el artículo 415 LEC: «comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado».

El segundo momento de conciliación se recoge en el artículo 428 LEC: «a la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio».

En la *primera conciliación* el juez solo «comprobará» si subsiste el litigio entre las partes. La doctrina se muestra dividida respecto a la actitud que el juez debe mostrar en este momento aunque la mayoría considera que debe *limitarse a preguntar a las partes sobre la subsistencia o no del conflicto*. Sin embargo otra parte de la doctrina considera que puede tomar una *actitud favorable para propiciar el acuerdo*, indagando sobre las posibilidades reales de alcanzar éste.

En la *segunda conciliación* el juez podrá *exhortar* a las partes y a los abogados para que lleguen al acuerdo.

(23) LLANEZA (2000: 36): «Internet es un sistema, que no un medio, de comunicación transaccional que, gracias a unos estándares comunes y usando tecnologías y redes de comunicación, permite el intercambio y la obtención de información mediante el uso de diversas modalidades de comunicación en línea (listas de correo, grupos de

discusión de Usenet, FTO, WWW, chats, etc.). Internet es información, tecnología y una red física de telecomunicación».

(24) CLEMENTE (2001: 84) define los contratos electrónicos como «aquellos que se celebran mediante el uso de ordenadores a través de una red telemática, consistiendo tal diálogo en la transmisión electrónica de datos y documentos». Asimismo, distingue distintos tipos de contratos «según los sujetos (entre empresas, entre empresas y consumidores, entre empresas y administraciones públicas), según el modelo de celebración (por vía de correo electrónico, por vía de programa diseñado para aceptar la oferta) o según el modo de ejecución (directo, que se celebran y ejecutan por vía electrónica, e indirecto, que se celebran por vía electrónica pero se ejecutan por vía no electrónica)». Por último, afirma que es «el comercio que se basa en el tratamiento electrónico de datos —incluido texto, imágenes y video— y comprende un amplio abanico de actividades: no sólo de intercambio de bienes y servicios entre empresas y consumidores —incluyendo el suministro en línea de bienes inmateriales (programas de ordenar, música, información, etc.)—, sino también de empresas entre sí y de la Administración con las empresas; y asimismo la transferencia electrónica de fondos, el pago electrónico de bienes y servicios y de tributos, la remisión de documentación (presupuestos, facturas, albaranes, ordenes de transporte, documentos aduaneros, transferencias...), el marketing electrónico, la certificación de firmas electrónicas, etcétera».

(25) BOURGOIGNIE (1994: 131, nota 65). Es interesante la diferenciación que este autor hace respecto a lo que es el derecho de consumo y la ayuda jurídica al consumidor. El primer concepto lo define como «conjunto de normas, reglas e instrumentos que son el resultado, en el plano jurídico, de diferentes iniciativas tendentes a asegurar o aumentar la protección del consumidor en el mercado económico». Sin embargo, el segundo concepto se refiere a la naturaleza dinámica del derecho de consumo, y fundamentalmente a la promoción de los intereses de los consumidores. Se refiere a hacer valer, expresar, conocer y aplicar los derechos que le son reconocidos en el sistema socio-económico. Es un concepto más amplio por lo tanto que el derecho de consumo, refiriéndose al conjunto de iniciativas jurídicas como manifestación de la política económica y social para promover los intereses de los consumidores.

(26) Dictamen del Comité Económico y Social sobre el *Libro Verde* (94/C295/01), pág. 4. A la hora de definir el litigio de consumo, lo hace estableciendo que conlleva, como si fuera consustancial a él, una desproporción «relativa entre los costes y el esfuerzo procesal necesarios para intentar resolver el conflicto y el relativamente reducido valor económico que está en juego (el llamado corrientemente “pequeño conflicto”)».

(27) El plan de acción para el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único —COM (96) 13 final—, establece que el problema al respecto es cómo conciliar la obligación de impartir justicia sin discriminación (art. 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, que establece que «toda persona tiene derecho a que su causa sea tratada equitativa y públicamente...»), y sin excepciones por tanto respecto al valor del asunto económico (litigios de pequeña cuantía), y el presupuesto limitado de la justicia, que no puede hacer frente a todas las demandas.

Asimismo el considerando E de la Resolución del Parlamento Europeo de 14.11.96 sobre la comunicación A4-0355/96 DO n° C362 de 2.12.96, hace referencia a esta desproporción.

(28) Art. 2. «1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por litigio transfronterizo aquel en que la menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que:

- a) Las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o
- b) Un tribunal dicte la mediación,

c) Sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o

d) A efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, a efectos de los artículos 7 y 8 de la presente Directiva, también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en el que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado 1, letras a), b), o c)».

3. A efectos de los apartados 1 y 2, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE), número 44/2001».

(29) COM (96) 13 final.

(30) En este sentido se pronuncian la Resolución del Consejo DO C167 de 5.7.1986. «RECONOCE el valor de la educación y la información de los consumidores para la protección de sus intereses y para permitirles obtener los mayores beneficios posibles de la consecución del mercado interior». Resolución del Consejo DO C99 de 13.3.1987 «considerando que la protección de los intereses del consumidor se menciona en varios artículos del Tratado CEE y que debe considerarse como corolario de los principios de libre circulación de mercancías y libre circulación de servicios contemplado en dicho tratado» (considerando B) y «considerando que los derechos esenciales que confiere la legislación comunitaria al consumidor deben acompañarse de mecanismos de procedimientos adecuados que garanticen su aplicación» (considerando C). En este sentido, la Comunicación de la Comisión COM (87) 210 final de 7.5.1987 se refiere a los artículos 8 A y 100 A del Acta Única Europea, que están relacionados con la necesidad de que la protección de los intereses del consumidor debe venir a culminar la *libre circulación de bienes y servicios*. También se refiere a esto la Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989 sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección de los consumidores, DO n° C 294 de 22.11.1989.

Esta problemática se resumió en el estudio *Cost of Judicial Barriers for Consumers in the Single Market*, HANNO VON FREYHOKD, VOLKMAR GESSNER, ENZO L VIAL, HELMUT WARGNER (eds.), informe para la Comisión Europea (Dirección General XXIV), Zentrum für Europäische Rechtspolitik un der Univerität Bremen, octubre/noviembre de 1995. <http://www.freyvial.de/Publications/egi-2.pdf>.

(31) COM (96) 13 final. Relacionado con el papel preventivo, punto 1. *Supra*.

(32) Resolución del Consejo DO C92 de 25.04.1975, punto 14. Objetivos de la política comunitaria.

(33) Resolución del Consejo DO C133 de 3.6.1981. *Tener en consideración, mediante los procedimientos adecuados los puntos de vista de los consumidores* en la elaboración, toma de decisiones y aplicación de las políticas que afecten a sus intereses (pág. 3), puntos 4 y 8.

(34) La Comunicación, COM (98) 198, añade una tercera vía: la mejora de la comunicación entre los consumidores y los profesionales. Se trata de ayudar al dialogo en la solución amistosa. Ventajas para el consumidor: evita los problemas inherentes a los procesos judiciales. Para los profesionales: evita los siempre costosos pleitos y conserva la clientela. Problemas: falta de información, dificultad para exponer la demanda y reticencias ante un interlocutor extranjero.

(35) Parece que el objetivo es que el coste del procedimiento no sea desproporcionado en función de la cuantía del objeto de éste. Es decir, que estas simplificaciones procesales no se basan en la naturaleza del litigio, sino en *el escaso valor del mismo* (apartado 3.1.1.2 de Resolución del Comité Económico y Social C295/9). Estos son procedimientos simplificados no tanto por su simplificación técnica, sino más bien por un objetivo común: conseguir una mayor efi-

cacia a través de una mayor adaptación en los procedimientos, un mejor acceso de los ciudadanos a la justicia y un menor retraso en la toma de decisiones. El cómo se consigan estos objetivos debe tener en cuenta las características y tradiciones de cada país, aunque suelen caracterizarse por ser procedimientos específicos para litigios por debajo de un valor, aunque la cantidad varía según el país. Modalidad simplificada de presentación de la demanda (minimizar los formalismos procesales. Facultad de no litigar con abogado. Tentativa de conciliación previa. Reducir los plazos procesales. Reforzar las garantías de intervención informal en los procesos. Aligerar el sistema de producción de prueba. Poderes mayores del juez en la apreciación de la prueba y en la aplicación del derecho. Mayor facilidad de ejecución de las decisiones judiciales, y de decretar providencias cautelares y acciones inhibitorias.

(36) Se utilizará la casilla n.º 60 si se somete al que propone la otra parte y la casilla n.º 50 si desea someterlo a otro órgano que no sea el propuesto, pero en este caso deberá JUSTIFICAR su decisión (se da más peso a lo pedido por el consumidor como forma de equilibrar las posiciones).

(37) DO n.º L 115 de 17.4.1998, p 0031-0034.

(38) COM (2002) 196 final, págs, 18 y 19.

(39) DO L 109 de 14.4.2001. (2001/310/CE).

(40) Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (2.000/C 155/01). DO. n.º C 155 de 6.6.2000.

(41) BARONA (2002: 49 y 50). La autora distingue tres funciones de esta red extrajudicial europea. «A. La función de información, primordial, se despliega a dos niveles diferentes: a) Desde un punto de vista nacional, de modo que los consumidores tengan información referente a los órganos extrajurisdiccionales de solución de los litigios existentes en su jurisdicción (...); y b) Desde un punto de vista transaccional, en cuyo caso el centro de información del país del consumidor debe informar también sobre los cauces, condiciones, etc., para acceder al órgano pertinente de solución del conflicto. Este centro de intercambio no sólo lo es de información a particulares o, en su caso, personas jurídicas inmersas en el litigio, sino también debe ser el punto de información transversal entre los diversos centros de información de los estados miembros. (...). B. La función de filtro es secundaria, y sirve para dirigir las quejas presentadas a los organismos más adecuados de los estados miembros. En esta función de filtro se asume también un asesoramiento (...). C. Función de servicio. Viene a ser una labor de asistencia en la configuración de la queja, para lo cual es posible la utilización de formularios que permitan desplegar los diferentes pedimentos del consumidor y, en su caso, los fundamentos que lo avalan».

(42) [informacion.redeje@consumo-inc.es](mailto:informacion.redeje@consumo-inc.es).

(43) <http://www.cecbarcelona.org>.

(44) [www.euskadi.net/consumoinfo](http://www.euskadi.net/consumoinfo).

(45) [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/fr/finances/consumer/adr.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/consumer/adr.htm).

(46) DOUE de 24 de mayo de 2008.

(47) Exposición de motivos 7: «Las disposiciones de la presente Directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional».

(48) Diario Oficial n.º L 271 de 09/10/2002 p. 0016-0024.

(49) La Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, recoge en el artículo 17 que los estados miembros velarán por que su legislación

no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial de litigios previstos en las legislaciones nacionales.

La 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, establece en sus considerandos que:

«(27) Es preciso, a fin de proteger a los consumidores, prever procedimientos apropiados y eficaces de reclamación y recurso en los Estados miembros para la resolución de eventuales litigios entre proveedores y consumidores, utilizando, en su caso, los procedimientos existentes.

«(28) Conviene que los Estados miembros alienten a los organismos públicos o privados creados para la resolución extrajudicial de litigios a cooperar para resolver los litigios transfronterizos. Esta cooperación, en particular, podría tener como objetivo permitir al consumidor acudir a los órganos extrajudiciales establecidos en el Estado miembro en el que reside para presentar reclamaciones contra proveedores establecidos en otros Estados miembros. La constitución de la red FIN-NET ofrece mayor asistencia a los consumidores cuando utilicen servicios transfronterizos».

