

La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio.

Laura Gil-Vernet Esteve

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tesisenxarxa.net) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tesisenred.net) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tesisenxarxa.net) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

UNIVERSITAT INTERNACIONAL DE CATALUNYA

TESIS DOCTORAL

**LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS
FINANCIEROS: ESPECIAL ÉNFASIS EN LA
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y SU CONTROL
REGULATORIO**

LAURA GIL-VERNET ESTEVE

Director: Dr. JAVIER JUNCEDA MORENO

**Prof. Agregado de Derecho Administrativo de la Facultad
de Derecho de la Universitat Internacional de Catalunya**

Barcelona, 2015

Als meus fills: Laia i Jordi.

A tú, David.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	1
CAPITULO I PREVIÓ	2
1. Objeto	2
2. Método	4
3. Fuentes	7
CAPITULO II RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS CON CONSUMIDORES	11
1. Introducción	11
2. Normativa especial sobre comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores.....	11
3. Normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros.....	15
4. Normativa general aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores	24
5. Normativa sobre consumo aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros.....	26
6. Códigos de conducta	29
7. Consideraciones previas	35
CAPITULO III ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCDSF	39
1. Introducción	39
2. Ámbito material	40
2.1. CONTRATO A DISTANCIA	41
2.2. PARTES DEL CONTRATO.....	46
2.3. SERVICIO FINANCIERO.....	49
3. Ámbito subjetivo	51
4. Ámbito territorial	52
5. Valoración crítica.....	58
CAPITULO IV PRINCIPIOS APLICABLES	61
1. Introducción	61

2. Principio de intervención mínima	63
2.1. VIGENCIA DEL DERECHO PREEXISTENTE.....	64
2.2. NÚCLEO DE REGULACIÓN ESPECIAL.....	65
2.3. REMISIONES A LA LEGISLACIÓN SECTORIAL/GENERAL.....	66
3. Principio de equivalencia funcional	67
3.1. EQUIPARACIÓN DEL DOCUMENTO EN SOPORTE DURADERO AL DOCUMENTO EN SOPORTE PAPEL.....	70
3.2. ELIMINACIÓN DE DISCRIMINACIONES LEGALES.....	76
4. Principio de neutralidad tecnológica	76
5. Reforzamiento de la tutela del consumidor	78
5.1. EXIGENCIA DE UN ESPECIAL NIVEL DE COMPETENCIA Y CUIDADO.....	79
5.2. PROHIBICIÓN DE CIERTAS PRACTICAS.....	80
6. Valoración crítica	81
CAPITULO V FORMACIÓN DEL CONTRATO: FASE DE GENERACIÓN	83
1. Introducción	83
2. Comunicaciones comerciales a distancia	84
2.1. EXIGENCIA DE CONSENTIMIENTO PREVIO.....	86
2.2. FUNDAMENTO.....	90
2.3. PROTECCIÓN EN RAZÓN DEL MEDIO DE COMUNICACIÓN EMPLEADO.....	92
2.4. EXCEPCIONES.....	93
2.5. VALORACIÓN CRÍTICA.....	94
3. Derecho del consumidor a cambiar de técnica de comunicación a distancia	97
3.1. VALORACIÓN CRÍTICA.....	98
4. La información previa	100
4.1. LA OBLIGACION DEL PROVEEDOR DE SUMINISTRAR CIERTA INFORMACIÓN PREVIA.....	105
4.2. INFORMACIÓN SOBRE EL PROVEEDOR.....	113
4.2.1. EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA CON CONSUMIDORES.....	113
(i) Identificación del proveedor.....	113
(ii) Localización del proveedor.....	115
(iii) Supervisión administrativa del proveedor.....	115
4.2.2 EN LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.....	116

4.2.3. EN EL MERCADO DE SERVICIOS FINANCIEROS	117
4.3. INFORMACIÓN SOBRE EL SERVICIO FINANCIERO	120
4.3.1. EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA CON CONSUMIDORES.....	121
(i) Principales características del servicio financiero.....	121
(ii) Precio	129
(iii) Eventuales riesgos	132
(iv) Impuestos (que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo).....	135
(v) Plazo de validez de la información.....	135
4.3.2. EN LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	136
4.3.3 EN EL MERCADO DE SERVICIOS FINANCIEROS.....	137
4.4. INFORMACIÓN SOBRE EL CONTRATO A DISTANCIA	139
4.4.1. EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA CON CONSUMIDORES.....	139
(i) Vigencia del contrato.....	140
(ii) Comunicación con el consumidor	141
(iii) Derecho de desistimiento.....	142
(iv) Terminación del contrato.....	145
(v) Ley aplicable y tribunales	146
4.4.2. EN LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	148
4.5. INFORMACIÓN SOBRE MEDIOS DE RECLAMACIÓN E INDEMNIZACIÓN.....	149
4.5.1. EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA CON CONSUMIDORES.....	150
(i) Sistemas de resolución extrajudicial	150
(ii) Mecanismos de indemnización	152
4.5.2. EN EL MERCADO DE SERVICIOS FINANCIEROS.....	153
5. Comunicación de la información previa y de las condiciones contractuales	166
5.1. DEBER/OBLIGACIÓN	172
5.2. FUNDAMENTO.....	176
5.3. SOPORTE DURADERO	177
5.4. INFORMACIÓN QUE DEBE COMUNICARSE	182
5.4.1. EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA CON CONSUMIDORES.....	183
5.4.2. EN EL MERCADO DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS.....	184
5.5. VALORACIÓN CRÍTICA	191
6. La oferta.....	194

6.1.	INTRODUCCIÓN.....	194
6.2.	REQUISITOS.....	199
6.2.1.	DOCUMENTACIÓN.....	199
6.2.2.	VIGENCIA.....	201
6.2.3.	CONTENIDO MÍNIMO	203
6.3.	VALORACIÓN CRÍTICA	204
7.	Servicios no solicitados	206
7.1.	LA PROHIBICIÓN DE PRESTAR SERVICIOS FINANCIEROS NO SOLICITADOS	207
7.2.	LA PROHIBICIÓN DE CARGAR COMISIONES O GASTOS POR SERVICIOS NO SOLICITADOS.....	210
7.3.	LA DISPENSA DE PAGO	210
7.4.	VALORACIÓN CRÍTICA	213
CAPITULO VI MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO A DISTANCIA: FASE DE PERFECCIONAMIENTO		
		217
1.	Introducción	217
2.	El momento de perfeccionamiento.....	222
2.1.	REGLA GENERAL.....	223
2.2.	ESPECIALIDAD DEL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS A TRAVÉS DE DISPOSITIVOS AUTOMÁTICOS	229
3.	El lugar de perfeccionamiento	232
4.	La válida y eficaz expresión del consentimiento a distancia: la firma electrónica	234
5.	Valoración crítica.....	238
CAPITULO VII COMUNICACIONES TRAS EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO: FASE DE CONSUMACIÓN.....		
		241
1.	Comunicación de la información previa y de las condiciones contractuales en los contratos a distancia.....	243
2.	Acuse de recibo o confirmación de la aceptación en los servicios de la sociedad de la información	248
3.	Comunicación de ciertas informaciones en el mercado de servicios financieros	249
4.	Valoración crítica.....	252

5.	Derecho a obtener el contrato en soporte papel.....	254
CAPITULO VIII PAGOS A DISTANCIA NO AUTORIZADOS: FASE DE CONSUMACIÓN ..		258
1.	Introducción	258
2.	Información al consumidor de las operaciones de pago realizadas	264
3.	Comunicación al proveedor de las operaciones de pago no autorizadas	265
4.	Deber de devolución	267
5.	Carga de la prueba y procedimiento de autorización.....	270
6.	Responsabilidad de las partes.....	272
6.1.	REGLA GENERAL.....	272
6.2.	REGLA ESPECIAL	273
CAPITULO IX DESISTIMIENTO: FASE DE CONSUMACIÓN.....		276
1.	Introducción	276
2.	Concepto, características y naturaleza jurídica	278
3.	Ámbito y excepciones.....	280
4.	Ejercicio.....	294
4.1.	PLAZO	294
4.2.	FORMA	308
5.	Efectos.....	317
6.	Supuestos especiales	320
6.1.	LOS CONTRATOS VINCULADOS	321
6.2.	CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PRÉSTAMO O DE CRÉDITO	327
6.3.	CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO.....	328
6.4.	SEGUROS DE VIDA.....	329
7.	Valoración crítica.....	329
CAPITULO X RESCISIÓN.....		335
1.	Introducción	335
2.	Rescisión.....	336
3.	Valoración crítica.....	339
CAPITULO XI INVALIDEZ DEL CONTRATO		341
1.	Nulidad.....	341

2. Valoración crítica	361
CAPITULO XII ESPECIALIDADES EN MATERIA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ...	364
1. Introducción	364
2. La acción colectiva de cesación	365
2.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA E INTERVENCIÓN.....	369
2.2. EL DEBER DE LOS PROVEEDORES DE PONER FIN A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ALCANCE SUBJETIVO DE LA SENTENCIA	372
2.3. VALORACIÓN CRÍTICA	374
3. La inversión de la carga de la prueba	376
3.1. EN MATERIA DE INFORMACIÓN.....	381
3.2. EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO.....	384
3.3. VALORACIÓN CRÍTICA	390
4. Mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos	392
4.1. INTRODUCCIÓN.....	392
4.2. CONTENIDO BÁSICO	393
4.3. VALORACIÓN CRÍTICA	393
CAPITULO XIII CONTROL REGULATORIO	396
1. Supervisión de conductas en los mercados de servicios financieros	396
2. El papel del DCMR, de la OAI (CNMV) y del SRDGSFP: principales reclamaciones detectadas en el ámbito de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores	402
3. Potestad sancionadora: infracciones y sanciones en materia de ordenación sectorial y transparencia	405
4. Otros ilícitos administrativos	412
4.1. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO	413
4.2. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE CONSUMO	418
5. Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad patrimonial omisiva de las autoridades supervisoras	420
5.1. INTRODUCCIÓN	420
5.2. ELEMENTOS ESENCIALES	423

5.3. CRITERIOS O ESTÁNDARES DE EFICACIA APLICABLES A LA ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES SUPERVISORAS	432
6. Valoración crítica.....	442
CAPITULO XIV CONCLUSIONES.....	446
BIBLIOGRAFÍA.....	I

Anexo

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi agradecimiento a todas las personas que me han orientado en la realización y finalización de esta tesis y a las que – en lo personal – me han acompañado a lo largo de este lento proceso.

A mi entender, este proceso no empezó con la tesina ni con los cursos de doctorado sino mucho antes. Su inicio lo sitúo en años anteriores en los que tuve la oportunidad de ejercer de la mano de buenos maestros abogados. Sus valiosos consejos y enseñanzas me han acompañado durante todo este tiempo y han sido esenciales. Continuarán siéndolo en un futuro. No tengo la menor duda de ello.

Posteriormente, volví a la universidad donde pude contar, una vez más, con buenos profesores que despertaron mi entusiasmo por iniciar nuevos caminos. Ellos me ofrecieron nuevas perspectivas y nuevas formas de trabajo. A ellos, gracias, también, por lo enseñado.

Asimismo, mi agradecimiento a mi familia por su apoyo. Especialmente, a mi padre por su inagotable fe en mí – me dio, sin duda, las fuerzas para continuar – y a mi madre, por su rigor - todo un ejemplo, en este sentido -.

Finalmente, gracias a mi director, Javier Junceda Moreno, por su pleno apoyo y sus buenos consejos. Sin él esta tesis no habría llegado a su fin. Mi eterno y mi más sincero agradecimiento.

LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS: ESPECIAL ÉNFASIS EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y SU CONTROL REGULATORIO

CAPITULO I PREVIO

1. OBJETO

Esta tesis ofrece un análisis global de la regulación aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores. A tal fin, se analiza, prioritaria y principalmente, la Ley 22/2007, de 11 de julio de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (en adelante, la LCDSF) y se ofrece una visión contrastada de su régimen jurídico frente al de la restante regulación aplicable, integrada por las normas que conforman su contexto normativo más directo. Las últimas son analizadas, de forma secundaria, es decir, en la medida de lo necesario para determinar (por contraste) el impacto de la LCDSF en su contexto normativo que es el objeto principal de esta tesis.

Los siguientes pasos preceden el análisis del régimen jurídico (de la LCDSF) que se localiza en el CAPITULO V y siguientes de esta tesis. Primero, la identificación en el CAPITULO II, por un lado, de los aspectos más relevantes de la regulación aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores (que son definidos a partir de la LCDSF) y por otro, de las normas aplicables a la comercialización a distancia de servicios financieros; segundo, la concreción en el CAPITULO III, del alcance de la protección que la LCDSF dispensa, a través del análisis de su ámbito de aplicación y tercero, la determinación a lo largo del CAPITULO IV, de algunos de los principios aplicables a la contratación a distancia asumiendo la idea que éstos son extensibles a otras modalidades de contratación a distancia como el comercio electrónico.

Su estudio previo sirve al análisis del régimen jurídico de cada uno de los mecanismos tuitivos aplicables (desde la información previa y la oferta pasando por el desistimiento y acabando, entre otros, con la acción de cesación y otros mecanismos de resolución de conflictos) que se extiende a lo largo de los CAPITULOS V y siguientes. Este análisis culmina, en el marco de cada capítulo o apartado, con una valoración crítica del citado régimen.

Dicha valoración está destinada a cerrar el análisis individualizado de cada uno de los mecanismos tuitivos y a ofrecer unas primeras conclusiones en torno a los mismos, de carácter parcial (frente a las conclusiones globales del CAPITULO XIV). Las primeras tratan de responder, a grandes rasgos, las siguientes cuestiones: ¿se protege al consumidor? ¿en qué medida y con qué nivel de eficacia? ¿el nivel de protección alcanzado es insuficiente, es suficiente o es excesivo? ¿su formulación es clara o se presta a confusión? ¿qué consecuencias puede tener su aplicación?. Se trata, en definitiva, de valorar las ventajas e inconvenientes del régimen jurídico que rige cada uno de los mecanismos analizados, considerando la finalidad y los objetivos que ha venido orientando la acción del legislador, plasmados, en parte, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996 (en adelante, la Ley Modelo) y referidos a la necesidad de establecer un conjunto de reglas mínimas esenciales que sirvan a los Estados para promulgar un marco jurídico seguro y neutro que permita la adaptación del comercio al uso de las nuevas tecnologías.

Las respuestas a las anteriores cuestiones conforman el punto de partida de las conclusiones finales localizadas en el CAPITULO XIV que tratan de responder otras preguntas como ¿el régimen jurídico es realmente coherente con los principios aplicables a la contratación a distancia? ¿sienta éste un adecuado equilibrio entre principios? ¿sirve al objetivo de fomentar el uso de las nuevas tecnologías? ¿sirve al objetivo de proteger a la parte débil? ¿cuál es el valor añadido de la LCDSF frente a las demás normas de su contexto normativo? ¿cuáles son las carencias de la LCDSF?. Estas conclusiones se dirigen a ofrecer una visión global y estratégica de la labor realizada por el legislador con el fin de profundizar en sus motivos y en las metas, realmente, alcanzadas.

Un ejemplo comparativo que permite comprender mejor este enfoque se basaría en la idea de contemplar la LCDSF y las normas de su contexto como las distintas piezas de un mismo puzzle. Cada norma con su correspondiente ámbito de aplicación, ocupa un espacio y debe encajar con las demás; es más, su contenido regulador – configurado desde la asunción de una serie de principios comunes - aporta una parte de la imagen común que el puzzle está llamado a ofrecer a partir de la unión de sus piezas.

Siguiendo este enfoque (y redundando en la idea de incidir, principalmente, en el impacto de la LCDSF), esta tesis trataría de determinar, en sus conclusiones finales, en qué medida la LCDSF completa, de forma adecuada y satisfactoria, el citado puzzle siendo éste (como se ha avanzado ya) su objeto. Se comprobará que, junto con las demás normas de su contexto, la LCDSF responde a unas tendencias o directrices comunes que conforman la estrategia del legislador para alcanzar sus objetivos, esto es, proteger a la parte más débil sin que ello suponga dejar de fomentar el uso de las nuevas tecnologías en el mercado. Se trata de responder en qué medida son coherentes, correctas y eficaces las soluciones aportadas por la LCDSF.

2. MÉTODO

Esta tesis empieza su CAPITULO II identificando y distribuyendo las normas que conforman el contexto normativo de la LCDSF en tres bloques normativos distintos, en función de la naturaleza y del ámbito de aplicación de cada una de las normas analizadas. De modo que, el primer bloque normativo abarca las normas sectoriales sobre ordenación y transparencia aplicables al mercado de servicios financieros (que abarca el mercado de crédito, el de valores y el de los seguros privados)^{1 2 3}; el segundo blo-

¹ ZUNZUNEGUI, F. *Derecho del Mercado Financiero*. Tercera Edición, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2005, pág. 21 y siguientes.

² Dentro del grupo de normas especiales, de naturaleza sectorial, que conforman el derecho del mercado financiero cabe distinguir, por un lado, entre las normas estructurales dirigidas al control y supervisión de las entidades financieras y las normas que protegen al cliente y que regulan, a tal fin, las conductas de los proveedores (potenciando, en este segundo caso, la transparencia y evitando situaciones de conflictos de interés).

³ En relación con el alcance, caracteres y contenido de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de los servicios financieros, léase: RIVERO ALEMÁN, S. *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2002, pág. 264 y siguientes; ZUNZUNEGUI, F. "Derecho del Mercado Fi-

que normativo abarca la normativa general aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores y el tercer bloque normativo abarca las normas de consumo (incluida, la LCDSF).

A partir de esta distinción, se trata de ofrecer una visión global y sistemática de la regulación aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores y de determinar la trascendencia y papel que cada bloque normativo - considerado, en su conjunto - desarrolla en el marco regulador aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores. Así, desde esa visión global que distingue en tres bloques normativos se determina con más claridad el impacto de la LCDSF.

La constante alusión a los tres bloques normativos permite mantener esa visión global y diferenciada a lo largo del análisis de los CAPITULOS V y siguientes y de las conclusiones del CAPITULO XIV. En el primer caso, se acompaña la cita entre paréntesis de cada uno de los artículos relevantes de la indicación del bloque/s normativo/s al que éstos pertenecen; la cual se localiza tras la última cita de cada párrafo. En el segundo caso, se determina la trascendencia de la regulación de cada bloque normativo identificando los bloques normativos a los que cada conclusión o párrafo (de conclusiones) concierne. En este último caso, la referencia a los bloques se localiza al final de cada párrafo o conclusión.

El CAPITULO II termina con algunas consideraciones previas que son el punto de partida de posteriores análisis. Por lo que, en distintos sentidos, actúa como un marco de referencia desarrollando una función instrumental.

Los CAPITULOS III y IV desarrollan, igualmente, una función instrumental con vistas al análisis de los CAPITULOS V y siguientes. Por un lado, a partir de la definición del

nanciero". Tercera Edición, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2005, pág. 30 y siguientes; SALELLES, J.R. "La contratación a distancia de servicios financieros. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información". *Cuadernos de Derecho Judicial*. V – 2006, pág. 94 y siguientes y CARBAJALES, M. *La regulación del Mercado Financiero. Hacia la autorregulación del mercado de valores*. Biblioteca de la Fundación de Estudios Financieros. Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2006, pág. 11 y siguientes.

ámbito de aplicación de la LCDSF del CAPITULO III, se incide en el carácter especial de la protección que la LCDSF confiere y en su papel de norma de consumo llamada a completar la regulación preexistente, de una forma coherente, con el principio de intervención mínima. Lo que determina su relación de articulación - de naturaleza, mayoritariamente, cumulativa - con las normas de cada bloque normativo identificadas, a grandes rasgos, a lo largo del CAPITULO II. Por otro lado, en el marco del CAPITULO IV se analizan los principios aplicables a la regulación de la comercialización a distancia. Su análisis ofrece la perspectiva necesaria para desarrollar una visión crítica del régimen jurídico aplicable, analizado a lo largo del CAPITULO V y siguientes y para determinar las carencias y los logros de la LCDSF a lo largo de las conclusiones del CAPITULO XIV.

El CAPITULO V y siguientes se estructura desde la asunción de la siguiente premisa: la regulación aplicable protege al consumidor que contrata servicios financieros a distancia mediante la sujeción de la actuación del proveedor a una serie de requisitos o mecanismos que se aplican en uno u otro momento del proceso de comercialización. Partiendo de un prisma jurídico, esta tesis atiende al proceso de formación del contrato que divide en fase de generación del contrato, en fase de perfeccionamiento y en fase de consumación⁴ y estructura el análisis del régimen jurídico aplicable a cada uno de los mecanismos o requisitos de protección partiendo de su localización en cada una de las citadas fases por ser éste un factor determinante del nivel de protección (especialmente, del nivel de transparencia), efectivamente, alcanzado.

Se parte del siguiente orden cronológico - el más común (aunque, no el único)⁵ -: la exigencia de consentimiento previo al uso de técnicas de comunicación a distancia, el derecho a cambiar de técnica de comunicación, la información previa, la comunicación previa de las condiciones contractuales y/o de la información previa, la oferta, los ser-

⁴ Sobre el proceso de formación del contrato, léase: O'CALLAGHAN, X. *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones*, Tomo II, Quinta Edición, Madrid, Dijusa, 2008, pág. 244 y siguientes y SERRANO CHAMORRO, M^a. E. y POVEDA BERNAL, M.I. *Nociones de derecho civil empresarial*, Tercera Edición, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 269 y siguientes.

⁵ Este orden cronológico es, puramente, teórico. Sin embargo, se ha optado por el mismo porque puede ser el más frecuente. Como siempre, la realidad es más diversa. De modo que, pueden existir alteraciones, sin que ello merme el análisis jurídico realizado.

vicios financieros no solicitados, el momento y el lugar de perfeccionamiento del contrato, la comunicación de cierta información y/o de las condiciones contractuales, el acuse de recibo o confirmación de la aceptación, el desistimiento, la nulidad, la rescisión, los pagos a distancia, la inversión de la carga probatoria y otras especialidades en materia de resolución de conflictos⁶.

Se ofrece, así, un enfoque transversal que distingue, en cada caso y según corresponda, entre la regulación aplicable a los contratos que son comercializados a distancia con consumidores (localizada, en la LCDSF) (primer criterio), la regulación aplicable a los servicios de la sociedad de la información - en razón de la modalidad de contratación a distancia empleada - localizada, principalmente, en la LSSICE (segundo criterio) y la regulación aplicable en el mercado de servicios financieros en razón de la especial naturaleza del servicio financiero o del proveedor - localizada, en la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia o en la normativa sectorial de consumo - (tercer criterio). Lo que permite contrastar, con mayor claridad y precisión, el régimen jurídico de la LCDSF frente al de las restantes normas aplicables y determinar, finalmente, su impacto.

Este enfoque transversal y basado en los tres criterios citados queda reflejado en el propio índice de la tesis y se mantiene presente a lo largo de las conclusiones finales del CAPITULO XIV que analizan la estrategia del legislador en cada una de las fases consideradas. En su marco, se incide en el encaje y en el impacto de la LCDSF frente a las demás normas de su contexto normativo más directo (distribuidas en los tres bloques normativos descritos a lo largo del CAPITULO II).

3. FUENTES

Visto su objeto, esta tesis centra su análisis, principalmente, en la LCDSF y en las distintas normas aplicables a la comercialización a distancia de servicios financieros con

⁶ Se analizan aquellos requisitos o mecanismos regulados en la LCDSF y sus “equivalentes”, desde un punto de vista funcional, previstos en otras normas conexas.

consumidores. Lo que determina que las fuentes de esta tesis sean, principalmente, de naturaleza normativa⁷.

En ocasiones, este análisis normativo abarca, para una mejor comprensión (e interpretación de su contenido regulador), el estudio de la norma comunitaria que la norma nacional, eventualmente, transpone. Valga puntualizar que, en el caso 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 y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (en adelante, la DCDSF) se aporta un análisis de derecho comparado sobre sus normas de transposición en determinados Estados Miembros; concretamente: Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica.

Se analiza, básicamente: el *Décret núm. 2005-1450 du 25 novembre 2005 relatif à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs* (en adelante, el *Décret núm. 2005-1450*); la *Ordonnance núm. 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs* (en adelante, la *Ordonnance 2005-648*) (Francia); la *Financial Services (Distance Marketing) Regulations 2004* (en adelante, la *FSDM Regulations 2004*) (Reino Unido); la *European Communities (Distance Marketing of Consumer Financial Services) Regulations 2004* (en adelante, la *DMCFS Regulations 2004*) (Irlanda); la *Loi du 8 avril 2011 portant introduction d'un Code de la consommation* (en adelante, el *Code de la consommation*) (Luxemburgo) y el *Code de droit économique* (en adelante, el *Code de droit économique*) (Bélgica). El análisis de derecho comparado se centra, principalmente, en aquellos aspectos que, por sus diferencias o matices frente a la LCDSF, contribuyen a una mejor valoración crítica de su regulación (a lo largo de los

⁷ Así, las normas del primer bloque normativo se agrupan en torno a la noción de servicios financieros tratándose de normas sectoriales sobre ordenación y transparencia aplicables al mercado bancario, al mercado de valores y al mercado de los seguros privados; las del segundo bloque normativo, en torno al concepto del modo de comercialización o de la modalidad de contratación a distancia tratándose, mayoritariamente, de normas dirigidas a adaptar el ordenamiento jurídico vigente a las peculiaridades del modo/modalidad de comercialización y las del tercer bloque normativo, en torno a la figura legal de consumidor tratándose de normas de consumo (incluida, la LCDSF). Unas y otras se identifican, detalladamente, a lo largo del apartado 2 del CAPÍTULO II de esta tesis.

CAPITULOS V y siguientes)⁸. Se estudia, únicamente, el contenido regulador esencial de las normas de transposición de la DCDSF: no se determina su impacto en el ordenamiento jurídico de cada país; ni tampoco se establece hasta qué punto cada una de estas normas cumple, correctamente, los objetivos marcados por la DCDSF que, en la mayoría de los aspectos deja poco margen de decisión a los Estados Miembros por tratarse de una directiva de máximos con alguna salvedad, expresamente, prevista por la misma (*i.a.* información previa, desistimiento y sanciones).

Otra fuente primaria utilizada en esta tesis - aunque, de forma limitada - son los códigos de conducta que se han considerado más relevantes, en sede de comercialización a distancia con consumidores: el Código de Conducta Publicitaria (adoptado por Autocontrol, esto es, la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial) y el Código Ético de Comercio Electrónico y de Publicidad Interactiva (cuyas asociaciones promotoras son Autocontrol y la Asociación Española de Comercio Electrónico y de Publicidad Interactiva [AEMCE] actualmente: Adigital). Cabe avanzar, en cuanto a su impacto, que su regulación, no sólo, desarrolla el principio de transparencia en fase de generación sino que tiene una positiva incidencia en las demás fases. Por ejemplo, en materia de resolución extrajudicial de conflictos, visto que, la adhesión a uno u otro código exige la sumisión de eventuales conflictos a determinados órganos extrajudiciales caracterizados por su notable nivel de especialización.

Esta tesis utiliza, asimismo, algunas fuentes secundarias. Primero, se recurre a las monografías, manuales y otras obras de algunos autores sobre el régimen jurídico aplicable a la contratación a distancia, al comercio electrónico, a los servicios financieros; a los consumidores y a otras cuestiones conexas. Segundo, se recurre a la jurisprudencia que se ha venido generando en torno a la aplicación de la LCDSF y otras cuestiones inherentes o conexas a su regulación⁹ y en algunas cuestiones se recurre

⁸ Este análisis incide, principalmente, en los siguientes aspectos: las comunicaciones comerciales no solicitadas, la información previa, el deber de comunicación, el derecho a obtener el contrato en soporte papel, el derecho de desistimiento, los servicios financieros no solicitados y la carga de la prueba.

⁹ Por ejemplo, se analiza la jurisprudencia habida en torno a la aplicación de la LCDSF y a otras cuestiones que guardan especial relación con su contenido regulador. En este segundo caso, se incide, especialmente, en cierta jurisprudencia sobre: concepto jurídico de consumidor, concepto jurídico de oferta, error vicio en el consentimiento, cláusulas abusivas por falta

a los criterios de los servicios de reclamación de las autoridades de supervisión tal y como estos aparecen reflejados en sus memorias. Tercero, se recurre a los antecedentes formales de algunos de los preceptos de la LCDSF – especialmente, de aquellos que plantean cuestiones de interpretación -; así como, a los antecedentes formales de la DCDSF; de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado (en adelante, la DCE) y finalmente, de 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 comercialización a distancia (en adelante la Directiva 97/7/CE). La última derogada en virtud de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante, la Directiva 2011/83/UE). Su estudio permite determinar los motivos y propósitos que orientaron al legislador en la redacción de cada una de las normas. Cuarto, se recurre, finalmente, a documentos oficiales (como informes o comunicaciones) emitidos por las autoridades comunitarias, especialmente, en relación con la DCDSF, la DCE y la Directiva 97/7/CE, así como, en relación con otras normas o con cuestiones conexas o muy relacionadas con la contratación a distancia.

de transparencia, teorías aplicables en sede de perfeccionamiento, resolución, pagos no autorizados, inversión de la carga probatoria y principio de facilidad probatoria.

CAPITULO II RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS CON CONSUMIDORES

1. INTRODUCCIÓN

Como se ha indicado, este CAPITULO II constituye un marco de referencia del análisis que se desarrolla a lo largo de los capítulos siguientes. A tal fin, se centra en los siguientes aspectos: primero, identificar las principales normas nacionales aplicables a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores que se agrupan en los tres bloques normativos, anteriormente, descritos; segundo, determinar aquellos aspectos más relevantes de su regulación y tercero, avanzar ciertas consideraciones previas que actúan como punto de partida de posteriores análisis.

Por su notorio papel, se añade una breve referencia a los principales códigos de conducta aplicables al ámbito específico analizado (esto es, el Código de Conducta Publicitaria y el Código Ético de Comercio Electrónico y de Publicidad Interactiva). Se incide, de forma especial, en su papel y ventajas y en algunas de sus aportaciones más destacables.

2. NORMATIVA ESPECIAL SOBRE COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS CON CONSUMIDORES

Considerando que el objeto principal de esta tesis es determinar el impacto de la LCDSF en su contexto normativo, valga avanzar en este CAPITULO sus principales aportaciones al entramado normativo vigente, así como, su fundamento constitucional. Primero, son dos las aportaciones de la LCDSF. Por un lado, el aumento del nivel de protección del consumidor que comercializa servicios financieros a distancia. Por otro, el pleno desarrollo y plasmación legal de los principios de equivalencia funcional y de

neutralidad tecnológica (*vid.* artículos 4 y 6 de la LCDSF) en tanto que, presupuesto necesario para una efectiva consolidación de la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías como modo de comercialización.

Así, la LCDSF aumenta la protección del consumidor, fundamentalmente, en los siguientes aspectos de derecho sustantivo: la información previa, la comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa, el derecho de desistimiento y las restricciones al uso de determinadas técnicas de comunicación a distancia en las comunicaciones comerciales.

En sede de información previa, el artículo 7 de la LCDSF añade ciertos datos relevantes – caracterizados por su especial ajuste a la idiosincrasia del mercado y/o de los servicios - al listado de informaciones previas que deben transmitirse en fase de generación del contrato¹⁰. En sede de comunicación, el artículo 9 amplía la información (en un sentido amplio) que debe ser objeto de comunicación durante la fase de generación y extiende su alcance a todos los servicios financieros que sean susceptibles de ser comercializados a distancia. En sede de desistimiento, el artículo 10 garantiza una mejor reflexión del consumidor a través de la concesión de un plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento¹¹. En sede de restricciones al uso de determinadas técni-

¹⁰ En sede de información previa, el 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 y otras leyes complementarias ya supuso, en su día, un significativo avance frente a la regulación de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, la LGDCU): su artículo 97 situaba, de forma explícita, el deber de informar en la fase de generación y añadió ciertos datos informativos relevantes a los, inicialmente, previstos en el artículo 13 de la LGDCU. Actualmente, tras las modificaciones al citado 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 y otras leyes complementarias realizadas en virtud de la citada Ley 3/2014, la vigente redacción del artículo 97 incluye otros datos al listado de informaciones previas que, de forma específica, se deben transmitir en los contratos a distancia con consumidores. Por ejemplo, datos relativos a: las direcciones, numeración y teléfonos de contacto; el coste de utilización de la técnica de comunicación a distancia empleada; las condiciones de resolución en los contratos de duración indeterminada o de prolongación automática; el derecho de desistimiento (más allá, de su eventual existencia); la existencia de códigos de conducta y la forma de conseguir ejemplares de los mismos; las condiciones de los eventuales depósitos u otras garantías financieras y la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de resarcimiento.

¹¹ En sede de desistimiento, el 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 y otras leyes complementarias, supuso, asimismo, un significativo avance, en térmi-

cas de comunicación a distancia en las comunicaciones comerciales, el artículo 15 exige - sin excepciones¹² - el consentimiento previo del consumidor para el uso de cualesquiera técnicas de comunicación a distancia (siendo, en este sentido, especialmente, estricto¹³).

Además, la LCDSF desarrolla, convenientemente, los principios de neutralidad tecnológica¹⁴ y de equivalencia funcional¹⁵ como se infiere, respectivamente, de la delimitación legal de su ámbito objetivo de aplicación (*vid.* artículo 4 de la LCDSF) y de la incorporación en su regulación de la noción legal de soporte duradero (*vid.* artículo 6 de la LCDSF¹⁶). Su regulación abarca el uso de cualesquiera técnicas de comunicación a distancia y asume la premisa de que cualquier declaración de ciencia o de voluntad expresada en cualquier soporte duradero tiene el mismo valor y eficacia en derecho

nos de protección del consumidor. Actualmente, tras las modificaciones realizadas en virtud de la Ley 3/2014, la vigente redacción de los artículos 102 y siguientes que regulan el derecho de desistimiento, específicamente, aplicable a los contratos a distancia aumentan el plazo de ejercicio a catorce días naturales (frente a los siete días hábiles de la regulación anterior [*vid.* el derogado artículo 71 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 y otras leyes complementarias]) y observan un plazo adicional de 12 meses aplicable al caso en que el empresario omite cierta información importante sobre el derecho de desistimiento durante la fase de generación del contrato.

¹² La exigencia de un consentimiento en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores puede constituir un planteamiento, excesivamente, rígido considerando la vigencia de la excepción a la regla del consentimiento previo prevista respecto de comunicaciones comerciales realizadas por correo electrónico que, en sí misma, es una técnica especialmente, molesta e invasiva (*vid.* artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [en adelante, la LSSICE]) (*vid.* considerando 26 de la DCDSF).

¹³ El artículo 96.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (tras las modificaciones realizadas en virtud de la Ley 3/2014) somete al consentimiento previo del consumidor, el uso de técnicas de comunicación por parte del empresario que consistan en un sistema automatizado de llamadas sin intervención humana o en el telefax. El mismo artículo dispone – en su párrafo segundo - que el uso de otros sistemas se somete al consentimiento previo del consumidor cuando éste hubiera decidido no figurar en las guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público, cuando éste hubiere ejercido el derecho a que los datos aparecidos en ellas no sean utilizados con fines de publicidad o de prospección comercial o cuando el consumidor hubiera solicitado la incorporación a ficheros comunes de exclusión de envío de comunicaciones comerciales regulados en la normativa de protección de datos personales.

¹⁴ *Vid.* apartado 4 del CAPITULO IV de esta tesis.

¹⁵ *Vid.* apartado 3 del CAPITULO IV de esta tesis.

¹⁶ El artículo 6 de la LCDSF dispone: “1. (...) Por soporte duradero se entiende todo instrumento que permita 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 de la información sin cambios de la información almacenada.(...)”

que la formulada en soporte papel. Lo que contribuye a una mejor consolidación del uso de las nuevas tecnologías en el mercado y permite la remoción - vía interpretación¹⁷ - de algunas incoherencias u obstáculos derivados de otras normas conexas menos avanzadas (algunas de las cuáles han sido ya derogadas)¹⁸.

Segundo, en cuanto al fundamento constitucional, en línea con su carácter interdisciplinar¹⁹ ²⁰ y plural²¹, la LCDSF ha sido dictada al amparo de una diversidad de reglas del artículo 149.1 de la Constitución Española (en adelante, la CE) (*vid.* disposición final primera de la LCDSF) referidas a títulos competenciales reservados en exclusiva al Estado.

En tanto que la LCDSF regula la formación, eficacia y ejecución de los contratos a distancia, sus normas se dictan al amparo de las reglas 6ª y 8ª del artículo 149.1 de la CE referidas a la legislación civil y mercantil. Además, en coherencia con su carácter

¹⁷ MORENO DE LA SANTA GARCÍA, E. “Contratación electrónica de operaciones crediticias”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2000 – 8, Diario 5204 de 13 de diciembre de 2000, pág. 1544. Literalmente, indica el autor: “(...) Por lo anterior, y respecto a esta materia que estamos estudiando, en el sector financiero, se impone remover, por vía de interpretación o, cuando proceda, mediante la modificación de la normativa vigente, la interpretación literal de las disposiciones y circulares que imponen a las entidades de crédito la obligación de formalizar documentos contractuales o de remitir comunicaciones por escrito a los clientes, reconociendo la validez de la contratación y comunicación telemática a todos los efectos. En nuestra opinión, todas las referencias legales y reglamentarias a contratos y documentos por escrito o en soporte papel, a documentos firmados, debidamente firmados, firmados de puño y letra, entregas de documentos, contratos, cláusulas escritas, ejemplares, copias, folletos, tarifas, extractos, liquidaciones, facturas, recibos y documentos análogos (...) deben, por consecuencia, interpretarse con un significado comprensivo de la escritura telemática, con las garantías que el legislador considere convenientes.(...)”

¹⁸ Los obstáculos se han venido, inicialmente, localizando en la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado bancario y de valores y en el párrafo segundo del artículo 5.4 de la LCGC derogado en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 3/2014.

¹⁹ LEÓN ARCE, A. DE. “La protección legal de consumidores y usuarios en España”. En: LEÓN ARCE, A. DE (dir.); GARCÍA GARCÍA, L.Mª (coord.). *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Tomo I, Segunda Edición, Valencia, Ediciones Tirant Lo Blanch, 2007, pág. 111 a 117.

²⁰ Se incide en el carácter multidisciplinar de las normas de defensa y protección del consumidor, entre otras, en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1991, de 22 de marzo (fundamento jurídico tercero) y en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 15/1989, de 26 de enero (fundamento jurídico primero).

²¹ LEÓN ARCE, A. DE. “La protección legal de consumidores y usuarios en España”. En: LEÓN ARCE, A. DE (dir.); GARCÍA GARCÍA, L.Mª (coord.). *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Tomo I, Segunda Edición, Valencia: Ediciones Tirant Lo Blanch, 2007, pág. 112 y siguientes.

sectorial, su regulación se ampara en las reglas 11ª y 13ª del mismo artículo referidas, respectivamente, a las bases de la ordenación del crédito, de la banca y de los seguros y a la coordinación y planificación general de la actividad económica²².

Sorprende, sin embargo, que la disposición final primera de la LCDSF no haga alusión alguna a la regla 21ª referida al régimen general de comunicaciones, correos, telecomunicaciones, cables aéreos, submarinos y radiocomunicación²³.

3. NORMATIVA SECTORIAL SOBRE ORDENACIÓN Y TRANSPARENCIA APLICABLE A LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS

La comercialización a distancia de servicios financieros se halla sujeta a la LCDSF y a otras normas bastante heterogéneas, entre las cuáles, las normas sectoriales sobre ordenación y transparencia reguladoras del mercado de los servicios financieros que conforman el primer bloque normativo.

Su regulación se basa en el desarrollo normativo del principio de transparencia²⁴ que protege al cliente por la vía de garantizar una decisión informada y reflexionada por su parte. La observancia de este principio se manifiesta, entre otras formulas, en la impo-

²² RIVERO ALEMÁN, S. *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2002, pág. 76 y siguientes. Indica el autor que estos artículos constitucionales dotan a nuestro ordenamiento jurídico del marco normativo estructural aplicable al mercado financiero, en congruencia con los principios de unidad del mercado y de igualdad que exigen la aplicación de la política económica en todo el Estado.

²³ La disposición final primera del anteproyecto de ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en su versión de 29 de junio de 2005, incorporaba la citada regla como fundamento constitucional. Lo que constituye un planteamiento más acertado; en parte, porque el artículo 14 de la LCDSF contempla una formula de remisión a favor de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones – recientemente, derogada en virtud de la disposición derogatoria única de Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, la LGT) - y de la LSSICE: ambas normas fundadas en la regla 21ª del artículo 149.1 de la CE.

²⁴ ZUNZUNEGUI, F. *Derecho del Mercado Financiero*, Tercera Edición, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2005, pág. 25 y siguientes. Subraya el autor que, en el derecho del mercado financiero vigente, banca y bolsa se fundan en la búsqueda de la eficiencia en un mercado transparente y protector del inversor. Añade que la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito y que la Ley del mercado de valores son las principales fuentes legales del derecho financiero y que estas leyes regulan el mercado del crédito y de valores bajo los mismos principios de eficiencia, estabilidad y transparencia.

sición de determinados deberes de información y de comunicación; de los requisitos de constancia y de vigencia aplicados a la oferta y de un deber de comunicación del contrato celebrado a cargo de las entidades financieras.

En cualquier caso, estos deberes y requisitos se formulan mediante disposiciones que, bien, son, específicamente, aplicables a la contratación a distancia; bien, se aplican a la contratación, en general, de servicios financieros (con independencia del modo de comercialización empleado).

Valga añadir un breve matiz sobre la noción de contrato a distancia que deberá mantenerse *in mente* al analizar las demás normas aplicables - incluidas las del segundo y las del tercer bloques normativos -: la noción de contrato a distancia no es un concepto cerrado. Hecho que ya han venido subrayando algunos autores.

Se trata de un concepto abierto que se ha venido configurando a partir de distintos criterios (por ejemplo: la distancia física, la inmediatez, la simultaneidad o la instantaneidad)²⁵ ²⁶. La aplicación de uno y/u otro criterio depende de la problemática y de la finalidad de la norma en la que éste se enmarque. En cada caso, la mayor o menor amplitud del concepto puede determinar el mayor o menor alcance de su regulación y los términos de su relación de articulación con las demás normas.

Hechas las anteriores observaciones, valga identificar las normas del primer bloque normativo más destacables en relación con la protección de los legítimos intereses de

²⁵ PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 19 y siguientes. La autora destaca algunos de los criterios utilizados por la doctrina como fundamentos de la noción de contrato a distancia. Un primer criterio se refiere al intervalo de tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación que lleva a distinguir entre los contratos de perfección instantánea y los contratos de perfección sucesiva. Un segundo criterio recurre a la ausencia o presencia física de las partes. En estos casos, se adopta un criterio estricto de distancia física. Un tercer criterio alude al medio de comunicación como elemento a considerar para calificar un contrato como contrato a distancia.

²⁶ Así, por alusión a los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, el párrafo tercero del artículo 1262 del Código Civil y el párrafo segundo del artículo 54 del Código de Comercio recurren a una noción de contrato entre personas distantes basada, no sólo, en el criterio de la distancia física entre las partes, sino también, en el del uso de determinados medios de comunicación a distancia.

la clientela en sus relaciones comerciales con las entidades bancarias, con las empresas de servicios de inversión y/o con las empresas de seguros privados.

Respecto del sector bancario, es destacable, en primer lugar, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (que deroga la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e intervención de las entidades de crédito (en adelante, la Ley 10/2014) y la habilitación reglamentaria localizada en su artículo 5²⁷; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible²⁸ (en adelante, la Ley de

²⁷ El artículo 5 de la Ley 10/2014 dispone, literalmente: “1. El Ministro de Economía y Competitividad, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito, podrá dictar disposiciones relativas a: a) La información precontractual que debe facilitarse a los clientes (...) y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los servicios o productos y permitir al cliente evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera. A tal efecto, los contratos de estos servicios o productos siempre se formalizarán por escrito o en formato electrónico o en otro soporte duradero y el Ministro de Economía y Competitividad podrá, en particular, fijar las cláusulas que los contratos referentes a servicios o productos bancarios típicos habrán de tratar o prever de forma expresa. b) La transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a su clientela o al Banco de España. (...) c) Los principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria de los servicios o productos bancarios, y las modalidades de control administrativo sobre la misma, con la finalidad de que ésta resulte clara, suficiente, objetiva y no engañosa. d) Las especialidades de la contratación de servicios o productos bancarios de forma electrónica o por otras vías de comunicación a distancia y la información que, al objeto de lo previsto en este artículo, debe figurar en las páginas electrónicas de las entidades de crédito. e) El ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de este artículo a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito. 2. En particular, en la comercialización de préstamos o créditos, el Ministro de Economía y Competitividad podrá dictar normas que favorezcan: a) La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo. b) La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos (...). c) La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable (...). d) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante. e) La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente. f) (...). Sin perjuicio de la libertad contractual, el Ministerio de Economía y Competitividad podrá 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 a interés variable, especialmente en el caso de créditos o préstamos hipotecarios.”

²⁸ El artículo 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible dispone, literalmente: “(...) 2. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al

economía sostenible) con la habilitación reglamentaria prevista en su artículo 29.2 y la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de reforma del sistema financiero (en adelante, la Ley 44/2002) con la habilitación reglamentaria prevista en sus artículos 30.3 y 31.

Son destacables, en segundo lugar, las siguientes normas – algunas, de desarrollo en coherencia con las anteriores habilitaciones reglamentarias -: el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en adelante, el Real Decreto 84/2015), la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, la Orden EHA/2899/2011); la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de créditos (en adelante, la Circular 5/2012) (que deroga la Circular 8/1990, de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela [en adelante, la Circular 8/1990]); la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios (en adelante, la Orden EHA/1718/2010); la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios (en adelante, la Circular 6/2010); la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago²⁹ (en adelante, la LSP); el Real Decreto 712/2010, de

consumo. Estas normas tendrán la condición de normas de ordenación y disciplina y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, podrán tener el contenido siguiente:

a) Normas dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos, incluyendo prácticas que favorezcan:

[...] 5.º La información precontractual y asistencia apropiadas para el consumidor;

c) La información precontractual que debe facilitarse a los consumidores antes de que formalicen sus relaciones contractuales con las entidades, incluyendo las que deben figurar en las páginas electrónicas de la entidad cuando se ofrezcan servicios por esa vía o por otras de comercialización a distancia, todo ello para asegurar que aquélla refleje de forma explícita y con la necesaria claridad los elementos más relevantes de los productos contratados.

Lo previsto en este artículo se entenderá 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.”

²⁹ El artículo 51.3 de la LSP califica de normas de ordenación y disciplina, entre otras, las disposiciones previstas en los artículos 18 (en sede de información) y 19 (sobre gastos de información) de la misma norma. De modo que, su incumplimiento activa las correspondientes sanciones previstas en la Ley 10/2014. De hecho, el citado artículo añade que su incumplimien-

28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago (en adelante, el Real Decreto 712/2010); la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos aplicables a la información en los servicios de pago (en adelante, la Orden aplicable a los servicios de pago); la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios (en adelante, la Ley 2/1994); el Real Decreto – Ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el fondo de garantía de depósitos de entidades de crédito (en adelante, el Real Decreto – Ley 16/2011); el Real Decreto 628/2010, de 14 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre de 1996, sobre fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito y el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto de 2001, sobre sistemas de indemnización de los inversores (en adelante, el Real Decreto 628/2010); la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (en adelante, la Orden ECC/2502/2012)³⁰; 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 (modificado por la disposición transitoria quinta de la Ley de economía sostenible que deroga todo exceptuando los artículos del 7 al 15 del citado Reglamento) (en adelante, el Real Decreto 303/2004) y la Orden ECO/734/2004 de 11 de marzo sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras³¹ (en adelante, la Orden ECO/734/2004).

to será calificado como infracción grave, siempre que las infracciones no tengan carácter ocasional o aislado, de acuerdo con lo previsto en la citada ley.

³⁰ Conforme al artículo 30 de la Ley 44/2002, los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y de Fondo de Pensiones se conciben como los órganos más adecuados para atender y solventar las quejas, reclamaciones y consultas que puedan presentar los clientes de servicios financieros en los tres ámbitos de actuación. La Orden ECC/2502/2012 regula los aspectos más importantes del procedimiento de tramitación de consultas, quejas y reclamaciones (competencia, medios, contenido, supuestos de inadmisión, plazos de tramitación...) ante los tres citados servicios y exige la previa presentación de la correspondiente reclamación o queja ante el servicio de atención al cliente de la entidad o en su caso, ante el defensor del cliente o del partícipe, en las circunstancias y condiciones que la misma indica. El objetivo de su regulación es mejorar la eficacia del funcionamiento de los tres servicios y aumentar la eficacia práctica de la normativa de protección del usuario.

³¹ La Orden ECO/734/2004 tiene por objetivo aumentar el nivel de protección del cliente para preservar su confianza en el funcionamiento de los mercados. A tal fin, observa la obliga-

Respecto del mercado de valores son destacables las siguientes normas. En primer lugar, la Ley 24/1988, de 28 de julio de 1988, del mercado de valores la habilitación reglamentaria prevista en el artículo 65 *ter* (y sus sucesivas reformas) (en adelante, la LMV)³² - que ha sido, recientemente, derogada por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 24 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, el Real Decreto Legislativo 4/2015)³³ -; el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, del régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica, parcialmente, el Reglamento de la Ley 35/2003 (que deroga el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación, en los mercados de valores y registros obligatorios) (en adelante, el Real Decreto 217/2008); la Orden EHA/1665/2010 que desarrolla los artículos 71 y 76 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en materia de tarifas y contratos – tipo (en adelante, la Orden EHA/1665/2010); la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva modificada, entre otras, por la Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (en adelante, la LIIC); la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, que regula las entidades de

ción de las entidades de atender y resolver las quejas y reclamaciones. De modo que, regula los requisitos que deben cumplir los departamentos y servicios de atención del cliente, así como, en su caso, el defensor del cliente de las entidades relacionadas en su artículo 2 y el procedimiento para la tramitación, presentación y resolución de las quejas y reclamaciones. Concretamente, se dispone que el departamento o servicio de atención cuente con una estructura organizativa adecuada (que cumpla los requisitos previstos por la citada orden) y con los medios adecuados; con la posibilidad de designar un defensor del cliente y se observa el deber de atender y resolver las quejas y reclamaciones; el deber de información y el deber de aprobar un reglamento de funcionamiento.

³² Especialmente, considerando el objeto de estudio de esta tesis son, especialmente, relevantes los artículos 27 y siguientes de la LMV y sus normas de desarrollo, en sede de requisitos para la admisión a negociación y otras operaciones del mercado de valores y los artículos 78 y siguientes y sus normas de desarrollo sobre normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión (diligencia y transparencia, información, registro de contratos...).

³³ Este Real Decreto Legislativo 4/2015 entró en vigor el 13 de noviembre de 2015 coincidiendo con la presentación y depósito de esta tesis. Por lo que, se ha optado por incorporar su contenido - vía anexo a esta tesis – mediante la aportación de la tabla de correspondencias entre el citado Real Decreto Legislativo 4/2015 y la LMV publicada en la página web de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera (en aplicación de la disposición adicional única del citado Real Decreto Legislativo 4/2015).

capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre de 2003, de instituciones de inversión colectiva (en adelante, la Ley 22/2014); la Circular 2/2013, de 9 de mayo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el documento con los datos fundamentales para el inversor y el folleto de las instituciones de inversión colectiva (en adelante, la Circular 2/2013); el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante, el RIIC); el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto que regula los sistemas de indemnización de los inversores (en adelante, el Real Decreto 948/2001); la Orden de 14 de noviembre de 2001 que habilita a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para dictar las disposiciones de desarrollo del Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto de 2001, sobre sistemas de indemnización de los inversores (en adelante, la Orden de 14 de noviembre de 2001); la Circular 7/2013, de 25 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se regula el procedimiento de resolución de reclamaciones y quejas contra empresas que presten servicios de inversión y de atención a consultas en el ámbito del mercado de valores (en adelante, la Circular 7/2013)³⁴; la Circular 7/2011, de 12 de diciembre, sobre folleto informativo de tarifas y contenido de los contratos - tipo (en adelante, la Circular 7/2011) (que deroga la Circular 1/1996, de 27 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre normas de actuación, transparencia e identificación de los clientes en las operaciones del mercado de valores [en adelante, la Circular 1/1996]); la Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión (en adelante, la Orden EHA/1717/2010); la Orden EHA/3537/2005, de 10 de noviembre, por la que se desarrolla el artículo 27.4 de la Ley 24/1988, de 18 de julio del mercado de valores (en adelante, la Orden

³⁴ La Circular 7/2013 desarrolla y ejecuta la Orden ECC/2505/2012 con el objeto de adaptar su contenido a la organización y funcionamiento del servicio de reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de adaptar su regulación al marco regulador del mercado de valores. A tal fin, la circular regula, entre otros aspectos, los principios a los que debe adecuarse la organización y funcionamiento del servicio de reclamaciones, sus funciones y el procedimiento previsto para la atención de quejas, reclamaciones y consultas ante el citado servicio.

EHA/3537/2005)³⁵; el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, que desarrolla, parcialmente, la Ley 24/1988, de 28 de julio de 1988, del mercado de valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible, a tales efectos (en adelante, el Real Decreto 1310/2005)³⁶ y el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición (en adelante, el Real Decreto 1066/2007).

Finalmente, en lo que concierne al mercado de los seguros privados cabe citar: el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre que aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (con sus modificaciones posteriores) (en adelante, la LOSSP)³⁷ hasta ahora vigente y que va a ser sustituido por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante, la futura LOSSP) que entra en vigor el pró-

³⁵ De conformidad con el artículo 27.4 de la LMV, la citada orden especifica los distintos tipos y modelos de folleto en la admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales y en ofertas públicas de venta o suscripción, las excepciones a la obligación de incluir determinada información, los documentos que han de acompañar a los folletos y los supuestos en los que la información contenida en el folleto podrá incorporarse por referencia. Es destacable el hecho que, el contenido de los distintos tipos y modelos de folleto se determine por remisión al Reglamento (CE) núm. 809/2004 de la Comisión, de 29 de abril de 2004, relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, teniendo en cuenta el tipo de emisor y los valores de que se trate (en adelante, el Reglamento CE 809/2004). Esta orden fue, parcialmente, modificada por la Orden ECC/2515/2013, de 26 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 86.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores.

³⁶ El Real Decreto 1310/2005 derogó, en su día, el Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores y ha sido, recientemente, modificado por el Real Decreto 1698/2012 de 21 de diciembre, por el que se modifica la normativa vigente en materia de folleto y de requisitos de transparencia exigible, en las emisiones de valores por la transposición de la Directiva 2010/73/UE (en adelante, el Real Decreto 1698/2012). Las modificaciones introducidas afectan, principalmente, al formato y al contenido estandarizado del resumen del folleto, a la accesibilidad de la información y a las excepciones a la obligación de publicar el folleto. De ahí, que se incorpore una definición legal de la información fundamental que debe facilitarse a los inversores en el marco de una oferta pública; que se identifiquen los elementos esenciales que debe incorporar el contenido del resumen del folleto; que se modifique el régimen de registro y de publicación del folleto al incluir la obligación de publicar el folleto en formato electrónico en la página web del emisor (para asegurar una mejor accesibilidad de la información) y que se adapten o incrementen los umbrales mínimos en relación con la obligación de publicar el folleto informativo.

³⁷ Especialmente destacable es el impacto de la LCDSF en su regulación. La disposición derogatoria de la LCDSF suprime el párrafo primero del apartado 3, el apartado 4 y el apartado 5 del artículo 60 de la LOSSP (concernientes al deber de información al tomador): todos ellos aplicables a los contratos de seguros celebrados a distancia. Actualmente, estos artículos han sido sustituidos por los artículos 7, 9 y 10 de la LCDSF.

ximo 1 de enero de 2016³⁸; el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre que aprueba el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados (con sus modificaciones posteriores) (en adelante, el ROSSP)³⁹; la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro⁴⁰ (en adelante, la LCS); el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre que aprueba el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones (con sus modificaciones posteriores⁴¹) (en adelante la

³⁸ Como se indica en su Exposición de motivos, las sucesivas modificaciones a la vigente LOSSP, la necesidad de incorporación del derecho comunitario de seguros y la necesaria adaptación normativa al desarrollo del sector asegurador son las razones que llevan al legislador a sustituir la LOSSP por una nueva ley que integre (i) las disposiciones que continúan vigentes – entre las cuáles las aplicables, en sede de transparencia en las relaciones entre clientes y entidades -, (ii) el nuevo sistema de solvencia (en consonancia con la Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio – en adelante, la Directiva Solvencia II - y con la Directiva 2014/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifican las Directivas 2003/71/CE y 2009/108/CE y los Reglamentos (CE) nº 1060/2009, (UE) nº 1094/2010 y (UE) nº 1095/2010 en lo que respecta a los poderes de la Autoridad Europea de Supervisión - la Directiva Ómnibus II -) y (iii) otras normas que se ha considerado necesario introducir teniendo en cuenta la evolución del sector.

Los artículos más destacables, a los efectos de esta tesis son, por un lado, los artículos 94 y siguientes (localizados, en el Capítulo VII del Título III bajo el título de “Conductas de Mercado”) los cuáles regulan, esencialmente, las tarifas de primas y bases técnicas, el deber general de información al tomador de seguro, los mecanismos de solución de conflictos y por otro lado, los artículos 190 y siguientes localizados en el Título VIII sobre “Infracciones y sanciones”.

Conforme indica su Disposición final vigésima primera la futura LOSSP entrará en vigor el 1 de enero de 2016 con la salvedad de algunas disposiciones transitorias y la disposición final novena que entrarán en vigor con anterioridad en las fechas que la LOSSP indica, de forma explícita.

³⁹ El ROSSP mantiene su vigencia hasta que se dicten las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la futura LOSSP tal y como dispone su Disposición transitoria duodécima.

⁴⁰ Modificada, entre otras, por la LCDSF que deroga, por un lado, el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 83 a) de la LCS sobre el sistema del cómputo del plazo aplicable para el ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia - cuestión que, actualmente, regula el artículo 10 de la LCDSF – y por otro lado, el artículo 6 *bis* y la disposición adicional segunda de la misma norma.

⁴¹ Son destacables las modificaciones introducidas por la Ley de economía sostenible, por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio que modifican, entre otros, el artículo 8 (sobre aportaciones y prestaciones) y los artículos 35 y 36 (en sede de infracciones y de sanciones) y finalmente, las modificaciones introducidas por el reciente Real Decreto 681/2014, de 1 de agosto por el que se modifica el Reglamento de planes y de fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de los empresarios con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, y el Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, por el que desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de compe-

LPFP); el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero que aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones (con sus modificaciones posteriores) (en adelante el RFPF); la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (en adelante, la Ley 26/2006) y el Real Decreto 764/2010 de 11 de junio, que desarrolla la Ley 26/2006 de 17 de julio de 2006, de mediación de seguros y reaseguros privados (en adelante, el Real Decreto 764/2010).

Considerando el objeto de esta tesis, su regulación más relevante en sede de comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores concierne a los siguientes aspectos: la información previa, la oferta (y sus requisitos), los servicios financieros no solicitados, la comunicación (o documentación) del contrato o de la operación, el desistimiento (en el caso especial de los seguros de vida) y otros plazos de reflexión.

Se analizará el régimen jurídico aplicable a cada uno de los citados aspectos siguiendo el orden cronológico identificado en el CAPITULO I anterior y asumiendo la premisa que las normas sectoriales sobre ordenación y transparencia deben aplicarse de forma cumulativa con la LCDSF⁴².

4. NORMATIVA GENERAL APLICABLE A LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS CON CONSUMIDORES

Las normas del segundo bloque normativo tienen por objeto adaptar la regulación vigente a las peculiaridades de las nuevas técnicas de comunicación a distancia cada vez más utilizadas como medios de comercialización. Forman parte destacable de este bloque: la Ley 34/2002, de 11 de julio sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, la LSSICE), la regulación del Código

tencia profesional (en adelante, el Real Decreto 681/2014) que modifica los artículos 48 y 101 referidos a la adhesión e información a partícipes y beneficiarios de planes de pensiones individuales y a la contratación de los planes de pensiones, respectivamente.

⁴² Sin perjuicio del hecho que, algunas normas sectoriales de ordenación y transparencia, de carácter reciente, tiendan a aproximar su contenido regulador al de la LCDSF, en aspectos como la información previa y/o el deber de comunicación de la información con el resultado de aumentar, notablemente, el nivel de transparencia durante la fase de generación.

Civil y del Código de Comercio sobre perfeccionamiento aplicable a los contratos entre personas distantes^{43 44} y la LCGC.

Sus artículos más destacables son: los artículos 10, 23, 27, 28 y 29 de la LSSICE (sobre información, validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, acuse de recibo y lugar de celebración del contrato), el párrafo primero del artículo 1262 del Código Civil y el artículo 54 del Código de Comercio⁴⁵ y el artículo 7 de la LCGC⁴⁶.

⁴³ Tras la LSSICE se unifica la regulación sobre el momento y el lugar de perfeccionamiento en los contratos entre personas distantes - civiles y mercantiles – (*vid.* disposición adicional cuarta de la LSSICE). Con anterioridad a la LSSICE, la regulación aplicable priorizaba la seguridad jurídica, en los contratos civiles (teoría de la recepción) y la agilidad en el tráfico mercantil, en los contratos mercantiles (teoría del conocimiento).

⁴⁴ MARTÍN RODRÍGUEZ, M.A. *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, S.A., 2006, pág. 150 y siguientes. Afirma la autora que, a pesar de la distinción de criterios entre Código Civil y Código de Comercio en lo que concierne al momento de perfeccionamiento, los tribunales aplicaban, preferentemente, el Código Civil (teoría del conocimiento) al considerarla más acertada. Lo que, en cierta medida, queda ratificado por el hecho que la publicación de la posterior LSSICE y de su disposición adicional cuarta acojan – en uno y otro ámbito - la teoría del conocimiento con matices (dirigidos a evitar la problemática que aquella provocaba). Se unifican ambos preceptos al optar por una única solución. Si bien, se trata de una unificación a medias ya que, como subraya la autora, no es muy comprensible que se mantengan dos preceptos pertenecientes a cuerpos legales distintos que establezcan, exactamente, lo mismo. Añade la autora que el legislador podría haber aprovechado la oportunidad para dejar sin contenido el artículo 54 del Código de Comercio.

⁴⁵ MENÉNDEZ MATO, J.C. *El contrato vía Internet*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2005, pág. 279 a 297. El autor distingue entre la categoría de contrato concluido a distancia que ha ido apareciendo, en los últimos años, asociada al consumidor y la categoría jurídica de contrato perfeccionado entre ausentes o partes no presentes. La última utilizada a los efectos de determinar el momento de perfeccionamiento del contrato, de acuerdo con los criterios del derecho codificado y de la jurisprudencia surgida al respecto basados en la distancia geográfica y en la distancia temporal (localizados, en los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio). Sobre el recurso exclusivo al criterio de la distancia geográfica en el que se basa el concepto de contrato a distancia léase ROMERO MATUTE, B. “La obligación de información de las condiciones generales en los contratos a distancia”. *Revista de la contratación electrónica*, núm. 5, mayo, 2000, pág. 18 a 20.

⁴⁶ La Ley 3/2014 deroga el artículo 5.4 de la LCGC y suprime, por consiguiente, el deber de entregar, inmediatamente, al consumidor una justificación escrita de la contratación efectuada donde consten todos los términos de la misma (*vid.* disposición derogatoria de la Ley 3/2014). Aún habiéndose derogado el artículo 5.4 de la LCGC que exige la entrega de la justificación escrita de la contratación efectuada, el predisponente sigue estando sujeto a la exigencia de garantizar que el adherente tenga la oportunidad real de conocer las condiciones generales de contratación al tiempo de la celebración del contrato, de conformidad con el artículo 7 de la LCGC. En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2007 en su redacción posterior a la Ley 3/2014, la LCDSF y la LSSICE observan ciertas medidas que garantizan un cierto grado de transparencia durante la fase de generación. En efecto: el artículo 80.1 b) del Real Decreto Legislativo 1/2007 que exige la accesibilidad y la legibilidad de las condiciones generales de contratación; el artículo 9.1 de la LCDSF que contiene un deber de comunicación de las condi-

Sus principales aportaciones son: garantizar el acceso a las condiciones generales de contratación durante la fase de generación en el ámbito del comercio electrónico; la observancia de ciertas formulas claras y simples de determinación del momento y del lugar de perfeccionamiento aplicables a la contratación a distancia y, finalmente, el reconocimiento de un deber de confirmación o acuse de recibo de la aceptación en razón de la modalidad de comercialización a distancia.

Como las restantes normas, su regulación protege a la parte más débil mediante el desarrollo del principio de transparencia.

5. NORMATIVA SOBRE CONSUMO APLICABLE A LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS

La regulación del tercer bloque normativo completa la de las demás normas aportando un *plus*⁴⁷ de protección dirigido, específicamente, al consumidor, en tanto que, sujeto, particularmente, vulnerable por su especial situación de desigualdad informativa frente al proveedor. Su regulación desarrolla, básicamente, el derecho a la información del consumidor (*vid.* artículo 8 *d*) 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 y otras leyes complementarias modificado en virtud de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley Ge-

ciones contractuales con suficiente antelación a la celebración del contrato a distancia y finalmente, el artículo 27.4 de la LSSICE que observa el deber de poner a disposición del destinatario las condiciones generales de contratación con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación.

⁴⁷ En efecto, la jurisprudencia no admite que las entidades financieras tengan una normativa específica de protección de los consumidores tutelada por el Banco de España o por la Comisión Nacional del Mercado de Valores que desplace la legislación de protección del consumidor. Cítese, en este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm.836/2000, de 6 de junio de 2000 cuyo fundamento de derecho segundo expone: "(...) Como quiera que la legislación de ordenación del sector crediticio no contiene en modo alguno una norma de exclusión o desplazamiento de la legislación de protección del consumidor, es forzoso concluir que, en la medida en que el servicio prestado por la entidad bancaria entre dentro del concepto de servicio que maneja el artículo 1.2 de la Ley 26/84, de 19 de julio y el artículo 3 de la Ley autonómica de Andalucía nº 5/85, de 8 de julio y quien lo recibe tiene la condición legal de usuario, concurren los requisitos necesarios para la aplicación de la legislación de protección del consumidor y usuario. (...)."

neral para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre [en adelante, el Real Decreto Legislativo 1/2007]) y la protección de sus intereses económicos (*vid.* artículo 8 b) del Real Decreto Legislativo 1/2007) mediante fórmulas como la información y la comunicación (ambas aplicables durante la fase de generación), el desistimiento y la inversión de la carga probatoria (ambas figuras muy reivindicadas en el marco de la política comunitaria de protección de los consumidores).

Conforman este tercer bloque, principalmente: la LCDSF, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de alcance general⁴⁸ (en los aspectos no previstos por la LCDSF)⁴⁹; la nueva LCC y finalmente, la Ley 2/2009, de 31 de marzo que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o de crédito (en adelante, la Ley 2/2009).

En sede de información son destacables: los artículos 8, 18, 20 y 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (sobre información)⁵⁰, los artículos 7, 8 y 9 de la LCDSF (sobre in-

⁴⁸ “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo”. 11 de julio de 2001. Tras referirse a la situación del derecho contractual europeo caracterizada por un elevado grado de diversidad normativa entre los diversos Estados Miembros, la Comisión declara su posible mejora y propone una serie de opciones, a tal fin. Entre las cuáles, la mejora en la calidad de la legislación vigente, por la vía de la reducción del volumen de instrumentos comunitarios y por la vía de la corrección de las incoherencias o contradicciones que puedan observarse. En esta línea de actuación, se enmarca el Plan de Acción “Simplificar y mejorar el marco regulador” dirigido a reforzar el control de las transposiciones que se realizan de las directivas en los Estados Miembros. De modo que, por un lado, la Ley 44/2006 de mejora de la protección de los consumidores y usuarios cuya disposición final quinta insta a refundir en un único texto la LGDCU y las normas de transposición de las directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos y por otro, el Real Decreto Legislativo 1/2007 constituyen algunos de los resultados materiales de este proceso de mejora de la calidad de la legislación vigente.

⁴⁹ Valga añadir que la LCDSF proporciona un nivel de protección que, en algunos aspectos, es más elevado al que aporta el Real Decreto Legislativo 1/2007. La relación de articulación existente entre ambas normas viene determinada por la naturaleza sectorial de la LCDSF. De modo que, en áreas de coincidencia entre ambas, la LCDSF se aplica de forma preferente al Real Decreto Legislativo 1/2007. Sin perjuicio del hecho que su regulación deba respetar el nivel mínimo de protección garantizado por el último (*vid.* artículo 59.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, en su actual redacción modificada por la Ley 3/2014).

⁵⁰ Sobre el derecho de información de los consumidores léase: PICATOSTE BOBILLO, J. “El derecho de información en la contratación con consumidores”, *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, quincena del 16 al 28 de febrero de 2011, pág. 372 y siguientes.

formación y comunicación), los artículos 7, 10 y 12 de la nueva LCC (sobre información previa)⁵¹ y los artículos 14 y 20 de la Ley 2/2009 (sobre información previa)⁵².

En sede de protección de los intereses económicos del consumidor son destacables, entre otros: el artículo 10 de la LCDSF (sobre desistimiento), el artículo 21.2 de la Ley 2/2009 (sobre desistimiento), los artículos 80 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007 (sobre algunos requisitos aplicables a las cláusulas no negociadas individualmente y sobre cláusulas abusivas) y los artículos 8, 16, 17 y 28 de la nueva LCC (sobre la oferta, la forma y el contenido de los contratos y el derecho de desistimiento).

A lo largo del CAPITULO V se constatará, una vez más, que sus normas más relevantes tienen la virtualidad de elevar la protección, principalmente, mediante el aumento de la transparencia durante la fase de generación: se comprobará que, en este sentido, existe una tendencia legislativa en expansión (que va más allá de las normas del tercer bloque normativo).

⁵¹ Los artículos 7, 10 y 12 de la nueva LCC observan un deber de facilitar una información, especialmente, detallada y específica sobre el crédito al consumo. Su contenido incide, entre otras cuestiones fundamentales, en el prestamista y el intermediario, en las características principales del crédito, en los costes y en otros aspectos jurídicos relevantes del contrato como: el derecho de desistimiento, el derecho al reembolso anticipado y la ley aplicable. Se puede afirmar que frente a la LCDSF, la regulación de la nueva LCC ofrece una información, especialmente, detallada en lo que concierne a los costes del servicio y que, además, incide en aspectos como la obligación de suscribir un seguro u otros servicios accesorios y la identificación de la tasa anual equivalente. Ambos artículos 10 y 12 disponen que, en el caso específico de los créditos al consumo a distancia, basta con que el prestamista facilite la información normalizada europea (listada en los artículos 10 y 12 de la nueva LCC) para que se considere cumplido el deber de información de los artículos 7.1 y 7.2 de la LCDSF.

⁵² Las obligaciones de información previa al contrato previstas en la Ley 2/2009 - sea éste de intermediación o de préstamo o de crédito hipotecario - se aplican, sin perjuicio del deber de las empresas afectadas de divulgar al público en general, ciertas informaciones, a través de un folleto informativo y de un tablón de anuncios. En efecto, por un lado, los artículos 5 y 13 disponen que el folleto deberá contener las tarifas, las comisiones y en su caso, los gastos preparatorios de la operación (entre otros extremos) y que éste se redactará, de forma clara y fácilmente comprensible. Por otro lado, el artículo 6 contempla el deber de las empresas afectadas de disponer en sus establecimientos abiertos al público de un tablón de anuncios sujeto a determinadas exigencias de contenido mínimo (entre las cuáles, la alusión a la existencia y disponibilidad del folleto informativo, a la normativa que regula la protección de los consumidores y a la existencia de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos y demás extremos que reglamentariamente determinen las comunidades autónomas junto con el derecho de desistimiento, en el caso específico de los contratos de intermediación). Tanto en el caso de los contratos de préstamo o de crédito hipotecario como en el de los contratos de intermediación, la información previa al contrato incide en los mismos aspectos que la LCDSF, es decir: empresa, servicio, contrato y medios de reclamación (*vid.* artículos 14 y 20 de la Ley 2/2009).

6. CÓDIGOS DE CONDUCTA

Asumiendo que los códigos de conducta vinculan a los proveedores por el hecho de haberse adherido al correspondiente sistema de autorregulación^{53 54 55}, conviene dedicar un breve análisis a los códigos más relevantes, en el ámbito de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores⁵⁶ con el objetivo de incidir en su papel⁵⁷ y en las ventajas de los correspondientes sistemas de autorregulación⁵⁸.

⁵³ Vid. la definición de códigos de conducta del artículo 2 f) de la Directiva 25/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo [en adelante, la Directiva 2005/29]

⁵⁴ MASSAGUER, J. "Aproximación a la autorregulación publicitaria". En: REAL PEREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 105 y siguientes. En cuanto al fundamento y alcance de la obligatoriedad de los sistemas de autorregulación expone el autor que, por su carácter privado, el sometimiento a los sistemas de autocontrol y, en particular, el acomodo de la publicidad a las reglas éticas sólo es vinculante para los sujetos que implantan los sistemas de autorregulación (sistemas individuales) y para los que, voluntariamente, se asocian a las entidades que los establecen y administran (cuando la asociación comporta el sometimiento al sistema de autorregulación publicitaria correspondiente) o que, de otro modo, se adhieren a ellos (sistemas colectivos). De modo que, los principios y normas éticas recogidos en los códigos devienen vinculantes por medio de los oportunos negocios jurídicos de adhesión y acaban por concretarse en obligaciones jurídico-privadas.

⁵⁵ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. "Espacio digital y autorregulación". En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 155 y siguientes. Sobre la fuerza de obligar de los códigos de conducta indica la autora que esta no puede tener otro fundamento que el consentimiento del proveedor y añade que, en este sentido, la expansión de los códigos de conducta refleja una revitalización de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones.

⁵⁶ CAVANILLAS MÚGICA, S. "Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones" En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 237 y siguientes. El autor define los códigos de conducta como un acto publicitario integrable en la definición más amplia de práctica comercial que aporta la Directiva 2005/29/CE y añade que, tratándose de relaciones de consumo, el consumidor puede exigir el contenido de la citada publicidad como parte integrante del contrato, en virtud del artículo 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007. Es más, por tratarse de publicidad, el código está sujeto a la prohibición de prácticas comerciales engañosas y realiza la siguiente interesante observación. Previa alusión al número 10 de la lista negra de la Directiva 2005/29/CE que califica de desleal el hecho de presentar los derechos que otorga la legislación a los consumidores como una característica distintiva de la oferta, el autor plantea la interesante cuestión de si la mera redundancia de la ley en los códigos de conducta es una práctica desleal. Y concluye que, si bien, los códigos pueden incorporar contenidos previstos en la ley (por razones de orden y con un propósito didáctico) estos deben

Así, son destacables: el Código de Conducta Publicitaria (adoptado por Autocontrol⁵⁹
⁶⁰, esto es, la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial) y el
Código Ético de Comercio Electrónico y de Publicidad Interactiva que se integra en el
sistema de autorregulación Confianza Online⁶¹ ⁶² (cuyas asociaciones promotoras son

aportar un *plus* de protección y presentar como una transcripción lo que sea una pura transcripción de la ley con el consiguiente resultado de evitar omisiones interesadas.