De forma más concreta, el artículo 3, relativo a la información del consumidor previa a la celebración de un contrato a distancia, establece que con la debida antelación y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación, deberá recibir información relativa a

«4) vías de recurso: a) si existe o no acceso a procedimientos extrajudiciales de reclamación y recurso para el consumidor que es parte en el contrato, y, de ser así, cómo puede el consumidor tener acceso a ellos».

Y especialmente el artículo 14, relativo a los recursos extrajudiciales establece:

«1. Los Estados miembros alentarán el establecimiento y desarrollo de procedimientos extrajudiciales apropiados y eficaces de reclamación y recurso adecuados para la resolución de litigios de los consumidores relativos a los servicios financieros prestados a distancia.

2. En particular, los Estados miembros fomentarán que los órganos competentes para la resolución extrajudicial de litigios cooperen en la resolución de litigios transfronterizos relativos a los servicios financieros prestados a distancia».

(50) *Vid. supra*. IV.2.3. A través de esta red se pretende facilitar el acceso de los consumidores a los ADR en casos de conflictos transfronterizos, ofreciendo información fidedigna sobre los procesos y órganos de reclamación en los distintos estados miembros participantes y garantizando la calidad de los recursos utilizados a través de su sometimiento a la Recomendación 98/257/CE, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los conflictos de consumo. El acceso a esta red se puede encontrar en las páginas [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/finances/consumer/adr.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/adr.htm) y <http://finnet.jrc.it/en/>.

(51) Ley 60/2003, de 23 de diciembre. BOE 309, de 26 de diciembre de 2003.

(52) Este Real Decreto viene a modificar, por primera vez desde su publicación, el Real Decreto 636/ 1993, de 3 de mayo. La necesidad de esta modificación se puso de manifiesto en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que requirió al Gobierno para acometer importantes reformas. En su disposición final sexta, requiere que, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, el Gobierno, contando con el parecer de las comunidades autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo, y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dicte una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, regulando también el arbitraje virtual. Esta previsión se ha cumplido recientemente con el ya referido Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo.

(53) Según el artículo 19, esto será posible cuando las partes así lo acuerden o cuando lo acuerde el presidente de la Junta Arbitral de Consumo, y siempre que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje.

(54) *Vid. infra* V.2.

(55) *Estatuto de Autonomía de Cataluña* (LO 6/2006, de 19 de julio), en cuyo artículo 49.2 establece «los poderes públicos deben garantizar la existencia de instrumentos de mediación y arbitraje en materia de consumo, promoviendo su conocimiento y utilización, y deben apoyar las organizaciones de consumidores y usuarios».

*Estatuto de Autonomía de Andalucía* (LO 2/1,2007, de 19 de marzo), que establece, en su artículo 58.2.4., las competencias de la comunidad andaluza sobre «defensa de los derechos de consumidores, la regulación de los procedimientos de mediación, información y educación en el consumo y la aplicación de reclamaciones» y, en su artículo 150.2, que «la Junta de Andalucía puede establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en materias de su competencia».

*Estatuto de Autonomía de las Illes Balears* (LO 1/2007, de 28 de febrero), que establece, en su artículo 30.47, que esta comunidad tendrá competencia exclusiva en «la regulación de los procedimientos de mediación».

*Estatuto de Autonomía de Aragón* (LO 5/2007, de 20 de abril), que atribuye, en su artículo 71.26ª, a esta comunidad la competencia exclusiva en materias de «consumo, que en todo caso, comprende la regulación de la protección y defensa de los consumidores y usuarios; el fomento de las asociaciones; la formación y educación para el consumo responsable, así como la regulación de los órganos y procedimientos para la mediación (art. 71.26ª).

(56) Destacan la Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Baleares, (Artículo 29: «reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de mediación en la atención de las denuncias y reclamaciones de los consumidores y usuarios, presentadas contra las empresas, profesionales o administraciones (...) El procedimiento deberá contener, al menos, una fase de alegaciones del reclamado y otra de información para el reclamante»). Ley 16/2003 de 22 de diciembre de Estatuto de las personas consumidoras y usuarias del País Vasco, que también pone el acento en la necesidad de una reglamentación de la mediación en su artículo 12 (Artículo 12: «Las Administraciones públicas de Euskadi propiciarán, en colaboración con las asociaciones de personas consumidoras y usuarias, la disponibilidad para las personas consumidoras y usuarias, así como para los profesionales y empresarios o empresarias, de sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos y reclamaciones en materia de consumo. Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de tramitación de las denuncias y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias presentadas ante las Administraciones públicas con competencias en materia de consumo contra empresas y profesionales, sin perjuicio de las actuaciones de inspección y sanción que correspondan. El procedimiento será voluntario para las partes, y se garantizará la atención de todas aquellas reclamaciones recibidas en cualquier soporte duradero que permita la identificación de la persona o personas reclamantes»).

También se refieren a la mediación la Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid (artículo 30); la Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de consumidores y usuarios de Asturias (art. 28.2); la Ley 3/2003, de 12 de febrero del estatuto de los consumidores y usuarios de Canarias (art. 24); la Ley 11/2005, de 15 de diciembre del estatuto del consumidor de Castilla-La Mancha (art. 14); la Ley 1/2006, de 7 de marzo, de defensa de los consumidores y usuarios de Cantabria (art. 17.4); la Ley 7/2006, de 20 de junio, de defensa de los consumidores y usuarios de Navarra (art. 17.d) y la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón (art. 20).

(57) «En el supuesto de no apreciar la existencia de causas de inadmisión de la solicitud:

a) Si consta la existencia de convenio arbitral válido en cualquiera de las formas previstas en el artículo 24, apartados 1 a 3, ambos inclusive, el presidente de la Junta Arbitral acordará la iniciación del procedimiento arbitral y ordenará su notificación a las partes.

En la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral constará expresamente la admisión de la solicitud de arbitraje, *la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa* en los supuestos en que proceda y el traslado al reclamado de la solicitud de arbitraje para que, en el plazo de 15 días, formule las alegaciones que estime oportunas para hacer valer su derecho y, en su caso, presente los documentos que estime pertinentes o proponga las pruebas de que intente valerse.

b) Si no consta la existencia de convenio arbitral previo, o éste no es válido, en el plazo previsto en el apartado 4 se dará traslado de la solicitud de arbitraje al reclamado haciendo constar que ésta ha sido admitida a trámite, *dándole un plazo de quince días para la aceptación del arbitraje y de la mediación previa en los supuestos en que proceda*, así como para, en su caso, contestar a la solicitud formulando las alegaciones que estime oportunas para hacer valer su derecho y, en su caso, presentar los documentos que estime pertinentes o proponer las pruebas de que intente valerse.

Transcurrido dicho plazo sin que conste la aceptación del arbitraje por el reclamado, el presidente de la Junta Arbitral de Consumo ordenará el archivo de la solicitud, notificándose a las partes. En la notificación al reclamante de la resolución de archivo de actuaciones se hará constar expresamente la admisión a trámite de la solicitud de arbitraje.

Si el reclamado contesta aceptando el arbitraje de consumo, se considerará iniciado el procedimiento en la fecha de entrada de la aceptación de la Junta Arbitral de Consumo, debiendo dictar su presidente, no obstante, acuerdo expreso de iniciación del procedimiento. *En la notificación al reclamante del acuerdo de iniciación del procedimiento se hará constar expresamente la admisión a trámite de la solicitud de arbitraje y la invitación a la mediación previa, en el caso de que no conste realizado este trámite».*

(58) Son un servicio de información y orientación destinado a los consumidores y usuarios para que puedan ejercer adecuadamente sus derechos básicos como consumidores de productos y bienes, así como para la utilización de diferentes servicios, indicando, cuando sea necesario, dónde dirigirse exactamente para solucionar los problemas. La OMIC también soluciona y ofrece respuestas a las quejas, dudas y reclamaciones.

(59) ABELLÁN (2002b: 400) afirma que «no cabe confundir la labor de mediación que compete a la Junta Arbitral con la función conciliadora que fija en el artículo 12.4 para el colegio arbitral».

(60) Este carácter previo fue subrayado en el proyecto del actual Real Decreto por el que se regula el sistema arbitral de consumo y la mediación en el procedimiento arbitral, que se encuentra en estos momentos en trámite de consultas. En su exposición de motivos afirma que «se regula la mediación, como fase previa al arbitraje. Alcanzado el acuerdo de mediación, éste se elevará a un acta de cuya copia certificada se hará entrega a las partes. Si no se alcanza el acuerdo o las partes no aceptan la mediación, se inicia el procedimiento arbitral. Se asegura la imparcialidad y la no contaminación del árbitro estableciendo que quien haya intervenido en la mediación, no podrá actuar como tal». Continúa afirmando que «se racionalizan los costes del sistema fomentando la mediación y posibilitando que los conflictos de menor cuantía o complejidad sean resueltos por un único árbitro». También el artículo 23.4 se refiere a este carácter previo de la mediación, estableciendo en su apartado tercero que «una vez admitida la solicitud se intentará una solución amistosa del conflicto a través de la mediación en los términos establecidos en los artículos 35 y siguientes, salvo que conste que ésta haya sido intentada sin efecto por la administración a la que esté adscrita la Junta».

(61) ABELLÁN (2002b: 428). El autor afirma que esta facultad de los árbitros «es potestativa, no imperativa. En el ejercicio de esta potestad, los árbitros han de actuar con sutileza y eficacia; siempre será más positivo alcanzar una solución heterocompositiva por acuerdo de las dos partes que la imposición de un laudo, pero el Colegio Arbitral ha de ser muy cuidadoso para que en el intento conciliatorio no se adelante la posición que se adoptaría en el laudo». El autor continúa manifestando en dicha página «el RDAC establece que la conciliación obtenida se incorporará al laudo: ésta es una gran ventaja, puesto que así el acuerdo adquiere eficacia de cosa juzgada. Alguna doctrina (BADENAS CARRIO, 1993) se muestra contraria a estas consecuencias y sostiene que una conciliación no puede adquirir eficacia de cosa juzgada».

(62) DO n.º I 115 de 17.4.1998, págs. 0031-0034.

(63) Además de estos principios se recogen los siguientes:

*Principio de transparencia:* Se adoptarán las medidas convenientes para garantizar la transparencia del procedimiento. Entre dichas medidas se incluirán:

1) La comunicación por escrito, o en cualquier otra forma apropiada, a cualquier persona que lo solicite, de la información siguiente:

— Una descripción precisa de los tipos de litigios que pueden someterse al órgano, así como los límites que puedan existir en relación con la cobertura territorial y el valor del objeto de los litigios.

— Las normas relativas a la consulta del órgano, incluidas, en su caso, las gestiones previas impuestas al consumidor, así como otras normas de procedimiento, en particular las relativas al carácter escrito u oral del procedimiento, a la comparecencia personal y a las lenguas del procedimiento.

— El posible coste del procedimiento para las partes, incluidas las normas relativas al reparto de los costes con posterioridad al procedimiento.

— El tipo de normas en las que se basan las decisiones del órgano (disposiciones legales, equidad, códigos de conducta, etcétera).

— Las modalidades de toma de decisión en el órgano.

El valor jurídico de la decisión, precisando claramente si es o no de carácter obligatorio, para el profesional o para las dos partes. Si la decisión tuviera carácter obligatorio, deberán precisarse las sanciones aplicables en caso de su incumplimiento. Lo mismo se aplica a las vías de recurso que puedan existir para la parte que no obtenga satisfacción.