⁵⁷ LIRIO MARTÍN GARCÍA, M. DEL. “Códigos de conducta y publicidad”. En: REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 85 y siguientes. La autora define los códigos de conducta como instrumentos de colaboración entre profesionales del mundo de la publicidad, los consumidores y los poderes públicos (quienes deberían intervenir como garantes de los derechos de las personas que los suscriben de forma voluntaria). Subraya la autora que la importancia de los códigos deriva de su apoyo legislativo que localiza en ciertas directivas comunitarias - entre las cuáles, las directivas sobre publicidad, sobre prácticas comerciales desleales y sobre comercio electrónico - y en sus correspondientes normas nacionales de transposición.

⁵⁸ Sobre los sistemas de autorregulación y los códigos de conducta, léase: ARIAS POU, M. “Sistemas de autorregulación: códigos de conducta. Sellos de calidad”. *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, Madrid, Editorial La Ley, 2006, pág. 628 y siguientes; PATIÑO ALVES, B. *La autorregulación publicitaria*, Barcelona, Editorial Bosch, 2007, pág. 23 y siguientes; GÓMEZ CASTALLO, J. D. “La autorregulación e Internet”. En: GÓMEZ SEGADE, J.A. (dir.). *Comercio electrónico e Internet*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2001, pág. 458 y siguientes; GUILLÉN CATALÁN, R. “La autorregulación como solución alternativa de conflictos”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 3, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2005, pág. 179 y siguientes.

⁵⁹ GÓMEZ CASTALLO, J.D. “Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado.” En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 115 y siguientes. Indica el autor que en el año 1995 se crea Autocontrol que forma parte de la European Advertising Standards Alliance (EASA) por lo que participa de su sistema de resolución extrajudicial de reclamaciones transfronterizas que abarca todo el territorio comunitario (además de otros países). Subraya, asimismo, que la asociación Autocontrol es el único organismo privado español que ha sido incorporado por la Comisión a la Red Eje por cumplir con los principios establecidos en la normativa comunitaria. Autocontrol gestiona el sistema de autorregulación sobre la base de tres instrumentos principales: el jurado de Autocontrol de la publicidad, un código de conducta y un gabinete técnico que presta un servicio de asesoramiento técnico.

⁶⁰ Varias entidades financieras se han adherido al sistema, entre las cuáles: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Banco Santander Central Hispano, Caja España de Inversiones de Salamanca y Soria, Credit Services, Banco Caixa Geral, Caixa Rural Galega Grupo Ruralvia, Caja de Extremadura, Banesto, Renta 4, La Caixa, Inversis, Banco Cooperativo Español, Arag, Alfarisk, AMV Hispania correduría de seguros, Direct Seguros, Mi Poliza, Segurauto, Segur Indicia correduría de seguros, Aseguratumoto.com (y otras entidades como las que se dedican a la prestación profesional de servicios financieros e inmobiliarios). Muchas de ellas se han adherido al sistema, a partir de 2010.

⁶¹ Sobre Confianza Online léase: PATIÑO ALVES, B. *La autorregulación publicitaria*, Barcelona, Editorial Bosch, 2007, pág. 473 y siguientes; ALVARADO HERRERA, L. “La autorregulación en la publicidad realizada por medios electrónicos: algunas reflexiones sobre confianza online”. En: MADRID PARRA, A. (dir.) y GUERRERO LEBRÓN M.J. (coord.). *Derecho*

Autocontrol y la Asociación Española de Comercio Electrónico y de Publicidad Interactiva [AECE], actualmente: Adigital⁶³)⁶⁴ ⁶⁵.

La regulación del primero abarca la publicidad y extiende su aplicación a cualesquiera actividades publicitarias con independencia del medio de difusión empleado⁶⁶. Mientras que, la del segundo abarca la publicidad y el comercio electrónico (entre otras áreas del derecho como la protección de datos personales) y ofrece una perspectiva más específica, en tanto que, basada en la especialidad de los medios electrónicos.

patrimonial y tecnología, Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 475 y siguientes. BOTANA GARCÍA, G.A. "La autorregulación: confianza online". *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 67 – 2006, pág. 32 y siguientes.

⁶² Vid. <http://www.confianzaonline.es/adheridos/entidades-adheridas/>

⁶³ Al margen de las asociaciones promotoras de Confianza Online, se han venido incorporando en calidad de entidades participantes del sistema, otras asociaciones. A destacar: el Interactive Advertising Bureau (IAB), la Asociación Española de Anunciantes (AEA), la Asociación Española de la Agencia de Medios (AM), la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD), la Asociación de Agencias de Marketing Directo e Interactivo (AGEMDI), la Federación Nacional de Empresas de Publicidad (FNEP), la Asociación Multisectorial de Empresas Española de Electrónica y Comunicaciones (ASIMELEC).

⁶⁴ GÓMEZ CASTALLO, J. D. "Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado". En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 115 y siguientes. Afirma el autor que el sistema de Confianza Online nació por iniciativa y acuerdo de Autocontrol y AECE, a finales del año 2002. En el año 2005, Confianza Online obtuvo el distintivo público de confianza en línea otorgado por el Gobierno por cumplir los requisitos establecidos en el Real Decreto 292/2004, de 20 de febrero, que desarrolla la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información (derogado por el vigente Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre que regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como, los requisitos y el procedimiento de concesión). A principios del 2008, Confianza Online decide fusionarse con IQUA. La nueva asociación la componen Autocontrol, AECE, Red.es y los Consejos Audiovisuales de Cataluña, Andalucía, Navarra y Andorra. La integración se realiza con vocación abierta hacia diferentes instituciones tanto públicas como privadas. Los órganos extrajudiciales son la Junta Arbitral Nacional de Consumo para asuntos relacionados con el comercio electrónico y el Jurado de Autocontrol para asuntos sobre publicidad interactiva.

⁶⁵ En la actualidad, la asociación cuenta con quinientas empresas asociadas. Algunas actúan en el mercado de servicios financieros, entre otras: Banco Sabadell, Banco Celetem, Banco Cooperativo Español, Catalunya Caixa, Inversis, Mapfre, OpenBank, Safetypay, Self Bank y ebroker.

⁶⁶ Así se infiere del ámbito de aplicación del Código de Conducta Publicitaria cuyo artículo 1 dispone: "Estas normas deontológicas se aplican a toda actividad de comunicación publicitaria tendente a fomentar, de manera directa o indirecta y sean cuales fueren los medios empleados, la contratación de bienes o servicios, o el potenciamiento de marcas y nombres comerciales. También serán aplicables las presentes normas deontológicas a cualquier anuncio emitido por cuenta de cualesquiera personas físicas o jurídicas, de carácter privado, con el fin de promover determinadas actitudes o comportamientos. No serán de aplicación a la publicidad política."

De modo que, el Código de Conducta Publicitaria (que aporta una regulación de carácter general) se aplica, de forma subsidiaria, al Código Ético de Comercio Electrónico y de Publicidad Interactiva.

Es más, la adhesión al último comporta un derecho al uso del distintivo público de confianza en línea por parte de los proveedores adheridos. La concesión de este distintivo exige el previo cumplimiento de los requisitos legales previstos a tal fin. Entre los cuáles, la sujeción del código a una serie de requisitos de contenido y el sometimiento a ciertos mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos – en este caso, el sistema arbitral de consumo, en materia de comercio electrónico y el Jurado de Autocontrol, en materia de comunicaciones comerciales⁶⁷ - sin que ello suponga la exclusión del ejercicio de las acciones administrativas o judiciales que correspondan (*vid.* artículos 2, 4, 5 y 7 del Real Decreto 1163/2005 de 30 de septiembre que regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como, los requisitos y el procedimiento de concesión [en adelante, el Real Decreto 1163/2005]).

La concesión por parte de las autoridades públicas del distintivo constituye, por tanto, una forma de validación del código que aumenta la seguridad jurídica y promueve una mejor consolidación del sistema de autorregulación⁶⁸. Y que, obviamente, permite al consumidor distinguir aquellos códigos que (frente a los múltiples que el mercado ofrece) dispensan ciertas garantías o compromisos adicionales; se favorece, así, la confianza en los nuevos medios que es, precisamente, uno de los motivos del sistema.

⁶⁷ Sobre la vinculación existente entre los códigos de conducta y los sistemas de resolución extrajudicial léase: ANTÓN MEDRANO, N. “Códigos de conducta y regulación sobre ADRS en el ámbito del consumo. En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 373 y siguientes.

⁶⁸ URÍA FERNÁNDEZ, F. “Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria”. En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 307 y siguientes. Señala el autor la importancia que, para una mayor seguridad jurídica, tiene el hecho que los sistemas de autorregulación cuenten con el reconocimiento formal de las autoridades respecto de la corrección y validez de sus instrumentos. De modo que, ninguna entidad pueda ser considerada responsable del eventual incumplimiento de un principio general cuando su comportamiento se haya ajustado al código (siempre que haya sido respetuoso con las exigencias de la buena fe). La existencia de un riesgo de sanción o de reproche en tales situaciones, llevaría a considerar la regulación tradicional como una situación más deseable.

De hecho, considerando su contenido regulador, se puede afirmar que ambos códigos desarrollan un mismo papel: completar el ordenamiento jurídico vigente que está llamado a actuar como marco de referencia (siendo, especialmente, relevantes, en este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2007, la LSSICE y la nueva LCD). De ahí, que su regulación trate de evitar normas, excesivamente, casuísticas (por ser ineficaces en un entorno tan cambiante) y que recurra a principios y normas de conducta generales.

Si el Código de Conducta Publicitaria tiene la virtualidad de extender los principios y ciertas normas sobre publicidad a otros medios de comunicación a distancia, más allá de lo previsto por la LSSICE; el Código Ético de Confianza Online tiene – por su carácter específico - la virtud de ofrecer una regulación ajustada a las peculiaridades del medio. Por ejemplo, mediante formulas que invocan la aplicación de ciertos requisitos o restricciones en la publicidad realizada mediante mensajes de correo electrónico u otros medios de comunicación individual equivalentes; la prohibición de realizar ciertas prácticas; la aplicación de especiales requisitos de transparencia en el patrocinio; el cumplimiento de determinados deberes de información previos al inicio del procedimiento de contratación⁶⁹ ...

⁶⁹ En cuanto al Código Ético de Comercio Electrónico y de Publicidad Interactiva, las normas más relevantes, en sede de contratación a distancia, se sitúan en dos de sus grandes áreas de regulación: la publicidad dirigida a los destinatarios y el comercio electrónico con consumidores (localizadas, en el título II y en el título III). En materia de publicidad, destacan las siguientes normas generales del título II: el artículo 4 sobre identificación del anunciante, el artículo 5 sobre la identificabilidad de la publicidad (que se adhiere, en esencia, al artículo 20 de la LSSICE) y el artículo 6 sobre cierta información que se debe suministrar al destinatario (que añade otros datos a la información prevista en la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria como, el coste del uso de las técnicas de comunicación a distancia y la necesaria identificación de la oferta). Asimismo, son destacables las siguientes normas especiales: el artículo 9 relativo a la exigencia de consentimiento o autorización expresa previa al envío de mensajes publicitarios realizados a través de correo electrónico u otros medios de comunicación individual equivalentes; el artículo 11 que impone el consentimiento del moderador o en su defecto del proveedor de servicios o en su caso, el ajuste de la publicidad a las reglas de admisión correspondientes como exigencias al desarrollo de ciertas actividades publicitarias en grupos de noticias, foros, charlas y similares; el artículo 12 sobre publicidad en la *world wide web* que se dirige a garantizar la libre navegación en la red y el artículo 13 sobre patrocinio que fomenta la transparencia y la responsabilidad e independencia editorial del titular de la página web o servicio prestado por medios electrónicos de comunicación a distancia. En materia de comercio electrónico, destacan los artículos 15, 16, 17, 18 y 20 del título III sobre comercio electrónico y que son aplicables a las transacciones comerciales con consumidores. En primer lugar, el artículo 15 contempla ciertas obligaciones de información previa al consumidor referidas, bien, al proceso de contratación – en línea con el artículo 27 de la LSSICE –, bien, a la opera-

Se puede afirmar de acuerdo con la doctrina, que las ventajas de los sistemas de autorregulación son: la flexibilidad y la rapidez de adaptación de sus normas (expresadas, en los códigos de conducta); la rapidez en la resolución de conflictos a través de órganos independientes y especializados (en su mayoría, integrados por expertos de reconocido prestigio, de modo que, su experiencia contribuye a una mayor especialización de las resoluciones) como la junta arbitral de consumo que corresponda o el jurado de la publicidad de Autocontrol y finalmente, su vocación transnacional (en consonancia con la evolución de la publicidad y del comercio)⁷⁰.

En cualquier caso, es una garantía de eficacia el hecho que, como subraya MASSAGUER, con la nueva regulación sobre prácticas comerciales desleales con consumidores, las disfunciones de los sistemas de autorregulación de estos códigos entren en el ámbito de la represión de las prácticas comerciales desleales⁷¹.

ción que se suscribe. En segundo lugar, el artículo 16 regula las obligaciones de información posteriores a la celebración del contrato, de modo que, contempla el derecho del consumidor a solicitar información sobre el estado en que se encuentra la entrega del bien o la prestación del servicio y el deber del oferente de enviar un acuse de recibo o justificación de la contratación efectuada - en línea con el artículo 28 de la LSSICE y con el artículo 63.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 -. En tercer lugar, el artículo 17 contempla la posibilidad del consumidor de rescindir el contrato, en caso de indisponibilidad del bien o servicio contratado, en el plazo contractual estipulado o en el plazo máximo de 30 días. En cuarto lugar, el artículo 18 prevé un derecho de desistimiento. En quinto lugar, el artículo 20 contempla el deber de los oferentes de poner a disposición de los clientes un servicio interno de atención al cliente (dirigido a atender sus consultas y a resolver sus quejas). Cuestión que, en el caso de los servicios financieros ya queda cubierta, a través de la figura del servicio de atención al cliente regulado en la Orden EHA/734/2004 prevista. Por último, el artículo 20 obliga a los oferentes a adoptar mecanismos de pago que sean seguros y sencillos debiéndose informar a los consumidores, sobre el nivel de protección que se aplica a los mismos y en su caso, sobre la utilización de conexiones seguras.

⁷⁰ El preámbulo del Código Ético de Comercio Electrónico y de Publicidad Interactiva alude a las ventajas de los citados sistemas: "(...) los sistemas de autorregulación presentan una serie de ventajas respecto a los cauces convencionales de regulación y de resolución de controversias, tales como la rapidez de actuación y la flexibilidad, así como su vocación de integración y coordinación a nivel transnacional o supranacional, lo cual constituye una vía de superación de los problemas que la globalidad y la falta de territorialidad de la red plantean para las legislaciones y tribunales nacionales. Son todos estos aspectos sumamente importantes para un adecuado desarrollo de todas las potencialidades y beneficios que ofrecen estos nuevos medios y los servicios ofrecidos a través de los mismos. (...)".

⁷¹ MASSAGUER, J. "Aproximación a la autorregulación publicitaria". En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 105 y siguientes.

La nueva LCD trata de evitar un mal uso de los códigos por la vía de calificar de desleales algunas de las siguientes conductas susceptibles de condicionar el comportamiento económico del consumidor. Primero, el incumplimiento por parte de empresas adheridas de los compromisos contenidos en los códigos de conducta, en las condiciones y circunstancias que se explicitan (*vid.* artículo 5.2 de la nueva LCD). Segundo, las prácticas comerciales consistentes en afirmar sin ser cierto: la adhesión del proveedor a un determinado código o el hecho que un código haya sido acreditado por un organismo público o el hecho que el proveedor, sus bienes o servicios o sus prácticas comerciales hayan sido autorizados o aceptados por un organismo público o privado (*vid.* artículo 21.1 de la nueva LCD). Finalmente, el hecho de exhibir un sello de calidad o distintivo equivalente sin haber obtenido la necesaria autorización.

Esta última fórmula actúa en la misma dirección tuitiva que la presunción de validez del convenio arbitral, en los casos de sometimiento al sistema arbitral de consumo (*vid.* artículo 24.3 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero que regula el sistema arbitral de consumo [en adelante, el Real Decreto 231/2008]). En su virtud: el convenio se entiende, válidamente, formalizado por la mera presentación de la solicitud si consta acreditado que ésta se formaliza durante el tiempo en que el proveedor utiliza el distintivo público de adhesión al sistema arbitral de consumo aún careciendo del derecho a utilizarlo.

7. CONSIDERACIONES PREVIAS

Expuesto lo anterior, sirva avanzar las siguientes consideraciones previas que son el punto de partida del análisis que se desarrollará a lo largo de los capítulos siguientes.

Primera, las normas aplicables a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores presentan un elevado grado de heterogeneidad entre sí⁷² (en lo

⁷² En efecto, el primer bloque normativo está integrado por normas de carácter sectorial, que desarrollan el principio de transparencia en las relaciones entre entidades financieras y clientes. Su objetivo principal es garantizar un buen funcionamiento del mercado por la vía de aumentar la confianza del cliente. El segundo bloque normativo está integrado por normas ge-

que concierne a su naturaleza y objeto). A pesar de sus diferencias, cada una de ellas es necesaria para ofrecer una regulación completa en el ámbito específico analizado. Ello explica que la naturaleza de su relación de articulación sea, mayoritariamente, cumulativa.

Segunda, las normas aplicables protegen al cliente, al destinatario y/o en su caso, al consumidor mediante una regulación basada, en gran medida, en el principio de transparencia. Ello explica que sus artículos contemplen mecanismos de protección que resultan, conceptualmente, equivalentes (por ejemplo: información, comunicación...). Las diferencias en su contenido regulador vienen determinadas por las distintas realidades que cada norma regula y por los objetivos de su regulación.

En ese sentido, como se constatará, el carácter especial de la protección que la LCDSF brinda determina el restringido alcance de su ámbito de aplicación, a pesar del carácter amplio de la noción de contrato a distancia sobre la que se configura dicho ámbito (*vid.* artículo 4 de la LCDSF) y frente al más restringido alcance de la noción de contrato entre personas distantes presente en otras normas (*vid.* el punto *h*) del Anexo a la LSSICE) (segundo y tercer bloques normativos)^{73 74}.

Tercera, en ocasiones, la aplicación cumulativa de las normas afectadas produce solapamientos. Algunos evidenciaron, en su momento, ciertas incoherencias a resultas

nerales cuyo objetivo es aportar una regulación que se adapte a las peculiaridades del modo de comercialización a distancia o en su caso, del medio de comercialización a distancia. De modo que, se fomenta la confianza en los nuevos medios para promover el uso de las nuevas tecnologías en el mercado. Finalmente, el tercer bloque normativo está formado por normas generales y especiales de protección del consumidor que reconocen una serie de derechos subjetivos adicionales a su favor con el objetivo de proteger sus intereses económicos.

⁷³ Algunas normas del segundo bloque recurren a un concepto de contrato entre personas distantes de alcance más restringido que el de la LCDSF por añadir al criterio de la distancia física entre las partes otros criterios como la distancia temporal y/o el uso de determinadas técnicas de comunicación a distancia (*vid.* párrafo segundo del artículo 54 del Código de Comercio y punto *h*) del Anexo a la LSSICE).

⁷⁴ Algunas normas sectoriales sobre ordenación y transparencia - actualmente, derogadas - incorporaban, asimismo, una noción de contrato entre personas distantes basada en el criterio del uso de ciertas técnicas de comunicación a distancia (*vid.* penúltimo párrafo del apartado 1 de la norma sexta de la derogada Circular 8/1990). Otras, recurrían a una noción muy similar, en sus términos, a la de la LCDSF (*vid.* la derogada disposición adicional segunda de la LCS).

de una inadecuada plasmación de los principios de equivalencia funcional y de neutralidad tecnológica⁷⁵.

Algunas veces como resultado de la prisa del legislador nacional por promulgar determinadas normas⁷⁶ (anticipándose, en ocasiones a la promulgación de las correspondientes normas comunitarias. Por ejemplo: el desarrollo reglamentario del derogado artículo 5.4 de la LCGC respecto de los servicios financieros). Otras como resultado del descuido del legislador en la elección de la terminología legal. La cual podía resultar, excesivamente, arraigada al significado tradicional de la escritura como forma de expresión vinculada al soporte papel. (Por ejemplo, el derogado artículo 5.4 de la LCGC – cuyas carencias trata de suplir el vigente artículo 80.1 b) del Real Decreto Legislativo 1/2007 en su redacción posterior a la Ley 3/2014).

Para solventar esta situación, se propuso, en su día, el recurso a una interpretación adecuada a la nueva realidad o la reforma de aquellas disposiciones que presentaran cierto desfase⁷⁷ (*vid.* disposición final quinta de la LSSICE). Propuestas a las que esta tesis se adhiere.

Cuarta, como se constatará, existen dos fases evolutivas distintas dentro del proceso de adaptación del derecho al uso de las nuevas tecnologías en el mercado. La primera se caracteriza por la tendencia del legislador a dotar al cliente de una protección basada, principalmente, en aumentar el nivel de información en fase de generación del contrato: en ese momento, el uso de las nuevas tecnologías en el mercado se focalizaba,

⁷⁵ *Vid.* CAPITULO IV de esta tesis.

⁷⁶ ROMERO MATUTE, B. “La obligación de información de las condiciones generales en la contratación a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 5, mayo, 2000, pág. 10 y siguientes; MIRANDA SERRANO, L.M^a. “El régimen especial de la contratación electrónica mediante condiciones generales: un magnífico ejemplo de cómo no se debe legislar”. En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M^a. J. (coord.). *Derecho patrimonial y tecnología*, Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 238 y siguientes.

⁷⁷ MORENO DE LA SANTA GARCÍA, E. “Contratación electrónica de operaciones crediticias”, *Revista Jurídica Española la Ley*, 2000 – 8, Diario 5204 de 13 de diciembre de 2000, pág. 1544. El autor indica literalmente: “(...) Por lo anterior, y respecto a esta materia que estamos estudiando, en el sector financiero se impone remover, por vía de interpretación o, cuando proceda, mediante la modificación de la normativa vigente, la interpretación literal de las disposiciones y circulares que imponen a las entidades de crédito la obligación de formalizar documentos contractuales o de remitir comunicaciones por escrito a los clientes. (...)”

principalmente, en la divulgación de información previa, en publicidad y en la emisión de ofertas. La segunda se caracteriza por el hecho de añadir nuevas formulas tuitivas - como el desistimiento o el retraso de la información o de la comunicación en soporte duradero de la información y/o de las condiciones contractuales - en una fase posterior al perfeccionamiento del contrato.

Así, las primeras iniciativas legales (especialmente, localizadas en normas que integran el primer bloque normativo) centraban su contenido regulador en el deber de información previa, en la documentación de la oferta y en la prohibición de cobrar servicios financieros no solicitados. Mientras que normas posteriores optan, además, por formulas de protección aplicables a momentos posteriores al perfeccionamiento del contrato.

Quinta, se han apuntado ya los aspectos más destacables de la regulación analizada: cada bloque normativo se caracteriza por el hecho que sus normas inciden, en uno u otro aspecto, en mayor o menor medida, en función de la problemática que deban resolver.

CAPITULO III ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCDSF

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de este CAPÍTULO III se analiza el ámbito de aplicación de la LCDSF desde un prisma material, subjetivo y territorial con el propósito de determinar el alcance de su regulación y su relación de articulación con las demás normas que conforman su contexto normativo más directo integrado por los tres bloques normativos, anteriormente, descritos.

Se constatará que, su ámbito de aplicación - material y subjetivo - se configura en base a las nociones de contrato a distancia, de proveedor, de consumidor y de servicios financieros. En virtud del artículo 4 de la LCDSF se delimita el ámbito material de la norma. En virtud de los artículos 2 y 5⁷⁸ se determina su ámbito subjetivo de aplicación.

En virtud del artículo 3, se sientan las bases de su ámbito territorial de aplicación. Por un lado, mediante el reconocimiento legal del carácter imperativo de su regulación material (*vid.* párrafos primero y segundo del artículo 3 de la LCDSF) y por otro, mediante la inserción de una norma especial de derecho internacional privado (*vid.* párrafos tercero y cuarto del artículo 3 de la LCDSF). La cual debe aplicarse de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (en adelante, el Reglamento Roma I).

⁷⁸ ARROYO APARICIO, A. “Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de ley de incorporación de la Directiva 2002/65/CE”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, año 2007 – 2, núm. 14, pág. 47 y siguientes.

2. ÁMBITO MATERIAL

El ámbito de aplicación material de la LCDSF es restringido a resultas de los requisitos que se suman a la exigencia previa de que el contrato en cuestión sea a distancia, desde un prisma espacial o geográfico (*vid.* artículo 4 de la LCDSF)⁷⁹. Restricción que, como se ha apuntado, se halla en coherencia con el carácter especial de la protección que la LCDSF brinda.

Así, el ámbito material de la LCDSF se configura partiendo de la observancia de cinco requisitos que deben concurrir en el contrato a distancia de la LCDSF: (obviamente) la falta de presencia física y simultánea de las partes contratantes (incluido, el momento de la celebración del contrato) que define al contrato a distancia (*vid.* artículos 4.1 y 4.3 de la LCDSF); las partes contratantes que siempre deben ser un proveedor y un consumidor (*vid.* artículos 4 y 5 de la LCDSF); el uso exclusivo de técnicas de comunicación a distancia (incluido, el momento de la celebración del contrato); el sistema de venta o de prestación de servicios que debe ser organizado por el proveedor y finalmente, el objeto del contrato que debe ser la prestación de servicios financieros (*vid.* artículo 4.3 de la LCDSF). Con alguna salvedad (referida al objeto del contrato), el planteamiento es muy similar al que incorpora la vigente regulación sobre contratos a distancia con consumidores del Real Decreto Legislativo 1/2007 (tras las modificaciones realizadas, en virtud de la Ley 3/2014 por la que se transpone la Directiva 2011/83/UE a nuestro ordenamiento jurídico [*vid.* artículo 92.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007])⁸⁰.

⁷⁹ De hecho, la letra del artículo 4 incorpora en el ámbito de aplicación de la LCDSF, los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor y las ofertas relativas a los mismos siempre que generen obligaciones para el consumidor. A través de esta mención alusiva a la oferta, el legislador incide en la posibilidad de que el contrato a distancia pueda responder a la iniciativa del consumidor. En cuanto a la distancia geográfica que debe existir entre las partes, ésta se infiere de la exigencia añadida de que el contrato a distancia se suscriba en el marco de un sistema de venta o de prestación de servicios organizado por el proveedor - tal y como éste es definido en el propio artículo 4.3 de la LCDSF - “cuando para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y del consumidor consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares.”

⁸⁰ El artículo 92 del Real Decreto Legislativo 1/2007 en su vigente redacción incorpora una definición de contrato a distancia similar. Si bien, la Directiva 2011/83/UE - que la Ley 3/2014 transpone - añade una aclaración, en su considerando 20: la definición de contrato a

Tres de los anteriores requisitos se refieren al modo de celebración del contrato. Otro, a las partes del contrato a distancia y el último, al objeto del contrato (en coherencia, en este último caso, con el carácter sectorial de la LCDSF).

Este enfoque restringido de la LCDSF determina el carácter, mayoritariamente, acumulativo de su relación de articulación con las demás normas de su entorno (*vid.* artículo 1 de la LCDSF) integrado por los tres bloques normativos, anteriormente, descritos. Como se apuntaba al inicio de esta tesis, algunas de estas normas utilizan la noción de contrato a distancia como equivalente a la tradicional categoría de contratos entre ausentes⁸¹.

2.1. CONTRATO A DISTANCIA

La LCDSF extiende su ámbito al contrato celebrado entre el proveedor y el consumidor (y a las ofertas relativas a los mismos siempre que generen obligaciones para el consumidor⁸²) cuyo objeto es la prestación de servicios financieros, en el marco de un sistema de venta o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor cuando utilice, exclusivamente, técnicas de comunicación a distancia incluida la celebración del contrato (*vid.* artículo 4.1 de la LCDSF). Lo que permite confirmar la concu-

distancia debe cubrir las situaciones en las que el consumidor, únicamente, visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar la información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia.

⁸¹ El ámbito de aplicación de cada norma debe adecuarse a la problemática que ésta esté llamada a afrontar. De ahí, la importancia de que cada uno de los conceptos y requisitos sobre los que dicho ámbito se configure presente el significado y alcance adecuados para absorber los supuestos de hecho que el legislador pretenda regular. Sobre las diferencias entre el contrato a distancia como noción, recientemente, vinculada a los consumidores y el contrato entre ausentes como categoría, tradicionalmente, vinculada a la determinación del momento de perfeccionamiento, léase MENÉNDEZ MATO, J.C. *El contrato vía Internet*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2005, pág. 279 a 297. El autor distingue entre la categoría de contrato concluido a distancia que ha ido apareciendo, en los últimos años, asociada al consumidor y la categoría jurídica de contrato perfeccionado entre ausentes o partes no presentes. La primera se basa en el exclusivo criterio de la distancia geográfica mientras que la segunda se basa en la distancia geográfica y en la temporal siendo, por tanto, en este sentido, más amplia la primera.

⁸² La oferta se refiere a las realizadas por el consumidor, aunque, el artículo no lo indique de forma expresa. Léase al respecto: RICO CARRILLO, M. *Derecho de los negocios*, núm. 235, abril 2010.

rrencia de las exigencias, anteriormente, citadas, que se someten a las siguientes consideraciones^{83 84} .

Primero, la exigencia de una distancia física entre las partes contratantes debe ser entendida, en el caso de la LCDSF (y de otras normas) en un sentido, estrictamente, espacial⁸⁵ - que no, temporal – (*vid.* artículo 4.3 de la LCDSF). Si el planteamiento fuera otro y el concepto se basara en la distancia temporal ocurriría que, determinadas técnicas de comunicación a distancia que (por su propia naturaleza) permiten una comunicación instantánea entre partes que se hallan físicamente separadas (como es el teléfono o la videoconferencia) no se hallarían sometidas a la regulación de la LCDSF. Lo que constituiría un planteamiento poco atento a la protección de los intereses económicos del consumidor y poco afín al principio de neutralidad tecnológica: en su virtud, determinadas situaciones merecedoras de protección escaparían de la regulación de la LCDSF.

Cuestión distinta es: en qué momento del *iter* contractual debe producirse la falta de presencia física y simultánea de las partes. En línea con la LCDSF, algunos autores se manifiestan a favor de la exigibilidad de este requisito durante la negociación y la cele-

⁸³ Sobre la definición de contrato a distancia en la LCDSF, léase: SALELLES, J.R. “La contratación a distancia de servicios financieros en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, V – 2006, pág. 210 y siguientes; MARÍN LÓPEZ, J.J. “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”, *Estudios sobre consumo*, núm. 76, 2006, pág. 15 y siguientes y ARROYO APARICIO, A. “Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de ley de incorporación de la Directiva 2002/65/CE”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, año 2007 – 2, núm. 14, pág. 44 y siguientes.

⁸⁴ Sobre la definición de contrato a distancia, léase PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 36 y siguientes y ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 151 y siguientes.

⁸⁵ PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 29 y siguientes.

bración del contrato (*vid.* artículos 4.1 y 4.3 de la LCDSF)⁸⁶. Lo que restringe el alcance de su protección. Otros destacan lo criticable que resulta dicho planteamiento dado que permite burlar, fácilmente, la protección del consumidor bastando un contacto presencial entre las partes, en algún momento del proceso previo a la celebración del contrato⁸⁷. No obstante, la reciente Directiva 2011/83/UE que contiene la regulación general aplicable a los contratos a distancia con consumidores (con exclusión de los servicios financieros) incorpora la aclaración de que los contratos a distancia pueden abarcar aquellas situaciones en las que el consumidor, únicamente, visite el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información, siempre que, la subsiguiente negociación y celebración del contrato tengan lugar a distancia (*vid.* considerando 20 de la Directiva 2011/83/UE).

Mediante esta aclaración se amplía el alcance de la protección al consumidor, por lo que, esta tesis entiende que su observancia es positiva - en cuanto evita que se burle, fácilmente, la protección del consumidor - y no carece de razón de ser puesto que el mero contacto presencial en un momento inicial y a efectos, de transmitir una información no diluye los riesgos de disminución de la información cuando el modo de comercialización es a distancia. Por lo que, su extensión a la LCDSF es defendible si se quiere alcanzar una eficaz protección del consumidor (*vid.* considerando 3 de la DCDSF).

En segundo lugar, hasta (e incluida) su celebración, los contratos a distancia deben basarse en el uso exclusivo de técnicas de comunicación a distancia. Las cuáles, en consonancia con el principio de neutralidad tecnológica, se identifican con carácter abierto mediante alusión genérica a los "(...) medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares. (...)") (*vid.* artículo 4.3 de la LCDSF) admitiéndose, según defiende esta tesis, un uso combinado de los mismos, a lo largo del proceso de co-

⁸⁶ PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 95 y siguientes.

⁸⁷ MARÍN LÓPEZ, J.J. "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", *Estudios sobre consumo*, núm. 76, 2006, pág. 18.

mercantilización, más concretamente, durante la fase de generación del contrato (a pesar de la dicción literal del artículo 4.3 de la LCDSF)⁸⁸. Algunos autores han considerado defectuosa esta redacción por el hecho que se circunscribe la utilización de las técnicas de comunicación a distancia a la negociación y celebración del contrato sin contar con otras etapas como son la administración, ejecución y consumación del contrato. Etapas que los indicados autores estiman relevantes considerando que los servicios financieros pueden calificarse, en muchos casos, de servicios de tracto sucesivo⁸⁹. Esta tesis defiende la idea que la no sujeción de la fase de consumación a la exigencia del uso exclusivo de técnicas de comunicación a distancia tiene su razón de ser en el hecho que la regulación de la LCDSF concierne, principalmente, a la formación del contrato a distancia con el objetivo de garantizar la libertad contractual del consumidor. La observancia de dicha exigencia, más allá de la fase de generación y de perfeccionamiento, como elemento de configuración del ámbito material de aplicación de la LCDSF excedería el espíritu de la DCDSF.

En tercer lugar, los contratos deben celebrarse en el marco de un sistema de venta o de prestación de servicios organizado por el proveedor quedando excluidos los que constituyan operaciones ocasionales^{90 91}. Puesto que, éstos no se hallarían respaldados por un sistema de venta o de prestación de servicios a distancia (*vid.* artículo 4.1

⁸⁸ GUIADO MORENO, A. "Contratación a distancia de servicios financieros. La protección del consumidor." *Revista de Derecho de Extremadura*, núm.3, 2008, pág. 299 y siguientes. Critica la autora que la redacción del artículo 4.3 de la LCDSF alude al uso exclusivamente de una técnica de comunicación a distancia. Basándose en una interpretación literal del artículo entiende que erróneamente se hace depender la categorización de la contratación a distancia del cumplimiento de este requisito. Sin embargo, subraya que el artículo es incongruente con otros preceptos de la misma ley. Concluye que "(...) con todo la exigencia ha de entenderse en sus justos términos, esto es, aplicable al específico ámbito de los servicios financieros destinados a los consumidores (...)"

⁸⁹ En este sentido, léase SALAMANCA MARTÍN, S. "Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual.", *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 96, 2009, pág. 93 y siguientes.

⁹⁰ *Vid.* considerando 18 de la DCDSF.

⁹¹ SALELLES, J.R. "La contratación a distancia de servicios financieros en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información", *Cuadernos de Derecho Judicial*, V – 2006, pág. 216. En relación con el artículo 2 de la LCDSF, el autor incide en la idea de que la contratación a distancia de servicios financieros se explica a partir de lo que puede entenderse como actividad ordinaria de las entidades financieras, descartándose la condición de proveedor para aquellos que, de forma ocasional, presten estos servicios. Añade que la propia estructura del mercado hace difícil que pueda prestarse esta actividad de manera habitual sin contar con la correspondiente autorización administrativa.

de la LCDSF). Algunos autores subrayan, correctamente, que este sistema puede estar organizado por un tercero que lo pone a disposición del proveedor; lo que ocurre, por ejemplo, en materia de tarjetas de crédito, cuyo sistema de prestación no está organizado por el propio banco que comercializa la tarjeta sino por la red internacional de que se trate⁹².

Por otro lado, esta tesis entiende que la concurrencia de una estructura organizativa creada a efectos meramente publicitarios o de información no sería suficiente para que se procediera a la aplicación de la LCDSF. Idea que fue expuesta, en su día, por algunos autores en relación con la regulación de los contratos a distancia, en general^{93 94}. El legislador comunitario confirma esta aproximación cuando, en el marco del considerando 20 de la Directiva 2011/83 dispone que el concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia no debe cubrir los casos en los que las páginas web ofrecen información, solamente, sobre el comerciante, sus bienes o servicios y sus datos de contacto. Lo que, a efectos interpretativos, es extensible a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores.

En cuarto lugar, las partes del contrato a distancia deben ser el proveedor y el consumidor, tal y como aparecen definidos (*vid.* artículo 5 de la LCDSF). Su definición es afín a las actuales tendencias legislativas, en sede de consumo (tratándose de una definición concreta de consumidor)⁹⁵.

En quinto lugar, por ser una norma sectorial, los contratos a distancia sujetos a la regulación de la LCDSF deben tener por objeto la prestación de servicios financieros (*vid.* artículos 4.1 y 4.2 de la LCDSF)⁹⁶.

⁹² NOVAL LAMAS, J.J. “La protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros.”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 2014, pág. 108 y siguientes.

⁹³ ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 162 y siguientes.

⁹⁴ Diferentemente, el uso de un sistema electrónico de contratación con condiciones generales y particulares - como aquel al que, de forma implícita, se refiere el artículo 27 de la LSSICE – podría constituir un buen indicador de la concurrencia de la estructura organizativa exigida en virtud del artículo 4 de la LCDSF.

⁹⁵ *Vid.* apartado 2.2 de este CAPITULO.

⁹⁶ *Vid.* apartado 2.3 de este CAPITULO.

Todo ello determina el alcance restringido de su regulación (*vid.* artículo 4 de la LCDSF). Aunque, la categoría jurídica de contrato a distancia (aplicada a consumidores) se considere más amplia que la de contratos entre ausentes empleada en otras normas; precisamente, por que la primera se basa, únicamente, en el criterio de la distancia geográfica frente a la tradicional categoría jurídica de los contratos entre ausentes – empleada en otras normas – que, a la distancia geográfica añade la distancia temporal o el uso de determinados medios de comunicación a distancia (*vid.* párrafo segundo del artículo 54 del Código de Comercio) (*vid.* el punto *h*) del anexo de la LSSICE⁹⁷).

2.2.PARTES DEL CONTRATO

Las definiciones de proveedor y de consumidor son esenciales en la configuración del ámbito de aplicación de la LCDSF (*vid.* artículos 4 y 5 de la LCDSF) dado que, sólo los contratos a distancia suscritos entre proveedores y consumidores se hallan sujetos a su regulación.

Ambas definiciones giran en torno al calificativo de profesional. Por un lado, proveedor es toda persona física o jurídica, pública o privada que, en el marco de sus actividades empresariales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia (*vid.* artículo 2 de la LCDSF). De modo que, proveedor es todo profesional con independencia de si éste se halla sometido o no, a la supervisión de las autoridades de control propias del mercado de los servicios financieros (esto es, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones) (*vid.* artículos 2.1 y 5 de la LCDSF). La LCDSF se dota, así, de un alcance subjetivo mayor que el que detentan las normas sectoriales sobre ordenación y transparencia aplicables al mercado de servicios financieros.

⁹⁷ Considérese que la definición de la LSSICE responde al propósito de alcanzar un reconocimiento expansivo de la validez y eficacia de ciertos contratos a distancia suscritos por medios electrónicos (*vid.* Exposición de Motivos de la LSSICE).

Por otro lado, consumidor es toda persona física⁹⁸ que actúa⁹⁹ con un propósito ajeno a su actividad empresarial¹⁰⁰ o profesional¹⁰¹. Se trata de una noción amplia, concreta y precisa que se adapta a la terminología comunitaria. En efecto, de la definición se infiere, con especial claridad, que consumidor puede abarcar al inversor en el mercado secundario de valores^{102 103}. Cuestión que resultaba discutible a la luz de la anterior y derogada definición de consumidor^{104 105 106} (*vid.* artículo 1 de la derogada LGDCU).

⁹⁸ Sin perjuicio del margen que el legislador comunitario confiere al legislador nacional para extender la protección de la LCDSF a organizaciones sin ánimo de lucro o a terceros que recurran a servicios financieros para establecerse como empresarios (*vid.* considerando 29 de la DCDSF).

⁹⁹ ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 117 y 118. En su análisis de la Directiva 97/7/CE, la autora expone que, en el ámbito de los contratos a distancia, el momento determinante para concretar si una persona física actúa como consumidor es tanto la negociación del contrato a distancia como la celebración del mismo. Así lo evidencian determinados artículos de la norma como los relativos a la información precontractual al consumidor.

¹⁰⁰ El párrafo tercero del artículo 5 de la LCDSF define consumidor respetando las directrices de la DCDSF cuyo enfoque coincide con el de otras normas comunitarias y nacionales sobre prácticas comerciales. De hecho, la definición de la LCDSF casi reproduce la del artículo 2 d) de la DCDSF, salvo por el uso del término de “empresarial”: si la LCDSF se refiere a una actuación que debe ser ajena a una actividad empresarial o profesional, la DCDSF sustituye el adjetivo “empresarial” por el de “comercial”.

¹⁰¹ ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 97 y siguientes. Expone la autora que, conforme a la legislación comunitaria aplicable en materia de contratos a distancia, la definición se basa en dos ideas. La primera es que define al consumidor en contraposición con el proveedor mediante una delimitación negativa que lo asimila al no-profesional. La segunda es que se vincula esa actuación no-profesional a una determinada práctica comercial: en el caso analizado, los contratos a distancia. Añade la autora que, frente a otras nociones de consumidor aportadas por el derecho comunitario, la vigente en el ámbito de la contratación a distancia y en otras normas de consumo aplicables a determinadas prácticas comerciales/contractuales presenta un elevado grado de concreción. En este grupo de normas, la noción de consumidor se refiere a personas físicas; se delimita de forma negativa - entendiendo como a tal, la persona física que actúa al margen de su actividad profesional - e incorpora elementos definitorios de la práctica comercial/contractual considerada. De modo que, es consumidor la persona física que, en los contratos a los que la norma se refiere, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional.

¹⁰² Los criterios empleados en la definición de la LCDSF son más adecuados para abarcar la realidad del inversor como sujeto merecedor de protección. La definición incide en el carácter no profesional frente a la definición del artículo 1 de la derogada LGDCU que incidía en la relación que la citada figura guardaba con el mercado – entendido éste, como el origen y límite de la situación con trascendencia jurídica –.

¹⁰³ Sobre la nueva definición de consumidor y su coherencia con la realidad del cliente en operaciones de adquisición de valores negociados que, por definición, pueden ser nuevamente enajenados en el mercado, léase: SERNA GÓMEZ, F. J. “Contratación bancaria e internet”. En: BLASCO GASCO, F. de P. *Contratación y nuevas tecnologías, Cuadernos de Derecho Judicial*, XX – 2004, Madrid, LERKO PRINT, S.A., 2005, pág. 61 y 62 y REQUEIXO SOUTO, X.M. “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros des-

En su virtud, la calificación como “destinatario final” del inversor de valores en un mercado secundario resultaba cuestionable¹⁰⁷ puesto que, los valores adquiridos volvían al mercado (*vid.* artículo 1 de la derogada LGDCU). Hecho que dificultaba la calificación del inversor como “destinatario final”, considerando que, bajo esta expresión, se designaba el último eslabón de la cadena económica con la idea de que los bienes o servicios adquiridos o utilizados por el consumidor no debían integrarse, nuevamente,

tinados a los consumidores.” *Actualidad Civil*, núm.13, quincena de 1 al 15 de julio, 2009, pág. 1477 y siguientes.

¹⁰⁴ Una interpretación integrada de ambos apartados del artículo 1 de la derogada LGDCU permite constatar que, mientras su apartado 2 calificaba al consumidor de destinatario final haciendo alusión, a través de la citada expresión, al último eslabón de la cadena económica; su apartado 3 se limitaba a aclarar qué debe entenderse por destinatario final mediante una delimitación negativa bastante compleja. En su virtud, se excluía de la consideración de destinatario final a quienes adquieren, utilicen o disfruten bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, de transformación, de comercialización o de prestación a terceros. Las siguientes sentencias inciden en la idea que no son destinatarios finales en el sentido del apartado 2 de la derogada LGDCU, los adquirentes de bienes o servicios que los empleen o integren en un proceso de empresarial, comercial o profesional. Por ejemplo: las sociedades agrarias de transformación respecto de la adquisición de herbicidas; el que adquiere una impresora para el desarrollo de actividades profesionales de publicación; la empresa que percibe un préstamo que es empleado para la adquisición de naves industriales y la empresa de hostelería que suscribe un préstamo hipotecario para la amortización – frente al banco - de deudas que son asumidas en el ámbito profesional. Léase, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo núm.568/1999 de 18 de junio (fundamento de derecho sexto); la sentencia del Tribunal Supremo núm.922/2000 de 16 de octubre (fundamento de derecho segundo); la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete núm.288/2000 de 24 de noviembre (fundamentos de derecho segundo y tercero) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.534/2002 de 13 de septiembre (fundamento de derecho primero).

¹⁰⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “El concepto de consumidor”. En: AZPARREN LUCAS, A. (dir.). *Hacia un Código del Consumidor, Manuales de formación continuada 34-2005*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pág. 28 y siguientes. El autor indica que la noción de consumidor de la (derogada) LGDCU se basa en la idea de destinatario final entendido como aquella persona física o jurídica que adquiere bienes o servicios sin volver a reintroducirlos en el mercado. Subraya que la noción de algunas directivas comunitarias que lo definen como la persona física que actúa con fines ajenos a su actividad profesional facilita su aplicación práctica.

¹⁰⁶ Si bien, se puede afirmar que la distancia entre una y otra definición no es tan significativa, si se vincula la figura del destinatario final al uso del bien o del servicio, en el ámbito privado o para dedicarlo a un uso doméstico o personal. Puesto que, esta última expresión es asimilable a la mención de una actuación al margen de la actividad profesional, en coherencia con la LCDSF. Lo que no excluye que la significación de la mención al uso en el ámbito privado, familiar y doméstico pueda considerarse, más restringida que la más amplia exigencia de una actuación al margen de una actividad profesional.

¹⁰⁷ La vuelta al mercado de los valores excluía, en principio, la consideración de consumidor, si no se partía de una interpretación flexible del citado artículo (*vid.* artículo 1 de la derogada LGDCU).

en procesos de producción, de transformación o de “comercialización” ni volver al mercado.

Por otro lado, SÁNCHEZ CALERO introduce un interesante matiz en lo que concierne a la definición de consumidor cuando ésta concierne a los contratos de seguros privados, especialmente, cuando el tomador del seguro no coincida con el asegurado (*vid.* artículo 7 de la LCS)¹⁰⁸. Subraya que, en el caso en que, el tomador del seguro y el asegurado sean dos personas distintas, el asegurado deberá ser, igualmente, una persona física en la que concurra la circunstancia de que el seguro sea ajeno a su actividad comercial o profesional. En la correcta opinión del autor el artículo 5 de la LCDSF menciona la circunstancia de que ha de tratarse de una persona que al contratar a distancia, ha de realizar la búsqueda del aseguramiento con una finalidad ajena a su actividad comercial o profesional con referencia a la actuación del tomador del seguro, pero, precisamente, por esa razón ha de pensarse que, en el supuesto de que el asegurado sea una persona diversa, tal finalidad ha de reflejarse en esta.

2.3.SERVICIO FINANCIERO

El objeto del “contrato a distancia” es la prestación de servicios financieros que se definen a través de una fórmula inicial, de carácter genérico y abierto (en línea con la DCDSF¹⁰⁹) acompañada de un mecanismo de remisión a favor de ciertas normas sec-

¹⁰⁸ SÁNCHEZ CALERO, F. “Aspectos generales de la contratación a distancia del seguro”, *Foro galego: revista xurídica*, núm. 198, 2008, págs. 187 y siguientes. Indica el autor: “(...) como dice el artículo 7 de la LCS el “tomador del seguro puede contratar contraer el seguro por cuenta propia o ajena”, estableciendo una eventual distinción, como hemos dicho, entre tomador del seguro, como contratante del seguro, y el asegurado, que es titular del interés que se asegura. El artículo 5 citado parece pensar en los supuestos en los que el tomador del seguro contrata por cuenta propia y tiene, por consiguiente al propio tiempo, la condición de asegurado al decir que en el contrato a distancia la persona física actúa “con un propósito ajeno a su actividad”, pensando que el interesado en el seguro es él mismo. Si es así, en tal caso no existirá problema para la delimitación del ámbito de aplicación de este régimen especial para el caso de contrato a distancia. En el supuesto de que el tomador del seguro actúe por cuenta de otro, o por su propia cuenta y además por cuenta de otro, ha de entenderse que el asegurado ha de ser igualmente, a los efectos de la aplicación de la Ley, una persona física en la que concurra la circunstancia de que el seguro sea ajena “a una actividad comercial o profesional propia.(...)”.

¹⁰⁹ A lo largo de la tramitación de la Directiva 97/7/CE se puso de manifiesto la voluntad del legislador comunitario de someter los servicios financieros a una regulación específica que debía responder a la especificidad y a la complejidad de los mismos, considerados en su globa-

toriales sobre ordenación y transparencia aplicables al mercado de servicios financieros (*vid.* artículo 4.2 de la LCDSF). Esta remisión es, técnicamente, correcta considerando que el modo de comercialización no afecta la naturaleza del servicio financiero tal y como indica SALELLES¹¹⁰.

Así, a la fórmula inicial la sigue una lista alusiva a varias categorías de servicios (por ejemplo, los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y las actividades de mediación de seguros) y cada categoría se define mediante remisión al artículo que incorpora su definición legal en la correspondiente norma sectorial sobre ordenación y transparencia¹¹¹.

Las ventajas de esta formulación son dos. Primero, su carácter abierto y genérico permite someter a la LCDSF cualesquiera servicios financieros que puedan prestarse a distancia (evitándose exclusiones indebidas, de conformidad con el considerando 14 de la DCDSF). Segundo, los servicios sujetos a la LCDSF quedan identificados con suficiente precisión por aplicación de la correspondiente definición legal: lo que permite un mejor encaje de la LCDSF con las demás normas sectoriales sobre ordenación y transparencia que integran su contexto normativo más directo.

lidad. Ello propició su exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 97/7/CE y de la correspondiente norma de transposición. Durante la tramitación de la DCDSF, se optó por una fórmula de exclusión genérica que evitaba el recurso a una lista enumerativa. De ahí, la fórmula abierta del artículo 2b) de la DCDSF que define servicio financiero como todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago.

¹¹⁰ SALELLES, J.R. “La contratación a distancia de servicios financieros en La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, V – 2006, pág. 214.

¹¹¹ Sobre la definición de servicios financieros en la LCDSF o en el proyecto de LCDSF, léase ARROYO APARICIO, A. “Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de ley de incorporación de la Directiva 2002/65/CE”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Año 2007 – 2, núm. 14, pág. 45 y MARÍN LÓPEZ, J.J. “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”, *Estudios sobre consumo*, núm. 76, 2006, pág. 15 y siguientes.

3. ÁMBITO SUBJETIVO

El ámbito subjetivo de aplicación de la LCDSF se define de conformidad con la regla de la ley del Estado Miembro de origen y con el principio de reconocimiento mutuo, así como, partiendo de una amplia definición legal de proveedor¹¹² (*vid.* artículos 2 y 5 de la LCDSF).

La definición del ámbito subjetivo de aplicación depende del lugar de establecimiento; así ocurre, en la LCDSF, en la LSSICE y en las demás normas que se aplican al proveedor en función de la actividad que éste desarrolla. De modo que, el lugar de establecimiento del proveedor determina la ley y las autoridades competentes para el control de su cumplimiento, de conformidad con la regla de la ley del Estado Miembro de origen.

Por consiguiente, sólo los servicios financieros que son prestados por proveedores establecidos o que tengan un establecimiento permanente en España, de conformidad con las presunciones o circunstancias descritas en el artículo 2 de la LSSICE, se someten a su regulación (*vid.* artículo 2.2 de la LCDSF) (y a la supervisión de las autoridades españolas competentes).

Lo que incluye, en primer lugar, los servicios prestados por entidades financieras inscritas en los registros administrativos españoles correspondientes y por sucursales en España (de entidades financieras extranjeras) debidamente inscritas (*vid.* artículo 2.1 de la LCDSF). Y en segundo lugar, los servicios financieros prestados por otros pro-

¹¹² El artículo 5 de la LCDSF define proveedor como toda persona física o jurídica, privada o pública que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia hallándose incluidos quienes intervengan como intermediarios, por cuenta propia, en cualquier fase del proceso de comercialización. De ahí, que la figura del proveedor deba abarcar, asimismo, a las entidades de mediación a las que se refiere el artículo 1 de la Ley 2/2009 y a las entidades no sujetas a la supervisión del Banco de España integradas en la definición de proveedor del artículo 1.1 de la LCC.

El proveedor de servicios financieros abarca a, entre otras: entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, entidades aseguradoras, mediadores o intermediarios, entidades gestoras de instituciones de inversión colectiva (que prestan servicios de inversión) y entidades gestoras de entidades de capital riesgo, así como, sus correspondientes sucursales.

veedores establecidos o que tengan un establecimiento permanente en España (*vid.* artículo 2.2 de la LCDSF)¹¹³.

No obstante, el legislador añade ciertas excepciones a la regla de la ley del Estado Miembro de origen y al principio de reconocimiento mutuo (*vid.* artículo 2.4 de la LCDSF). Su observancia conlleva la aplicación de la LCDSF a supuestos en los que ésta constituye la norma de destino.

De modo que, la LCDSF extiende en estos casos su aplicación a los servicios prestados por entidades establecidas en otro Estado Miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando éstos afecten a las materias del artículo 2.4 de la LCDSF sobre: derechos de propiedad industrial e intelectual; emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva; actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios; obligaciones nacidas de contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores; régimen de elección por las partes de la ley aplicable al contrato y licitud de las comunicaciones comerciales realizadas por correo electrónico o por cualquier medio electrónico no equivalente que no hayan sido solicitadas.

Estas materias son excepciones siempre que no hayan sido objeto de armonización plena y/o en la medida en que su contenido regulator establezca criterios distintos al principio del Estado Miembro de origen.

4. ÁMBITO TERRITORIAL

Considerando que el contrato a distancia puede quedar sujeto a la ley de otro país si hay un pacto entre las partes contratantes en ese sentido, el artículo 3 de la LCDSF tiene por efecto (i) excluir la posibilidad de que ese pacto pueda comportar que el consumidor quede desprovisto de la protección que la LCDSF le confiere, en las circunstancias que establece el artículo 6.1 del Reglamento Roma I y (ii) garantizar que la

¹¹³ DÍAZ MORENO, A. "Comentario a la legislación a la ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores." *Derecho de los Negocios*, núm. 205, octubre 2007, pág. 35 y siguientes.

elección de la ley de un Estado no Miembro como ley aplicable al contrato no deje al consumidor desprovisto de la protección que el derecho comunitario le reconoce en los casos en que la situación presente vínculos estrechos con el territorio de un Estado Miembro del Espacio Económico Europeo, en consonancia con el artículo 3.4 del Reglamento Roma I^{114 115}.

Para comprender los términos de este artículo 3 y su alcance es necesario analizar, en primer lugar, el sistema sobre ley aplicable que establece el Reglamento Roma I¹¹⁶ partiendo de la idea que sus reglas se configuran sobre la base de tres escenarios posibles: primero, que las partes elijan una determinada ley como ley aplicable al contrato (*vid.* artículos 3, 6.1 y 6.2 del Reglamento Roma I); segundo, que las partes no elijan la ley aplicable al contrato (*vid.* artículos 6.1 y 4 del Reglamento Roma I) y tercero, que el contrato suscrito con el consumidor no se halle sujeto a la norma general aplicable a los contratos de consumo (*vid.* artículos 6.4 y 7 del Reglamento Roma I).

Como se ha apuntado, el artículo 3 de la LCDSF despliega sus efectos en el primer escenario y de distinta forma. Por un lado, si las partes eligen como ley aplicable al contrato la ley de un país distinto de España, por aplicación del artículo 3 en conjunción con el Reglamento Roma I, ello no excluirá que - en las materias reguladas por la LCDSF - se siga aplicando ésta, siempre que: el contrato sea un contrato de consumo (*vid.* artículo 6.1 del Reglamento Roma I); que éste se adhiera a los requisitos del ar-

¹¹⁴ El artículo 3 de la LCDSF forma parte del sistema actual de derecho internacional privado aplicable a los contratos de consumo internacionales que está compuesto por tres clases distintas de normas: el Reglamento Roma I; las normas especiales de derecho internacional privado incorporadas en diversas directivas comunitarias (*vid.* artículo 12 de la DCDSF y otros preceptos de la misma índole) y las normas nacionales que transponen las citadas normas especiales - entre las cuáles, el artículo 3 de la LCDSF que transpone el artículo 12 de la DCDSF -.

¹¹⁵ ESTEBAN DE LA ROSA, F. "Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de derecho internacional privado". *Revista doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil*, núm. 2, 2009, pág. 15 y siguientes. Indica el autor que se trata de una norma de derecho internacional privado que guarda una relación de coherencia con el sistema general europeo de ley aplicable a los contratos.

¹¹⁶ Sobre las relaciones entre el derecho internacional privado comunitario y el derecho internacional de contratos, léase: ESTEBAN DE LA ROSA, F. *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 5 y siguientes.

título 6.1 a) y b)^{117 118} (consumidor pasivo¹¹⁹)¹²⁰ y que el consumidor tenga su residencia habitual en España. En este caso, la elección como ley aplicable al contrato de la ley de otro país no conlleva – en las materias reguladas por la LCDSF - la pérdida de la protección que la LCDSF brinda al consumidor, en tanto que, norma imperativa (*vid.* artículos 3, 6.1 y 6.2 del Reglamento Roma I). De ahí, la razón de ser de este artículo,

¹¹⁷ El artículo 6.1 del Reglamento Roma I dispone: “(...)1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviere comprendido en el ámbito de dichas actividades (...)”

¹¹⁸ Sobre el concepto de “actividad dirigida” que debe ser objeto de una interpretación armónica entre el Reglamento Roma I y el Reglamento núm.44/2001 (CE) del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (derogado y sustituido por el Reglamento [UE] núm.1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) (en adelante, el Reglamento (UE) núm.1215/2012) léase: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de diciembre 2010 (caso Pammer) en los asuntos C-585/08 y C-144/09 y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2012 en el asunto C-190/11.

¹¹⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, F. “Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de derecho internacional privado”. *Revista doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil*, núm. 2, 2009, pág. 15 y siguientes. Sitúa el autor el origen de la especial protección del consumidor pasivo en el hecho que:“(…) el consumidor pasivo es el que contrata en el mercado donde tiene su residencia habitual y, por lo tanto, no puede prever que el contrato quede regido por el derecho de un país diferente, y ello porque ha sido el empresario contratante quien ha orientado su actividad comercial a dicho país (...)” [subrayado añadido].

¹²⁰ Para que se estime que el proveedor dirige la actividad a otros Estados Miembros entre ellos el del domicilio del consumidor es necesario demostrar que el proveedor tiene intención de establecer relaciones con clientes domiciliados en otros Estados miembros con independencia de cuál sea el Estado miembro del domicilio del consumidor. El apartado 93 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de diciembre 2010 (caso Pammer) en los asuntos C-585/08 y C-144/09 lista algunos de los citados indicios que permiten considerar que la actividad del vendedor está dirigida al Estado Miembro del domicilio del consumidor asumiendo que la lista no es exhaustiva: el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados Miembros al lugar en que está establecido el vendedor, la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, con la posibilidad de confirmar la reserva en esa otra lengua, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web con el fin de facilitar al acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros. Corresponde al juez nacional comprobar si existen indicios.

conforme al cual, los consumidores de los servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen en la LCDSF (*vid.* párrafo primero del artículo 3 de la LCDSF) siendo nula tal renuncia (*vid.* párrafo segundo del artículo 3 de la LCDSF).

Por otro lado, si la ley elegida por las partes fuere a favor de un Estado no miembro y los demás elementos pertinentes de la situación se hallaran localizados en España o en otros Estados Miembros, en ese caso, en consonancia con el artículo 3 de la LCDSF en conjunción con el artículo 3.4 del Reglamento Roma I, deberá aplicarse la LCDSF si el contrato presenta los vínculos más estrechos con el territorio de España. De modo que, en caso de conflicto será el juez quien determine si el contrato presenta los vínculos más estrechos con España¹²¹. Vínculos que la propia LCDSF concreta con el propósito de garantizar un estándar mínimo de protección comunitario en ciertas condiciones de seguridad jurídica (*vid.* párrafos segundo y tercero del artículo 3 de la LCDSF). De ahí, la presunción a favor de la existencia de un vínculo estrecho: cuando el proveedor ejerza sus actividades en uno o varios Estados Miembros o cuando el proveedor dirija tales actividades a uno o varios Estados Miembros y cuando el contrato a distancia estuviere comprendido en el marco de dichas actividades o cuando el inmueble se encuentre situado en el territorio de un Estado Miembro si se trata de contratos relativos a inmuebles (*vid.* artículo 3 de la LCDSF) (*vid.* artículo 6.1 a) y b) del Reglamento Roma I).

Valga añadir, en relación con este primer escenario, que la concurrencia de un “pacto” a favor de una ley distinta a la que corresponda en virtud del artículo 6.1 del Reglamento Roma I, debe analizarse a la luz de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm. 113/2013 que concluye que no existe elección a favor de la ley de otro Estado Miembro cuando el consumidor contrata *on line* y - atendiendo a la dinámica de la contratación - no dispone de mucho tiempo para poder examinar las condiciones contractuales, entre las cuáles, la cláusula sobre ley aplicable. En el caso litigioso, se compraba un billete de avión y existía el riesgo que, cuando se decidiera a comprar, la plaza ya no estuviera en venta o hubiera subido el precio. El juez concluye que, si no

¹²¹ *Vid.* considerando 16 del Reglamento Roma I.

se dispone de esa información antes de la contratación, entonces, no cabe estimar que ha habido “pacto” para someter la cuestión litigiosa al derecho de un Estado Miembro distinto al que corresponde por aplicación de la norma general del artículo 6.1 del Reglamento Roma I. En el caso, la entidad demandada no justificó que el tiempo de reserva fuera suficiente para leer las condiciones generales de contratación¹²².

Aunque, fuera del alcance del artículo 3 de la LCDSF – que se limita a regular los escenarios en que concurre un pacto de elección de ley aplicable - valga incidir en los dos restantes escenarios posibles del Reglamento Roma I con el objetivo de determinar la ley aplicable al contrato a distancia en defecto de pacto.

El segundo escenario se produce, como se avanzaba, a falta de elección de ley aplicable. En dichas circunstancias se aplica, obviamente, la norma general de consumo a favor de ley de la residencia habitual del consumidor, si fuere un consumidor pasivo en el sentido dispuesto por el artículo 6.1 a) y b). Si no se tratara de un consumidor pasivo en el sentido dispuesto en el artículo 6.1 a) y b) se aplicará la ley que corresponda al tipo de contrato, de conformidad con el artículo 4 del Reglamento Roma I (por ejemplo: en los contratos celebrados en un sistema multilateral que reúna o que permita reunir - conforme a una única ley - los diversos intereses de compra y de venta sobre

¹²² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm.113/2013 de 30 de septiembre. En el caso, el consumidor compra un billete a la compañía Ryan Air. La cláusula litigiosa somete el contrato de transporte a la ley irlandesa y a la jurisdicción de los tribunales irlandeses. Ryan Air alega que el derecho comunitario permite la opción de que el contrato se someta al derecho de la residencia habitual del transportista si se pacta a tal fin. Señala que, aún cuando, el artículo 6 del Reglamento Roma I establece la regla general de aplicación de la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, su artículo 5.2 permite a las partes la posibilidad de elegir la ley aplicable siendo válida la del país donde el transportista tenga su residencia habitual. El juez declara que para estimar el carácter abusivo de la cláusula debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios y las circunstancias que concurren en la celebración del contrato. Tras constatar que la cláusula causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones del consumidor subraya que, atendidas las circunstancias de la contratación, el consumidor no dispone de información para conocer el contenido de la cláusula antes de la contratación: se trata de un consumidor “on line” que corre el riesgo de que cuando se vaya a comprar el billete, si se ha leído las condiciones contractuales no disponga de plaza o el precio haya subido. Por lo que, si no se dispone de esa información, no puede admitirse que haya habido “pacto” como sostiene la demandada para someter la cuestión litigiosa al derecho irlandés. En defecto de pacto, cabe aplicar el artículo 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007 en la medida en que el consumidor es residente en España y es en este país donde emite su declaración negocial (al contratar por internet) y donde se desarrolla la actividad de la demandada que tiene vuelos con salida o llegada en España.[subrayado añadido]

instrumentos financieros¹²³ o en los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario)¹²⁴.

El tercer escenario se produce en los casos en que el contrato suscrito con el consumidor no se halle sujeto a la norma general de consumo del artículo 6.1. Lo que ocurre en dos casos. Primero, si el contrato de consumo encaja en alguno de los supuestos del artículo 6.4 del Reglamento Roma I. Es decir: (i) si es un contrato de prestación de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en el que el consumidor tenga su residencia habitual; (ii) si es un contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o (iii) si se trata de derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones aplicables a la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva siempre y cuando no constituyan un contrato de prestación de servicios financieros¹²⁵ o (iv) si se trata de contratos celebrados en el marco de un sistema multilateral de negociación que reúna o permita reunir según una única ley los diversos intereses de compra y de

¹²³ En cuanto a los contratos celebrados en el marco de un sistema de negociación multilateral, el artículo 36.4 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (en adelante, la Directiva 2004/39/CE) somete las negociaciones realizadas en el marco de los citados sistemas a la ley del Estado Miembro de origen del mercado regulado. En línea, el considerando 28 del Reglamento Roma I parte de la idea que la relación contractual entre el emisor y el consumidor no debe estar necesariamente sometida a la ley de la residencia habitual del consumidor ya que es necesario garantizar una uniformidad en los términos y condiciones de una emisión o de una oferta siendo ello aplicable a los contratos concluidos, en el marco de un sistema multilateral de negociación a fin de asegurar que la ley del país de residencia habitual del consumidor no interfiera con las normas aplicables a los contratos concluidos en el marco de esos sistemas o con el operador de dichos sistemas.

¹²⁴ Dispone el artículo 4 del Reglamento Roma I que a falta de elección (i) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; (ii) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble y (iii) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros se regirá por dicha ley.

¹²⁵ A la vista del considerando 28 del Reglamento Roma I, esta tesis entiende que el contrato de prestación de servicios de inversión por el que una empresa de servicios adquiere valores para su cliente consumidor podría no estar sujeto a la regla del artículo 6.4 d) del Reglamento Roma I.

venta sobre instrumentos financieros¹²⁶. Segundo, si el contrato tuviere por objeto la prestación de un seguro (*vid.* artículo 7 del Reglamento Roma I) entonces la ley aplicable al contrato será la elegida por las partes, de conformidad con los artículos 7.2 y 7.3 del Reglamento Roma I. Sin perjuicio del hecho que, en defecto de elección de ley (i) si se tratara de un contrato de seguro que cubra un gran riesgo el contrato se regirá por la ley de la residencia habitual del asegurador (o si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos estrechos con otro país será de aplicación la ley de ese otro país) y que (ii) si se tratara de un contrato de seguro distinto de un seguro que cubra un gran riesgo las partes sólo podrán elegir entre las leyes que cita el artículo 7.3 del Reglamento Roma I y a falta de elección de ley, el contrato se regirá por la ley del Estado Miembro en el que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato.

5. VALORACIÓN CRÍTICA

Tal y como aparece definido, el ámbito de aplicación dota a la LCDSF del alcance suficiente para absorber las situaciones de desigualdad informativa a las que el legislador quiso hacer frente (*vid.* artículos 2, 3, 4 y 5 de la LCDSF).

Desde un punto de vista material, si la LCDSF se funda en la necesidad de proteger, de forma especial, al consumidor frente a las peculiaridades de determinados modos de comercialización y estos se caracterizan por el hecho de ser susceptibles de agravar las asimetrías informativas que afectan al consumidor, en el ya de por sí complejo y específico mercado de los servicios financieros, resulta lógico que su ámbito de aplicación material se delimite en base a una noción de contrato a distancia sujeta a la

¹²⁶ Recuérdese que el considerando 28 del Reglamento Roma I parte de la idea que la relación contractual entre el emisor y el consumidor no debe estar necesariamente sometida a la ley de la residencia habitual del consumidor ya que es necesario garantizar una uniformidad en los términos y condiciones de una emisión o de una oferta siendo ello aplicable a los contratos concluidos, en el marco de un sistema multilateral de negociación a fin de asegurar que la ley del país de residencia habitual del consumidor no interfiera con las normas aplicables a los contratos concluidos en el marco de esos sistemas o con el operador de dichos sistemas.

conurrencia de los requisitos analizados que restringen el alcance de su regulación en razón del modo¹²⁷.

Cabe plantearse la cuestión de si resulta excesivo o no, el hecho de que el mero contacto presencial, en algún momento de la “negociación”, llegue a excluir la aplicación de la LCDSF. Esta tesis entiende que no necesariamente. Si bien, el requisito de la falta de presencia física y simultánea de las partes podría ser interpretado a la luz de la reciente Directiva 2011/83/UE que admite, con alcance restringido, una visita del consumidor en el establecimiento del proveedor con el único fin de recabar cierta información estandarizada, siempre que la negociación y celebración posteriores sean a distancia; lo que debería ser extensible a la regulación aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros si se quiere alcanzar, de forma eficaz, un alto nivel de protección del consumidor (*vid.* considerando 3 de la DCDSF). Esa posibilidad no debería ser descartada, máxime a la vista del artículo 7.2 de la LCDSF que literalmente exige la comunicación “por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia” respecto de la información del apartado 7.1 – sin alusión expresa alguna a la información del artículo 8 de la misma norma -.

Al fin y al cabo, la LCDSF dota al consumidor de un fuerte mecanismo tuitivo: el desistimiento que, salvo ciertas excepciones, se aplica a todos los servicios financieros en razón del modo de comercialización. Modo de comercialización que, por otro lado, se caracteriza por el hecho que genera ciertos riesgos especiales – fundamentalmente, desinformación y falta de reflexión –.

En cualquier caso, el resultado es que se dota de un restringido alcance a la LCDSF; en coherencia con el principio de intervención mínima y con su papel de norma de

¹²⁷ ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 151 a 154. Indica la autora, en relación con el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 97/7 que lo determinante para la calificación de “contrato a distancia” no es tanto el tipo de contrato concreto ni el objeto sobre el que recaen (sean bienes o servicios) cuanto los sujetos contratantes y principalmente, el modo de celebración del contrato. En concreto, las circunstancias que rodean la celebración del contrato, con especial atención al sistema de contratación a distancia organizado por el proveedor para la celebración de los contratos.

consumo llamada a completar y a corregir la regulación preexistente con la que guarda una relación de articulación, mayoritariamente, cumulativa¹²⁸.

Desde un punto de vista subjetivo, se ha constatado que la formulación del ámbito de aplicación de la LCDSF parte de una definición amplia de proveedor (*vid.* artículo 5 de la LCDSF) que desarrolla la regla del Estado Miembro de origen y el principio de reconocimiento mutuo (*vid.* artículo 2 de la LCDSF) cuya aplicación somete a ciertas excepciones.

Finalmente, el ámbito de aplicación territorial de la LCDSF tiene por efecto no privar del estándar mínimo de protección comunitario al consumidor cuando se pacte como ley aplicable al contrato la de un Estado Miembro no comunitario siempre que la situación presente vínculos estrechos con el territorio de la Unión Europea (*vid.* artículo 3 de la LCDSF).

¹²⁸ *Vid.* artículo 1 de la LCDSF.

CAPITULO IV

PRINCIPIOS APLICABLES

1. INTRODUCCIÓN

En este CAPITULO se analiza el significado y alcance de algunos¹²⁹ de los principios que informan¹³⁰ la regulación en materia de comercialización a distancia con consumidores: el principio de intervención mínima; el de equivalencia funcional; el de neutralidad tecnológica y el de la exigencia al proveedor de un especial nivel de diligencia y de cuidado¹³¹ (concepto que se nutre, en parte, del principio de la buena fe objetiva, tal y como subraya MASSAGUER)¹³².

¹²⁹ ILLESCAS ORTIZ, R. "La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica", *Revista del Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2003, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2003, pág. 19 y siguientes. El autor subraya que los siguientes cinco principios generales resultan fundamentales, en orden a disciplinar el comercio electrónico: el principio de equivalencia funcional, el de neutralidad tecnológica, el de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos, el de buena fe y el de libertad contractual o de pacto. Se añade que dicha enumeración es, sin ánimo excluyente de algún otro principio más y sin ánimo de negar que algunos de estos principios no son patrimonio exclusivo del derecho del comercio electrónico.

¹³⁰ ILLESCAS ORTIZ, R. "Los principios de la contratación electrónica, revisitados". En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN M.J. (coord.) y otros. *Derecho patrimonial y tecnología*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 21. Afirma el autor que los principios de la contratación electrónica sirven como elementos de reflexión y de guía, en orden a fijar los puntos de equilibrio entre las nuevas realidades y la disciplina jurídica preexistente. Se añade que, en el ámbito especial de la contratación electrónica, el juego combinado de los principios ha servido, principalmente, para: integrar el comercio electrónico en el ordenamiento general de los contratos privados; mantener la singularidad del soporte utilizado en la celebración, la administración y ejecución y finalmente, guiar el contenido de las disposiciones legales tendentes a evitar lagunas en la materia y dotar de seguridad jurídica a la contratación electrónica.

¹³¹ A los citados principios se refiere la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana núm.126/2008 de 25 de junio (fundamento de derecho segundo). Frente a una acción de reclamación de cantidad por la realización de dos transferencias por parte de terceras personas sin consentimiento ni orden de los actores se expone que, para comprender la regulación del comercio electrónico, es conveniente partir de los principios generales por los que suele regirse toda la regulación de la materia que han sido extraídos por la doctrina en base a un análisis de derecho comparado y, sobre todo, en el plano del Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Se citan los siguientes: principio de equivalencia funcional, principio de inalteración del derecho preexistente, principio de la neutralidad tecnológica, preponderancia de la buena fe y mantenimiento de la libertad contractual.

¹³² MASSAGUER, J. *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 59 a 78.

Algunos fueron formulados para su aplicación específica al comercio electrónico y, actualmente, extienden su aplicación al régimen jurídico de la comercialización a distancia^{133 134}: noción más amplia que abarca el comercio electrónico. De manera que, por ser de común observancia, garantizan una mejor coherencia del contenido regulador de las normas afectadas (en este caso, la LSSICE, la LCDSF y el Real Decreto Legislativo 1/2007).

De hecho, dichos principios informan su regulación, de una forma conjunta y equilibrada, como se constatará¹³⁵. El punto de equilibrio se puede medir atendiendo, entre otros aspectos, a la finalidad y a los objetivos que sienta la Ley Modelo sobre comercio electrónico referidos a la necesidad de establecer un conjunto de reglas mínimas esenciales¹³⁶ que sirvan a los Estados para promulgar un marco jurídico seguro y neutro que, a su vez, permita la adaptación al uso de las nuevas tecnologías (eliminando los obstáculos legales al uso de las nuevas tecnologías y la incertidumbre en torno a la validez y eficacia de los mensajes de datos) con el propósito de promover la economía y de fomentar el comercio internacional¹³⁷.