*Principio de contradicción:* el procedimiento que habrá de seguirse implicará la posibilidad de que todas las partes interesadas den a conocer su punto de vista a la institución competente y que tengan conocimiento de todas las posturas y de todos los hechos expuestos por la otra parte, así como, en su caso, de las declaraciones de los expertos.

*Principio de eficacia:* la eficacia del procedimiento estará asegurada por medidas que garanticen:

— El acceso del consumidor al procedimiento sin estar obligado a utilizar un representante legal.

— La gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados.

— La fijación de plazos cortos entre la consulta presentada ante el órgano y la toma de la decisión.

— La atribución de un papel activo al órgano competente que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio.

Añade la Recomendación de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo que, una vez planteado, el litigio se tramitará en el plazo de tiempo más breve posible que permita su naturaleza (Este plazo de tiempo se ha limitado en la mediación familiar a tres meses, prorrogables a otros tres). El órgano responsa-

ble deberá efectuar un control periódico de su evolución para cerciorarse de que la tramitación del litigio de las partes se realice de forma rápida y adecuada. Asimismo, se establece un control necesario del comportamiento de las partes, asegurándose que respetan su compromiso de buscar una solución adecuada, justa y oportuna, y si el comportamiento de una de ellas no es adecuado, plantear la posibilidad de acudir a otro procedimiento.

*Principio de legalidad:* la decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el que esté establecido el órgano. Toda decisión se justificará y comunicará por escrito, o de cualquier otra forma apropiada, a las partes interesadas en el menor plazo posible.

*Principio de libertad:* la decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente.

*Principio de representación:* el procedimiento no podrá privar a las partes del derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento.

*Principio de equidad:* este principio deberá asegurarse en varias vertientes:

— *Durante el procedimiento;* deberá informarse a las partes de su derecho de no aceptar o rechazar el procedimiento en cualquier momento, y de presentar cualquier prueba confidencialmente (salvo que se acuerde su transmisión al contrario). Asimismo, se animará a las partes a cooperar en el procedimiento facilitando información y se les concederá tiempo suficiente para decidir sobre la propuesta del mediador.

— *Antes de la aceptación de la propuesta del mediador,* las partes deben ser informadas de la posibilidad de aceptar o rechazar, de que la propuesta puede ser menos beneficiosa de la que podría imponer un órgano judicial, de la posibilidad de acudir a un asesor o a otro procedimiento (judicial o extrajudicial) y del valor de la solución adoptada por el mediador.

(64) CHILLÓN y MERINO (2004: 67). Los autores consideran esta referencia a la confidencialidad como insuficiente, puesto que «(...) el artículo 24.2 debería haber contenido una referencia explícita a la mencionada LO 15/1999 [de protección de datos de carácter personal], y en particular al artículo 26.1 de esta última, que exige que toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros de datos lo notificará previamente a la Agencia de Protección de Datos».

(65) DO n.º I 115 de 17.4.1998, págs. 0031-0034.

(66) «Considerando que la presente Recomendación debe limitarse a los procedimientos que, con independencia de su denominación, conducen a una solución del litigio por intervención activa de una tercera persona que propone o impone una solución; que, por lo tanto, no se refiere a los procedimientos que se limitan a un simple intento de aproximar a las partes para convencerlas de encontrar una solución de común acuerdo».

(67) El considerando nº 9 de esta Recomendación establece, «los principios deberán respetarse en cualquier otro procedimiento, independientemente de su denominación, en el que un tercero facilita la resolución de litigios acercando a las partes y ayudándoles a encontrar una solución de común acuerdo, por ejemplo, haciendo propuestas informales sobre las opciones de solución. Los principios se aplican sólo a los procedimientos de solución de litigios en materia de consumo designados como alternativos a la solución de litigios por la vía judicial».

(68) BLANCO (2001). Este trabajo se realizó a través de un cuestionario remitido a 252 instituciones que desarrollan la mediación de consumo, de las cuales fueron perfectamente cumplimentados un total de 36. Una de las preguntas de dicho cuestionario se refería expresamente a la concepción de la función del mediador como una intervención activa (Pregunta seis: «Se define el mediador como una tercero neutral cuya

misión principal consiste en guiar el proceso de mediación a través de una intervención activa ¿qué intervenciones considera usted imprescindibles en dicha intervención activa? Elegir exclusivamente tres opciones»). Los resultados fueron los siguientes: un 27 por 100 optó por la función de ofrecer alternativas, un 25 por 100 por la de dirección del proceso, un 22 por 100 por la de informar a las partes, y 17 por 100 por la de dar a conocer al otro las posiciones del primero, y en último lugar, con un 9 por 100 la posibilidad de asesorar a las partes.

(69) Revista del ICAM, *OTROSÍ, Servicios y Actividades*, pág. 69. La reglamentación dada por el Colegio de Abogados de Madrid respecto a la mediación en salud parece que se corresponde más con esta última acepción, dado que la mediación es considerada como un paso previo al arbitraje (y posterior a la conciliación) en el que el conciliador debe realizar una serie de actuaciones dirigidas a la consecución del acuerdo, fundamentalmente tratando de que las partes renuncien a parte de su interés en el conflicto (en la fase de conciliación) y, una vez conocidas las posiciones, el mediador propone una solución (fase de mediación) que las partes son libres de aceptar o no. Artículo 3.3: «Para el caso de lograrse un acuerdo y conciliarse las partes, o en el caso de llegarse a un acuerdo sobre la mediación del letrado conciliador, o sobre el sometimiento de la contienda a arbitraje, se levantará acta, suscrita por todas las partes para su obligado cumplimiento». Artículo 4.1: «Cuando las partes, en la comparecencia de conciliación prevista en el artículo anterior, hayan mostrado su conformidad a que la Corte de Arbitraje, a través del letrado conciliador, medie en el conflicto y así se haya recogido en el acta en los términos previstos en el último párrafo del citado artículo, el letrado conciliador, en el plazo que a tal efecto le hayan concedido las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a 10 días hábiles, redactará un borrador de texto de acuerdo que remitirá de inmediato a las partes».

(70) Artículo 10.3 del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC I, 1996). Artículo 10.7 del ASEC II de 2001: «El mediador o mediadores formularán propuestas para la solución del conflicto, que podrán incluir el sometimiento de las discrepancias a arbitraje. Las partes aceptarán o rechazarán de manera expresa la propuesta formulada». También en este sentido el artículo 17 del Reglamento de Aplicación del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales. De la misma manera, el mediador laboral ofrecerá una propuesta de solución del conflicto que se somete a la voluntad de las partes y que, en caso de no ser aceptada, se tendrá por no puesta.

Artículo 10.3 del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC I, 1996). Artículo 10.7 del ASEC II de 2001: «El mediador o mediadores formularán propuestas para la solución del conflicto, que podrán incluir el sometimiento de las discrepancias a arbitraje. Las partes aceptarán o rechazarán de manera expresa la propuesta formulada». También en este sentido el artículo 17 del Reglamento de Aplicación del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos laborales.

(71) PAZ LLOVERAS y Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital, coord, científico (2002: 16): «Es un procedimiento heterocompositivo de bajo riesgo, ya que las decisiones son no vinculantes y las partes, incluso el mediador, pueden retirarse del procedimiento en cualquier momento».

(72) Algunos autores consideran que en mediación no se puede asesorar jurídicamente a las partes «ya que mientras que las primeras (la información) conservan intacta la imparcialidad del mediador los consejos suponen una evaluación de las circunstancias particulares y la recomendación de una acción específica que pondría en peligro su imparcialidad respecto a las partes. La función del consejero jurídico es la típica de los abogados, y no es propia de los mediadores», REQUENA (1999).

(73) SUARES, M. (2002)

1. *Premediación*: En esta parte aún no se ha iniciado la mediación propiamente hablando.

Normalmente, el acceso al servicio es voluntario, si bien en la actualidad se está realizando de forma obligatoria una sesión informativa en los juzgados de Madrid (proyecto piloto).

Cuando es uno de los miembros de la pareja quien accede al servicio, normalmente es a través de comunicación telefónica, de forma que el objetivo es tratar de hacer venir al otro.

#### A. Conversación telefónica o sesión informativa:

Si hay que tener una primera entrevista con sólo una de las partes en conflicto, se trata de que sea una labor exclusivamente informativa, evitando así crear alianzas, y en todo caso, cuando ya se pudiese tener una entrevista con los dos sería conveniente repetir lo dicho en la primera, haciendo ver cuál fue la materia tratada en dicha entrevista.

B. Entrevista conjunta: Entrevista conjunta con explicación de lo que es la mediación, funciones de la mediación, del mediador, valor del acuerdo. Evaluación del conflicto, si es mediable o no, la situación de los miembros de la familia (lugar de ambos en el duelo y, en caso de necesitar otro recurso, hacer una derivación). En caso de ser posible continuar, se firma un compromiso de confidencialidad.

2. *Mediación*: Negociación de los diferentes aspectos que la pareja quiere tratar. No hay límite de sesiones, y éstas suelen durar una hora u hora y media, y suelen ser semanales.

Aplicación de las diferentes técnicas de mediación. Redacción y lectura del acuerdo. Firma del acuerdo.

#### 3. *Postmediación*: seguimiento del acuerdo alcanzado.

(74) BOE n.º 281, de 23 de noviembre de 2002.

(75) BOE, n.º 54, de 3 de marzo de 2004. En el art. 25 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, «Cuarto. Se habilita al Gobierno para desarrollar reglamentariamente lo dispuesto en esta Ley respecto de la figura de los Comisionados y, en particular, lo relativo a su nombramiento, rango jerárquico, procedimiento de resolución de las quejas y reclamaciones y contenido de la memoria anual a que se refiere el artículo siguiente».

(76) Art. 1, Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros. «a) El Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios tendrá las competencias que establece este reglamento en relación con las quejas o reclamaciones y consultas que formulen los usuarios de servicios bancarios prestados por las entidades de crédito autorizadas para operar en el territorio nacional, así como de los servicios prestados por las sociedades de tasación y por los establecimientos de cambio de moneda autorizados para realizar operaciones de venta de billetes extranjeros y cheques de viajero o gestión de transferencias en el exterior. Se exceptúan de la competencia de este comisionado el conocimiento de quejas o reclamaciones formuladas por los usuarios de servicios prestados por entidades de crédito en que la entidad se limite a comercializar productos de inversión o de seguros por cuenta de las entidades sometidas a una supervisión distinta de la que corresponde al Banco de España».

(77) Art. 1.b, Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

(78) Art. 1.c, Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

(79) Art. 24 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, y artículo 4 de Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

(80) Art. 5.3, Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

(81) Artículo 5 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

(82) Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, artículo 23.

(83) Art. 1.3 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros: «Se consideran consultas las solicitudes de asesoramiento e información a cuestiones de interés general sobre los derechos de los usuarios de servicios financieros en materia de transparencia y protección de la clientela, y sobre los cauces legales para su ejercicio, así como las que conciernen a los requisitos que la normativa vigente imponga a las actuaciones que el interesado pueda precisar, o sobre las características genéricas de los distintos tipos de procedimientos para hacerlos valer y órganos competentes para su conocimiento y resolución».