¹³³ Sobre la influencia de la Ley Modelo sobre comercio electrónico en la formulación de los citados principios, léase: ILLESCAS ORTIZ, R. "Los principios de la contratación electrónica, revisitados". En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN M.J. (coord.) y otros. *Derecho patrimonial y tecnología*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 21 a 23. Subraya el autor que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico hecha en 1996 y la complementaria Guía para su incorporación contienen las bases fundamentales, a partir de las cuáles, los principios fueron individualizados y dotados de contenido.

¹³⁴ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno, NACIONES UNIDAS, Nueva York, Publicaciones Naciones Unidas, 1999, ISBN 92-1-333278-5, pág. 17 y 18. En el marco de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo sobre comercio electrónico al derecho interno (1996) se indica que la Ley Modelo no especifica lo que se entiende por "comercio electrónico" y que entre los medios de comunicación recogidos en el citado concepto cabe citar, no sólo, la comunicación por medio de EDI sino también, otras técnicas como el télex, la telecopia o el fax. En el punto 8 de la Guía se añade que los principios en los que se inspira la Ley Modelo son, igualmente, aplicables a otras técnicas menos avanzadas que el intercambio electrónico de datos (EDI) y el correo electrónico como, por ejemplo, el fax.

¹³⁵ ILLESCAS ORTIZ, R. "Los principios de la contratación electrónica, revisitados". En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN M.J. (coord.) y otros. *Derecho patrimonial y tecnología*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 21.

¹³⁶ Consta en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo que sus artículos se limitan a la observancia del "mínimo esencial" bajo el doble propósito de respetar las diferencias entre normas de derecho interno y de garantizar cierto grado de uniformidad para un desarrollo armonioso de las relaciones comerciales nacionales e internacionales.

¹³⁷ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno, NACIONES UNIDAS, Nueva York, Publicaciones Naciones Unidas,

Esa necesidad y objetivos permiten constatar en qué medida la regulación de la LCDSF desarrolla y mantiene un adecuado equilibrio entre principios. O por el contrario, en qué medida no se confiere, en cada situación, el peso adecuado a cada uno de ellos. Lo que exige un análisis del régimen jurídico aplicable a cada uno de los mecanismos tuitivos, a la luz de estos principios con el objetivo de determinar las eventuales carencias de la LCDSF.

2. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

El principio de intervención mínima ejerce la función de “guía” o de “indicador” del proceso de ajuste del derecho (internacional, comunitario y nacional) al uso de las nuevas técnicas de comunicación. En su virtud, sólo, se debe ofrecer una regulación por razón del modo o de la modalidad de contratación que se centre en los aspectos necesarios vistas las especialidades del modo/modalidad, de forma que ésta se limite a completar el derecho vigente¹³⁸.

Las fórmulas de remisión al derecho preexistente son una concreción del principio.

1999, ISBN 92-1-333278-5, pág. 16 y 17. En la Introducción a la Ley Modelo, letra A) sobre objetivos, se hace constar que la finalidad de la Ley Modelo es: “(...) la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar alguno de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de “comercio electrónico” (...).”. Se añade que “(...) Los objetivos de la Ley Modelo, entre los que figuran el de permitir o facilitar el empleo del comercio electrónico y el de conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre papel, son esenciales para promover la economía y la eficiencia del comercio internacional.(...)”.

¹³⁸ Sobre la necesidad de no convertir la contratación electrónica en un ámbito cerrado y ajeno al derecho preexistente, léase: ILLESCAS ORTIZ, R. “Los principios de la contratación electrónica, revisitados”. En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN M.J. (coord.) y otros. *Derecho patrimonial y tecnología*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 21 y 22 y SERNA GÓMEZ, F.J. “Contratación bancaria e internet”. En: BLASCO GASCO, F. de P. (dir.). *Contratación y nuevas tecnologías, Cuadernos de Derecho Judicial*, XX – 2004, Madrid, LERKO PRINT, S.A., 2005, pág. 44 y 45.

2.1.VIGENCIA DEL DERECHO PREEXISTENTE

Si bien, algunos autores aluden al “principio de inalterabilidad del derecho preexistente en materia de obligaciones y de contratos”, en esta tesis, se designa la misma realidad – esto es: la tendencia del legislador a limitar, en lo necesario, el proceso de cambio y de ajuste del derecho al uso creciente de las nuevas técnicas de comunicación en el mercado - de una forma distinta. Aunque, más adecuada al entorno legislativo actual: “principio de intervención mínima”.

Actualmente, ya no es posible hablar de la inalterabilidad del derecho dada la constante proliferación de normas. Tal y como ha venido afirmando ILLESCAS, existe un creciente proceso de fatiga¹³⁹ del principio de inalterabilidad del derecho preexistente, en materia de obligaciones y contratos. De ahí que, en esta tesis, se defienda la idea de que la expresión “principio de intervención mínima” puede resultar más adecuada.

Este principio no responde a un planteamiento novedoso, sus primeras manifestaciones se localizan en el ámbito internacional y en el comunitario. Es un ejemplo: la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre una Iniciativa Europea al Comercio Electrónico (en adelante, la Comunicación sobre Comercio Electrónico) (1997)¹⁴⁰. En ella, la Comisión insta a la adopción de un marco regulador europeo sólido y flexible en mate-

¹³⁹ ILLESCAS ORTIZ, R. “Los principios de la contratación Electrónica, revisitados”. En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN M.J. (coord.) y otros. *Derecho patrimonial y tecnología*, Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 30 a 37. Indica el autor que esta situación de fatiga se manifiesta, entre otros, en la concurrencia de ciertas excepciones al principio de inalterabilidad del derecho preexistente en materia de obligaciones y contratos mediante modificaciones de aspectos concretos y específicos del derecho de obligaciones y contratos. Entre las cuáles, la introducción con carácter, parcialmente, imperativo, de una regulación del acuse de recibo de la aceptación (en la LSSICE) y la observancia imperativa, del derecho de desistimiento, en el ámbito de la contratación a distancia con consumidores.

¹⁴⁰ “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “Iniciativa Europea de Comercio Electrónico””, COM (97) 157 final, Bruselas, 16 de abril de 1997, pág. 22. Literalmente, la Comisión alude a la necesidad de: “(...) No regular por regular: (...) Sólo se requerirá una actuación comunitaria cuando el reconocimiento mutuo no baste para eliminar los obstáculos en el mercado o proteger objetivos de interés general. Cualquier intervención legislativa debe imponer menores cargas posibles al mercado y adecuarse a su evolución. (...) Toda reglamentación debe satisfacer objetivos de interés general de manera efectiva y eficaz: (...)”

ria de comercio electrónico que se ajuste a una serie de pautas como que “no se regule por regular” y que su contenido regulador resulte eficaz y eficiente.

Como se ha apuntado, las diversas fórmulas de remisión de la LCDSF y de la LSSICE son un claro ejemplo de respeto al citado principio de intervención mínima.

2.2. NÚCLEO DE REGULACIÓN ESPECIAL

La aplicación del principio no excluye que la LCDSF ofrezca una regulación específica a aquellas situaciones que precisan de un tratamiento distinto por razón de las especialidades del modo.

Así, se contemplan las siguientes fórmulas para su aplicación en la fase de generación del contrato a distancia: la información previa para evitar que la falta de presencia física y simultánea de las partes comporte un menor nivel de información al consumidor; la constancia de la celebración del contrato y de la información previa y de las condiciones contractuales en soporte duradero y la exigencia del consentimiento como requisito previo al envío de comunicaciones comerciales a través de técnicas de comunicación a distancia (de aplicación extensible, a otras fases del proceso). En fase de perfeccionamiento se observa la regla de que la falta de respuesta no puede ser considerada consentimiento en caso de prestación no solicitada de servicios.

Se observa una regulación especial en sede de desistimiento para su aplicación en la fase de consumación del contrato. Inicialmente, se reconocía un plazo de ejercicio superior al previsto en la regulación de consumo, de alcance general (*vid.* versión inicial del artículo 71 del Real Decreto Legislativo 1/2007¹⁴¹); actualmente, el vigente plazo de catorce días naturales es equivalente al previsto en la regulación general aplicable a los contratos a distancia con consumidores (*vid.* vigente artículo 104 del Real Decreto Legislativo 1/2007 tras las modificaciones realizadas, en virtud de la Ley 3/2014). El propósito, en estos casos, es evitar que el consumidor tome decisiones

¹⁴¹ Plazo mínimo de siete días hábiles.

impulsivas y no reflexionadas; sea, por la facilidad de contratar; sea, por una falta de reflexión o de análisis de la información.

Otras fórmulas susceptibles de aplicarse en esta fase son: el derecho a obtener el contrato en soporte papel, la inversión de la carga probatoria y ciertas especialidades, en sede de resolución de conflictos: la prioridad es garantizar la constancia de la información, de las condiciones contractuales y del contrato, así como, un mejor y más fácil acceso a la justicia.

2.3.REMISIONES A LA LEGISLACIÓN SECTORIAL/GENERAL

La asunción de la premisa que las técnicas de comunicación a distancia constituyen meros vehículos de transmisión de declaraciones de ciencia y de voluntad¹⁴² comporta que su regulación no exija la promulgación de un nuevo derecho regulador propio y cerrado de los contratos suscritos a distancia. De modo que, en la medida de lo posible, debe aplicarse la regulación vigente.

De ahí que, en aquellos aspectos que escapan del núcleo de su regulación, la LCDSF y demás normas que confieren una protección en razón del modo o de la modalidad de contratación a distancia recurran, como se ha apuntado al inicio, a fórmulas de remisión a favor del derecho preexistente.

Son ejemplos destacables la remisión genérica del párrafo segundo del artículo 23.1 de la LSSICE¹⁴³ y otros artículos de la LCDSF que introducen remisiones a favor de: el artículo 6 del Código Civil sobre la nulidad de la renuncia a los derechos reconocidos

¹⁴² SERNA GÓMEZ, F.J. "Contratación bancaria e internet". En: BLASCO GASCO, F. de P. (dir.). *Contratación y nuevas tecnologías, Cuadernos de Derecho Judicial*, XX – 2004, Madrid, LERKO PRINT, S.A., 2005, pág. 44 y 45. Incide el autor en la idea consistente en que la utilización de internet no cualifica a las obligaciones establecidas a través de este canal. Muy al contrario, internet no debe ser considerado sino como un simple medio para el establecimiento, perfección y consumación de obligaciones ya típicas en función de su propia naturaleza.

¹⁴³ Tras el reconocimiento de la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, el párrafo segundo somete los contratos suscritos por medios electrónicos a las restantes normas civiles y mercantiles de nuestro ordenamiento jurídico, incluidas las normas de consumo y de ordenación de la actividad económica.

por la LCDSF en tanto que norma imperativa (*vid.* artículo 3 de la LCDSF); ciertos artículos de la regulación sectorial sobre ordenación y transparencia que definen algunas de las categorías de servicios financieros sujetas a la regulación de la LCDSF (*vid.* artículo 4.2 de la LCDSF); cierta regulación sectorial sobre ordenación y transparencia en sede de información previa al contrato (*vid.* artículo 8 de la LCDSF); la regulación sobre nulidad del contrato que es la sanción aplicable en caso de incumplimiento de los requisitos de información previa y/o de comunicación (*vid.* artículo 9.4 de la LCDSF); la regulación en sede de comunicaciones comerciales no solicitadas (*vid.* artículo 14.1 de la LCDSF) y el régimen sancionador previsto en la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia (*vid.* artículo 18.2 de la LCDSF) o el previsto en el marco de la normativa sobre consumo (*vid.* artículo 18.3 de la LCDSF).

3. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL

Conceptualmente, el principio de equivalencia funcional presenta una doble dimensión: de equivalencia (dimensión positiva) y de no discriminación (dimensión negativa)¹⁴⁴. Desde la vertiente de la equivalencia, el principio reconoce al soporte duradero el mismo valor y efectos jurídicos que al soporte papel¹⁴⁵. Desde la vertiente de la no discriminación, evita la imposición de obstáculos normativos que generen discriminaciones en torno al uso de determinados medios o técnicas de comunicación, a resultas de la imposición de requisitos injustificados cuya razón de ser sea el mero hecho del uso de una técnica de comunicación a distancia.

¹⁴⁴ ILLESCAS ORTIZ, R. “La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica”, *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2003, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, pág. 21. En su análisis del principio de la equivalencia funcional, incide el autor, en la existencia de una discusión dogmática en torno a si la equivalencia y la no discriminación son uno o dos principios distintos. Cuestión que el autor resuelve (a efectos prácticos) en pro de la existencia de una dimensión positiva y negativa de la regla de la equivalencia.

¹⁴⁵ ILLESCAS ORTIZ, R. “Los principios de la contratación electrónica, revisitados”. En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN M.J. (coord.) y otros. *Derecho patrimonial y tecnología*, Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 26 a 29 e ILLESCAS ORTIZ, R. “La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica”, *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2003, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, pág. 19 y siguientes.

Como ha venido subrayando la doctrina, la Ley Modelo sobre comercio electrónico junto con la Guía para la Incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI (en adelante, la Guía) presenta su regulación más completa. En su marco, se desarrolla el significado y la formulación del principio atendiendo a ese doble propósito de suprimir la incertidumbre jurídica respecto de la validez o de la eficacia de las declaraciones expresadas por medios electrónicos (entendidos éstos, en un sentido amplio¹⁴⁶) y de eliminar los obstáculos jurídicos existentes. Si bien, es cierto que, la ausencia de una formulación expresa ha sido suplida en varios ordenamientos jurídicos mediante el principio de libertad de forma¹⁴⁷.

Valga incidir, brevemente que, a la conexión entre la libertad de forma y el principio de equivalencia funcional se refiere la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de 14 de enero de 2011. Previa alusión al criterio no formalista que rige la contratación, establece un paralelismo entre la LSSICE y la LCDSF en el sentido que, ambas normas reconocen eficacia jurídica a los contratos electrónicos, válidamente, celebrados; sin más indicación que las declaraciones de voluntad deben constar en soporte electrónico/duradero, como ocurre en el supuesto litigioso. En coherencia, la Audiencia Provincial revoca el auto del Juzgado de Primera Instancia de Badalona, por el que, se deniega la admisión a trámite de la petición de proceso monitorio basándose en el hecho que, la transcripción en soporte duradero de las instrucciones verbales del titular, por las que se activa la tarjeta no revelan un principio de prueba del derecho del peticionario¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno, NACIONES UNIDAS, Nueva York, Publicaciones Naciones Unidas, 1999, ISBN 92-1-333278-5, pág. 16 y 17. Se hace constar en la Guía, en relación con el ámbito de aplicación de la Ley Modelo que los principios en los que se inspira su regulación, así como, sus disposiciones, son aplicables, no sólo a las técnicas más modernas de comunicación, tales como el EDI y el correo electrónico, sino también a otras técnicas menos avanzadas como el telegrama, el telex y el telefax.

¹⁴⁷ ILLESCAS ORTIZ, R. "La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica", *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2003, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, pág. 21 y siguientes.

¹⁴⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 3/2011 de 14 de enero.

Al primer propósito (equivalencia) – anteriormente, indicado - responde la fórmula negativa del artículo 5¹⁴⁹ de la Ley Modelo sobre comercio electrónico que ratifica la validez, la eficacia y la fuerza obligatoria de una información que esté en forma de mensaje de datos (concepto vinculado al medio electrónico) (*vid.* artículos 2 a)¹⁵⁰ y 5 de la Ley Modelo sobre comercio electrónico)¹⁵¹ y el artículo 11.1¹⁵² de la misma norma.

En la misma línea, sus artículos 6 a 8 responden al mismo propósito con la diferencia de que su formulación incide en la jerarquía existente entre requisitos formales y distingue entre el requisito de la constancia escrita, el de la firma y el del documento original a los efectos de la formulación del principio de equivalencia funcional. De modo que, la formulación del principio varía dependiendo del requisito formal afectado, más concretamente, de la función que éste esté llamado a desarrollar¹⁵³.

Por ejemplo, respecto del requisito de la constancia escrita, se indica que este quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible

¹⁴⁹ En materia de reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, el artículo 5 de la Ley Modelo sobre comercio electrónico dispone: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.”

¹⁵⁰ El artículo 2a) dispone: “(...) a) Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudiera ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o telefax (...)”

¹⁵¹ ILLESCAS ORTIZ, R. “La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica.”, *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2003, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi. pág. 27. Subraya el autor, a propósito de la noción de mensaje de datos (MD) introducida en el artículo 2 de la Ley Modelo: “(...) A su vez, la equivalencia funcional requiere que este MD sea legalmente equiparado al documento escrito o verbal en todos sus aspectos y efectos jurídicos; ninguna discriminación habrá de padecer el MD respecto del acuerdo o la declaración en papel o verbal por el mero hecho de que el MD posea un soporte diferenciado y genuino, el soporte electrónico. (...)”

¹⁵² En sede de formación y validez de los contratos, el artículo 11.1 de la Ley Modelo dispone: “1. En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos (...)”

¹⁵³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno, NACIONES UNIDAS, Nueva York, Publicaciones Naciones Unidas, 1999, ISBN 92-1-333278-5, pág. 36. En relación con el artículo 6, la Guía dispone que: “(...) Por ello, al adoptarse un criterio funcional ha de prestarse atención al hecho de que el requisito de un “escrito” ha de ser considerado como el nivel inferior en la jerarquía de los requisitos de forma, que proporcionan a los documentos de papel, diversos grados de fiabilidad, rastreabilidad e inalterabilidad.(...)”

para su ulterior consulta (*vid.* artículo 6 de la Ley Modelo sobre comercio electrónico). Exigencias que, en parte, encajan con algunos de los criterios a los que responden las definiciones legales de soporte duradero y que se consideran suficientes para alcanzar el requisito de la constancia, en el marco de la LCDSF: lo que tiene por efecto excluir la posibilidad de supeditar su cumplimiento a otras exigencias o requisitos adicionales que actuarían como obstáculos a la consolidación del uso de las nuevas técnicas en el mercado (*vid.* artículo 6 de la LCDSF)¹⁵⁴.

Al segundo propósito (no discriminación) responde el artículo 23.2 de la LSSICE. En su virtud, para la válida celebración de contratos electrónicos no será necesario el previo acuerdo de las partes para la utilización de los medios electrónicos: su exigencia sería un obstáculo injustificado y discriminatorio al uso de los medios electrónicos. Se evitan así, futuros obstáculos.

3.1.EQUIPARACIÓN DEL DOCUMENTO EN SOPORTE DURADERO AL DOCUMENTO EN SOPORTE PAPEL

La definición legal de soporte duradero tiene por efecto atribuir a cualquier soporte que se adhiera a sus exigencias o criterios el mismo valor y efectos jurídicos que corresponden al soporte papel, a efectos del cumplimiento del requisito formal de la constancia escrita¹⁵⁵ (*vid.* artículo 6 de la LCDSF)¹⁵⁶. De ahí, su especial conexión con la for-

¹⁵⁴ Ello explica los términos de la definición legal de soporte duradero en la LCDSF y en otras normas sectoriales. El artículo 6 de la LCDSF dispone: "(...) 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. (...)”

¹⁵⁵ *Vid.* la Exposición de Motivos de la LSSICE.

¹⁵⁶ MATEU DE ROS, R. “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”. En: MATEU DE ROS, R; LÓPEZ – MONÍS GALLEGU, M. (coord.). *Derecho de internet. La Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2003, pág. 89 a 91. Subraya el autor que el término de soporte electrónico no ha sido definido en el anexo a la LSSICE, aunque, su sentido ha de situarse en el contexto de las definiciones normativas de soporte duradero. Se añade que el término se proyecta en el área de la prueba o de la constancia y que la posibilidad de prueba del contrato no queda circunscrita al soporte electrónico. Por lo que, hay que rechazar cualquier conexión entre contrato y soporte electrónico, es decir, la idea de una forma electrónica en la que, obligatoriamente, tuviera que constar el contrato electrónico.

mulación del deber de comunicación que, como se constatará, cumple una función acreditativa; que no, solo, informativa¹⁵⁷.

La conexión de la definición de soporte duradero con el requisito formal de la constancia queda manifiesta a la vista de los tres criterios inherentes a la citada definición de soporte duradero y es extensible a las definiciones de soporte duradero localizadas en otras normas conexas a la LCDSF, vista su relación de similitud (*vid.* artículo 2.25) de la LSP) (*vid.* artículo 2 *b*) del Real Decreto 217/2008) (*vid.* disposición adicional primera de la LCS).

Similitud que constata el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el TJUE) en su sentencia de 5 de julio de 2012 dictada en el caso *Content Services*¹⁵⁸ cuando destaca que todas ellas exigen la concurrencia de los siguientes criterios: que el soporte permita almacenar la información dirigida, personalmente, al consumidor; que garantice su accesibilidad por un plazo de tiempo adecuado a los objetivos de la citada información y que ofrezca al consumidor la posibilidad de reproducirla sin cambios¹⁵⁹.

¹⁵⁷ *Vid.* apartado 5 del Capítulo V de esta tesis.

¹⁵⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) caso *Content Services Ltd. Contra Bundesarbeitskammer*. Sentencia de 5 de julio de 2012. En sus párrafos 43 y siguientes el TJCE confirma, previo análisis de la noción de soporte duradero presente en el artículo 5.1 de la Directiva 97/7/CE, que las definiciones de soporte duradero, posteriormente, introducidas en otras directivas responden a su mismo enfoque. Tras deducir que el soporte duradero al que se refiere el artículo 5.1 de la citada norma comunitaria debe garantizar al consumidor la posesión de determinada información al igual que el soporte papel, concreta que el primero debe permitir: almacenar la información; garantizar que no se ha alterado su contenido; garantizar su accesibilidad por un período de tiempo adecuado y, asimismo, ofrecer la posibilidad de reproducir la información de modo idéntico. El TJUE añade que este mismo enfoque lo confirman las definiciones de soporte duradero de la DCDSF, de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2002 de mediación de seguros y de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

¹⁵⁹ Así, el artículo 6 de la LCDSF define soporte duradero refiriéndose, por un lado, a su cualidad consistente en almacenar la información, de manera que, ésta se pueda recuperar en un tiempo razonable permitiendo, así, su accesibilidad (en consonancia con el texto del artículo 6 de la Ley Modelo y con la vigente redacción del artículo 80.1 *b*) del Real Decreto Legislativo 1/2007). Y por otro lado, a su cualidad consistente en la posible reproducción de la información sin cambios facilitando, así, su ulterior consulta conforme se expresa el artículo 6.1 de la Ley Modelo. No se establece el plazo de tiempo en que la información debe ser accesible o reproducible. Esa es una cuestión que la ley resuelve, simplemente, atribuyendo al consumidor la carga de la prueba al proveedor, en caso de conflicto (*vid.* artículo 17 de la LCDSF).

El primer criterio consistente en el almacenamiento de la información dirigida, personalmente, al consumidor debe conectarse con el cumplimiento del deber de confirmación o de comunicación (*vid.* artículo 5.1 de la Directiva 97/7/CE) (*vid.* artículo 9.1 de la LCDSF).

El segundo criterio exige que el almacenamiento se realice de forma que la información sea accesible por un periodo de tiempo adecuado a sus fines. Periodo de tiempo que, por otro lado, el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio, en su sentencia de 27 de enero de 2010¹⁶⁰, entiende, fundadamente, que debe abarcar el plazo necesario para que el cliente pueda hacer valer sus intereses, de modo que, puede cubrir la fase de negociación del contrato, el plazo de vigencia de la relación contractual y finalmente, un plazo posterior a la terminación del contrato (sin perjuicio de que el plazo dependerá del contenido de la información y de las circunstancias aplicables al caso, tal y como subraya el citado tribunal en el caso analizado). Si se traslada esta idea al ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores esta tesis entiende, a la vista de la indeterminación de la LCDSF, que el plazo al que se refiere la definición del soporte duradero en el caso de la LCDSF, debería abarcar las tres fases del proceso de comercialización a distancia.

Posición que estaría en línea con los criterios reiteradamente manifestados por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España – actualmente, el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (en adelante, el DCMR) - en sus memorias¹⁶¹. A grandes rasgos, indica el DCMR que las entidades de crédito han de conservar toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y obligaciones que les incumben, al menos, durante el período en que, a tenor de las normas de prescripción bien, pueda resultarles conveniente el ejercicio de los citados derechos bien, les pueda ser exigido el cumplimiento de las obligaciones. Añade el

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio de 27 de enero de 2010. Caso E-4/09. www.eftacourt.int

¹⁶¹ Memoria del Servicio de Reclamaciones 2007, Banco de España, Madrid, 2008, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.89; Memoria del Servicio de Reclamaciones 2008, Banco de España, Madrid, 2009, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág. 85 y 86; Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009, Banco de España, Madrid, 2010, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.74.

DCMR que no basta el cumplimiento del plazo de seis años que observa el artículo 30 del Código de Comercio puesto que, el citado artículo no produce una dispensa general de prueba si no que se limita a establecer el plazo mínimo de tiempo durante el cual se han de conservar los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a la actividad del empresario sin que ello releve de la carga de conservar los documentos durante el periodo de prescripción.

Finalmente, el tercer criterio es el de la reproducción, sin cambios, de la información almacenada: lo que exige la imposibilidad técnica por parte del proveedor de realizar cambios.

Estos criterios permiten excluir de la definición de soporte duradero un sitio de Internet cuando la información del artículo 5.1 de la Directiva 97/7/CE se pueda visualizar haciendo clic sobre un vínculo, si el sitio de Internet al que éste remite no permite almacenar la información y si éste no excluye (y este último, es un rasgo muy importante) cualquier posibilidad de modificación unilateral de su contenido por parte del titular de la web.

Esta es la conclusión a la que llega el TJUE en el caso *Content Services*¹⁶²: no basta para cumplir con el deber de comunicación en soporte duradero que la información sea accesible mediante un vínculo a un sitio de Internet del empresario para entender que la empresa cumple con el citado deber. Se basa en dos motivos siendo el segundo el que interesa a los efectos del análisis del concepto de soporte duradero. Primero, cuando la información sólo es accesible a través de un vínculo no es – según argumenta - ni “facilitada” ni “recibida” en el sentido que dispone la citada Directiva 97/7/CE (*vid.* artículo 5 de la Directiva 97/7/CE) y segundo, un sitio de Internet cuya información es accesible a través de un vínculo no es un soporte duradero si no garantiza la posesión de la información conforme a los tres criterios, anteriormente, indicados.

El contenido informativo de la página web de *Content Services* podía modificarse en cualquier momento; por lo que, no cumple el requisito del almacenamiento de la infor-

¹⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) caso *Content Services Ltd. Contra Bundesarbeitskammer*. Sentencia de 5 de julio de 2012.

mación, en el sentido de que, el consumidor pueda acceder a ella y reproducirla, de modo idéntico, durante un período de tiempo adecuado. El titular de la web podía cambiar la información a su conveniencia, en cualquier momento, por lo que, no estaba, a disposición del consumidor, de modo duradero (tal y como exigía la norma nacional de transposición de la Directiva 97/7/CE)¹⁶³.

En la misma cuestión incide el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio, en su sentencia de 27 de enero de 2010¹⁶⁴, con motivo del conflicto surgido entre Inconsult Asphalt (un mediador de seguros) y la *Financial Market Authority*. Se plantea la cuestión de si un determinado sitio internet constituye un soporte duradero.

El conflicto surge tras una auditoría interna realizada por la *Financial Market Authority* a raíz de la cual concluye que Inconsult Asphalt (un mediador de seguros) no cumple con sus deberes legales de comunicación al cliente. La última alega ante la *Appeal Commission* que, a través de su página web, cumple sus deberes legales, en tanto que, cualquier cliente puede descargar los documentos y/o imprimirlos y/o archivarlos y añade que, los documentos impresos desde la web son marcados, de forma automática, con la fecha de impresión. La *Appeal Commission* plantea al tribunal una cuestión relativa a la interpretación del artículo 2.12) de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2002 sobre la mediación en los seguros (en adelante, la Directiva 2002/92/CE)¹⁶⁵ sobre los criterios que un sitio de

¹⁶³ Vid. apartados 47 y 48 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) Caso Content Services Ltd. Contra Bundesarbeitskammer. Sentencia de 5 de julio de 2012. Content Services cita un informe del European Securities Market Expert Group (ESME) de 2007 que distingue entre los "sitios ordinarios" y los "sitios sofisticados" y que considera que algunos de estos últimos pueden constituir un soporte duradero. En la misma línea, Content Services alega que el progreso técnico y la evolución rápida de las nuevas tecnologías hacen posible la elaboración de sitios de internet que pueden garantizar que la información puede ser almacenada, accesible y reproducida, sin cambios, durante un periodo de tiempo adecuado; si bien reconoce que ella no utiliza este tipo de sitio.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio de 27 de enero de 2010. Caso E-4/09. www.eftacourt.int

¹⁶⁵ El artículo 2.12) de la Directiva 2002/92/CE define soporte duradero como cualquier instrumento que permita al cliente almacenar la información que se le ha enviado personalmente de forma accesible para una futura consulta durante un período de tiempo adaptado al objetivo de dicha información y que permita la reproducción exacta de la información almacenada. En particular se entenderá por soportes duraderos los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y el disco duro del ordenador del consumidor en el que se almacena el correo electrónico,

Internet debe cumplir para ser considerado un soporte duradero, de conformidad con el citado artículo¹⁶⁶.

El Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio procede a un análisis individualizado de cada uno de los criterios de la definición de soporte duradero¹⁶⁷ y subraya en relación con el tercer y último requisito – esto es, la reproducción sin cambios de la información almacenada – que, la información debe ser almacenada, de modo que, haga imposible para el mediador la posibilidad de realizar cambios de forma unilateral¹⁶⁸.

Sigue el tribunal su argumentación distinguiendo entre las webs ordinarias y las sofisticadas^{169 170} y destaca que las primeras pueden ser, libremente, cambiadas por el titular. Respecto de las segundas, si se trata de webs que actúan como un portal de información pero que ofrecen instrumentos al cliente para almacenar, sin cambios, la información en un soporte duradero, éstas permiten cumplir, correctamente, el deber de comunicación aunque, no constituyan, propiamente, un soporte duradero (por ejemplo, en los casos en que la información pueda ser almacenada en un soporte duradero como el disco duro de un ordenador). Si se trata de webs que contienen áreas de almacenamiento de la información seguras a las que sólo el usuario puede acceder a través de su código de identificación y de su *password* y que, técnicamente, excluyan la posibilidad de que el mediador pueda realizar cambios constituyen un soporte

pero no incluyen un sitio Internet, salvo si dicho sitio cumple los criterios especificados en la definición de los soportes duraderos.

¹⁶⁶ Vid. apartado 7 de la Sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio de 27 de enero de 2010. Caso E-4/09.

¹⁶⁷ Vid. apartado 39 de la Sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio de 27 de enero de 2010. Caso E-4/09. Respecto del primer criterio referido a la posibilidad de almacenar la información, personalmente, dirigida al cliente, indica el tribunal que basta con que el sitio de internet permita al consumidor almacenar la información de los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/92/CE que regula el deber de comunicación.

¹⁶⁸ Vid. apartados 61 y siguientes de la Sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio de 27 de enero de 2010. Caso E-4/09.

¹⁶⁹ Vid. apartados 56 y 57 de la citada Sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio de 27 de enero de 2010. Caso E-4/09. Se refiere el tribunal al informe realizado por el European Securities Market Expert Group (ESME'S Group): Report of July 2011 on Durable Medium – Distance Marketing Directive and Markets in Financial Instruments Directive.

¹⁷⁰ ESME'S Report on Durable Medium – Distance Marketing Directive and Markets in Financial Instruments Directive.
ec.europa.eu/finance/securities/docs/esme/durable_medium_en.pdf

duradero en el sentido del artículo 2.12) de la Directiva 2002/92/CE. De hecho, añade que, en ese caso, pueden ser comparadas al disco duro del ordenador del cliente.

Vista la sentencia y considerando la poca información que fue dispensada al tribunal respecto de la naturaleza del sitio de internet¹⁷¹ es probable que éste no fuera, en sí mismo, un soporte duradero. A la cuestión de si era susceptible o no, de servir al cumplimiento del deber de comunicación cabe afirmar que ello dependía de sus condiciones técnicas: especialmente, de si su naturaleza y forma de funcionamiento excluía o no, la posibilidad del mediador de realizar cambios en la información por un plazo de tiempo adecuado a los objetivos de la misma (en línea con el TJUE).

3.2. ELIMINACIÓN DE DISCRIMINACIONES LEGALES

Desde la vertiente de la no discriminación, el artículo 23.2 de la LSSICE tiene por efecto evitar la imposición de otras propiedades/exigencias para la consecución del requisito formal de la constancia escrita.

4. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA

El principio de neutralidad tecnológica exige la apertura del derecho al uso de cualquier técnica de comunicación a distancia¹⁷². De modo que, la regulación abarque el uso de cualesquiera técnicas de comunicación a distancia (incluidas, las futuras)¹⁷³.

¹⁷¹ *Vid.* apartado 25 de la citada Sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio de 27 de enero de 2010. Caso E-4/09. Subraya el tribunal que no dispone de información específica sobre la naturaleza y funcionamiento del sitio de Internet de Inconsult Asphalt.

¹⁷² Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno, NACIONES UNIDAS, Nueva York, Publicaciones Naciones Unidas, 1999, ISBN 92-1-333278-5, pág. 18. La Guía acoge, en cierta forma, el citado principio cuando dispone: "(...) Cabe señalar que, en principio, no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de la Ley Modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo. (...)".

¹⁷³ El artículo 4.3 de la LCDSF trata de acoger este principio a través de una enumeración abierta que alude a las técnicas sujetas a su regulación "(...) consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares." Es destacable, asimismo, la definición del artículo 92.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (tras las modificaciones realizadas, en virtud de la Ley 3/2014) que opta, igualmente, por una enumeración de carácter

Existe una especial relación de interacción entre el principio de neutralidad tecnológica y el de equivalencia funcional: desde sus diferencias, ambos principios se complementan. En cierta forma, el principio de neutralidad tecnológica es el presupuesto necesario para un más pleno desarrollo del principio de equivalencia funcional.

Si la observancia del principio de equivalencia funcional se concreta en la definición legal de soporte duradero con el objetivo de que la información (entendida, en un sentido amplio) que conste en soporte duradero goce de igual eficacia o validez jurídica que si constara en soporte papel; la formulación del principio de neutralidad tecnológica se concreta, en ocasiones, en la definición legal del ámbito de aplicación o del alcance de una determinada norma con el objetivo de que ésta abarque el uso de cualesquiera técnicas de comunicación.

La LCDSF es un claro ejemplo, en este sentido (*vid.* artículo 4 de la LCDSF)¹⁷⁴ junto con otras normas (*vid.* artículo 2 a) de la Ley Modelo sobre comercio electrónico¹⁷⁵ y artículo 92.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 tras las modificaciones realizadas en virtud de la Ley 3/2014).

abierto: "(...) 2. Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o fax."

¹⁷⁴ Su artículo 4 prevé: "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(...). 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."

¹⁷⁵ El artículo 2 a) de la Ley Modelo sobre comercio electrónico integra en la noción de mensaje de datos todo tipo de información con independencia del tipo de soporte en el que ésta conste. El artículo alude, literalmente, a los "(...) medios electrónicos, ópticos o similares como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax."

5. REFORZAMIENTO DE LA TUTELA DEL CONSUMIDOR

La LCDSF observa una serie de formulas - basadas en el principio de la buena fe - que dotan de contenido a la exigencia de actuar con diligencia profesional. Concepto que constituye uno de los elementos principales de la prohibición general sobre la que se construye el sistema de represión de las prácticas desleales, en las relaciones entre empresarios y consumidores.

La nueva LCD define la diligencia profesional como el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe, razonablemente, esperar del proveedor en sus relaciones comerciales con el consumidor; el cual se integra, por un lado, de las prácticas honradas del mercado y por otro, del principio general de la buena fe¹⁷⁶. De modo que, su aplicación tiene por resultado la imposición de una serie de límites al derecho de los empresarios a desarrollar, libremente, su actividad económica en el mercado.

Estos límites son aplicables al proceso de comercialización a distancia (en sus distintas fases) y se traducen en la imposición de una serie de requisitos y de prohibiciones a la actuación profesional del proveedor con el objetivo de restablecer el equilibrio entre las partes^{177 178}.

¹⁷⁶ MASSAGUER, J. *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 59 a 78.

¹⁷⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. "Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones", *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo I, Enero – marzo, 1994, pág. 43 y 44. Indica el autor que, en el mercado actual, el consumidor se halla en una situación de inferioridad frente a los empresarios y esta situación viene determinada, no sólo, por la propia estructura del mercado que es dominado por la ley de la oferta; sino, también por el carácter *amateur* de la participación del consumidor en el mismo (es decir, por su falta de conocimientos frente al carácter profesional que incumbe a la participación en el mercado del empresario). Esta situación, unida a los mecanismos jurídicos propios del tráfico en masa, aumenta la necesidad de adoptar medidas de carácter jurídico cuya finalidad específica es la protección de los consumidores.

¹⁷⁸ ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la contratación electrónica*, Segunda Edición, Madrid, Editorial Civitas, 2000, pág. 57 y siguientes. El autor subraya que la buena fe (como principio básico del comercio electrónico) constituye un postulado necesario que, debe exigirse respecto de un medio contractual que, por su reciente aparición y complejidad técnica, no resulta muy digno de confianza para muchos operadores.

Así ocurre, en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: los mecanismos tuitivos previstos imponen límites a la libre actuación del proveedor para resolver la especial situación de desigualdad informativa que afecta al consumidor. De ahí, la observancia de un derecho a la información, de un derecho de comunicación y de un derecho de desistimiento¹⁷⁹, entre otros.