(84) Art. 2.3. del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

(85) PAZ LLOVERAS y Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital, coord. científico (2002: 28-29). «Defensor del pueblo u ombudsperson. Se trata de una herramienta de resolución de disputas muy reglada. Generalmente, el ombudsman está designado por una organización para investigar conflictos dentro de la misma, bien para prevenir disputas o para resolverlas. Puede usar varios mecanismos *MESC*. En Estados Unidos, se utiliza mucho como sistema de confianza de las empresas. Éstas designan a una persona dentro de la empresa para resolver amigablemente conflictos suscitados con clientes o proveedores. En Europa tiene un carácter más oficial. En España, la figura del defensor del pueblo se origina con la Constitución de 1978, y su reglamentación, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, fue aprobada en abril de 1981. Aquí el defensor del pueblo tiene como misión la protección y defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos pudiendo, para ello, supervisar la actividad de las administraciones públicas y sus agentes a fin de comprobar su corrección. No son de su competencia los conflictos mercantiles, laborales, familiares, vecinales, etc., que el ciudadano debe resolver por otros medios».

(86) Art. 8.4 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros: «No será preciso para la admisión y tramitación de quejas y reclamaciones ante el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros correspondiente acreditar haberlas formulado previamente al departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente, cuando tengan por objeto la demora o incumplimiento de una decisión que sea favorable al cliente».

(87) «Acreditar que ha transcurrido el plazo de dos meses desde la fecha de presentación de la reclamación ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente sin que haya sido resuelta, o que ha sido denegada la admisión o desestimada, total o parcialmente, su petición».

(88) Art. 6 y 7 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

## BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN TOLOSA, L. (2002a), «El acceso de los consumidores a la justicia», en *VV.AA., Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia: 339-355.

— (2002b), «El sistema arbitral de consumo», en *VV.AA., Derecho de consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia: 366-438.

— (1989), «Las Juntas Arbitrales de consumo, un cauce útil para solucionar los conflictos entre comerciantes y consumidores», *Revista de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Valencia*, n.º 29.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1990), «El arbitraje testamentario», en *AC*, n.º 6, semana 5.

ALBERT EMBUENA, V. (1999), *El acto de conciliación civil. Procedimiento y jurisprudencia. (Referencia a la conciliación laboral)*, Ediciones Pro, Valencia.

ALBIAC, G. (2000), *Desde la incertidumbre. Pasado lo político (pensar contra la izquierda y la derecha)*, Plaza y Janés, Barcelona.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (1999), *El sistema español de arbitraje de consumo*, Madrid, Instituto Nacional del Consumo.

ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2000), «La mediación empresarial», *RDP* año 84, n.º 12: 959-986.

AYUNTAMIENTO DE IRÚN (1996), *Manual guía de Consumo*, Servicio de Consumo, Irún.

— (1997), *Políticas de consumo a nivel municipal*. Resumen y comentarios de las jornadas del 10, 11 de mayo y 27, 28 noviembre de 1997 con la participación de organismos y técnicos a nivel estatal. Servicio de Consumo. «Anexo 7. Las mediaciones en el contexto de las OMICS: Vitoria e Irún».

AYUNTAMIENTO DE MADRID (1999), *Laudos de la Junta Arbitral de Consumo*, Área de Salud y Consumo, Madrid.

BADENAS CARPIO, J. M. (1993), *El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*, Generalitat de Valencia, Conselleria de Sanitat I Consum, Valencia.

BARONA VILAR, S. (1999), *Solución extrajudicial de conflictos «alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

— (2002), *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

BASABE, N. E., y CATTANEO, M. R. (2000), «MED-ARB; cuándo, cómo y porqué», documentación del *Congreso Internacional de Mediación*, Italia.

BERCOVITZ, A. y R. (1987), *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid.

BLANCO CARRASCO, M. (2001), [Sin publicar], «La mediación de Consumo en España. Estudios sobre la práctica de la mediación de Consumo en España según los mediadores», *Memoria de investigación*, UNAF, noviembre.

— (2005), *Mediación y consumidores*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid.

— (2009), *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Editorial Reus, Madrid.

BONET NAVARRO, A. (1997), *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo (VV.AA)*, Aranzadi.

BONFANTE-SCHITT J. P. (1995), *Las justicias de lo cotidiano: los modos formales e informales de regulación de los pequeños conflictos*, Dirección de Consumo del Gobierno Vasco.

BOURGOIGNIE, T. (1994), *Elementos para una teoría del Derecho de Consumo*, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, Vitoria.

BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, D. (1999), *Mediación y derecho, encuentros y desencuentros*, Barcelona, Congreso internacional.

CALVO SÁNCHEZ, M. C. (1995), «El proceso penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral», en *VV.AA., Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid.

- CASAS VALLÉS, R. (1992), «Comentario al artículo 31», en AA.VV., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid.
- CHILLÓN MEDINA, J. M., y MERINO MERCHÁN, J. F. (2004), «Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, n.º 99 (2.ª época), enero.
- CLEMENTE MEORO, M. (2001), «La contratación electrónica», en AA.VV., *Derecho de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CORTINA, A. (1999), «Ética del consumo» en *El País*, jueves 21 de enero.
- DÍAZ ALABART, S. (1991), *Tribunales arbitrales de consumo. Estudios sobre el Derecho de consumo*, Bilbao.
- FISHER, R. (1996), *Más allá de Maquiavelo. Herramientas para afrontar conflictos*, Granica, Barcelona.
- FREID SCHNITMAN, D. (2000), *Nuevos paradigmas en la solución de conflictos. Perspectivas y prácticas*, Granica, Buenos Aires, Argentina.
- GARCÍA PÉREZ, C. (1999), *El arbitraje testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. (2006), *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid.
- GOTHEIL, J., y ACHIFFRIN, A. (1996), *Mediación: una transformación en la cultura*, Barcelona, Paidós.
- GROVER DUFFY, K. (1996), «Introducción a los programas de mediación comunitaria, pasado, presente y futuro», en AA.VV., *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, Paidós, Barcelona.
- GROVER, K.; GROSHCH, J., y OLCZAK, P. (1996), *La mediación y sus contextos de aplicación*, Barcelona, Paidós.
- HUERGO LORA, A. (2000), *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- LLANEZA GONZÁLEZ, P. (2000), *Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*, Bosch, Barcelona.
- MARCO SAAVEDRA, A. (1995), «La comparecencia preparatoria del Juicio de Menor Cuantía», en *Arbitraje, mediación y conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- MERINO MERCHÁN, J. F. (2002), «El pacto de arbitraje en el comercio electrónico», en *RCE, Revista de la Contratación Electrónica*, n.º 25, marzo.
- MEJÍAS GOMÉZ, J. F. (1997), «Resolución alternativa de conflictos», *Curso sobre resolución alternativa de conflictos*, Generalitat Valenciana, Conselleria de Bienestar Social, Valencia.
- MONTERO AROCA, J. (2001), *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil. Conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MOORE C. W. (1995), *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Barcelona, Ediciones Granica.
- MUERZA ESPARZA, J. J. (1997), «Ámbito de aplicación del sistema arbitral de consumo», en *El Sistema Arbitral de Consumo*, Aranzadi, Pamplona.
- NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (2004), «Rasgos fundamentales del concepto de arbitraje», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- ONARZA ZUBIETA, I. (1996), *Resolución informal de conflictos de consumo. Un estudio comparativo entre Vitoria-Gasteiz y Turku (Finlandia)*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Vitoria.
- PAZ LLOVERAS, E., y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA EL DERECHO Y LA ECONOMÍA DIGITAL (coord. científico) (2002). *Libro Blanco sobre mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos en España. Proyecto i+Confianza: autorregulación y sistemas extrajudiciales off-line y on-line de solución de conflictos para entornos de comercio electrónico. Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la industria*, AENOR, Madrid, diciembre.
- PEDRAZ PENALVA, E. (1995), «Arbitraje, mediación y conciliación», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- POLO, E. (1980), *La protección del consumidor en el derecho privado*, Madrid, Civitas.
- (1990), *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Civitas, Madrid.
- REDORTA LORENTE, J. (1999), «Mediación: algunos conceptos básicos orientados a la práctica», *Documentación del I Congreso Nacional de Mediación Familiar*, Valencia, abril.
- REQUENA, M. (1999), «Propuestas del Consejo de Europa sobre formación y uso de la mediación», *Jornadas de Mediación para la Ruptura de la Pareja*, ATYME, Madrid, 24 y 25 de septiembre.
- RETUERTO BUADES, M. (1997), *Mediación, conciliación y arbitraje en el ámbito sanitario: soluciones que aportan. La perspectiva de los consumidores y usuarios*, AEDS, <http://www.aeds.org/congreso6/6congre-12.htm>.
- SIX, J. F. (1996), *Dinámica de la mediación*, Barcelona, Paidós.
- SUARES, M. (2002), *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Barcelona.
- VICARIO ZEARSOLO, F. (1992), *Manual de consumo. Aspectos jurídicos, institucionales, sociológicos y económicos*, Vitoria, Ayuntamiento Vitoria-Gasteiz en colaboración con la Dirección de Consumo del Gobierno Vasco.

ANEXO 1

**Cuadro comparativo de los principales ADR**

	ARBITRAJE	MEDIACIÓN	CONCILIACIÓN
<b>Concepto</b>	Institución a través de la cual las personas naturales o jurídicas someten, mediante una declaración de voluntad, las cuestiones litigiosas actuales o futuras que surjan en una materia de libre disposición a la decisión de uno o varios árbitros, vinculándose a dicha resolución.	Procedimiento estructurado en que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.	Comparecencia de las partes en conflicto ante una tercera persona (incluso el propio juez) para la solución del conflicto que las enfrenta, evitando así la provocación de un pleito.
<b>Comunicación</b>			
<b>Relación con la jurisdicción</b>	Alternativo a la jurisdicción. La excepción de arbitraje (art. 63 LA) excluye el conocimiento del litigio a la jurisdicción.	Complementario a la jurisdicción, no excluye el conocimiento del litigio a la jurisdicción.	Complementario a la jurisdicción: no excluye el conocimiento del litigio a la jurisdicción. En la conciliación judicial es una actuación propia de la jurisdicción.
<b>Función del tercero</b>	Decidir la controversia: <ul style="list-style-type: none"> <li>— En derecho: aplicación de normas jurídicas.</li> <li>— En equidad: en función de su leal saber y entender.</li> </ul>	Facilitar de la comunicación para la consecución de un acuerdo. Principios básicos: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y buena fe.	Exhortar a las partes a fin de que alcancen un acuerdo: <ul style="list-style-type: none"> <li>— Intervención activa: se trata de promover o facilitar el acuerdo.</li> <li>— Meramente formal: perfilar propuestas.</li> <li>— No proponer ni adelantar, puesto que puede ser objeto de recusación.</li> </ul>
<b>Resultado</b>	Laudo. Vinculante para las partes en conflicto. Ejecutivo con auxilio judicial.	Acuerdo privado, susceptible de ser homologado judicialmente en ciertos casos.	Extrajudicial: acuerdo privado susceptible de ser homologado judicialmente. Judicial: sentencia.

## ANEXO 2

## Cuadro comparativo de los ADR propios del ámbito del consumo en el ordenamiento español

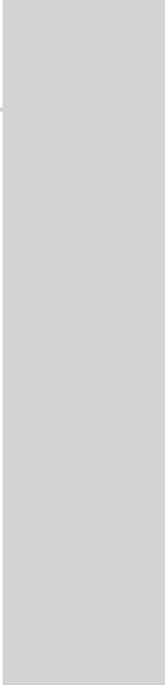
	ARBITRAJE DE CONSUMO	MEDIACIÓN DE CONSUMO	COMISIONADO
<b>Concepto</b>	Es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación con los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor.	Procedimiento voluntario de resolución de conflictos a través del cual se requiere la intervención de un mediador, imparcial y neutral, que asiste a los consumidores y usuarios en sus reclamaciones frente a empresas o profesionales, con la finalidad de alcanzar un acuerdo, llegando incluso a ofrecer una propuesta formal de solución que las partes podrán aceptar o rechazar libremente.	Órgano garante de la protección de los intereses y derechos de clientes de servicios financieros y del reforzamiento de la transparencia y de las buenas prácticas de los usos financieros. Concepto similar al <i>ombudsman</i> (defensor, en este caso, del usuario de servicios financieros).
<b>Órgano que lo desarrolla</b>	Juntas arbitrales de consumo. Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo. Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo. Órganos arbitrales: unipersonales o colegiados.	Junta Arbitral de Consumo (art. 38 RD231/2008). OMIC. Asociaciones de consumidores y usuarios.	Comisionado para la Defensa del Cliente de servicios Bancarios. El Comisionado para la Defensa del Inversor. El Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones. Es necesaria la previa presentación de la queja o reclamación ante la propia entidad prestadora del servicio financiero.
<b>Principios</b>	Art. 41 RD 231/2008: — Audiencia — Contradicción — Igualdad de partes — Gratuidad — Confidencialidad	Art. 38 RD 231/2008: — Independencia — Imparcialidad — Confidencialidad	Autonomía e independencia del órgano al que se encuentra adscrito.
<b>Función del tercero</b>	Decidir la controversia. Regla: arbitraje en equidad (art. 33 RD 231/2008). Excepción: arbitraje en derecho (art. 33 RD 231/2008).	Facilitar la comunicación para la consecución de un acuerdo. Facultad de emitir propuesta formal de solución que las partes son libres de aceptar o rechazar (figura similar al <i>arbitraje informal</i> ). Asesoramiento. Iniciar expediente sancionador a la empresa que no colabore en el proceso.	Atender las quejas y reclamaciones. Contrastar la información. Asesorar a los usuarios sobre sus derechos. Remitir a los servicios de supervisión correspondientes aquellos expedientes en los que se aprecien indicios de incumpliendo o quebrantamiento de normas de transparencias y protección de la clientela. Proponer las modificaciones normativas que consideren necesarias.

ANEXO 2 (conclusión)

**Cuadro comparativo de los ADR propios del ámbito del consumo en el ordenamiento español**

	ARBITRAJE DE CONSUMO	MEDIACIÓN DE CONSUMO	COMISIONADO
<b>Resultado</b>	<p>Laudo. Vinculante para las partes en conflicto. Ejecutivo con auxilio judicial.</p>	<p>Art. 38 RD231/2008: se dejará constancia en el procedimiento arbitral de la realización y resultado de la mediación. Art. 36 LA 60/2003: laudo por acuerdo de las partes, que consiste en solicitar al árbitro que recoja el acuerdo en un laudo otorgándole dicha fuerza. Homologación judicial: otorgándole la fuerza de una transacción judicial.</p>	<p>Informe (artículo 5.4. del Real Decreto 303/2004): — No tiene carácter vinculante ni ejecutivo para ninguna de las partes. — No tiene consideración de acto administrativo ni podrán ser objeto de recurso alguno. No excluye el acceso a otros sistemas de protección, y en especial, la normativa arbitral y de consumo. Incompatible con otras instancias: no podrán conocer asuntos que se encuentren o hayan sido sometidos a cualquier instancia arbitral, administrativa o judicial.</p>





# **DOCUMENTO**

---

---

*LEY 22/2007, de 11 de julio,  
sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*



# LEY 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores

---

## PREÁMBULO

### I

La presente Ley tiene como objeto completar la incorporación al ordenamiento jurídico español de la 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. Una parte de ella fue incorporada mediante la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación de la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.

Esta Directiva debe aplicarse de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Derecho derivado, en particular con la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, conocida como la «Directiva sobre comercio electrónico», que fue incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Lo que la Directiva y, por tanto, la Ley denominaron como sociedad de la información se refiere a la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet, como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. Se señaló entonces, y se ve confirmado en la realidad, que la incorporación de esas nuevas tecnologías a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo.

Pero la aparición y el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías causan incertidumbres jurídicas inevitables que han de ser compensadas con las necesarias reformas legislativas.

A esta preocupación hizo frente la primera Directiva de carácter general sobre comercio electrónico y, posteriormente, la Directiva específica sobre servicios financieros que ahora se incorpora al Derecho español.

Por otra parte, el legislador comunitario, al considerar que los servicios financieros demandaban una regulación específica, quiso extenderla más allá de la contratación electrónica, a todos los servicios que se prestaran a distancia, sin la presencia física de las partes contratantes, como es el caso de la contratación por vía telefónica, por fax u otros sistemas de alcance similar, toda vez que la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, había excluido expresamente de su ámbito de aplicación a los servicios financieros.

### II

En consecuencia, la regulación específica sobre comercialización a distancia de los servicios financieros, dentro del objetivo general de ofrecer una adecuada protección a los clientes consumidores de servicios financieros, contiene elementos peculiares.

Se respeta, como es obligado, lo esencial de la libertad contractual y, por ello, se insiste en la vigencia del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la comercialización a distancia de los servicios financieros.

Aunque ello no obsta para que se armonicen las normas de los Estados miembros de la Unión Europea en aspectos que se consideran imprescindibles para la construcción del mercado interior. En el caso objeto de esta Ley, lo más importante es la protección de los consumidores, ya que en otras disposiciones ya está asegurada la protección de servicios financieros prestados en los Estados miembros con completa libertad, en el marco de la legislación comunitaria.

### III

Los objetivos principales de la Directiva y, por tanto, de la Ley se centran en una mayor protección de los consumidores, atendiendo siempre a las especiales características de los servicios financieros.

En prueba de ello, se establece un régimen riguroso en cuanto a la información que deben recibir los consumidores antes de la celebración del contrato. Puede considerarse que las exigencias son suficientes para que el contrato pueda cerrarse con completo conocimiento por las partes contratantes de sus respectivos derechos y obligaciones.

La figura singular que se regula es el derecho de desistimiento, en cuya virtud el cliente puede rescindir el contrato firmado en un plazo determinado sin argumentar más que su voluntad de hacerlo. Pero dada la naturaleza de muchos servicios financieros, este derecho no lo podrá ejercitar en los importantes casos que la Ley recoge. Estos casos se fundamentan, principalmente, en la inevitable fluctuación de las condiciones de muchos contratos financieros, lo que hace necesario que las obligaciones contractuales hayan de cumplirse desde el inicio de la formalización del contrato o porque esas condiciones contractuales exijan una seguridad jurídica especial, como es el caso de las hipotecas.

Debe también destacarse que la Ley ofrece garantías complementarias a los consumidores para protegerse contra el uso fraudulento de las tarjetas de pago cuando fueran utilizadas para el pago de servicios financieros e igualmente en cuanto concierne a servicios y comunicaciones no solicitadas.

La Ley asegura, por otra parte, la necesaria defensa judicial para el consumidor y promueve, de manera decidida, el uso de la reclamación extrajudicial, cuando la requiera el consumidor.

Por último, la Ley establece un equilibrado régimen sancionador, armonizando el que establece la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información con los regímenes específicos vigentes para los prestadores de servicios financieros.

## CAPÍTULO I

### **Objeto, ámbito de aplicación y carácter imperativo de los derechos recogidos en la Ley**

#### *Artículo 1. Objeto*

Esta Ley establece el régimen específico que habrá de aplicarse a los contratos con consumidores de servicios financieros prestados, negociados y celebrados a distancia, sin perjuicio de la aplicación de la normativa general sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico que se contiene en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de

servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico y, en su caso, en el capítulo II del Título III y disposición adicional primera de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y demás normativa de aplicación general a los consumidores, así como la normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso.

#### *Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación*

1. Esta Ley se aplicará a los contratos de servicios financieros prestados a distancia por las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las entidades gestoras de fondos de pensiones, los mediadores de seguros, las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo y cualesquiera otras que presten servicios financieros, así como las sucursales en España de entidades extranjeras de la misma naturaleza, que figuren inscritas en alguno de los registros administrativos de entidades a cargo del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, cuando se trate de determinadas empresas aseguradoras.

2. En el caso de servicios financieros prestados por sujetos distintos de los mencionados en el apartado precedente, esta Ley se aplicará a los proveedores de los mismos establecidos en España y a los que se ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España.

A los efectos de esta Ley, se entenderá que un proveedor de servicios está establecido en España u opera mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando se den las circunstancias y presunciones previstas en el artículo 2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

3. Las disposiciones de esta Ley se aplicarán igualmente cuando la contratación a distancia se lleve a cabo con la participación de uno o varios intermediarios.

4. Esta Ley, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 34/2002, también se aplicará a los proveedores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y resulten afectadas las siguientes materias:

a) Emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva.

b) Actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios.

c) Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas que tengan la condición de consumidores.

d) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato.

e) Licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitada.

Estos proveedores de servicios quedarán igualmente sometidos a las normas del ordenamiento jurídico español que regulen dichas materias.

En todo caso, la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España se sujetará a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español.

No será aplicable lo dispuesto en las letras a) a e) a los supuestos en que, de conformidad con las normas reguladoras de las materias enumeradas anteriormente, no fuera de aplicación la ley del país en que resida o esté establecido el destinatario del servicio.

5. Sin perjuicio de que a los proveedores establecidos en países que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo les sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 7.2, relativo al principio de libre prestación de servicios, y 8, relativo a las restricciones a la prestación de servicios, de la Ley 34/2002, las obligaciones previstas en esta Ley se aplicarán a esos proveedores cuando dirijan sus servicios específicamente al territorio español, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables.

### Artículo 3. *Carácter imperativo*

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

La renuncia a los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

Las normas de protección a los consumidores contenidas en esta Ley serán de aplicación cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un Estado no comunitario, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el proveedor ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

### Artículo 4. *Ámbito material*

1. Se comprenden en el ámbito de la Ley los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor y las ofertas relativas a los mismos siempre que generen obligaciones para el consumidor, cuyo objeto es la prestación de todo tipo de servicios financieros a los consumidores, en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato.

En el caso de contratos relativos a servicios financieros que comprendan un acuerdo inicial de servicio seguido por operaciones sucesivas o una serie de distintas operaciones del mismo tipo escalonadas en el tiempo, las disposiciones de la presente Ley solamente se aplicarán al acuerdo inicial.

En caso de que no exista un acuerdo inicial de servicio pero que las operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo escalonadas en el tiempo se realicen entre las mismas partes, los artículos 7 y 8 de la presente Ley se aplicarán cuando se realice la primera operación. No obstante, cuando no se realice operación alguna de la misma naturaleza durante más de un año, la realización de la operación siguiente se entenderá como la primera de una nueva serie de operaciones, siendo en consecuencia de aplicación lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Ley.

2. A los efectos de la presente Ley, se entenderán por servicios financieros los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros. En particular, se entenderá por:

a) Servicios bancarios, de crédito o de pago: las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

b) Servicios de inversión: los definidos como tales en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

c) Operaciones de seguros privados: las definidas en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

d) Planes de pensiones: los definidos en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

e) Actividad de mediación en seguros: la definida en el artículo 2 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados.

3. Se entiende que el contrato se celebra a distancia cuando para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares.