5.1. EXIGENCIA DE UN ESPECIAL NIVEL DE COMPETENCIA Y CUIDADO

El proveedor que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores debe actuar con un nivel de competencia y cuidado especiales¹⁸⁰. Así se infiere del régimen jurídico aplicable que exige el cumplimiento de una serie de requisitos y deberes cruciales para una adecuada formación de la voluntad contractual del consumidor como la información previa, la comunicación, el desistimiento y la carga de la prueba.

En sede de información, se observa el deber del proveedor de transmitir una información bastante completa, en la fase de generación. Dicho deber se extiende a cualesquiera servicios financieros que sean comercializados a distancia con consumidores (*vid.* artículos 7 de la LCDSF) (*vid.* artículos 10 y 27 de la LSSICE).

En sede de comunicación, la información que se debe comunicar durante la fase de generación es, especialmente, amplia; puesto que, además, del listado de informacio-

¹⁷⁹ ILLESCAS ORTIZ, R. “Los principios de la contratación electrónica, revisitados”. En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN M.J. (coord.) y otros. *Derecho patrimonial y tecnología*, Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 38. Así, el autor alude al derecho de resolución (específicamente, aplicable al contrato de seguro) como un mecanismo que incentiva una conducta de buena fe por parte del proveedor.

¹⁸⁰ MASSAGUER, J. *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 60. El autor indica: “(...) Este es, en efecto y a mi modo de ver, el papel que corresponde al recurso al nivel de competencia y cuidado exigible a las empresas en este contexto y, sobre todo, a su calificación como nivel “especial”: de este modo, en efecto, se precisa que la concreción de los requisitos de la diligencia profesional ha de atender a que las relaciones de las empresas en las que las prácticas honradas y el principio de buena fe operan como normas de conducta de las empresas son las relaciones que éstas entablan con los consumidores; la calificación del nivel de competencia y cuidado exigible como “especial”, por tanto, no implica una elevación de las exigencias que se siguen de los estándares “prácticas honestas” y “principio de buena fe” a estos efectos. (...)”

nes previas (*vid.* artículos 7 y 8 de la LCDSF) abarca las condiciones contractuales (*vid.* artículos 6 y 9 de la LCDSF). Considérese este importante detalle: en virtud de la LCDSF, no sólo, se debe comunicar la información previa del listado del artículo 7 sino también, la información previa reconocida por la legislación especial por razón del servicio objeto del contrato (*vid.* artículos 8 y 9.1 de la LCDSF).

En sede de desistimiento, se confiere un plazo de reflexión al consumidor en razón de las peculiaridades del modo de comercialización y de la complejidad de los servicios y del mercado (*vid.* artículo 10 de la LCDSF). Además, se contempla un sistema de cómputo aplicable al plazo que obliga al proveedor a actuar con puntualidad en el cumplimiento de sus deberes de información y de comunicación.

En sede de inversión de la carga probatoria, se atribuye al proveedor la carga de probar. Lo que, una vez más, le obliga a actuar con cierto rigor.

Estas exigencias junto con las prohibiciones que se analizan en el apartado siguiente dotan de contenido al concepto de diligencia profesional que es el estándar jurídico en el que se basa el juicio de deslealtad de las prácticas comerciales entre empresarios y consumidores.

5.2. PROHIBICIÓN DE CIERTAS PRACTICAS

La diligencia profesional comporta la imposición de ciertas prohibiciones al proveedor. Su propósito es evitar que el consumidor perciba ciertas presiones que puedan distorsionar una adecuada formación de su voluntad contractual.

En primer lugar, la prohibición de prestar servicios financieros que no hayan sido, previamente, solicitados por el consumidor cuando dicha prestación vaya acompañada de una exigencia de pago. En segundo lugar, la prohibición de prestar el servicio contratado durante el plazo de ejercicio del desistimiento, si no concurre el consentimiento previo del consumidor para proceder a dicha ejecución anticipada. En tercer lugar, la prohibición de enviar comunicaciones comerciales a distancia sin el consentimiento del consumidor.

6. VALORACIÓN CRÍTICA

Los principios analizados son el común denominador del régimen jurídico aplicable en razón del modo de comercialización o de la modalidad de contratación a distancia. Como se constatará a lo largo del CAPITULO V y siguientes, el contenido regulador de la LCDSF es un claro reflejo de su influencia. Sus bases se hallaban ya presentes en la regulación de la Ley Modelo sobre comercio electrónico. Posteriormente, hallan su reflejo en la LCDSF y en otras normas conexas como la LSSICE y el Real Decreto Legislativo 1/2007¹⁸¹.

Sin embargo, el régimen jurídico aplicable a estas normas debe alcanzar un adecuado equilibrio entre principios lo que exige un buen ejercicio de ponderación que atienda los intereses en conflicto y las prioridades del legislador, en cada norma. Un buen ejercicio de ponderación permite, en última instancia, un mejor encaje de la LCDSF con las demás normas de su contexto normativo más próximo como la LSSICE, el Real Decreto Legislativo 1/2007 y la nueva LCD.

Cabe avanzar que parte de la regulación de la LCDSF resulta cuestionable, a la luz de algunos estos principios. Por un lado, el requisito de la constancia de la oferta, a la luz del principio de intervención mínima y por otro, la dispensa parcial al pago - en el caso de los servicios no solicitados - a la luz de la exigencia al proveedor de un cierto nivel de competencia y cuidado en sus relaciones con consumidores.

En efecto, la constancia de la oferta no es una fórmula, estrictamente, necesaria para conferir una protección en razón del modo de comercialización: basta con la observancia del deber de comunicación previa del artículo 9.1 de la LCDSF (*vid.* artículo 5 de la DCDSF).

¹⁸¹ En este sentido, la influencia de la Ley Modelo sobre comercio electrónico se manifiesta, de forma especialmente evidente, entre otros aspectos, en la formulación del principio de equivalencia funcional, en la conexión existente entre el ámbito objetivo de aplicación de la regulación sobre contratos a distancia con consumidores y el principio de neutralidad tecnológica y en el frecuente recurso a fórmulas de remisión a la normativa vigente, en ámbitos o aspectos de la contratación a distancia en los que no es necesario adoptar regulación adicional alguna, en consonancia con el principio de intervención mínima.

Por otro lado, la dispensa parcial obliga al consumidor al pago de la parte del servicio, efectivamente, utilizada; lo que puede tener el efecto de no disuadir al proveedor de realizar este tipo de prácticas que merecen el calificativo de desleales por agresivas, conforme a la nueva LCD. Por consiguiente, su regulación no es conforme a los requisitos de la diligencia profesional por contraria al principio de la buena fe (*vid.* artículo 31.2 de la nueva LCD).

CAPITULO V FORMACIÓN DEL CONTRATO: FASE DE GENERACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Como se anunciaba al inicio de esta tesis, el CAPITULO V y siguientes tratan de ofrecer una visión de contraste del régimen jurídico de la LCDSF frente al de las demás normas vigentes (*vid.* artículo 1 de la LCDSF)¹⁸² (tercer bloque normativo) en los aspectos más destacables de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores.

Vista la creciente dispersión de normas y las diferencias de régimen jurídico, el análisis se centra en los requisitos exigibles en cada momento, a lo largo del proceso de comercialización distinguiéndose, a tal fin, entre la fase de generación del contrato, la fase de perfeccionamiento y la fase de consumación. Respecto de cada requisito, se determina el propósito del legislador o la problemática que éste trata de afrontar y el contenido esencial de su regulación para, seguidamente, realizar una valoración crítica en torno al nivel de protección, efectivamente, alcanzado, en cada caso¹⁸³. Se ofrece, así, una visión transversal del nivel de protección que la legislación dispensa, a lo largo de todo el proceso de comercialización.

¹⁸² A las citadas normas, se refiere, en parte, el artículo 1 de la LCDSF alusivo a las relaciones de la LCDSF con las normas de su contexto legislativo, más próximo (que esta tesis distribuye en los tres bloques normativos descritos a lo largo de su CAPITULO II). El artículo dispone que la LCDSF observa el régimen específico aplicable a los contratos a distancia de servicios financieros con consumidores y establece que la aplicación de la LCDSF es: "(...) 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."

¹⁸³ Sobre la generación, perfección y consumación del contrato, léase: O'CALLAGHAN, X. *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones*, Tomo II, Madrid, Dijusa, 2008, pág. 244 a 252 y SERRANO CHAMORRO, M^a. E. y POVEDA BERNAL, M.I. *Nociones de derecho civil empresarial*, Tercera Edición, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 269 y 270.

Como se avanzaba en el CAPITULO I, el análisis distingue entre el régimen jurídico aplicable a los contratos a distancia (por el mero hecho de comercializar servicios financieros a distancia con consumidores localizado, en la LCDSF) (primer criterio); (en su caso) el régimen jurídico aplicable a los servicios de la sociedad de la información (en razón de la especial modalidad de contratación a distancia localizado, en la LSSICE) (segundo criterio) y el régimen jurídico aplicable en el mercado de los servicios financieros (en razón de la especial naturaleza del proveedor y/o del servicio financiero afectado) (tercer criterio).

A lo largo del análisis siguiente y con el objetivo de incidir en la trascendencia que la regulación de cada bloque normativo - considerada, en su conjunto - tiene en el marco regulador aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros, la cita entre paréntesis de los artículos relevantes se acompaña, en cada párrafo - concretamente, al final de la última cita - de la indicación del bloque/s normativo/s al que los artículos referenciados pertenecen.

De forma similar y con el objetivo de determinar el alcance de las conclusiones finales - localizadas en el CAPITULO XIV de esta tesis - se identifican, asimismo, los bloques normativos a los que cada conclusión concierne con una referencia a los mismos al final de cada párrafo o conclusión para determinar su alcance. Se trata, así, de ofrecer una visión lo más global y sistemática posible de la regulación aplicable y del impacto de la LCDSF en el conjunto de normas analizado.

2. COMUNICACIONES COMERCIALES A DISTANCIA

El uso de las nuevas tecnologías como modo de comercialización ha generado nuevas formas de promoción, de uso creciente, en el mercado: ese es el caso de las comunicaciones comerciales a distancia individualizadas que permiten captar un elevado número de clientes, de forma fácil y poco costosa.

Estas suelen hallarse (aunque, no, necesariamente) al inicio del proceso de formación de la voluntad contractual: en la fase de generación¹⁸⁴. En el mercado de los servicios financieros con consumidores, el proveedor suele recurrir a este tipo de prácticas para comunicar la información previa y las condiciones contractuales y para transmitir la oferta.

Sin embargo, a pesar de sus ventajas comerciales, los inconvenientes jurídicos de esta práctica son evidentes. Por un lado, puede constituir una clara invasión a la privacidad¹⁸⁵ e intimidad del consumidor (persona física). Por otro, puede distorsionar la formación de la voluntad contractual y perjudicar los intereses económicos del consumidor.

De ahí, que su envío se someta al requisito del consentimiento previo en el ámbito específico del comercio electrónico (*vid.* artículo 21 de la LSSICE tras las modificaciones realizadas por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones [en adelante, la nueva LGT]¹⁸⁶) y en el de la comercialización a distancia de servicios financieros con

¹⁸⁴ Especialmente, en los tratos preliminares. De modo que, pueden influir, notablemente, en el proceso de formación del consentimiento contractual (para bien o para mal - en este segundo caso, obstaculizando una adecuada reflexión -). Es más, desde un prisma jurídico, éstas pueden tener una gran relevancia a los efectos de la integración de la oferta y de la publicidad en el futuro contrato con el consumidor (*vid.* artículo 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007).

¹⁸⁵ GUERRERO PICO, M. del C. *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 198. A propósito del carácter instrumental del derecho a la protección de datos personales para la defensa de la intimidad, el autor se remite a las palabras de DAVARA RODRÍGUEZ que se transcriben: "(...) "el derecho que se trata de proteger no es solamente el de la intimidad, sino algo con mayor profundidad que, en los ordenamientos de ámbito anglosajón se ha dado en llamar "privacy" y que nosotros hemos castellanizado como "privacidad", término que hace referencia a "la pertenencia de los datos a una persona – su titular – y que en ellos se pueden analizar aspectos que, individualmente, no tienen mayor trascendencia pero que, al unirlos con otros, pueden configurar un perfil determinado sobre una o varias características del individuo que éste tiene derecho a exigir que permanezcan en su esfera interna, en su ámbito de "privacidad" "(...)".

¹⁸⁶ Valga destacar que, en virtud de la disposición final segunda de la nueva LGT se modifican varios artículos de la LSSICE, concretamente, los artículos: 10.1 f), 18.1, 20.1, 20.3, 21.1, 22, 35.1, 37, 38.3 c), 38.3 i), 38.4 g), 39 bis (que se incorpora por vez primera), 40, 43 y la disposición adicional sexta, así como, las disposiciones finales octava y novena (que se añaden por vez primera). Al artículo 21.2 de la LSSICE – aplicable a las comunicaciones comerciales - se añade un nuevo párrafo que dispone en relación con el derecho de oposición: "2. (...) Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección

consumidores (*vid.* artículo 14 de la LCDSF) (segundo y tercer bloques normativos) tratándose, en ambos casos, de una medida de protección que halla su razón de ser en las peculiaridades del modo/medio.

De ese modo, la exigencia del consentimiento previo actúa como una restricción al uso de las citadas técnicas con el propósito de que el destinatario o el consumidor - que no desee recibir comunicaciones comerciales a través de determinados medios - pueda evitar/controlar determinados usos de sus datos personales por parte de terceros.

2.1.EXIGENCIA DE CONSENTIMIENTO PREVIO

En un sistema de venta o de prestación de servicios financieros a distancia con consumidores, todo proveedor que quiera realizar comunicaciones comerciales¹⁸⁷ ¹⁸⁸ a distancia individualizadas debe obtener, previamente, el consentimiento del consumidor respecto de aquellas que no hayan sido objeto de solicitud previa¹⁸⁹. Requisito éste

electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.”

¹⁸⁷ En cuanto a los conceptos de comunicaciones comerciales y de publicidad valga destacar que, vistas sus definiciones legales, se puede afirmar - en línea con VÁZQUEZ RUANO, T. y con la mayor parte de la doctrina - que, una comunicación comercial es publicidad. A efectos prácticos, es una comunicación que el anunciante realiza para promocionar unos productos o servicios en el ejercicio de su actividad comercial. Como subrayan algunos autores, la comunicación comercial es un concepto más reciente y más adecuado a la nueva realidad del marketing directo (actividad respecto de la cual, constituye una rama). De ahí, su uso normativo en la LCDSF y en otras normas, igualmente, avanzadas. Al respecto, léase VÁZQUEZ RUANO, T. *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Editorial Marcial Pons, 2008, pág. 64 a 73.

¹⁸⁸ Sobre la identificación del tradicional término de publicidad frente al actual término de comunicaciones comerciales, léase: TATO PLAZA, A. “Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones”. En: GÓMEZ SEGADE, J.A. (dir.); FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A y TATO PLAZA, A. (coord.) *Comercio Electrónico en internet*, Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2001, pág. 189 a 196 y SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V. *La publicidad en internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2007, pág. 159 a 167.

¹⁸⁹ La LCDSF alude explícitamente a la solicitud previa del consumidor, muy común, en la regulación sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de servicios financieros anteriormente vigente (*vid.* apartados 13 y 14 de la norma sexta de la derogada Circular 8/1990, antepenúltimo párrafo del apartado primero de la norma sexta de la derogada Circular 8/1990, letra a) del apartado primero de la norma sexta bis de la derogada Circular 8/1990) (*vid.* apartado tercero de la norma séptima de la derogada Circular 1/1996). Actualmente, la vigente regulación sectorial sobre ordenación y transparencia omite mención alguna a la solicitud previa en las comunicaciones. La vigente normativa sectorial sobre ordenación y transparencia simplemente alude al acuerdo de las partes sobre los medios de comunicación

– el de la solicitud – en su día, previsto por cierta regulación sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de servicios financieros, actualmente, derogada (*vid.* artículo 14 de la LCDSF) (*vid.* apartados 13 y 14 de la norma sexta, penúltimo párrafo del apartado 1 de la norma sexta y letra a) del apartado 1 de la norma sexta *bis* de la Circular 8/1990 derogada, en virtud de la Circular 5/2012) (*vid.* apartado 3 de la norma séptima de la Circular 1/1996 derogada, en virtud de la norma derogatoria de la Circular 7/2011) (primer y tercer bloques normativos).

Ni la LCDSF ni la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de servicios financieros añaden hoy otras exigencias o restricciones al uso de técnicas de comunicación a distancia en las comunicaciones; es más, su reconocimiento no queda limitado sólo respecto de ciertas comunicaciones identificadas en función de su contenido¹⁹⁰. Por lo que, en este sentido, el régimen jurídico vigente mejora el anterior.

En cuanto al alcance de la regla de la exigencia del consentimiento previo, ésta abarca todas las técnicas de comunicación a distancia conforme al principio de neutralidad tecnológica y se halla exenta de excepciones, en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores.

que se van a utilizar en el desarrollo de ciertas comunicaciones. Especialmente, en relación con la entrega del documento contractual, con ciertas comunicaciones sobre liquidaciones, movimientos y operaciones al cliente (*vid.* norma novena y apartado 5 de la norma undécima de la Circular 5/2012) y con comunicaciones entre proveedor y cliente realizadas en el marco de contratos-tipo (*vid.* letra a) del apartado 1 de la norma séptima de la Circular 7/2011).

¹⁹⁰ Los apartados 13 y 14 de la norma sexta y la letra a) del apartado 1 de la norma sexta *bis* de la Circular 8/1990 admitían el uso de la vía electrónica para la transmisión de la oferta contractual en operaciones de crédito al consumo, en transferencias transfronterizas y en operaciones de subrogación de préstamos hipotecarios (mercado bancario). En la misma línea, el apartado 3 de la norma séptima de la derogada Circular 1/1996 supeditaba el deber de los proveedores de comunicar, por cualquier medio, la información sobre comisiones y gastos aplicables, a la previa solicitud del cliente a tal fin (mercado de valores). De modo que, la regulación anteriormente aplicable al mercado bancario y de valores sólo observaba, de forma expresa, el uso de técnicas de comunicación a distancia respecto de la transmisión de determinados contenidos (*vid.* apartados 13 y 14 de la norma sexta de la derogada Circular 8/1990 y la letra a) del apartado primero de la norma sexta *bis* de la derogada Circular 8/1990) (*vid.* apartado tercero de la norma séptima de la derogada Circular 1/1996) (mercado bancario y de valores) y por determinados medios (*vid.* apartados 13 y 14 de la norma sexta de la derogada Circular 8/1990). Diferentemente, la regulación de la normativa sectorial aplicable a los seguros privados no llegó a observar tales restricciones. Por lo que, se aplicaba la regulación vigente en aquel momento (*vid.* artículo 21 de la LSSICE y artículo 38.3 h) de la LGT) que supeditaba el uso de ciertas técnicas de comunicación a distancia a la regla del consentimiento previo.

Por un lado, se exige el consentimiento previo para el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas “por vía telefónica, por fax o por vía electrónica” (*vid.* párrafo primero del artículo 14.1 de la LCDSF) (*vid.* vigente artículo 48.1 a)¹⁹¹ de la nueva LGT) (*vid.* artículo 21.1 de la LSSICE tras las modificaciones realizadas por la nueva LGT¹⁹²). En estos tres supuestos, la norma se remite a los correspondientes artículos de la LGT y de la LSSICE^{193 194} en consonancia con el principio de intervención mínima. Lo que debe ser interpretado en el sentido que el legislador se refiere, únicamente

¹⁹¹ El artículo 48.1 a) de la nueva LGT dispone: “(...) 1. Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos: (...) a) A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax con fines de comunicación comercial sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello. (...)”.

¹⁹² El artículo 21 de la LSSICE (modificado por la disposición final segunda de la nueva LGT) contempla la misma prohibición respecto de las comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o de medios de comunicación equivalentes y añade un nuevo párrafo tercero al apartado segundo dirigido a facilitar el ejercicio del derecho de oposición: “(...) 1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.”

¹⁹³ De modo que, esta fórmula de remisión a la regulación de normas de distinta naturaleza se evidencia, una vez más, lo que, en su día, anticiparon las autoridades comunitarias: la cuestión del envío de comunicaciones a distancia no solicitadas es un problema que presenta distintas vertientes, susceptibles de ser tratadas, desde diversas perspectivas y por tanto, en el marco de distintas normas (destáquese, por ejemplo, la LSSICE, la LGT, la LCDSF y el Real Decreto Legislativo 1/2007).

¹⁹⁴ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las comunicaciones no solicitadas o *spam*”. COM (2004) 28 final. Bruselas, 22 de enero de 2004. Pág. 4 a 14. La Comisión incide en tres cuestiones. Primero, que el *spam* constituye un problema desde muy diversos puntos de vista: intimidación, fraude a los consumidores, protección de los menores y de la dignidad humana, costes suplementarios para las empresas y pérdida de productividad. Segundo, que desde el punto de vista del individuo el *spam* representa una intrusión en su intimidad. Tercero, que existe un crecimiento exponencial de las comunicaciones no solicitadas, en su mayoría, comunicaciones comerciales; lo que condiciona el contenido de la regulación comunitaria.

te, a las técnicas comprendidas, en el ámbito de aplicación material de las normas objeto de remisión (*vid.* párrafo primero del artículo 14.1 de la LCDSF). Esto es, la llamada automática sin intervención humana y las técnicas electrónicas a las que se refieren las normas objeto de remisión (*vid.* párrafo primero del artículo 14.1 de la LCDSF) (segundo y tercer bloques normativos).

Por otro lado, se exige el consentimiento previo, igualmente, respecto de las restantes técnicas de comunicación a distancia no comprendidas en el párrafo primero del artículo 14.1 (*vid.* segundo párrafo del artículo 14.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Diferentemente, las normas de transposición de la DCDSF analizadas en el marco de esta tesis establecen un tratamiento diferenciado para unas u otras técnicas. Si para el envío de comunicaciones comerciales mediante técnicas como el fax y las llamadas automáticas se exige el consentimiento previo¹⁹⁵; para las restantes técnicas de comunicación a distancia – que no, necesariamente, incluirán el correo electrónico - basta con la ausencia de oposición¹⁹⁶.

En cualquier caso, volviendo a la LCDSF, por el momento, parece escasa la relevancia práctica de esta diferenciación sistemática entre las técnicas comprendidas en el primer y en el segundo párrafos, dado que, en uno y otro caso se exige el consentimiento previo. Sin embargo, la justificación de dicha distinción (en dos párrafos) podría radicar en la voluntad del legislador de priorizar - en caso de modificación de la LGT o de la LSSICE - la necesidad de guardar la debida coherencia entre el régimen de la LCDSF, por un lado y el de las citadas normas, por otro lado.

¹⁹⁵ Se exige el consentimiento previo respecto del sistema automático de llamada y el fax en Francia, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica (*vid.* artículo L.34-5 du *Code des postes et communications électroniques*) (Francia) (*vid.* artículo 20.(1) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-20 (1) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.110 del *Code du droit économique*).

¹⁹⁶ Respecto de las restantes técnicas no sometidas al requisito del consentimiento previo basta la ausencia de oposición manifiesta en Francia, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica (*vid.* artículo L-121-20-14 de la *Ordonnance núm.2005/648*) (*vid.* artículo 20.(3) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-20 (2) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.110 y siguientes del *Code du droit économique*).

2.2.FUNDAMENTO

Desde una perspectiva técnico-jurídica, la exigencia de un consentimiento previo al uso de técnicas de comunicación a distancia se funda en el derecho fundamental y autónomo¹⁹⁷ a la protección de los datos personales^{198 199}. En ese sentido, el consentimiento del consumidor (en tanto que titular de los datos personales) constituye un instrumento de control coherente con el contenido esencial de este derecho²⁰⁰ consistente en un haz de facultades que permiten al titular controlar los comportamientos de terceros - sean actuaciones u omisiones - respecto de sus datos personales²⁰¹.

¹⁹⁷ GUERRERO PICO, M. del C. *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 179 y siguientes. La autora ratifica la condición de derecho fundamental autónomo de la protección de datos personales e incide en el hecho que tal autonomía no es obstáculo para su consideración como un derecho instrumental. Indica que esa relación de complementariedad existe, también, respecto de otras libertades como: la ideológica (*vid.* artículo 16.1 de la CE), la de expresión (*vid.* artículo 20.1.a) de la CE) y la de comunicar y recibir información (*vid.* artículo 20.1.d) de la CE).

¹⁹⁸ Ese fundamento común es más evidente a la vista de las normas objeto de remisión. Recuérdese que el artículo 38.3.h) de la derogada LGT y que el artículo 21.2 de la LSSICE deben su actual redacción al artículo 13 de la Directiva 2002/58/CE: norma fundamentada, a su vez, en el derecho a la protección de los datos personales (*vid.* considerandos 1 a 4 de la citada Directiva 2002/58/CE).

¹⁹⁹ GUERRERO PICO, M. del C. *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 187 a 189. Subraya la autora que la expresión de protección de datos personales se utiliza como sinónima de las de “autodeterminación informativa” y de “libertad informática”.

No obstante, valga destacar que su uso, en el marco de esta tesis, se justifica en el hecho que ésta constituye la expresión (literalmente) empleada por el legislador comunitario en normas comunitarias conexas (como la Directiva 2002/58/CE) y que, además, es la forma de expresión más acorde con la tradición constitucional de nuestro ordenamiento jurídico.

²⁰⁰ Sobre el significado del citado derecho y sus diferencias frente al derecho a la intimidad (referidas a la función, al objeto y al contenido del derecho) léase GUERRERO PICO, M. del C. *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 179 y siguientes.

²⁰¹ Léase la sentencia del Tribunal Constitucional núm.292/2000 de 30 de noviembre que respecto del contenido del citado derecho afirma en su fundamento de derecho quinto: “(...) Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art.18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional a la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art.18.4 debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art.81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad del derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieren.(...)”.

Como se ha indicado, en el ámbito específico de la comercialización a distancia con consumidores, la exigencia responde al propósito de evitar molestias al receptor que no desee que se le contacte, a través de determinadas técnicas o en determinados momentos (*vid.* considerando 26 de la DCDSF²⁰²)²⁰³. De modo que, su contenido regulador se halla en línea con lo previsto en otras normas conexas que conforman el derecho preexistente en esta materia (*vid.* artículo 10 de la, recientemente, derogada Directiva 97/7/CE, artículo 7 de la DCE y artículo 13 de la Directiva 2002/58/CE) (*vid.* artículos 21 de la LSSICE y 38.3 h) de la LGT) (segundo y tercer bloques normativos). El encaje entre la LCDSF y las demás normas es correcto, en este sentido.

En cualquier caso, existe una conexión entre este fundamento jurídico (esto es, la protección de los datos personales) y la protección de los intereses económicos del consumidor (*vid.* artículo 14 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Considerando que el consentimiento trata de proteger al consumidor frente al uso de técnicas de comunicación, especialmente, invasivas, molestas y/o costosas, se puede afirmar que el derecho a la protección de los datos personales sirve a la protección de los intereses económicos del consumidor por dos motivos.

²⁰² Conforme al considerando 26 de la DCDSF: “Los Estados Miembros deben adoptar las medidas necesarias a fin de proteger eficazmente a los consumidores que no desean que se les contacte a través de determinadas técnicas de comunicación o en determinados momentos. La presente Directiva no debe afectar a las garantías específicas que ofrece al consumidor la legislación comunitaria relativa a la protección de la vida privada y los datos de carácter personal.” El considerando 40 de la Directiva 2002/58/CE, el considerando 30 de la DCE y el considerando 17 de la (recientemente, derogada) Directiva 97/7/CE aluden al mismo propósito de evitar molestias o de imponer restricciones al uso de determinadas técnicas de comunicación a distancia no deseadas.

²⁰³ Sin embargo, ello no excluye que el artículo 14 de la LCDSF halle su fundamento jurídico en el derecho fundamental y autónomo a la protección de datos personales (*vid.* artículo 14 de la LCDSF; artículo 21 de la LSSICE y artículo 38.3 de la LGT). Así lo evidencia, el considerando 42 de la Directiva 2002/58/CE que responde al siguiente texto: “El caso de otras formas de venta directa que resultan más onerosas para el remitente y no implican costes financieros para los abonados y usuarios, como las llamadas personales de telefonía vocal, se puede justificar el mantenimiento de un sistema que dé a los abonados o usuarios la posibilidad de indicar que no desean recibir llamadas de este tipo. Sin embargo, a fin de no disminuir los niveles actuales de protección de la intimidad, debe facultarse a los Estados miembros para mantener sus sistemas nacionales que únicamente autoricen ese tipo de llamadas cuando los abonados y usuarios hayan dado su consentimiento previo.”

Primero, en fase de generación del contrato, la exigencia del consentimiento previo es una medida de restricción eficaz para evitar la generación de molestias al consumidor, susceptibles de crear presiones y de obstaculizar una adecuada y reflexionada formación de la voluntad contractual vulnerando, así, sus intereses económicos.

Segundo, a lo largo de todo el proceso de comercialización, la exigencia del consentimiento previo puede, asimismo, ser una herramienta de control para evitar la imposición de gastos adicionales²⁰⁴ por el mero hecho del uso de ciertas técnicas de comunicación a distancia (*vid.* artículo 14.2 de la LCDSF). De ahí que, en el ámbito específico analizado, la información previa deba incluir los costes suplementarios inherentes al uso de la técnica de comunicación que las partes vayan a emplear (*vid.* artículo 7.1.2 g) de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

2.3. PROTECCIÓN EN RAZÓN DEL MEDIO DE COMUNICACIÓN EMPLEADO

Como se ha apuntado, el mero hecho del envío de comunicaciones comerciales individualizadas a través de determinadas técnicas de comunicación a distancia (*vid.* artículo 14 de la LCDSF, artículo 21.1 de la LSSICE y artículo 48.1 a) de la nueva LGT) (segundo y tercer bloques normativos) constituye una forma de tratamiento de datos personales^{205 206}.

²⁰⁴ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas o *spam*”, COM (2004) 28 final, Bruselas, 22 de enero de 2004, pág. 8 y 9.

²⁰⁵ El artículo 2 b) de la Directiva 95/46 define “tratamiento de datos personales” como: “(...) cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra norma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción; (...)” [subrayado añadido].

²⁰⁶ SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V. *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2007, pág. 347 a 350. La autora define el acto de envío como una forma de tratamiento. Subraya que la prohibición del artículo 21 de la LSSICE afecta al correo y otros medios de comunicación electrónica equivalentes; de modo que, en su opinión, tales medios abarcan, entre otras técnicas, los mensajes cortos a teléfonos móviles, los mensajes multimedia y los mensajes dirigidos a terminales de telefonía móvil.

Considerando que este tratamiento es susceptible de generar especiales inconvenientes por razón de la naturaleza de los medios de comunicación, efectivamente, empleados, su protección merece una regulación de carácter especial²⁰⁷ que complete la de alcance general, en materia de protección de datos personales.

Así, la protección en razón del medio consiste en la exigencia de un consentimiento específico frente al previsto en el marco de la normativa general (*vid.* artículo 6 de la LOPD) (*vid.* artículo 14 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). La diferencia entre uno y otro radica en que el primero se impone en razón de la especial naturaleza de las técnicas de comunicación a distancia: algunas de ellas, más molestas e invasivas que las otras. Mientras que, el segundo se aplica con independencia del medio/modo empleado²⁰⁸.

2.4.EXCEPCIONES

Si bien, respecto de las comunicaciones comerciales constitutivas de un servicio de la sociedad de la información se exige que el consentimiento previo sea, además, expreso; se observa una excepción a la exigencia del consentimiento previo, en el caso del correo electrónico (*vid.* artículo 21 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

La excepción sólo se aplica a supuestos en los que exista una relación contractual previa con el destinatario (incluido, el consumidor) siempre que, concurren las siguientes circunstancias. Vistos sus términos, se puede afirmar que dicha excepción responde a la necesidad de agilizar el comercio electrónico entre partes que ya tienen una relación comercial, medianamente, consolidada.

²⁰⁷ De ahí, la afirmación que los preceptos analizados (*vid.* artículo 14 de la LCDSF, artículo 21 de la LSSICE y artículo 48.1 a) de la nueva LGT) confieren una protección en razón del medio empleado.

²⁰⁸ SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V. *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2007, pág. 358. Afirma, acertadamente, la autora que: "(...) si la LSSICE no hubiera previsto la prohibición de envío de comunicaciones comerciales electrónicas y sus respectivas excepciones, hubiera sido posible para los iniciadores o anunciantes, proceder al envío de esta clase de mensajes de datos sin necesidad de recabar el consentimiento del destinatario, claro está, siempre bajo el respeto de los principios y derechos en materia de protección de datos personales de la LOPD, procediendo a una recogida lícita y un tratamiento leal de ellos.(...)".

En efecto, por un lado, es necesario que el prestador de servicios de la sociedad de la información haya obtenido los datos personales, de forma lícita y por otro, que los emplee, solamente, para el envío de comunicaciones referentes a productos o servicios de su empresa que sean similares a los que, inicialmente, fueron objeto de contratación (*vid.* artículo 21.2 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

2.5. VALORACIÓN CRÍTICA

Es cierto que, a nivel de derecho interno, el régimen jurídico analizado respeta las exigencias del legislador comunitario (*vid.* artículo 14 de la LCDSF y artículo 10 de la DCDSF²⁰⁹) (tercer bloque normativo). Sin embargo, merece ciertas críticas.

La primera es que, sorprende que la excepción se aplique al caso del correo electrónico que es una de las técnicas a distancia más molestas e invasivas (*vid.* artículo 21 de la LSSICE) (segundo bloque normativo). Existen otras técnicas a distancia menos molestas e invasivas para el consumidor respecto de las cuáles, no se contempla excepción alguna en coherencia con el propósito del legislador de evitar molestias. La explicación de este distinto tratamiento radica en el hecho que la excepción en la LSSICE responde, prioritariamente, al propósito de agilizar el comercio electrónico.

La segunda crítica se refiere a lo limitado que resulta el alcance de la regulación analizada (*vid.* artículo 14 de la LCDSF)²¹⁰ dado que sólo se aplica a las comunicaciones

²⁰⁹ El artículo 10 de la DCDSF confiere a los Estados Miembros, la posibilidad de que - respecto del uso de técnicas de comunicación a distancia distintas a las previstas en el artículo 10.1 (sistema automático de llamada y fax) de la norma comunitaria - opten, bien, por desarrollar un sistema nacional basado en la exigencia de un consentimiento previo; bien, por establecer un sistema basado en la ausencia de oposición manifiesta del consumidor. De modo que, la segunda opción resulta menos restrictiva y menos tuitiva que la primera.

²¹⁰ El texto de la LCDSF muestra una cierta ambigüedad cuando se refiere, literalmente, a la comunicación, sin limitar su alcance (de forma expresa) a las comunicaciones comerciales o con fines de venta directa. Sin embargo, cabe interpretar que la LCDSF se refiere a las comunicaciones de carácter comercial. Dos motivos avalan esta interpretación. Primero, la remisión del artículo a dos normas, explícitamente, alusivas a comunicaciones de tipo comercial (*vid.* párrafo primero del artículo 14.1 de la LCDSF) y segundo, los antecedentes formales del artículo de la LCDSF.

comerciales (lo que no incluye las comunicaciones, meramente, informativas²¹¹). Lo deseable hubiera sido que la regulación se aplicara a cualesquiera comunicaciones. Sólo así, habría sido más adecuada al propósito indicado de evitar molestias y gastos al consumidor (*vid.* artículo 14 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)²¹².

Los antecedentes normativos y formales del artículo 14 de la LCDSF permiten confirmar la limitación de su alcance regulador a las comunicaciones comerciales²¹³.

²¹¹ La concurrencia de un fin promocional en las comunicaciones comerciales es el factor que permite distinguir las de las comunicaciones informativas. De conformidad con el apartado f) del anexo a la LSSICE, las comunicaciones elaboradas, de forma independiente, por un tercero y sin contraprestación, quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa específicamente aplicable a las comunicaciones comerciales.

²¹² Sobre la necesidad de extender esta regulación a todo tipo de comunicaciones léase: SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V. *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2007, pág. 377. Literalmente, indica la autora que: "(...) tal y como se ha venido apuntando, y pese a las críticas frecuentes por parte de la doctrina y de los conocedores en la materia, en cuanto a la necesidad de la extensión de la prohibición a todo tipo de comunicación electrónica, con finalidad comercial o no, debemos señalar que tanto en la Directiva 2000/31, como en la LSSICE, cuando se habla de comunicaciones no solicitadas, siempre se alude a su carácter comercial. (...) Esto puede obedecer a dos razones: la primera, debido a que la regulación a nivel mundial en cuanto al tratamiento de las comunicaciones no solicitadas se debió al envío masivo e indiscriminado de publicidad a través de correo electrónico; la segunda, a que toda la normativa tratada se refiere únicamente a las comunicaciones comerciales, o bien, a las comunicaciones electrónicas con fines de venta directa. Incluso la definición de SSI es clara en cuanto al carácter económico de las actividades que se realizan a través de redes abiertas, tanto es así que la palabra "servicio" engloba dentro de sí una finalidad comercial.(...)".