## CAPÍTULO II

### Régimen de los contratos a distancia

#### Artículo 5. Las partes

Las partes del contrato a distancia son el proveedor y el consumidor.

Se considera como proveedor toda persona física o jurídica, privada o pública, que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia. A los efectos de esta Ley, se considera como proveedores a quienes intervengan por cuenta propia como intermediarios en cualquier fase de la comercialización.

A los efectos de esta Ley, se consideran como consumidores las personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

#### Artículo 6. Instrumentos técnicos

1. 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 está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada.

2. Se entiende por proveedor de una técnica de comunicación a distancia toda persona, física o jurídica, pública o privada, cuya actividad comercial o profesional consista en poner directamente a disposición de los proveedores de servicios financieros una o más técnicas de comunicación a distancia.

#### Artículo 7. Requisitos de información previa al contrato

1. El proveedor del servicio financiero deberá suministrar al consumidor, con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia, al menos, la información que a continuación se detalla.

##### 1) En cuanto al propio proveedor:

a) la identidad y actividad principal del proveedor, la dirección geográfica en que el proveedor esté establecido y cualquier otra dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el proveedor;

b) cuando intervenga un representante del proveedor establecido en el Estado miembro de residencia del consumidor, la identidad de dicho representante legal, la calidad con la que éste actúa, su dirección geográfica, teléfono, fax y, en su caso, correo electrónico a los cuales pueda dirigirse el consumidor

para sus relaciones con el representante, así como la identidad completa del proveedor;

c) en caso de que las relaciones comerciales del consumidor sean con algún profesional distinto del proveedor, como los representantes o intermediarios de entidades financieras, la identidad de dicho profesional, la condición con arreglo a la que actúa respecto al consumidor y la dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el profesional;

d) cuando el proveedor esté inscrito en un registro público, el registro en el que el proveedor esté inscrito y su número de registro, o medios equivalentes de identificación en dicho registro;

e) si el proveedor o una determinada actividad del proveedor está sujeta a un régimen de autorización, los datos de la correspondiente autoridad de supervisión.

##### 2) En cuanto al servicio financiero:

a) una descripción de las principales características del servicio financiero, en los términos que determinen las normas reglamentarias de desarrollo;

b) el precio total que debe pagar el consumidor al proveedor del servicio financiero, con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través del proveedor o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio;

c) en su caso, una advertencia que indique que el servicio financiero está relacionado con instrumentos que implican riesgos especiales, tales como los de escasa o nula liquidez, la posibilidad de que no se reembolsen íntegramente los fondos depositados o de que el precio del servicio se incrementen de manera significativa, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control del proveedor, y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros;

d) la indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo;

e) toda limitación del período durante el cual la información suministrada sea válida;

f) las modalidades de pago y de ejecución;

g) cualquier coste suplementario específico para el consumidor inherente a la utilización de la técnica de comunicación a distancia, en caso de que se repercuta dicho coste;

h) en el caso de los planes de pensiones se informará al consumidor de que las cantidades aportadas y el ahorro generado se destinarán únicamente a cubrir las situaciones previstas en el contrato y no podrán ser recuperados para otro

fin distinto que los supuestos excepcionales contemplados en las condiciones contractuales, todo ello de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable.

3) En cuanto al contrato a distancia:

a) la existencia o no de derecho de desistimiento, de conformidad con el artículo 10 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al artículo 11, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho y su pérdida cuando, antes de ejercer este derecho, se ejecute el contrato en su totalidad por ambas partes, a petición expresa del consumidor;

b) las instrucciones para ejercer el derecho de desistimiento, indicando, entre otros aspectos, a qué dirección postal o electrónica debe dirigirse la notificación del desistimiento;

c) la duración contractual mínima, en caso de contratos de prestación de servicios financieros permanentes o periódicos;

d) información acerca de cualquier derecho, distinto del contemplado en la letra a), que puedan tener las partes a resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a las condiciones del contrato, incluidas las penalizaciones que pueda contener el contrato en ese caso;

e) el Estado o Estados miembros en cuya legislación se basa el proveedor para establecer relaciones con el consumidor, antes de la celebración del contrato;

f) las cláusulas contractuales, si las hubiere, relativas a la ley aplicable al contrato a distancia y a la jurisdicción competente para conocer el asunto;

g) la lengua o las lenguas en que las condiciones contractuales y la información previa se presentan, y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato y ejecutarse las prestaciones derivadas del mismo, de acuerdo con el consumidor.

4) En cuanto a los medios de reclamación e indemnización:

a) a qué sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, de carácter público o privado, puede el consumidor tener acceso y cómo puede acceder a ellos,

b) la existencia de fondos de garantía u otros mecanismos de indemnización, sean de carácter obligatorio o voluntario.

2. Toda la información exigida en el apartado 1 deberá suministrarse indicando inequívocamente su finalidad comercial y se comunicará de manera clara y comprensible por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada, respetando debidamente, en particular, los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los principios que regulan la protección de las personas que carecen de capacidad de obrar y los derechos en materia de accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

3. En el caso de comunicación a través de telefonía vocal, se observarán las siguientes normas:

a) al comienzo de toda conversación con el consumidor se indicará claramente la identidad del proveedor y el fin comercial de la llamada iniciada por el proveedor;

b) previa aceptación expresa del consumidor, sólo deberá suministrarse la información siguiente:

1.º la identidad de la persona en contacto con el consumidor y su vínculo con el proveedor;

2.º una descripción de las características principales del servicio financiero;

3.º el precio total que debe pagar el consumidor al proveedor del servicio financiero, incluidos todos los impuestos pagados a través del proveedor o, cuando no se pueda indicar un precio exacto, la base del cálculo que permita al consumidor comprobar el precio;

4.º indicación de que pueden existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo;

5.º a existencia o inexistencia de un derecho de desistimiento, de conformidad con el artículo 10 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al artículo 11;

c) el proveedor informará al consumidor acerca de la existencia de información adicional disponible previa petición y del tipo de información en cuestión.

4. La información sobre las obligaciones contractuales, que deberá comunicarse al consumidor durante la fase precontractual, deberá ser conforme a las obligaciones contractuales que resulten de la legislación a la que se sujete el contrato, si se celebra.

#### *Artículo 8. Requisitos adicionales de información*

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7, serán de aplicación los requisitos adicionales de información previa establecidos en la legislación especial que sea aplicable al servicio financiero objeto del contrato a distancia.

#### *Artículo 9. Comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa*

1. El proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en los anteriores artículos 7 y 8, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma las obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta.

2. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales de contratación, el proveedor habrá de cumplir las obligaciones previstas en el apartado 1, inmediatamente después de la formalización del contrato cuando éste se hubiera celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información exigida con arreglo a lo previsto en dicho apartado 1.

3. En cualquier momento de la relación contractual, el consumidor tendrá derecho, si así lo solicita, a obtener las condiciones contractuales en soporte de papel. Además, el consumidor tendrá el derecho de cambiar la técnica o técnicas de comunicación a distancia utilizadas, salvo que sea incompatible con el contrato celebrado o con la naturaleza del servicio financiero prestado.

4. 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.

#### *Artículo 10. Derecho de desistimiento*

1. El consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna.

El mencionado plazo será de treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida.

El plazo para ejercer el derecho de desistimiento empezará a correr desde el día de la celebración del contrato, salvo en relación con los seguros de vida, en cuyo caso el plazo comenzará cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado. No obstante, si el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información contractual indicada en el artículo 7.1, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contar el día en que reciba la citada información.

2. El derecho de desistimiento no se aplicará a los contratos relativos a:

a) 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, entre ellos, las transacciones sobre:

- 1.º operaciones de cambio de divisas,
- 2.º instrumentos del mercado monetario,
- 3.º valores negociables,
- 4.º participaciones en instituciones de inversión colectiva,

5.º contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo,

6.º contratos de futuros sobre tipos de interés,

7.º contratos de permuta sobre tipos de interés, sobre divisas o los ligados a acciones o a un índice sobre acciones, opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos relacionados en los anteriores guiones, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo. Concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés,

8.º contratos referenciados a índices, precios o tipos de interés de mercado,

9.º contratos vinculados, en los que, al menos, uno de los negocios jurídicos suponga una transacción de las mencionadas en los guiones anteriores. A los efectos de esta Ley, se considerarán contratos vinculados aquellos negocios jurídicos complejos resultado de la yuxtaposición de dos o más negocios jurídicos independientes, en los que, como resultado de esa yuxtaposición, la ejecución de uno dependa de la de todos los demás, ya sea simultánea o sucesivamente;

b) los contratos de seguros siguientes:

1.º contratos de seguro en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas a los mismos,

2.º los de viaje o equipaje de una duración inferior a un mes,

3.º aquéllos cuyos efectos terminen antes del plazo al que se refiere el apartado 1,

4.º los que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador,

5.º los planes de previsión asegurados;

c) contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza su derecho de desistimiento, como las órdenes de transferencia y las operaciones de gestión de cobro;

d) créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o destinados a renovar o mejorar inmuebles;

e) créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble;

f) las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de Notario, siempre y cuando éste dé fe de que se

han garantizado los derechos del consumidor contemplados en el artículo 7;

g) los planes de pensiones.

3. El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento lo habrá de comunicar al proveedor en los términos previstos por el contrato, antes de que finalice el plazo correspondiente, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación de cualquier modo admitido en Derecho. Se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo.

4. En el caso de que al contrato a distancia sobre el que se haya ejercido el derecho de desistimiento, se le haya vinculado otro contrato a distancia de servicios financieros prestados por el mismo proveedor o por un tercero, previo acuerdo con el proveedor, dicho contrato adicional también quedará resuelto, sin penalización alguna.

5. Las previsiones contenidas en la presente Ley en relación con el derecho de desistimiento no serán de aplicación a los norma.

#### *Artículo 11. Pago del servicio prestado antes del desistimiento*

1. El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento solamente estará obligado a pagar, a la mayor brevedad, el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato, hasta el momento del desistimiento.

El importe que el consumidor deba pagar no rebasará el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio comparada con la cobertura total del contrato, ni será en ningún caso de tal magnitud que equivalga a una penalización.

2. El proveedor no podrá exigir pago alguno al consumidor en cualquiera de las siguientes situaciones:

a) Si no demuestra que le ha facilitado la información exigida en el artículo 7.1.3), a).

b) Si inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el período de desistimiento.

3. El proveedor reembolsará al consumidor a la mayor brevedad, y dentro de un plazo máximo de treinta días naturales, cualquier cantidad que haya percibido de éste con arreglo a lo establecido en el contrato a distancia, salvo el importe mencionado en el apartado 1. Dicho plazo se iniciará el día en que el proveedor reciba la notificación del desistimiento.

4. El consumidor devolverá al proveedor cualquier cantidad que haya recibido de éste, a la mayor brevedad, y, en todo caso, en el plazo máximo de treinta días naturales, a contar desde la notificación del desistimiento.

#### *Artículo 12. Pago mediante tarjeta*

Cuando el importe de las obligaciones pecuniarias derivadas del contrato a distancia hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del proveedor y del titular se efectuarán a la mayor brevedad.

#### *Artículo 13. Servicios no solicitados*

1. No se podrán prestar servicios financieros a un consumidor, incluso en el supuesto de renovación tácita de un contrato a distancia, sin la solicitud previa de aquél, cuando esta prestación implique una exigencia de pago inmediato o aplazado.