²¹³ Nos referimos, particularmente, a los correspondientes artículos de la LSSICE y de la LGT y a ciertos antecedentes formales derivados de: la Recomendación 92/295 de la Comisión de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia (*vid.* anexo a la Recomendación 92/295); la Directiva 97/7/CEE (*vid.* artículo 10 de la Directiva 97/7/CEE); la DCDSF (*vid.* artículo 10 de la DCDSF) y la DCE (*vid.* artículo 7 de la DCE) cuya regulación se refiere a comunicaciones de tipo comercial. En efecto, en primer lugar, respecto de la Recomendación 92/295/CEE de la Comisión de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia. En su anexo se alude, literalmente, a los puntos que podrían tratarse en los códigos de conducta en materia de contratos negociados a distancia e incluye "(...) la difusión de la incitación: medios que permiten no recibir incitación alguna al consumidor que haya expresado ese deseo (...)". Y en su virtud, se recomienda - a propósito de la regulación de la difusión de la incitación a contratar - la concreción de los medios respecto de los que no se permite recibir incitación alguna al consumidor que no haya expresado ese deseo. Considerando el significado y alcance de la noción de incitación se puede afirmar que su regulación concierne a comunicaciones de tipo comercial. Planteamiento éste que - dada la consideración de la recomendación como antecedente normativo - resultó extensible a la posterior (y actualmente, derogada) Directiva 97/7/CE. En efecto, en segundo lugar, son destacables los artículos 4 de la propuesta inicial y de la posterior propuesta modificada de la Directiva 97/7/CE. Bajo el título de "Límites a la utilización de determinadas técnicas de comunicación a distancia" el artículo 4 de la propuesta inicial de Directiva 97/7/CE disponía:

En cualquier caso, como se constatará, la omisión de una regulación aplicable a las comunicaciones, meramente, informativas dota de especial relevancia al derecho del consumidor a cambiar de técnica de comunicación a distancia (*vid.* artículo 9.3 de la LCDSF²¹⁴); que no, necesariamente, ha de quedar limitado a las comunicaciones comerciales. Recuérdesse que éste puede extender su aplicación a la comunicación del

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que la utilización de las técnicas de comunicación a distancia para incitar al consumidor no comprometa el respeto de la intimidad del consumidor, en aplicación del artículo 17 de la Directiva ../.../CEE relativa a la protección de los datos personales y de la intimidad en relación con las normas de remisión las redes públicas digitales de telecomunicación.” Mientras que bajo el mismo título, el texto del artículo 4 de la posterior propuesta modificada de Directiva 97/7/CE pasa a ser el siguiente: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar una protección eficaz al consumidor que haya dado a entender que no desea ser objeto de tales incitaciones, sin perjuicio de las garantías que corresponden a toda persona física en virtud de la legislación comunitaria relativa a la protección de la intimidad con respecto al tratamiento de datos personales. Para la utilización de las técnicas enumeradas a continuación se requerirá el consentimiento previo del consumidor: (...)” Una vez más, el legislador limita el alcance de esta regulación a las comunicaciones dirigidas a “incitar” al consumidor; considerando que la “incitación a contratar” se dirige a promover la contratación, es evidente que, en la mente del legislador, tales limitaciones debían referirse a comunicaciones de tipo comercial. En tercer lugar, al mismo planteamiento responde la DCDSF. Tanto en el marco del considerando 20 de la propuesta inicial como de la propuesta modificada de DCDSF, la Comisión refería la regulación sobre “Comunicaciones no solicitadas” a “actividades comerciales” en el domicilio del consumidor. Literalmente: “(...) (20) Considerando que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias a fin de proteger efectivamente a los consumidores que no desean ser objeto de actividades comerciales en su domicilio a través de determinadas técnicas de comunicación; que la presente Directiva no afecta a las garantías específicas que ofrece al consumidor la legislación comunitaria relativa a la protección de la vida privada y los datos de carácter personal; (...)”. Finalmente, en la misma línea actúa la propuesta modificada de DCE cuyo considerando 11 disponía claramente: “(...) 11. Considerando que el envío por correo electrónico de comunicaciones comerciales no solicitadas puede no resultar deseable para los consumidores y los prestadores de servicios de la sociedad de la información y trastornar el buen funcionamiento de las redes interactivas; que la cuestión del consentimiento del destinatario en determinados casos de comunicaciones comerciales no solicitadas no se regula en la presente Directiva sino que ya está regulada, en particular, por la Directiva 97/7/CE y la Directiva 97/66/CE; que, en los Estados Miembros que autoricen las comunicaciones comerciales por correo electrónico no solicitadas, deberá fomentarse y facilitarse la creación por el sector competente de dispositivos de filtro; que, además, las comunicaciones comerciales no solicitadas han de ser en todos los casos claramente identificables como tales con el fin de mejorar la transparencia y facilitar el funcionamiento de los dispositivos creados por la industria; que las comunicaciones comerciales por correo electrónico no solicitadas no deberán redundar en gastos suplementarios para el destinatario.”

²¹⁴ El artículo 9.3 de la LCDSF dispone: “(...) 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.”

contrato celebrado, en soporte papel que puede ser considerada una comunicación, meramente, informativa²¹⁵ (*vid.* artículo 9.3 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

3. DERECHO DEL CONSUMIDOR A CAMBIAR DE TÉCNICA DE COMUNICACIÓN A DISTANCIA

En el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, el consumidor tiene derecho a cambiar de técnica/s de comunicación salvo que ello sea incompatible con el contrato celebrado o con la naturaleza del servicio financiero contratado (*vid.* artículo 9.3 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

El consumidor puede optar por una técnica menos molesta o costosa o, sencillamente, más adecuada o accesible para él y su elección afectará tanto a las comunicaciones comerciales como a las que son, meramente, informativas. De modo que, el derecho al cambio puede contribuir tanto al propósito de evitar (ciertas) molestias como al de garantizar la accesibilidad de la información (*vid.* artículo 80.1 *b*) del Real Decreto Legislativo 1/2007) (tercer bloque normativo).

De ahí, en parte, la afirmación de que este derecho puede completar la regla del consentimiento previo en el siguiente sentido: este derecho al cambio concede al consumidor la oportunidad de evitar las molestias derivadas del uso de una determinada técnica que, inicialmente, consintió, sin por ello renunciar a las ventajas de una efectiva comunicación a distancia.

No obstante, este derecho debe valorarse a la luz de la siguiente consideración: en la medida en que el sistema de contratación a distancia es organizado por el proveedor es a él a quien corresponde determinar las técnicas de comunicación a distancia cuyo uso va a ofrecer al consumidor (*vid.* artículo 4.1 de la LCDSF) (tercer bloque normati-

²¹⁵ En el ámbito de la LCDSF, pueden ser comunicaciones, meramente, informativas, las realizadas con posterioridad a la celebración del contrato, de conformidad con el artículo 9.2 de la LCDSF, siempre que, considerado su contenido y circunstancias no respondan a un fin promocional sino informativo.

vo). Ello forma parte de su estrategia comercial²¹⁶: por lo que, en la práctica, el derecho al cambio puede quedar, en parte, limitado por la oferta realizada por el proveedor²¹⁷ y/o por el propio contrato, como indica el artículo 9.3 de la LCDSF cuando apunta la aplicabilidad del derecho al cambio “salvo que sea incompatible con el contrato celebrado”.

A la misma formulación, responde el citado derecho en las siguientes normas de transposición de la DCDSF. Así ocurre, en el caso de: Reino Unido (*vid.* artículo 8.(4) del *FSDM Regulations 2004*), Irlanda (*vid.* artículo 9.(4) del *DMCFS Regulations 2004*), Luxemburgo (*vid.* artículo L.222-17 (3) del *Code de la consommation*) y Bélgica (*vid.* artículo VI.57.3 del *Code du droit économique*).

3.1. VALORACIÓN CRÍTICA

El derecho al cambio completa la regla del consentimiento previo en el sentido que permite evitar ciertas molestias derivadas del uso de una técnica, inicialmente, consentida. Sin embargo, la eficacia práctica del derecho al cambio de técnicas de comunicación a distancia puede quedar, en parte, limitada por la oferta realizada por el proveedor.

Dada su especial relevancia en la configuración del sistema de comercialización a distancia por parte del proveedor, valga destacar la posición de la CNMV en lo que concierne al tratamiento de eventuales incidencias en la operativa por Internet. Indica la

²¹⁶ La decisión de qué técnicas de comunicación se admiten en un determinado sistema de contratación de servicios financieros a distancia es una decisión empresarial que dependerá en última instancia de la proyección y alcance comercial que el proveedor quiera dar a sus servicios y a su empresa. Cuantas más técnicas abarque un determinado sistema de contratación a distancia, más posibilidades de expansión y mayor capacidad de respuesta frente a fallos técnicos correspondientes a un determinado canal evitándose, así, situaciones de interrupción de servicio susceptibles de generar daños y perjuicios. En cualquier caso, el proveedor debe garantizar la accesibilidad de la información (entendida, en un sentido amplio) en los términos exigidos por la legislación vigente.

²¹⁷ Sin embargo, sorprende que un dato tan relevante como este – esto es: las técnicas que el proveedor ofrece como instrumentos de comunicación a distancia con el consumidor - no figure entre los contenidos de la información previa (*vid.* artículo 7 de la LCDSF). De hecho, esta es una información que el legislador ni tan sólo incorpora entre los contenidos esenciales del contrato (*vid.* norma décima de la Circular 5/2012 aplicable a los servicios bancarios).

CNMV que, en estos casos, la entidad debe advertir de esas incidencias en su página web, incidiendo en sus causas y en su duración, así como – y aquí viene el dato importante - que la entidad debe informar sobre las alternativas disponibles. Por consiguiente, se tiende a observar Internet como un canal complementario al presencial o al telefónico, de modo que, ante ciertas incidencias en la operativa por Internet, el cliente no quede imposibilitado para acudir a canales alternativos. Criterio éste que el proveedor debería considerar al configurar su sistema de venta y de prestación a distancia de servicios financieros con consumidores²¹⁸.

Asumida la anterior idea – la posible limitación del derecho al cambio a resultas de las decisiones empresariales del proveedor -, sorprende que un dato tan relevante como las técnicas de comunicación a distancia que el proveedor ofrece como instrumentos de comunicación a distancia con el consumidor, no figure entre los contenidos de la información previa, legalmente, exigibles (*vid.* artículo 7 de la LCDSF). Máxime, considerando que esta regulación se aplica a sistemas de venta o de prestación de servicios que son organizados por el proveedor (*vid.* artículo 4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

De hecho, la información previa exigible en los servicios de pago y el contenido general de los contratos-tipo en el mercado de valores incorporan la mención de los medios que las partes van a utilizar en sus comunicaciones (*vid.* artículo 12.4) de la Orden EHA/1608/2010 aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 63.1 del Real Decreto 217/2008 y la norma séptima de la Circular 7/2011) (primer bloque normativo). La tendencia legislativa debería ser que la información previa abarcara una mención a las distintas técnicas que el cliente - consumidor va a poder elegir siendo este un dato esencial para garantizar un eficaz acceso a la información (en sentido amplio).

²¹⁸ Atención de Reclamaciones y consultas de los inversores, Memoria 2009, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.40; Atención de Reclamaciones y consultas de los inversores, Memoria 2010, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.97 y siguientes.

4. LA INFORMACIÓN PREVIA

Como subraya DE LA MAZA GAZMURI, en ciertos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico caracterizados por la concurrencia de especiales situaciones de asimetría informativa²¹⁹, el legislador recurre a la observancia de ciertos deberes/obligaciones²²⁰ de información previa²²¹.

Son ejemplos los deberes de información previa contemplados en las normas sobre ordenación y transparencia aplicables al mercado de los servicios financieros que tratan de resolver los desequilibrios informativos causados por la especificidad y por la especial complejidad de los servicios y del mercado; los deberes de información previa previstos en la LSSICE (y en el derogado artículo 5.4 de la LCGC) que resuelven las asimetrías derivadas de las peculiaridades de ciertos medios de comunicación a distancia²²² (las cuáles son agravadas por la propia complejidad del contrato, si son contratos de adhesión con condiciones generales y, en su caso, por las especiales asimetrías informativas que afectan al consumidor). Y, finalmente, las obligaciones de infor-

²¹⁹ Sobre los posibles criterios que pueden ser tomados en cuenta como determinantes de la existencia de deberes precontractuales de información, léase GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, Editorial La Ley, 1994, Pág. 87 a 97.

²²⁰ A lo largo de esta tesis, se utiliza, indistintamente, las expresiones “deber de” informar y “obligación de” informar para referirse a la imposición al proveedor de una determinada conducta consistente en la transmisión de cierta información; aunque, una y otra expresión posean significados distintos. El deber se asocia a un imperativo de conducta, mientras que, la obligación se utiliza para expresar un enlace entre un derecho y un deber. De modo que, como constata la doctrina, la diferencia entre uno y otro radicaría en la presencia de un derecho correlativo a un deber, en el caso de la obligación. El régimen jurídico analizado en esta tesis se refiere (bajo el apartado de “Información previa”) a la información que el proveedor debe suministrar durante la fase de generación. En algunos casos no se produce ese vínculo entre un deber y un derecho; sí se producirá en el ámbito del derecho de consumo, en cuyo marco, la exigencia de la información previa responde y desarrolla el derecho básico del consumidor a ser informado (*vid.* artículo 8 *d*) del Real Decreto Legislativo 1/2007). En otros casos, por ejemplo, en el marco de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de los servicios financieros, existiría un deber.

²²¹ MAZA GAZMURI, I. DE LA. *Los límites del deber precontractual de información*, Navarra, Editorial Civitas, 2010, pág. 169 y siguientes.

²²² MAZA GAZMURI, I. DE LA. *Los límites del deber precontractual de información*, Navarra, Editorial Civitas, 2010, pág. 119. Subraya el autor que algunos supuestos de déficit informativo tienen lugar en aquellos contratos en los que la forma de perfeccionamiento posee ciertas peculiaridades que dificultan una adecuada comprensión sobre el exacto significado de sus acciones como los contratos celebrados por medios electrónicos.

mación previa previstas en el marco de la LCDSF, de la nueva LCC y de otras normas de consumo que tratan de resolver el especial déficit informativo del consumidor.

En todos estos casos, la regulación de la información previa constituye una concreción legal de las exigencias de la buena fe²²³ (*vid.* artículos 7 y 1258 del Código Civil) en tanto que, principio general del derecho aplicable a todo el proceso de formación del contrato²²⁴ - incluidas, la fase de generación y de perfeccionamiento del contrato²²⁵. De modo que, su contenido regulador es el resultado de un ejercicio de ponderación (por parte del legislador) de los diversos intereses en juego²²⁶ a través de la buena fe²²⁷.

Partiendo de esta idea, se constatará que, en los casos que se analizan a continuación, los deberes de información presentan el denominador común de proteger – entre

²²³ Sobre el deber de información previa que halla su fundamento en el principio general de la buena fe, léase: ROMERO MATUTE, B. “La obligación de información de las condiciones generales en la contratación a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 5, mayo, 2000, Pág. 42; PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de ordenación del comercio minorista y la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 155 y siguientes; PICATOSTE BOBILLO, J. “El derecho de información en la contratación con consumidores”, *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, quincena del 16 al 28 de febrero de 2011, pág. 372 y siguientes; LLOBET AGUADO, J. *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, pág. 38 y siguientes; Díez-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Sexta Edición, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2007, pág. 311 a 314 y GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, Editorial La Ley, 1994, pág. 12 a 18.

²²⁴ Sobre la buena fe como fuente de deberes de conducta, léase: Díez-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Sexta Edición, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2007, pág. 59 a 67 y WIEACKER, F. El principio general de la buena fe, Granada, Editorial Civitas, 1977, pág. 9 a 19.

²²⁵ Sobre la aplicabilidad del principio de la buena fe en la fase de generación del contrato, léase: O'CALLAGHAN, X. *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones*, Tomo II, Madrid, Djusa, 2008, Pág. 246 y 247; JUSTE MENCÍA, J. “Contratación a distancia y protección de los consumidores”, *Revista La Ley*, D-339, pág. 1619 a 1621; GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, Editorial La Ley, 1994, pág. 12 a 18; SERRANO CHAMORRO, M^a.E. y POVEDA BERNAL, M.I. *Nociones de derecho civil empresarial*, Tercera Edición, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 269 y ROMERO MATUTE, B. “La obligación de información de las condiciones generales en la contratación a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 5, mayo, 2000, pág. 42.

²²⁶ Sobre la necesaria ponderación de los intereses afectados en los deberes precontractuales de información típicos y atípicos, léase HERNANDEZ PAULSEN, G. *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Marcial Pons, 2014, pág. 80 a 111.

²²⁷ MAZA GAZMURI, I. DE LA. *Los límites del deber precontractual de información*, Navarra, Editorial Civitas, 2010, pág. 207 y siguientes.

otros intereses - el de la libertad contractual para garantizar un consentimiento libre y reflexionado²²⁸. Su principal diferencia frente al Código Civil radica en que - por aplicación del principio de autorresponsabilidad²²⁹ - éste desarrolla la premisa de que cada parte debe obtener, por sí misma, la información que corresponda en torno al alcance de sus compromisos. Sin embargo, las normas que se analizan a continuación invierten este planteamiento²³⁰; de modo que, partiendo de las especiales desigualdades informativas existentes, imponen el deber/obligación de información previa a aquella parte que tiene mayor facilidad para acceder a la misma. Información que, además, extiende su contenido - sustancialmente - más allá del objeto del contrato²³¹, como se constatará a continuación²³².

²²⁸ MAZA GAZMURI, I. DE LA. *Los límites del deber precontractual de información*, Navarra, Editorial Civitas, 2010, pág. 137 y siguientes.

²²⁹ Desde su concepción moderna del contrato, el Código Civil parte del reconocimiento de una igualdad y de una libertad plena de las partes. Al respecto, léase: Díez-Picazo, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Sexta Edición, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2007, pág. 137.

²³⁰ GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, Editorial La Ley, 1994, pág. 12 a 18 y 24 y 25. La autora explica, perfectamente, el cambio de enfoque del legislador hacia la relativización del principio de autonomía de la voluntad contractual: "(...) Como se sabe, los legisladores decimonónicos prestaron escasa atención a la etapa precontractual y a la cuestión relativa a si la parte que dispone de información relevante debe trasladarla o no a la otra parte en la fase de formación del consentimiento. La doctrina y los ordenamientos clásicos partieron del supuesto de que los principios de libertad contractual e igualdad entre las partes implicaban que en la referida etapa cada contratante debía recabar la información relevante en orden a la adecuada manifestación de su voluntad negocial, sin que ninguno, por regla general estuviera obligado a transmitirla a su contraparte. Así, en la etapa precontractual regía casi sin contrapeso el principio de autoinformación o la denominada regla *caveat emptor*. Estas consideraciones se tradujeron en que los ordenamientos tradicionales no establecieron la obligación precontractual de informar, asumiendo que los casos excepcionales de conflictos suscitados al respecto podrían ser solucionados recurriendo a las reglas sobre vicios del consentimiento y, en su caso, a las del incumplimiento de las obligaciones. El nacimiento de la contratación en masa (...) y el subsiguiente surgimiento de la contratación con base en la adhesión (...) deriva en la relativización del principio de autoinformación (...). Más aún se comienza a imponer la idea de que los empresarios tienen el deber general de informar a sus clientes (...). Así, se opta por el establecimiento de específicos deberes informativos en la fase prenegocial, en el bien entendido de que los remedios tradicionales de los vicios del consentimiento y del incumplimiento de las obligaciones no resultaban suficientes o eficaces para tutelar los intereses de la parte débil de la relación. (...)."

²³¹ Sobre la extensión y el contenido de los deberes precontractuales de información atípicos léase: GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, Editorial La Ley, 1994, pág. 99 a 121.

²³² Sobre la existencia en nuestro Código Civil de deberes precontractuales de información, indirectamente, consagrados en las categorías tradicionales del error o del dolo, léase: GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, Editorial La Ley, 1994, pág. 27 a 50 y JUSTE MENCÍA, J. "Contratación a distancia y protección de los consumidores". *Revista La Ley*, D-339, pág. 1620.

Es más, en el ámbito analizado, se trata de reforzar la efectividad de la información previa acompañando su reconocimiento de la observancia de otros mecanismos tuitivos como los requisitos de forma aplicables y el derecho de desistimiento. Los primeros se dirigen a garantizar la comprensión de la información²³³; el segundo, una mejor reflexión de la misma²³⁴ (*vid.* artículo 10 de la LCDSF). Dos factores esenciales, puesto que, como subraya DE LA MAZA GAZMURI, el valor de la voluntad expresada, no, solamente, depende del nivel de información recibida sino de la capacidad del receptor de valorar esa información²³⁵.

En consonancia con los tres criterios, inicialmente, enunciados²³⁶, el análisis siguiente distingue entre el régimen jurídico aplicable en los contratos a distancia con consumidores (de conformidad con la LCDSF); en los servicios de la sociedad de la información (de conformidad con la LSSICE) y en el mercado de servicios financieros cuyo régimen jurídico se basa en la especial naturaleza del proveedor y/o del servicio financiero afectado (por ejemplo: en el caso de los servicios de pago). Planteamiento que, como se ha avanzado al inicio de esta tesis, se extiende al análisis de los demás requisitos aplicables al proceso de comercialización, más allá de la información previa.

En cualquier caso, en sede de información previa, la aplicación de uno u otro criterio determinará ciertas diferencias de régimen jurídico²³⁷. Algunas afectan, principalmente,

²³³ GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, Editorial La Ley, 1994, pág. 123 a 125.

²³⁴ Sobre la necesidad de que la información sea comunicada en tiempo oportuno para su debida ponderación y para extraer de ella la máxima utilidad, léase: GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, Editorial La Ley, 1994, pág. 124.

²³⁵ MAZA GAZMURI, I. DE LA. *Los límites del deber precontractual de información*, Navarra, Editorial Civitas, 2010, pág. 114 y siguientes. Subraya el autor que en las relaciones contractuales caracterizadas por la existencia de asimetrías informativas, las equivocaciones de una de las partes no sólo se explican por falta de información, sino también por problemas de racionalidad imperfecta. La racionalidad imperfecta es una de las causas junto con la falta de información que explica la existencia de asimetrías informativas. A diferencia de la falta de información, en estos casos, la información se suministra pero el consumidor no es capaz de hacer un buen uso de ella. Un claro ejemplo de esta situación - añade el autor - sería el caso de los contratos de adhesión.

²³⁶ *Vid.* apartado 2 del CAPITULO I de esta tesis.

²³⁷ Se constatará que, respecto del contenido de la información, por un lado, en razón de la especial naturaleza del servicio o del proveedor, la ley observa el deber de suministrar informaciones que tratan con especial profundidad las peculiaridades del proveedor o del servi-

al contenido de la información exigible, en fase de generación²³⁸; se constatará que, desde un punto de vista de contenido, la información previa abarca, bien, datos que coinciden conceptualmente y/o que desarrollan los ya, específicamente, previstos en el ámbito de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores (*vid.* artículo 7 de la LCDSF); bien, datos que difieren de los anteriores y que son objeto de aplicación cumulativa (*vid.* artículo 8 de la LCDSF²³⁹) (primer, segundo y tercer bloques normativos).

Otras afectan a ciertas exigencias formales relacionadas con el requisito del soporte duradero, si la LCDSF regula el deber de información previa como un deber distinto del deber de comunicación – que es asociado al soporte duradero como rasgo distintivo frente al deber de información previa - (*vid.* artículos 7 y 9 de la LCDSF), la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia se limita a exigir, de forma mayoritaria, que la información previa se transmita por escrito o en soporte duradero (ello conforma el deber de información previa). En este contexto, se produce una notable coincidencia entre la información que debe ser objeto de comunicación y la información que debe transmitirse por aplicación del deber de información previa conforme a la misma normativa.

cio afectado para afrontar las complejidades del mercado. Por otro lado, en razón de las peculiaridades del modo o de la modalidad de contratación a distancia, la ley observa el deber de suministrar informaciones (jurídicas, económicas o de otra índole) que, en parte, guardan una especial conexión con las especialidades de las técnicas de comercialización empleadas (especialmente, con su carácter global).

²³⁸ Se constatará que, en general, la regulación aplicable a la información previa cubre dos aspectos fundamentales: el contenido y la forma. En cuanto al contenido de la información se comprobará que, frente a la regulación del Código Civil, la LCDSF observa un aumento de la información previa que el proveedor debe transmitir al consumidor e incorpora cierta información directamente relacionada con el modo de comercialización, entre otros aspectos. En cuanto a la forma, se constatará la sujeción de la información de la LCDSF a una serie de requisitos formales (*i.a.* comprensibilidad, claridad, concreción) que tienen por efecto garantizar un cierto nivel de transparencia a favor del consumidor.

²³⁹ Podría pensarse, en una primera aproximación, que el artículo 8 que observa la aplicación cumulativa de los requisitos adicionales de información previa previstos en la normativa especial es criticable por innecesario: visto el artículo 7 de la LCDSF que incide en el carácter no exhaustivo del listado de informaciones previas. Sin embargo, el artículo 8 adquiere especial relevancia a la vista del artículo 9 que exige la comunicación en soporte duradero de las informaciones del artículo 7 y del artículo 8 de la LCDSF. Lo que aumenta, considerablemente, el nivel de transparencia y de constancia en fase de generación.

Valga, asimismo, avanzar que, desde una perspectiva extracontractual (de mercado), estos datos conforman la “información necesaria” para garantizar un consentimiento libre y reflexionado por parte del consumidor, de conformidad con la regulación sobre omisiones engañosas de la nueva LCD que actúa, en este sentido, como un elemento de cohesión entre las normas afectadas (*vid.* artículo 7.1 de la nueva LCD) (segundo bloque normativo).

4.1.LA OBLIGACION DEL PROVEEDOR DE SUMINISTRAR CIERTA INFORMACIÓN PREVIA

El proveedor que comercializa servicios financieros a distancia está obligado a aportar una serie de informaciones al consumidor que abarcan las previstas en la LCDSF (*vid.* artículo 7 de la LCDSF) y en las demás normas relevantes, de aplicación cumulativa (*vid.* artículos 1 y 8 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). De modo que, la LCDSF, simplemente, completa el régimen jurídico preexistente aportando un *plus* de protección en razón del modo de comercialización empleado²⁴⁰ (con ciertas especialidades respecto de los servicios de pago²⁴¹).

²⁴⁰ El artículo 7 de la LCDSF dispone, literalmente, que “(...) el proveedor deberá suministrar al consumidor (...) al menos, la información que a continuación se detalla (...)”. Lo que resulta coherente con la idea de que la LCDSF ejerce el papel de completar el derecho preexistente.

²⁴¹ En virtud de la Disposición final novena de la LSP (que añade un nuevo párrafo al artículo 8 de la LCDSF) sólo algunas de las informaciones del artículo 7.1 son exigibles respecto de los servicios de pago. Concretamente, las dispuestas en: el párrafo segundo apartados c) a g) (sobre riesgos, impuestos, periodo de validez de la información, modalidades de pago y ejecución y costes suplementarios por razón de la técnica de comunicación a distancia empleada), en el párrafo tercero apartados a), b) y e) (sobre desistimiento, instrucciones para su ejercicio y el Estado Miembro en cuya legislación se basa para establecer relaciones con el consumidor) y en el párrafo cuarto apartado b) (sobre mecanismos de indemnización). De modo que, el resto de la información se sustituye por lo establecido en el artículo 18 de la LSP y sus disposiciones de desarrollo (*vid.* artículos 6, 7, 11,12 y disposición adicional primera de la Orden EHA/1608/2010 aplicable a los servicios de pago).

El artículo 18 de la LSP dispone: “El proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago que en desarrollo de esta Ley se fijen. El Ministro de Economía y Hacienda determinará los requisitos de información y demás condiciones aplicables a las operaciones de pago único y a las operaciones de pago reguladas por un contrato marco, así como las excepciones al régimen general de información para los instrumentos de pago de escasa cuantía.”

En primer lugar, en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, el deber no está sujeto a un plazo mínimo de antelación (*vid.* artículo 7 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). La doctrina ha venido justificando dicha falta de concreción en la necesidad de facilitar y de promover la agilidad²⁴² añadiendo que, esta omisión no tiene porqué perjudicar al consumidor/cliente. En estos casos, simplemente, se exige que la información se transmita con tiempo “suficiente” y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato^{243 244}. De modo que, el nivel de suficiencia del plazo debe medirse atendiendo al objetivo de la LCDSF consistente en que el consumidor pueda emitir un consentimiento con conocimiento de causa y al principio de la buena fe, al que la propia LCDSF se remite cuando se refiere a la forma en que debe transmitirse la información (*vid.* artículo 7.2 de la LCDSF).

En línea con este planteamiento se hallan las normas de transposición de la DCDSF analizadas que utilizan, igualmente, expresiones subjetivas que deben ser, asimismo, interpretadas a la luz del principio de la buena fe (*vid.* artículo 7 del *FSDM Regulations* 2004) (*vid.* artículo L222-14 del *Code de la Consommation*) (*vid.* artículo 3.2 de la DCDSF). Así, en Francia, el artículo L.121-20-10 de la *Ordonnance núm. 2005-648* utiliza la expresión “(...) En temps utile et avant qu’il ne soit lié par un contrat, le consommateur (...)”. En Reino Unido, el artículo 7 del *FSDM Regulations* 2004 se refiere al plazo en los siguientes términos “(...) In good time prior to the consumer being bound by any distance contract (...)”. En Irlanda, el artículo 6 de la *DMCFS Regulations* 2004 utiliza la expresión “(...) Within a reasonable time before a consumer is bound by a distance contract (...)”. En Luxemburgo, los artículos L.221-2 y L.222-14

²⁴² En ese sentido, léase: PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 159 a 161 y PÉREZ BENÍTEZ, J.J. “La nueva ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Ley 22/2007, de 11 de julio”, *Diario La Ley*, núm. 6837, Lunes, 10 de diciembre de 2007, pág. 1 y siguientes.

²⁴³ La alusión a la oferta o al contrato a distancia ratifica la idea – ya apuntada - de que los contratos sujetos a la regulación de la LCDSF pueden haberse celebrado, tanto a iniciativa del proveedor como del consumidor. Cuestión ésta que, ya en su día, fue debatida y resuelta a lo largo de la tramitación de la Directiva 97/7/CE y cuyo actual enfoque se halla en coherencia con el planteamiento de la LSSICE y de la DCE.

²⁴⁴ Sobre la renuncia del legislador a entrar en la regulación de cada una de las declaraciones contractuales, léase JUSTE MENCÍA, J.J. “Contratación a distancia y protección de los consumidores”, *Revista La Ley*, D-339, pág. 1619 a 1622.

del *Code de la consommation* aluden al plazo en los siguientes términos “(...) En temps utile avant la conclusion d'un contrat (...)”. Finalmente, en Bélgica, el artículo VI.55 del *Code du droit économique* utiliza la misma expresión “(...) En temps utile, avant que le consommateur ne soit lié par un contrat ou par une offre (...)”.

Este enfoque – consistente en la no concreción de plazo - se ha ido extendiendo a otras normas nacionales sectoriales, de carácter más reciente. Algunas, incluso, no confieren una protección en razón del modo de comercialización pero desarrollan la misma fórmula (*vid.* artículo 6 de la Orden EHA/2899/2011, artículo 10.1 de la nueva LCC y apartado 1 de la norma sexta de la Circular 5/2012) (*vid.* artículos 7.1 y 11.1 de la Orden EHA/1608/2010 aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 62.1 del Real Decreto 217/2008 y artículo 18.1 de la LIIC) (primer y tercer bloques normativos).

Esta tendencia legislativa halla, asimismo, cierto reflejo jurisprudencial en algunas sentencias de las Audiencias Provinciales, sobre el deber de información en la LCDSF u otras normas sectoriales sobre ordenación y transparencia aplicables al mercado de servicios financieros. Por un lado, aplica la LCDSF, la destacable sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de marzo de 2013²⁴⁵. En su marco, frente a la entidad demandada que alega que no incurre en un incumplimiento del artículo 7 en tanto que, las informaciones exigidas se concretan en el contrato y que su información se suministra con suficiente antelación - visto que, los contratos se remiten el mismo día de la firma o con antelación, de modo que, su perfección no se produce hasta que el cliente los devuelve -, argumenta la Audiencia Provincial que el sistema de información establecido en la LCDSF es de carácter riguroso por lo que la información contenida en el contrato no puede suponer el cumplimiento de esa obligación toda vez que, conforme a lo que establece el artículo 7.1 de la LCDSF, la información deberá ser suministrada con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia²⁴⁶.

²⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.106/2013 de 11 de marzo (fundamento de derecho segundo).

²⁴⁶ El artículo L.121-20-11 de la *Ordonnance núm. 2005-648* (Francia) admite, sin embargo, que la información y la comunicación se realicen en un documento único a condición de que se trate de un soporte escrito o duradero y que las informaciones no sufran variación hasta e incluyendo el momento de la celebración del contrato.

A favor de cierta antelación y rigor en la información – de modo que, la información no se subsana con el contrato - se inclinan, asimismo, algunas sentencias del Tribunal Supremo²⁴⁷ y de las Audiencias Provinciales, en sede de vicios del consentimiento por error, en los casos en los que el cliente del servicio financiero tiene escasos conocimientos financieros. En su marco, se ha venido considerando que la mera lectura del contrato que contiene ciertas informaciones relevantes, no basta, si no va acompañada de una información previa por parte de la entidad²⁴⁸. Si bien, algunas aluden al criterio del contenido del contrato para determinar si éste subsana la falta de información previa sobre la esencia del contrato²⁴⁹; la mayoría se manifiestan, claramente, a favor del hecho que la – eventual - complejidad del contrato lo hace inconveniente para el perfil del cliente (de escasos conocimientos financieros) que no es capaz de comprenderlo sin la correspondiente información previa. A partir de ahí, la circunstancia de que el cliente (de escasos conocimientos financieros) no se lea el contrato no ha sido, en muchos de los casos, considerada determinante al valorar la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error.

Cabe destacar, sin embargo que, en lo que concierne a la LCDSF, una sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia parece admitir la transmisión de la información a través del contrato, aunque, resulta poco clara y menos argumentada que la anteriormente

²⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm.460/2014 de 10 de septiembre (fundamento de derecho tercero). Literalmente, se indica: "(...) La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y solo se facilita en el momento mismo de la firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa (...)". [subrayado añadido]

²⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.402/2012 de 14 de septiembre (fundamentos de derecho cuarto y quinto); sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.509/2012 de 12 de noviembre (fundamento de derecho segundo); sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.664/2012 de 28 de diciembre (fundamentos de derecho séptimo y décimo) y sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña núm.37/2015 de 6 de febrero.

²⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.509/2012 de 12 de noviembre (fundamentos de derecho segundo).

citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid²⁵⁰. Esta tesis se inclina por el hecho que el carácter riguroso de la LCDSF exige que el deber de información previa no se realice a través del contrato vistas las dificultades de comprensión que ello puede generar en el consumidor y que la información no se transmita en el momento mismo de la firma. Se trata de que la información se transmita de forma que asegure un espacio temporal de conocimiento y de reflexión previos a la decisión de contratar²⁵¹ y que permita al consumidor, en opinión de esta tesis, seleccionar el proveedor con el que va a celebrar el contrato y comparar las ofertas del mercado. Objetivo al que, indudablemente, contribuye una información previa estandarizada y distinta a la contenida en el propio documento contractual.

A esta función del deber de información previa alude, en cierta medida, el DCMR en sus memorias de los últimos años cuando dispone que esta "(...) es esencial para que el cliente pueda seleccionar la entidad con la que se unirá financieramente durante el tiempo que dure el contrato, ya que, frente al derecho de la entidad a autorizar o no las operaciones solicitadas por sus clientes (y en las condiciones que considere oportunas), el cliente tiene derecho a comparar las ofertas que le presentan las entidades que operan en el mercado, de modo que esta elección mutua vaya precedida de un período de reflexión y aceptación por ambas partes. De ahí que el Servicio de Reclamaciones siempre haya considerado esencial que las entidades garanticen a sus clientes que reciben la adecuada información con una antelación razonable a la formalización de los contratos (...)”²⁵².

²⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm.370/2013 de 22 de octubre. En el caso, el contrato telefónico respecto del cual se alega el incumplimiento del deber de información del artículo 7 de la LCDSF constituye una ampliación de un contrato inicial escrito. Argumenta la Audiencia Provincial que al citado contrato le resulta de aplicación el artículo 4.1 de la LCDSF por lo que el nivel de información previa a la celebración del contrato “(...) debe ponerse en relación con el contenido del contrato escrito aportado junto con la demanda, que en principio cumple con las exigencias legales previstas en la citada ley.(...)” Sin perjuicio de ello, el proveedor había informado al consumidor con arreglo al artículo 7.3 de la LCDSF en relación con el citado contrato telefónico. Por todo lo cual, la Audiencia Provincial concluye que la entidad demandante ha cumplido de forma estricta el deber de información precontractual y no es posible pretender la nulidad del contrato.” [subrayado añadido]

²⁵¹ Léase al respecto: PICATOSTÉ BOBILLO, J. “El derecho de información en la contratación con consumidores”, *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, quincena del 16 al 28 de febrero de 2011, pág. 372 y siguientes.

²⁵² Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009, Banco de España, Madrid, 2010, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.71 y 72.

Diferentemente, otras normas se alejan de este planteamiento y someten la realización del deber de información previa a plazos mínimos (*vid.* artículos 14 y 20 de la Ley 2/2009) (tercer bloque normativo). En estos casos, para que los citados plazos no disminuyan la agilidad en la contratación, el proveedor puede optar por la exposición permanente de la información para garantizar una accesibilidad permanente. Por ejemplo: a través de una página web. A esta tendencia responden algunas normas, de carácter reciente, que obligan a la exposición permanente de la información (*vid.* artículo 10 de la LSSICE) (*vid.* artículo 62.3 del Real Decreto 217/2008; la norma sexta de la Circular 7/2011 y el artículo 18 de la LIIC) (primer y segundo bloques normativos).

En segundo lugar, para que la información sea completa el legislador exige que su contenido desarrolle cuatro aspectos (*vid.* artículo 10 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Planteamiento que el derecho preexistente observó, en su día; aunque, de forma dispersa. El motivo de su observancia en la LCDSF es evitar que la falta de presencia física y simultánea de las partes que caracteriza el modo de comercialización suponga una disminución de la información²⁵³. En cualquier caso, se trata de una información mínima que debe ser completada con la información previa prevista en las normas sectoriales sobre ordenación y transparencia^{254 255}.