No se considerará que existe renovación tácita de un contrato a distancia, en el caso de las diferentes prestaciones derivadas de un contrato sucesivo o cuando la renovación al vencimiento del contrato esté expresamente prevista en el contrato inicialmente suscrito a falta de denuncia por una de las partes y siempre que no se modifiquen las condiciones contractuales inicialmente pactadas.

2. En el caso de prestación no solicitada, el consumidor quedará eximido de toda obligación, sin que la falta de respuesta pueda considerarse como consentimiento. No obstante, si el consumidor hiciera uso efectivo del servicio financiero no solicitado deberá satisfacer el importe de la parte realmente utilizada o disfrutada, sin que tal deber suponga la prestación del consentimiento para obligarse mediante un nuevo contrato no solicitado ni la obligación de satisfacer gastos o comisiones, ni, en general, cantidades no acordadas previamente con la entidad proveedora del servicio.

#### *Artículo 14. Comunicaciones no solicitadas*

1. Las comunicaciones no solicitadas por vía telefónica, por fax o por vía electrónica se registrarán por lo dispuesto, respectivamente, en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, así como, en su caso, por lo previsto en sus respectivas normativas de desarrollo.

Sólo será posible la utilización por parte del proveedor de otras técnicas de comunicación a distancia que permitan una comunicación individual, distintas de las mencionadas en el anterior apartado, con el consentimiento previo del consumidor.

2. El uso de las técnicas descritas en el anterior apartado no supondrá gasto alguno para el consumidor.

#### *Artículo 15. Acciones de cesación*

1. Podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen los intere-

ses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

3. Estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

c) El Ministerio Fiscal.

d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

Todas las entidades citadas en este apartado podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

4. Los proveedores de técnicas de comunicación a distancia pondrán fin, cuando así les sea requerido judicialmente, a la prestación del servicio de comunicación a distancia que esté siendo utilizado indebidamente.

#### *Artículo 16. Reclamación extrajudicial*

1. El proveedor y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquéllos al Sistema Arbitral del Consumo, o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, que figuren en la lista que publica la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores y que respete los principios establecidos por la normativa comunitaria, así como a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros.

2. Los órganos arbitrales de consumo o los órganos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros, que intervengan en la resolución de reclamaciones sobre servicios financieros prestados a distancia, habrán de cooperar en la resolución de los conflictos de carácter transfronterizo que se produzcan a nivel intracomunitario, a través de la «Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros» (FIN\_NET) o cualquier otro mecanismo habilitado al efecto.

#### *Artículo 17. Carga de la prueba*

Corresponderá al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumban al amparo de esta Ley, en materia de información al consumidor, así como del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución.

### CAPÍTULO III

#### **Régimen sancionador**

#### *Artículo 18. Sanciones administrativas*

1. Los proveedores de servicios financieros a distancia estarán sujetos al régimen sancionador establecido en este Capítulo cuando la presente Ley les sea de aplicación y, subsidiariamente, al previsto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

2. En el caso de los proveedores de servicios financieros incluidos en el artículo 2.1 de esta Ley, se considerarán normas de ordenación y disciplina, las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la obligación de dejar constancia de las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero según establece el artículo 6.1; a los requisitos de información previa al contrato establecidos en el artículo 7; a las obligaciones de comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa reguladas en el artículo 9 y a las contenidas en el artículo 14 relativas a servicios no solicitados. Su incumplimiento será sancionado según lo establecido por la normativa sectorial correspondiente, con las siguientes especialidades:

a) Para las entidades de crédito, y cualesquiera otras que presten servicios financieros, de acuerdo con el artículo 2.1 de esta Ley, que figuren inscritas en los registros administrativos del Banco de España, y siempre que las infracciones no tengan carácter ocasional o aislado, como una infracción grave, de acuerdo con lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

b) Para las empresas de servicios de inversión, las instituciones de inversión colectiva, las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras, respectivamente, como una infracción grave de acuerdo con lo previsto en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, y la Ley

1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y de sus sociedades gestoras.

c) Para las entidades aseguradoras, como infracción grave o muy grave de acuerdo con los artículos 40.4.b y 40.3.b del Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

d) Para los mediadores de seguros, como infracción grave o muy grave de acuerdo con los artículos 55.3.a) y 55.2.c) de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de seguros y reaseguros privados.

e) Para las entidades gestoras de fondos de pensiones, como infracción grave o muy grave de acuerdo con los artículos 35.3.ñ) y 35.4.ñ) del Texto Refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

3. En el caso de proveedores de servicios financieros distintos de los contemplados en el apartado 2 precedente, el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley será sancionado como infracción en materia de consumo, aplicándose lo dispuesto en la legislación específica sobre protección de consumidores y usuarios.

4. Cuando, como consecuencia de una actuación sancionadora, se tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones tipificadas en otras leyes, se dará cuenta de los mismos a los órganos u organismos competentes para su supervisión y sanción.

5. El consumidor podrá rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna.

Disposición adicional primera. Modificación de la Ley 26/1984, 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios.

Se introduce un nuevo apartado, 19 bis, a la disposición adicional primera («Cláusulas abusivas») con la siguiente redacción:

«19 bis. La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la norma que los regula.»

*Disposición adicional segunda. Plan de medidas de lucha contra las actividades de captación a distancia de información confidencial de forma fraudulenta*

En el plazo de seis meses, el Gobierno, conjuntamente con las Comunidades Autónomas, y en colaboración con los agentes económicos afectados, presentará un plan de medidas de lucha contra las actividades de captación a distancia de información confidencial de forma fraudulenta, incorporando medidas de protección de los consumidores y usuarios que prioricen los elementos de seguridad en las transacciones y

minimicen los riesgos y consecuencias económicas que para los ciudadanos se derivan de estas conductas delictivas.

*Disposición derogatoria*

Quedan derogados a la entrada en vigor de esta Ley:

a) El artículo 6 bis de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

b) El párrafo segundo de apartado 1 del artículo 83.a) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (1).

c) Del apartado 2 del artículo 83.a) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, el inciso que dice: «Tratándose de un contrato de seguro comercializado a distancia, la comunicación se hará de acuerdo con las instrucciones que el tomador haya recibido de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del artículo 60 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados».

d) La disposición adicional segunda de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

e) El primer párrafo del apartado 3, el apartado 4 y el apartado 5 del artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

*Disposición final primera. Competencia constitucional*

La presente Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.6.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup>, 11.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> de la Constitución, sin perjuicio de las competencias que, en su caso, correspondan a las Comunidades Autónomas.

*Disposición final segunda. Incorporación de Derecho de la Unión Europea.*

Mediante esta Ley se completa la incorporación al ordenamiento jurídico español de la 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.

*Disposición final tercera. Entrada en vigor*

Esta Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

(1) Nueva redacción. Disposición adicional decimonovena. Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

## COLABORADORES

---

**BLANCO CARRASCO, Marta.** Es profesora ayudante de la Escuela Universitaria de Trabajo Social de la Universidad Complutense, y experta en mediación. Ha trabajado especialmente en materias de derecho de consumo y sistemas alternativos de resolución de conflictos.

**MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando.** Profesor asociado de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid. Es colaborador permanente de las revistas de *Derecho de Sociedades* y de *Derecho Concursal y Paraconcursal*. Autor de numerosos trabajos en materia de Derecho Mercantil.

**MARTÍN SALAMANCA, Sara.** Premio nacional de la Real Academia de Doctores. Profesora ayudante doctora de Derecho Civil en la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en contratación con consumidores.

**SIERRA FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>. de la.** Es premio extraordinario de doctorado y profesora titular de Derecho Mercantil en la Facultad de

Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Colaboradora permanente de varias revistas especializadas en Derecho Mercantil. Ha trabajado de manera particular los problemas que plantean las nuevas tecnologías en la esfera jurídica. Es directora del Grupo de Investigación: Contratación. Empresa, de la Universidad Complutense de Madrid (UCM-931492), e investigadora principal del Proyecto *Derecho renovado del consumidor (GR58/08)*.

**SIRVENT GARCÍA, Jorge.** Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Carlos III de Madrid. Ha trabajado especialmente en protección del crédito y derechos de los consumidores.

**TAPIA SÁNCHEZ, María Rosa.** Doctora en Derecho por la Universidad Complutense y premio extraordinario de doctorado. Es profesora titular de Derecho Mercantil en la Universidad Rey Juan Carlos y colaboradora permanente de las revistas de *Derecho de Sociedades*, *Mercado de Valores* y de *Derecho Concursal y Paraconcursal*. Ha trabajado de modo particular en Derecho del mercado de valores y en contratos mercantiles.

## CAJAS DE AHORROS CONFEDERADAS

---

BANCAJA (Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante). Castellón.  
BBK (Bilbao Bizkaia Kutxa). Bilbao.  
CAJA INMACULADA (Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón). Zaragoza.  
CAIXA CATALUNYA (Caixa d'Estalvis de Catalunya). Barcelona.  
CAIXA GALICIA (Caja de Ahorros de Galicia). La Coruña.  
CAIXA GIRONA (Caixa d'Estalvis de Girona). Gerona.  
CAIXA DE MANLLEU (Caixa d'Estalvis Comarcal de Manlleu). Manlleu (Barcelona).  
CAIXA LAIETANA (Caixa d'Estalvis Laietana). Mataró (Barcelona).  
CAIXA MANRESA (Caixa d'Estalvis de Manresa). Manresa (Barcelona).  
CAIXA ONTINYENT (Caja de Ahorros y M.P. de Ontinyent). Ontinyent (Valencia).  
CAIXA PENEDÈS (Caixa d'Estalvis del Penedès). Villafranca del Penedès (Barcelona).  
CAIXA SABADELL (Caixa d'Estalvis de Sabadell). Sabadell (Barcelona).  
CAIXA TARRAGONA (Caixa d'Estalvis de Tarragona). Tarragona.  
CAIXA TERRASSA (Caixa d'Estalvis de Terrassa). Terrassa (Barcelona).  
CAIXANOVA (Caja de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra). Vigo (Pontevedra).  
CAJA CANARIAS (Caja General de Ahorros de Canarias). Santa Cruz de Tenerife.  
CAJA CANTABRIA (Caja de Ahorros de Santander y Cantabria). Santander.  
CAJA CÍRCULO DE BURGOS (Caja de Ahorros y M.P. del Círculo Católico de Obreros de Burgos). Burgos.  
CAJA DE ÁVILA (Caja de Ahorros de Ávila). Ávila.  
CAJA DE BADAJOZ (M.P. y Caja General de Ahorros de Badajoz). Badajoz.  
CAJA DE BURGOS (Caja de Ahorros Municipal de Burgos). Burgos.  
CAJA DE EXTREMADURA (Caja de Ahorros y M.P. de Extremadura). Cáceres.  
CAJA DE GUADALAJARA (Caja de Ahorro Provincial de Guadalajara). Guadalajara.  
CAJA DE JAÉN (Caja Provincial de Ahorros de Jaén). Jaén.  
CAJA DUERO (Caja de Ahorros de Salamanca y Soria). Salamanca.  
CAJA ESPAÑA (Caja España de Inversiones, C.A. y M.P.). León.  
CAJA GRANADA (Caja General de Ahorros de Granada). Granada.  
CAJA MADRID (Caja de Ahorros y M. P. de Madrid). Madrid.  
CAJA MURCIA (Caja de Ahorros de Murcia). Murcia.  
CAJA NAVARRA (Caja de Ahorros y M.P. de Navarra). Pamplona.  
CAJA RIOJA (Caja de Ahorros de La Rioja). Logroño.  
CAJA SEGOVIA (Caja de Ahorros y M.P. de Segovia). Segovia.  
CAJASOL (M.P. y Caja de Ahorros de San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla). Sevilla.  
CAJASTUR (Caja de Ahorros de Asturias). Oviedo.  
CAJASUR (Caja de Ahorros y M.P. de Córdoba). Córdoba.  
CAM (Caja de Ahorros del Mediterráneo). Alicante.  
CCM-CAJA CASTILLA LA MANCHA (Caja de Ahorros de Castilla La Mancha). Cuenca.  
COLONYA CAIXA POLLENÇA (Caja de Ahorros de Pollença). Pollença (Islas Baleares).  
IBERCAJA (Caja de Ahorros y M.P. de Zaragoza, Aragón y Rioja). Zaragoza.  
KUTXA (Caja de Ahorros y M.P. de Gipuzkoa y San Sebastián). San Sebastián.  
LA CAIXA (Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona). Barcelona.  
LA CAJA DE CANARIAS (Caja Insular de Ahorros de Canarias). Las Palmas de Gran Canaria.  
SA NOSTRA (Caja de Ahorros y M.P. de las Baleares). Mallorca.  
UNICAJA (M.P. y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera). Málaga.  
VITAL KUTXA (Caja de Ahorros de Vitoria y Álava). Vitoria.

## PUBLICACIONES DE LA FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

Últimos números publicados:

### PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA

N.º 119. La educación en España

N.º 120. Los servicios en España

### PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO

N.º 94. Armonización bancaria

N.º 95. Inestabilidad financiera y gestión de liquidez

### PANORAMA SOCIAL

N.º 8. Inmigrantes en España: Participación y convivencia

N.º 9. Tercer Sector y voluntariado

### ECONOMÍA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

N.º 22. Galicia y Norte de Portugal. Claves económicas de una eurorregión

### CUADERNOS DE INFORMACIÓN ECONÓMICA

N.º 210. Fiscalidad, pensiones y cambio técnico: temas para debate

N.º 211. Brotes de verano

### ESTUDIOS DE LA FUNDACIÓN

EN INTERNET: <http://www.funcas.es/>

## FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

Caballero de Gracia, 28. 28013 Madrid. Teléf. 91 596 54 81

suscrip@funcas.es

AÑO 2009

Deseo suscribirme a:

	Euros
<input type="checkbox"/> <i>Papeles de Economía Española</i> .....	55,00
Números sueltos .....	17,00
<input type="checkbox"/> <i>Perspectivas del Sistema Financiero</i> .....	48,00
Números sueltos .....	17,00
<input type="checkbox"/> <i>Cuadernos de Información Económica</i> .....	66,00
Números sueltos .....	13,00
<input type="checkbox"/> <i>Panorama Social</i> (dos números) .....	25,00
Números sueltos .....	15,00
<input type="checkbox"/> <i>Estudios de la Fundación</i> (un ejemplar).....	13,00

(más gastos de envío)

El pago lo efectuaré:

Contra reembolso del primer envío       Giro postal núm. ....       Cheque bancario

Nombre o razón social .....

Profesión, actividad o departamento .....

Domicilio ..... Teléfono .....

Ciudad ..... C.P. .... Provincia o país .....

Fecha ..... Correo electrónico .....

Domiciliación bancaria

Muy Sres. míos: Ruego carguen hasta nuevo aviso los recibos que les presentará  
LA FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS a mi nombre  
en la siguiente Cuenta Corriente o Libreta de ahorros:

Firma o sello. 

Entidad	Oficina	DC	Núm. de Cuenta
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>

Para mayor rapidez envíe su pedido por FAX: 91 596 57 96

### NATURALEZA Y CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA CON EL CONSUMIDOR

M.ª de la Sierra Flores Doña

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

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

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

### LA INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA A DISTANCIA

María Rosa Tapia Sánchez

La normativa nacional y europea sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores concede un lugar privilegiado al «principio de transparencia informativa», considerando que éste, junto con el derecho de desistimiento, constituyen los instrumentos fundamentales con que cuenta el consumidor para obtener un nivel adecuado de protección. Por este motivo, la ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores establece un régimen riguroso en cuanto a la información que han de recibir los consumidores antes de la celebración a distancia del contrato, debiendo ésta no sólo ser suficiente, sino también adecuada respecto del medio de transmisión electrónico elegido (web, fax, teléfono u otros).

La utilización de técnicas de comunicación a distancia no debe provocar una limitación indebida de la información proporcionada al cliente durante las distintas fases de la contratación (promoción, oferta, celebración y cumplimiento). Por ello, la entidad bancaria proveedora del servicio deberá poner en práctica nuevas técnicas de transmisión sin cambios de la información almacenada en los soportes, con las que se intente paliar el riesgo de inseguridad respecto del contenido íntegro de la información producida y comunicada a los consumidores bancarios.

Las técnicas de comunicación a distancia van a condicionar cada momento de la relación comercial entre la entidad bancaria y el consumidor, afectando al tratamiento jurídico de los actos comprendidos en el proceso de formación, celebración y cumplimiento del contrato, admitiéndose la modalidad de «consentimiento electrónico» cuando se utilicen entre la entidad bancaria y el consumidor exclusivamente técnicas de comunicación a distancia para la celebración del contrato.

### EL DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA

Jorge Sirvent García

Uno de los pilares más importantes sobre los que se articula la protección del consumidor en la Ley 22/2007 es el denominado derecho de desistimiento. Así, el consumidor tiene la posibilidad, durante un determinado período de tiempo después de la celebración del contrato, de poner fin a éste sin necesidad de alegar ninguna causa y sin tener que indemnizar por ello a la otra parte. En el presente estudio se analiza con profundidad esta figura aplicada a los contratos bancarios electrónicos, cada vez más utilizados en la práctica. En este sentido, es interesante poner de relieve desde el principio las notas diferenciadoras que presenta el régimen jurídico del derecho de desistimiento en este ámbito particular de la contratación a distancia, frente al régimen jurídico general establecido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como frente a la regulación adoptada en otras leyes para otros supuestos de contratos con consumidores.

El desistimiento es una disposición legal que recae sobre aquellas entidades financieras que celebren contratos con consumidores utilizando cualquier técnica de contratación a distancia. Se trata de un derecho del consumidor tan importante que la propia Ley establece que, con carácter previo a la celebración del contrato, la entidad financiera está obligada a informar al futuro cliente de la existencia de este derecho que le asiste a poner fin al contrato celebrado. El incumplimiento de esta obligación de información puede tener consecuencias perjudiciales para la entidad financiera. Muy interesante es también el estudio de las formalidades necesarias para el ejercicio del derecho de desistimiento, así como las consecuencias jurídicas que derivan del mismo. Al respecto, veremos cómo los efectos extintivos derivados del ejercicio de este derecho pueden transmitirse incluso a otros contratos. Finalmente, se estudian los supuestos en que, según la Ley, no cabe el ejercicio del derecho de desistimiento por diferentes razones.

### LOS DERECHOS POTESTATIVOS EN LA LEY 22/2007: EL DERECHO DE DESISTIMIENTO CONTRACTUAL

Sara Martín Salamanca

La contratación a distancia está experimentando, desde hace ya algunas décadas, un crecimiento imparable. En especial, en la Unión Europea, sobre la base del mercado único y la libre circulación de servicios y mercancías, es uno de los objetivos de la regulación unitaria. Fruto de ello han sido ya distintas directivas, desde los años noventa, que han tenido como resultado otras tantas normas nacionales de adaptación en los estados miembros. Como es imaginable, la mayor atención normativa se centra en los contratos concluidos con consumidores. Después de haberse promulgado directivas relativas a la contratación a distancia y al comercio electrónico, la Directiva 2002/65/CE, con cierto carácter transversal, ha venido a regular la contratación a distancia con consumidores de servicios financieros. Su trasposición en España se ha hecho a través de la Ley 22/2007. Una ley escueta que, entre otras novedades,

introduce una nueva modalidad de *derecho de desistimiento* en la contratación con consumidores.

## **PROTECCIÓN DE DATOS EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA**

**Fernando Marín de la Bárcena**

El derecho a la autodeterminación informativa, o derecho a la protección de datos, reconoce al afectado por el tratamiento de sus datos personales una serie de derechos, facultades y poderes (consentimiento, acceso, rectificación, cancelación, etc.), con sus correlativos deberes de respeto y sujeción por la contraparte contractual y por terceros (información, secreto, seguridad, etc.), que han afectado notablemente a la dinámica de la contratación y la posterior ejecución de relaciones contractuales. La protección de los datos personales se ha convertido en un objetivo de política jurídica de primer orden en el ámbito de la Unión Europea, y afecta notablemente al sector financiero y, en particular, a la contratación electrónica, muy difundida. En el presente trabajo se analizan los elementos esenciales del régimen jurídico del tratamiento de los datos personales en el sector de la denominada banca por *internet o banca on line* y, en particular, en lo que se refiere a la utilización de medios electrónicos de pago (tarjetas de crédito o débito).

## **LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA**

**Marta Blanco Carrasco**

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos o ADR constituyen un conjunto de mecanismos que tratan de resolver o gestionar los conflictos al margen de procedimiento judicial. El interés manifestado por Europa respecto a estos sistemas se ha traducido en numerosas recomendaciones y directivas, así como redes de información puestas a disposición de los ciudadanos. Entre los ADR que más calado tienen en España se encuentran el arbitraje, la mediación y la conciliación, por lo que se hace imprescindible analizar, en un primer momento, tanto el concepto como sus principales características y diferencias. Seguidamente, se analizan los ADR que se ofrecen al consumidor ante una reclamación o conflicto de consumo, dada la especial problemática que este tipo de conflictos presentan, entre los cuales destacan el arbitraje de consumo regulado en el Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero sobre el Sistema Arbitral de Consumo, la mediación de consumo, también recogida por primera vez en dicho Real Decreto, y el comisionado, regulado en el Real Decreto 302/2004 de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.





**E**l sistema financiero español vive hoy una situación de cambio. Su proceso de modernización y reforma ha dado origen a nuevas instituciones y a la alteración en su funcionamiento de muchas de las ya existentes.

Facilitar un conocimiento mejor del sistema financiero español en la actualidad constituye el propósito de PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO.

Con tal finalidad, PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO trata de facilitar a sus lectores una contemplación de nuestra actual realidad financiera, analizando las principales instituciones que la integran, así como su operativa y funcionamiento. Este estudio de las instituciones del sistema financiero español se complementará con la valoración de sus principales problemas, que trataremos de obtener de quienes conocen o dirigen diariamente sus actividades.

Aspiramos a que estas tareas se realicen en el marco de los principios que presiden la actuación de la Fundación de las Cajas de Ahorros.

- Plena libertad intelectual de nuestros colaboradores.
- La responsabilidad de las opiniones emitidas y el respaldo riguroso de las afirmaciones realizadas para avalar adecuadamente tanto los planteamientos como las soluciones a los problemas estudiados.
- El compromiso de las opiniones con los problemas planteados por el sistema financiero español.
- La búsqueda y la defensa de los intereses generales en los temas objeto de tratamiento.
- La colaboración y sugerencias críticas de los lectores para que nuestras PERSPECTIVAS logren el propósito que con ellas pretendemos.

*Pedidos e información:*

FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS  
Caballero de Gracia, 28  
28013 Madrid  
Teléfono: 91 596 54 81  
Fax: 91 596 57 96  
suscrip@funcas.es  
www.funcas.es

P.V.P.: 17€ (IVA incluido)

ISSN8411329564



9 1778411 329560