²⁵³ El artículo 7 se ajusta, a grandes rasgos, a las exigencias de la DCDSF. El listado de informaciones del artículo 7.1 incluye las menciones dispuestas en la norma comunitaria; aunque, en ocasiones, añade datos no, expresamente, previstos, en la misma. En algunos casos, dichas menciones adicionales son concreciones de las informaciones del artículo 3 de la DCDSF. En otros, la LCDSF, simplemente, incorpora al listado datos informativos ya contemplados, en otras normas vigentes; generándose, reiteraciones. Sería el caso, por ejemplo, del artículo 7.1.2 *h*) de la LCDSF que exige que se informe al consumidor sobre el hecho que las cantidades aportadas y el retorno generado se destinarán, únicamente, a cubrir las situaciones previstas en el contrato y no podrán ser recuperadas para otro fin distinto que los supuestos excepcionales contemplados en las condiciones contractuales; todo ello de acuerdo con la normativa aplicable.

²⁵⁴ El artículo 7 de la LCDSF dispone: "(...)1. El proveedor 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 (...)". [subrayado añadido].

²⁵⁵ Sobre el carácter mínimo de la información del artículo 7 de la LCDSF y de la posibilidad del proveedor de obligarse a facilitar más informaciones que las que se expresan en el listado léase: TAPIA SÁNCHEZ, M^a. R. "La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia", *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 96, 2009, págs. 31 y siguientes.

Dichos aspectos son el proveedor, el servicio financiero, el contrato a distancia y los medios de reclamación y de indemnización^{256 257}. Como se constatará, a lo largo del análisis del apartado 4.2 y siguientes de este CAPITULO, se está produciendo una

²⁵⁶ Frente al artículo 7 de la LCDSF, la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de servicios financieros incorpora los siguientes contenidos a la información previa de alcance general. Respecto del mercado bancario, es destacable el vigente artículo 6 de la Orden 2899/2011 que – diferentemente, de la legislación anterior - contiene una cláusula general alusiva al alcance y contenido de la información precontractual que, de forma gratuita, debe transmitirse a los clientes personas físicas (*vid.* artículo 2 de la Orden 2899/2011). En su virtud, las entidades de crédito deben suministrar a los clientes toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio financiero y para comparar ofertas similares. Se añade que la información deberá ser clara, objetiva, oportuna y suficiente y deberá suministrarse con la suficiente antelación. Sin perjuicio de este deber de información, el proveedor debe poner a disposición del público en un documento cuyo formato corresponde determinar al Banco de España, los tipos de interés habitualmente aplicados a los servicios que se presten con mayor frecuencia, así como, las comisiones habitualmente percibidas (*vid.* norma tercera de la Circular 5/2012). Por lo que, en principio, la información puede cubrir los cuatro aspectos, anteriormente, citados. Respecto del mercado de valores, el artículo 62 del Real Decreto 217/2008 observa un deber de información previa a los clientes minoristas. En su virtud, las empresas que presten servicios de inversión deben suministrar a sus clientes minoristas las condiciones contractuales y la información exigida en sus artículos 63 (en relación con el contrato o con los servicios de inversión o auxiliares) a 66. El listado contiene, a grandes rasgos, datos sobre el proveedor, sobre los idiomas, sobre los medios de comunicación que deberán aplicarse, sobre los mecanismos de protección respecto de los fondos o instrumentos financieros y sobre las políticas en materia de conflictos de interés. Se añade, en su caso, cierta información específica en relación con los servicios de gestión de carteras (*vid.* artículo 63 del Real Decreto 217/2008), con los instrumentos financieros afectados (*vid.* artículo 64 del Real Decreto 217/2008), con eventuales medidas de salvaguardia (*vid.* artículo 65 del Real Decreto 217/2008) y con costes y gastos asociados (*vid.* artículo 66 del Real Decreto 217/2008). Se trata, por tanto, de una información muy específica que profundiza en la idiosincrasia del mercado. Junto con esta información, el proveedor debe suministrar – vía folleto informativo - las tarifas de comisiones y gastos repercutibles (junto con otros conceptos necesarios) que la entidad decida aplicar a todos los servicios incluidos en su programa de actividades (con la posible salvedad de los servicios de carácter singular) (*vid.* normas segunda y tercera de la Circular 7/2011). De modo que, la información puede cubrir los cuatro aspectos del artículo 7 de la LCDSF. Finalmente, respecto del mercado de seguros, la información general exigible a la entidad aseguradora abarca datos relacionados con el proveedor, con la ley aplicable al contrato y con las vías de recurso o de reclamación (*vid.* artículos 60 de la LOSSP y artículo 104 del ROSSP). Este planteamiento se mantiene en la futura LOSSP que entrará en vigor el 1 de enero de 2016. En sede de información previa, no se cubren, en principio, todos los aspectos cubiertos por el artículo 7 de la LCDSF. Otra cosa es el contenido exigible al contrato y la exigencia de que el asegurador quedará vinculado por la proposición de seguro durante un plazo mínimo de quince días (*vid.* artículos 6 y 8 de la LCS).

²⁵⁷ Este mismo enfoque lo desarrollan las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica (*vid.* artículo L.121-20-10 de la *Ordonnance núm.2005-648* y el artículo 121-2-1 del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y Schedule 1 del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y Schedule 1 de la *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55 del *Code du droit économique*).

creciente tendencia legislativa a exigir que la transmisión de información durante la fase de generación cubra todos estos aspectos. Son un perfecto ejemplo: la LCDSF y la LSSICE.

En tercer lugar, por la propia idiosincrasia de algunos servicios financieros, la LCDSF libera del deber de información previa a las operaciones sucesivas de un acuerdo inicial respecto del cual se ha cumplido el deber de información. Se dispone, concretamente que, en el caso de contratos relativos a servicios financieros que comprendan un acuerdo inicial de servicio seguido de operaciones sucesivas o una serie de distintas operaciones del mismo tipo escalonadas en el tiempo, las disposiciones de la LCDSF – incluido, por tanto, el deber de información – se aplicarán, únicamente, al acuerdo inicial (*vid.* artículo 4.1 de la LCDSF). Lo que resulta aplicable a la apertura de una cuenta bancaria, la adquisición de una tarjeta de crédito o la celebración de un contrato de gestión de cartera. De modo que, las citadas operaciones pueden consistir, por ejemplo, en el depósito o retirada de dinero de la cuenta bancaria; en los pagos efectuados mediante la tarjeta de crédito; en las transacciones realizadas en el marco de un contrato de gestión de cartera y en la suscripción de nuevas participaciones del mismo fondo de inversión colectiva²⁵⁸.

Es destacable, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 370/2013, de 22 de octubre que aplica el artículo 4.1 de la LCDSF en relación con unos acuerdos posteriores de ampliación del contrato de crédito inicial²⁵⁹. La Audiencia Provincial pone en relación el deber de información previa con el contrato inicial.

²⁵⁸ Considerandos 16 y 17 de la DCDSF. Añade el considerando 17) que: "(...) No supone una "operación" el hecho de añadir nuevos elementos a un acuerdo inicial, como la posibilidad de utilizar un instrumento de pago electrónico en combinación con la propia cuenta bancaria ya existente, sino un contrato adicional al que se aplicará la presente Directiva. La suscripción de nuevas participaciones del mismo fondo de inversión colectiva se considera una de las "operaciones sucesivas de igual naturaleza".

²⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm.370/2013 de 22 de octubre (fundamento de derecho segundo). En el caso, las partes suscriben, inicialmente, un contrato de crédito por escrito que se amplió, telefónicamente. Se solicita la nulidad del segundo contrato por incumplimiento del artículo 9 de la LCDSF. La Audiencia Provincial desestima el citado motivo basándose en el hecho que el segundo contrato es una ampliación del contrato inicial y que le resulta de aplicación el artículo 4.1 de la LCDSF. Por lo que, el nivel de información previa a la celebración del contrato se pone en relación con el contrato inicial. Sin perjuicio de lo anterior, se procede, igualmente, a la audición de la grabación telefónica correspondiente a la

4.2. INFORMACIÓN SOBRE EL PROVEEDOR

Como se ha apuntado, algunas informaciones son de obligada transmisión por el mero hecho de comercializar servicios financieros a distancia o en razón de la modalidad de contratación a distancia empleada; otras, no. En estos últimos casos, los contenidos informativos se exigen en razón de la especial naturaleza del proveedor y/o de la especial naturaleza del servicio financiero afectado (por ejemplo: el caso de los servicios de pago²⁶⁰).

4.2.1. EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA CON CONSUMIDORES

En el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, la información previa en torno al proveedor tiene como objetivo, especialmente, destacable: prevenir futuros y posibles problemas relacionados con su identificación y su localización. Lo que es un enfoque muy conveniente, en normas que confieren una protección en razón de un modo de comercialización que se caracteriza por la falta de presencia física y simultánea de las partes.

(i) Identificación del proveedor

Si el proveedor es una entidad de crédito, una empresa que presta servicios de inversión, una entidad aseguradora, un proveedor de servicios de pago, un intermediario o una empresa o profesional que presta ciertos servicios financieros (*vid.* artículo 2 de la LCDSF) (*vid.* artículo 2.9 de la LSP) (*vid.* artículo 4 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículo 1 de la Ley 2/2009 y artículos 1 y 2 de la nueva LCC) debe informar, en primer

ampliación y se aprecia que esta cumple, estrictamente, el deber de información del artículo 7.3 de la LCDSF.

²⁶⁰ La disposición adicional primera de la Orden aplicable a los servicios de pago declara la aplicación especial de los contenidos informativos exigidos en su marco (*vid.* artículos 7, 8, 11 y 12 de la Orden aplicable a los servicios de pago) frente a los datos exigibles por aplicación del artículo 7.1 de la LCDSF. No obstante, se añade que será aplicable lo previsto en las letras *c)* y *g)* del artículo 7.1.2), las letras *a)*, *b)* y *e)* del artículo 7.1.3) y la letra *b)* del artículo 7.1.4) de la LCDSF que incorporan, especialmente, datos muy vinculados al modo de comercialización.

lugar, sobre su identidad y/o actividad principal²⁶¹ ²⁶²(*vid.* artículo 7.1.1) a) de la LCDSF) (*vid.* artículos 21, 22 y anexos I, II y III de la Orden EHA/2899/2011 y artículo 12.1 a) de la Orden EHA/1608/2010 aplicable a los servicios de pago) (*vid.* normas segunda y tercera de la Circular 7/2011 y artículo 17 de la LIIC y artículo 23 del RIIC) (*vid.* artículo 104.2 del ROSSP y artículo 42.1 de la Ley 26/2006) (*vid.* artículo 10.3 b) y Anexo II de la nueva LCC y artículos 14.1 a) y 20.1 a) de la Ley 2/2009) (primer y tercer bloques normativos).

Además, si el proveedor actúa a través de un representante legal o de un representante o intermediario debe aportar las siguientes informaciones: la identidad del representante y la calidad o condición con la que éste actúa (*vid.* artículo 7.1.1) b) y 7.1.1) c) de la LCDSF) (*vid.* artículo 42.1.a) de la Ley 26/2006 y artículos 14.1.a) 1º, 19.2, 19.3 y 20.1.a) 1º de la Ley 2/2009) (primer y tercer bloques normativos)²⁶³.

²⁶¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.106/2013 de 11 de marzo, en cuyo marco, la parte demandante insta la nulidad del contrato por incumplimiento de la obligación de información del artículo 7.1 (incluida la información del proveedor) de la LCDSF. Frente a las alegaciones de la entidad demandada, la Audiencia Provincial concluye que la información contenida en el contrato no puede suponer el cumplimiento del deber de información, dado que, la información debe ser suministrada con la suficiente antelación y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia (fundamentos de derecho segundo y tercero).

²⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.320/2012 de 18 de septiembre, en cuyo marco, la parte demandada alega en apelación que el contrato es nulo por incumplimiento de la obligación de informar sobre la identidad y actividad principal del proveedor y sobre la existencia o no de un derecho de desistimiento y por incumplimiento del deber de comunicar las condiciones contractuales en soporte papel. La Audiencia Provincial concluye que, de las grabaciones telefónicas por las que se procede a la ampliación del crédito del contrato de préstamo, se infiere, entre otros extremos, que la parte demandada tenía perfecto conocimiento de la identidad del proveedor y de su actividad principal, así como, de la finalidad comercial de la llamada. Puesto que, de las grabaciones se deduce que lo que se confirma no es una ampliación de crédito ofertada por la entidad demandante sino una ampliación de crédito solicitada por la parte demandada (fundamento de derecho segundo).

²⁶³ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica disponen las mismas informaciones en torno a la identificación del proveedor, de su representante o de un tercero (*vid.* artículo R.121-2-1 1º del *Décret núm.2005 -1450*) (*vid.* artículo 7 y Schedule 1. 1), 2), 3) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y Schedule 1 a), b) y c) de la *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 1) a) b) y c) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1 1º a) b) c) del *Code du droit économique*).

(ii) Localización del proveedor

Si el proveedor es una entidad de crédito, una empresa que presta servicios de inversión, una entidad aseguradora, un proveedor de servicios de pago, un intermediario o una empresa o profesional que presta servicios financieros debe informar sobre la dirección del lugar de establecimiento y la dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el proveedor²⁶⁴ (*vid.* artículo 7.1.1) a) de la LCDSF y artículo 10.1 a) de la LSSICE) (*vid.* artículo 12.1 a) de la Orden EHA/1608/2012 aplicable a los servicios de pago) (primer, segundo y tercer bloques normativos).

En su caso, el proveedor debe añadir ciertos datos relativos a la localización del representante legal o del representante o intermediario que abarcan su dirección geográfica (*vid.* artículo 7.1.1) c) de la LCDSF) (*vid.* artículo 42.1.a) de la Ley 26/2006) (*vid.* artículo 60.2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2007), su teléfono, su fax y su correo electrónico (*vid.* artículo 7.1.1) b) de la LCDSF y artículo 10.1 a) de la LSSICE) (primer, segundo y tercer bloques normativos)²⁶⁵.

(iii) Supervisión administrativa del proveedor

Asimismo, el proveedor debe informar sobre el registro público en el que se halle inscrito e indicar su número de registro (o medios equivalentes de identificación en el marco de dicho registro)²⁶⁶ (*vid.* artículo 7.1.1) d) de la LCDSF, artículo 10.1 b) de la LSSICE) (*vid.* artículo 12.1 b) de la Orden aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 42.1 b) de la Ley 26/2006) (*vid.* artículos 14.1.a) 4º y 20.1.a) 4º de la Ley 2/2009)

²⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.106/2013 de 11 de marzo. (fundamentos de derecho segundo y tercero).

²⁶⁵ Exceptuando la mención al teléfono, al fax y al correo electrónico del representante que añade la LCDSF, las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica observan los mismos contenidos informativos en torno a la localización del proveedor, de su representante o de un tercero (*vid.* artículo R.121-2-1 1º del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y Schedule 1. 1), 2), 3) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y Schedule 1 a), b) y c) de la *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 1) a) b) y c) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1 1º a) b) c) del *Code du droit économique*).

²⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.106/2013 de 11 de marzo (fundamentos de derecho segundo y tercero).

y los datos de su autoridad de supervisión²⁶⁷ (*vid.* artículo 7.1.1) *d*) de la LCDSF y artículo 10.1 *c*) de la LSSICE) (*vid.* artículos 21, 22 y anexos I y II de la Orden EHA/2899/2011 y artículo 12.1 *b*) de la Orden EHA/1608/2010 aplicable a los servicios de pago) (*vid.* norma tercera de la Circular 7/2011) (primer, segundo y tercer bloques normativos)²⁶⁸.

4.2.2 EN LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

El proveedor que utilice determinados medios electrónicos de comunicación a distancia deberá añadir las siguientes informaciones si el acto en cuestión constituye un servicio de la sociedad de la información.

Se trata, básicamente, de su número de identificación fiscal (*vid.* artículo 10.1 *e*) de la LSSICE); de una serie de datos relacionados con su profesión (*vid.* artículos 10.1 *d*) y 10.1 *g*) de la LSSICE) – como, las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión junto con los medios a través de los cuáles éstas se puedan conocer, incluidos, los de naturaleza electrónica (*vid.* artículo 10.1 *d*) de la LSSICE) - y los códigos

²⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.704/2012 de 28 de diciembre, en cuyo marco, la parte demandada alega que el contrato es nulo por incumplimiento de la obligación de información del artículo 7.1.1) de la LCDSF relativa al proveedor, del artículo 7.1.2) relativa al servicio y del artículo 7.1.3) relativa al contrato a distancia. Concretamente, no se informa sobre su número de registro ni datos de autorización; no se indica el precio total de comisiones, cargas y gastos; no se informa sobre el derecho de desistimiento; ni sobre los sistemas de resolución extrajudicial ni sobre el coste del seguro de vida vinculado. Alega, en definitiva, la vulneración de la doctrina del desistimiento cuya consecuencia es la nulidad como también lo es por no haber acreditado que se ha enviado las condiciones contractuales en soporte papel. La Audiencia Provincial concluye que, aunque, se acreditara que la entidad demandante no ha dado cumplimiento a las obligaciones que le incumben e incluso concluyendo que deban tenerse como nulas algunas cláusulas del contrato “(...) igualmente, la demandada viene obligada a la devolución de las cuotas pendientes del capital recibido (...)” (fundamento de derecho tercero).

²⁶⁸ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica observan los mismos contenidos informativos en torno al registro y/o a la autoridad de supervisión o control (*vid.* artículo R.121-2-1 1º del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y Schedule 1. 4) y 5) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y Schedule 1 *d*) y *e*) de la *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 1) *d*) y *e*) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1 1º *d*) del *Code du droit économique*).

de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos, electrónicamente²⁶⁹ (*vid.* artículo 10.1 g) de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

Recuérdese que, en el caso específico del mercado de los servicios financieros, la mención a los códigos de conducta es, especialmente, relevante; dado que, son varias las entidades financieras vinculadas a dichos códigos²⁷⁰.

4.2.3. EN EL MERCADO DE SERVICIOS FINANCIEROS

Adicionalmente, el proveedor debe aportar otras informaciones en razón de su especial naturaleza y/o de la del servicio financiero afectado. Algunas suelen comportar una mejora en su identificación (mercado de valores, seguros privados y operaciones de pago) y/o en su localización (seguros privados).

Otras van más allá. Por ejemplo: los datos tendentes a facilitar la comunicación con el cliente (mercado de valores y de seguros privados), la información sobre las políticas de conflictos de interés aplicadas (mercado de valores), las cuentas anuales (mercado de valores) y otros datos sobre cuestiones relacionadas con la responsabilidad del proveedor en el desarrollo de sus actividades profesionales (mercado bancario).

En primer lugar, si se trata de un proveedor de servicios de pago (*vid.* artículo 2.9 de la LSP) debe aportar ciertas direcciones de utilidad para permitir una comunicación efectiva con el cliente hallándose incluidas, la dirección del correo electrónico, el domicilio de su administración central o en su caso, el de la sucursal o agente establecido junto con cualquier otra dirección (de la sucursal o agente) (*vid.* artículo 12.1 a) de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer bloque normativo).

²⁶⁹ Con fines aclarativos, el artículo 10.2 de la LSSICE añade que la obligación de información se dará por cumplida si la información se incluye en la página web o sitio de Internet del prestador.

²⁷⁰ A citar: el Código Ético de Comercio Electrónico y de Publicidad Interactiva (promovido por Autocontrol y por Adigital) cuya relevancia se ha valorado ya, a lo largo del apartado 6 del CAPITULO II de esta tesis.

En segundo lugar, en los casos en que el proveedor sea una empresa no supervisada por el Banco de España (*vid.* artículo 1 de la Ley 2/2009) que desarrolla actividades de concesión de créditos o de préstamos hipotecarios o actividades de intermediación para una o varias entidades de crédito debe suministrar al consumidor los siguientes datos adicionales, entre otros: la póliza de seguro de responsabilidad civil o el aval suscrito junto con la información de la correspondiente entidad aseguradora o de crédito, su código de identificación fiscal, su razón social y la página web (*vid.* artículos 14 y 20 de la Ley 2/2009) (tercer bloque normativo).

En tercer lugar, si el proveedor es un emisor o una empresa que presta servicios de inversión existen dos canales distintos de información al inversor - consumidor. Primero, a través del deber de información previa al contrato de prestación de servicios de inversión a cargo de la empresa de servicios de inversión o de la entidad que presta servicios de inversión y segundo, mediante el folleto informativo del emisor, de carácter público. Los datos que se deben aportar al folleto han de ser los necesarios o adecuados para que los inversores puedan realizar una evaluación con la suficiente información y así, tomar una decisión con conocimiento de causa: lo que es un enfoque amplio (*vid.* artículos 27.1²⁷¹ y 79 *bis*.3 de la LMV) (primer bloque normativo).

Mientras que, la información previa al contrato de prestación de servicios abarcará, entre otros: los datos de contacto necesarios para permitir una comunicación efectiva; los idiomas aplicables a la comunicación con la empresa; los medios de comunicación que podrán utilizarse con la empresa (incluidos, la forma de envío y de recepción de órdenes); la dirección (y el nombre) de la autoridad competente; la naturaleza, la periodicidad y la fecha de los informes que la entidad ha de remitir y la política de conflic-

²⁷¹ El artículo 27.1 de la LMV dispone: “El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas así como las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. (...)”. El artículo 79 *bis*.3 de la LMV insta a la empresa de servicios de inversión a prestar la información “adecuada sobre la entidad” y otros extremos pudiendo así el inversor “tomar decisiones de las inversiones con conocimiento de causa”.

tos de interés aplicable (*vid.* artículo 63 del Real Decreto 217/2008)²⁷². Si la entidad que presta el servicio de inversión es, además, una entidad gestora de una institución de inversión colectiva (*vid.* artículo 1.5 del Real Decreto 217/2008) se debe añadir, entre otras, las siguientes informaciones muy relacionadas con su especial naturaleza²⁷³: ciertos datos fundamentales para el inversor que incluyen la identificación de la institución de inversión colectiva, los objetivos del fondo o de la sociedad, la identificación del depositario y en su caso, de la entidad gestora y del promotor; una descripción de los objetivos de inversión y de la política de inversión; la fecha de constitución de la institución de inversión colectiva y de la entidad gestora y su duración (si ésta es limitada); la indicación de otras instituciones gestionadas por la entidad gestora (en su caso); la declaración de la posibilidad de obtener las cuentas anuales y otros documentos públicos y la mención de un punto de contacto para aclaraciones suplementarias, así como, eventualmente, la alusión a la circunstancia de que se trata de una institución por compartimentos (*vid.* artículo 17 de la LIIC, artículos 22 y 23 del RIIC y anexos a la Circular 2/2013) (primer bloque normativo).

Si el proveedor es una entidad de seguros o un mediador deberá añadir: el Estado Miembro en el que está establecido su domicilio social; la identificación, en su caso, de la sucursal con la que vaya a celebrarse el contrato; la dirección de la sucursal que vaya a proporcionar la debida cobertura (*vid.* artículo 53 de la LOSSP) (primer bloque normativo) y la forma jurídica de la entidad (*vid.* artículo 104 del ROSSP) (primer bloque normativo). En el caso específico de que sea el mediador de la entidad de seguros quien informe al consumidor deberá aportar las siguientes informaciones adicionales, entre otras: si la entidad aseguradora posee (en su caso) una participación directa o indirecta sobre el mismo (si esta es superior a un determinado porcentaje) y si el mediador actúa o no, sobre una base de exclusividad (*vid.* artículo 42 de la Ley 26/2006) (primer bloque normativo).

²⁷² Sin perjuicio de lo anterior, la ley exige el suministro de otros datos adicionales respecto de determinados servicios de inversión como el servicio de gestión de cartera (*vid.* artículo 63.3 del Real Decreto 217/2008).

²⁷³ Las entidades gestoras de instituciones de inversión colectiva se hallan incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la regulación aplicable a los servicios de inversión, con alcance limitado a determinados artículos (entre los cuáles, los relativos a la información previa localizados en el capítulo I del título IV del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículo 1.5 del Real Decreto 217/2008).

Finalmente, el legislador exige el suministro de ciertos datos que impone en razón de la especial naturaleza del servicio financiero.

En primer lugar, si el producto consiste en un crédito al consumo, la información abarcará, no sólo, el domicilio social del proveedor sino, también, el del intermediario (*vid.* artículo 10.3 *b*) de la nueva LCC). En segundo lugar, si se tratara de ofertas públicas de venta o suscripción, el folleto informativo deberá incorporar información referente a los riesgos esenciales del emisor y a sus cuentas anuales (*vid.* artículos 16, 17 y 19.2 del Real Decreto 1310/2005; anexo 8 de la Circular 3/2000)²⁷⁴ entre otros datos adicionales. En tercer lugar, si se tratara de un seguro de vida debería informarse sobre la forma jurídica de la entidad contratante (*vid.* artículo 105 del ROSSP) (primer y tercer bloques normativos).

4.3. INFORMACIÓN SOBRE EL SERVICIO FINANCIERO

El proveedor que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores (*vid.* artículo 2 de la LCDSF) está obligado a aportar una información sobre el servicio bastante completa. Se evita, así, que la falta de presencia física y simultánea (que comporta la comercialización a distancia) vaya acompañada de una disminución del nivel de información (*vid.* artículo 7 de la LCDSF) (*vid.* considerando 21 de la DCDSF) (tercer bloque normativo).

²⁷⁴ Añádase la fecha en la que el correspondiente folleto informativo se pondrá a disposición del público, siempre que se esté informando al consumidor sobre un instrumento financiero objeto de oferta pública de suscripción o de venta (sujeta a la obligación de elaborar un folleto) (*vid.* artículo 64.3 del Real Decreto 217/2008).

Como se constatará, la información que la LCDSF ofrece gana en profundidad, a través de la aplicación cumulativa de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia (*vid.* artículos 7 y 8 de la LCDSF) (tercer bloque normativo) que se analiza, a lo largo del punto 4.3.3 siguiente²⁷⁵.

4.3.1. EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA CON CONSUMIDORES

(i) Principales características del servicio financiero

Todo proveedor que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores está obligado a aportar una descripción de las “principales características”²⁷⁶ del servicio (*vid.* artículo 7.1.2. a) de la LCDSF) (*vid.* artículos 8 y 11 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 27 de la LMV y norma séptima de la Circular 7/2011²⁷⁷) (primer y tercer bloques normativos)²⁷⁸. Valga avanzar que la información sobre las

²⁷⁵ Se constatará que las informaciones exigibles son las previstas en el artículo 7.1.2) de la LCDSF y en algunas normas del primer, segundo y tercer bloques normativos. Como se avanzaba al inicio de este apartado 4, sus exigencias coinciden, conceptualmente y/o desarrollan lo dispuesto en la LCDSF; sin que ésta excluya la aplicación del derecho preexistente (*vid.* artículos 1 y 8 de la LCDSF).

²⁷⁶ La doctrina recurre a dos criterios para determinar el significado y contenido de la expresión “principales características”. El primero se basa en el recurso a otras normas que emplean la misma o parecida expresión (*vid.* artículos 60 y 116 d) del Real Decreto Legislativo 1/2007). El segundo parte de la conexión entre la naturaleza del producto y sus características, de conformidad con el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (entre otros artículos). Respecto del primer criterio, el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (sobre información previa) emplea la expresión de “características principales” y añade un listado de informaciones que coinciden, en parte, con las del listado del artículo 7.1. de la LCDSF. El artículo distingue entre las características principales del contrato que se suscribe - en particular, sus condiciones jurídicas y económicas - y las de los bienes o servicios. Algún autor destaca, asimismo, la relevancia del artículo 116 d) del mismo Real Decreto Legislativo 1/2007. De su texto se infiere que las prestaciones habituales conforman en parte las características del producto (cuando indica que las prestaciones habituales que cabe esperar de un determinado tipo de producto vienen determinadas, en parte, por las declaraciones públicas sobre sus características realizadas por el vendedor). Respecto del segundo criterio, el artículo 18.1 a) del Real Decreto Legislativo 1/2007 concreta la expresión de “características” de un determinado bien o servicio mediante la alusión a su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, origen y procedencia (entre otros extremos).

²⁷⁷ En el caso especial de la norma séptima de la Circular 7/2011 se observan las características esenciales del contrato como un contenido exigible en los contratos-tipo que las empresas de inversión suscriban con sus clientes minoristas.

²⁷⁸ A las principales características se refieren las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica (*vid.* artículo R.121-2-1 5º b)

características – al igual que la relativa a los riesgos – ha venido siendo considerada esencial para una adecuada toma de decisiones, especialmente, por parte de la CNMV²⁷⁹ y del Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (en adelante, el SRDGSFP)²⁸⁰ tal y como éstos ponen de manifiesto en sus correspondientes memorias (por ejemplo, respecto de permutas financieras (*swaps*), de planes de pensiones y de seguros de vida).

En cualquier caso, la LCDSF exige que la descripción se realice “en los términos que determinen las normas reglamentarias de desarrollo” (*vid.* artículo 7.1.2 a) de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Lo que supone una remisión genérica a la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de los servicios financieros y a ciertas normas sectoriales de consumo, en coherencia con la idea de que la naturaleza del servicio financiero permanece invariable, aun cuando, éste sea contratado a distancia.

Por consiguiente, el análisis siguiente se centra en lo previsto en estas normas sectoriales cuya regulación distingue entre las informaciones exigibles por razón de la naturaleza del proveedor y/o del servicio afectado. De ahí que, este punto estructure su análisis en torno a ambos criterios.

Así, en primer lugar, en razón de la naturaleza del proveedor, la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado bancario y de seguros integra

del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y Schedule 1. 6) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y Schedule 1 h) de la *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.221-2 (1) b) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1 2º a) del *Code du droit économique*).

²⁷⁹ Atención de reclamaciones y consultas de los inversores, Memoria 2008, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.27; Atención de reclamaciones y consultas de los inversores, Memoria 2009, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.42; Atención de reclamaciones y consultas de los inversores, Memoria 2011, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.27.

²⁸⁰ Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2010, Madrid, 2011, pág. 26 y 52; Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2011, Madrid, 2012, pág. 18, 23 y 37; Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2011, Madrid, 2012, pág. 21 y 38.

bajo la noción de “principales características”²⁸¹, entre otros datos: la denominación comercial del servicio (*vid.* norma sexta de la Circular 5/2012) (*vid.* artículo 8 de la LCS); las prestaciones habituales (*vid.* norma sexta de la Circular 5/2012) - con indicación, en su caso, del concepto en el cual se asegura, de la naturaleza del riesgo cubierto, de la designación de los objetos asegurados y de su situación (*vid.* artículo 8 de la LCS) -; los servicios accesorios (*vid.* punto 4 de la parte A del anexo I “Ficha de Información Precontractual”, punto 7 de la parte A del anexo II “Ficha de Información Personalizada” y punto 4 de la parte A del anexo III “Ficha de Información Precontractual para hipotecas inversas” de la Orden EHA 2899/2011 y artículo 15 de la Ley 2/2009); los plazos aplicables en la ejecución y/o duración del servicio (*vid.* norma sexta de la Circular 5/2012) (*vid.* artículo 8 de la LCS); la suma asegurada, en el caso especial de los seguros privados (*vid.* artículo 8 de la LCS); la periodicidad en los pagos (*vid.* norma sexta de la Circular 5/2012) (*vid.* artículo 8 de la LCS) y otras condiciones jurídicas y económicas, de necesaria consideración, para determinar la rentabilidad, las garantías y los riesgos del servicio en cuestión (*vid.* norma sexta de la Circular 5/2012) (*vid.* artículo 60.3 de la LOSSP) (primer y tercer bloques normativos).

Mención aparte merece la información sobre las principales características prevista en la normativa sectorial aplicable al mercado de valores, considerando su especificidad. Esta abarca, entre otros (*vid.* artículo 27 de la LMV y artículo 16 del Real Decreto 1310/2005), los siguientes extremos: los instrumentos financieros (*vid.* artículos 27.1 y 27.3 de la LMV, apartado 3 de la norma tercera de la Circular 7/2011); ciertas características de la operación (*vid.* apartado 3 de la norma tercera de la Circular 7/2011); los riesgos asociados (*vid.* artículo 27.3 de la LMV y artículo 17 de la LIIC); las cláusulas y condiciones aplicables a la oferta o al servicio de inversión (*vid.* artículos 62, 63 y si-

²⁸¹ Es muy revelador, en este sentido, el anexo II de la nueva LCC sobre la “Información normalizada Europea” que bajo el apartado de las características principales del crédito incorpora las siguientes informaciones: tipo de crédito; importe total del crédito; condiciones que rigen la disposición de los fondos (es decir, cuándo y cómo el consumidor obtendrá el dinero); duración del contrato; plazos y, en su caso, el orden en que se realizarán los pagos; importe total a pagar (incluidos, intereses y gastos); garantías requeridas; (si ha lugar, la indicación de que) los reembolsos no suponen la inmediata amortización. Asimismo, es destacable el anexo I a la Orden EHA/2899/2011 relativo a la “Ficha de información precontractual” (FIPRE) aplicable a los préstamos hipotecarios que, en el apartado referido a las características del préstamo, incorpora las siguientes informaciones: importe máximo del préstamo; finalidad; tipo de préstamo (con indicación de la forma en que se realizará el reembolso); préstamo en divisa (si ha lugar); plazo de amortización y periodicidad en los pagos.

guientes del Real Decreto 217/2008); los centros de ejecución de órdenes y en su caso, la política de ejecución aplicada a las mismas y otras condiciones jurídicas y económicas de necesaria consideración para determinar la rentabilidad y los riesgos del servicio (*vid.* artículos 63 y siguientes del Real Decreto 217/2008 y artículo 17 de la LIIC)²⁸² (primer bloque normativo).

Valga un inciso, hasta el momento, es abundante la jurisprudencia que, en sede de vicios del consentimiento por error, ha estimado la procedencia de la nulidad del contrato en los casos en los que - respecto de productos o servicios de inversión complejos - la información omitida ha venido refiriéndose a cuestiones (relacionadas con las informaciones del artículo 7.1.2) de la LCDSF) como: los riesgos asumidos (no basando con la mera información sobre la existencia del riesgo con independencia de la circunstancia que la motiva²⁸³)²⁸⁴; la naturaleza del contrato²⁸⁵; las características y contenido del contrato²⁸⁶ y la concurrencia de posibles costes y/o perjuicios²⁸⁷, entre

²⁸² Por ejemplo, el garante y las garantías (*vid.* artículo 27.1 y 27.3 de la LMV, artículo 17 del Real Decreto 1310/2005, anexo VI del Reglamento (CE) 809/2004) y las condiciones, principios y/o método de valoración aplicables (*vid.* anexo XV del Reglamento (CE) núm. 809/2004, artículo 63.3 a) y c) del Real Decreto 217/2008).

²⁸³ Así lo establece el Tribunal Supremo en su sentencia núm.460/2014 de 10 de septiembre (fundamento de derecho primero). La omisión consistía, fundamentalmente, en una falta de alusión al emisor del producto estructurado y del hecho que el riesgo dependía, no solo, de la evolución de los activos subyacentes sino de la propia solvencia del emisor.

²⁸⁴ Las siguientes sentencias conciernen a supuestos de falta de información en torno a los riesgos: sentencia del Tribunal Supremo núm.460/2014 de 10 de septiembre; sentencia del Tribunal Supremo núm.840/2013 de 20 de enero; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.13/2014 de 22 de enero; sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 402/2012 de 14 de septiembre; sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm.37/2015 de 6 de febrero; sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm.38/2014 de 4 de febrero; sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.509/2012 de 12 de noviembre; sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm.676/2014 de 28 de noviembre y sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.664/2012 de 28 de diciembre.

²⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.664/2012 de 28 de diciembre (fundamentos de derecho cuarto y séptimo). Además de la omisión de información sobre riesgos la Audiencia Provincial añade que no puede acogerse que haya habido explicaciones sobre la naturaleza misma del contrato; pues, no consta que se hubiera entregado una copia del mismo antes de que fuera firmado. Por otro lado, oídas las grabaciones telefónicas no se puede considerar que la entidad demandante aprehendiera la auténtica naturaleza especulativa del contrato suscrito.

²⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm.170/2011 de 19 de mayo (fundamentos de derecho cuarto). En el caso, el error consistió en creer que el *swap* era un seguro que cubría el tipo de interés cuando no lo es, de modo que, se terminó pagando un interés superior al que hubiera procedido de no haber contratado el *swap*. La parte demandante instó la nulidad en base a que contrató un *swap* pensando que era un contrato de seguro alegando

otras informaciones. En este sentido, una circunstancia, especialmente, relevante al estimar la nulidad del contrato ha sido, precisamente, el perfil del cliente afectado – si se trata de una persona con escasos conocimientos financieros o no - siendo éste determinante en la valoración de la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error vicio. Sin perjuicio, claro está, de ulteriores valoraciones, dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Volviendo a la cuestión de la información exigible, si el emisor es una institución de inversión colectiva de valores deberá añadir los siguientes datos (entre otros): (en su caso) las comisiones a favor de la gestora o los descuentos a favor del fondo; la estrategia o las políticas de inversión (*vid.* artículo 17.1 *b*) de la LIIC, artículo 23.1.*m*) del RIIC y anexos de la Circular 2/2013); algunas condiciones aplicables a la oferta (*vid.* anexos de la Circular 2/2013); la información sobre garantía de rentabilidad y relacionada con la rentabilidad (*vid.* artículo 17 de la LIIC); (en su caso) cierta información sobre compartimento/s y (en su caso) cierta información sobre clases de participación (*vid.* anexos de la Circular 2/2013) (primer bloque normativo).

En segundo lugar, en razón de la especial naturaleza del servicio financiero, se explicitan los siguientes contenidos. Respecto del sector bancario, la información previa exigida resulta muy similar a la indicada, anteriormente, con alguna excepción.

Si se trata de créditos o de préstamos hipotecarios: el tipo de crédito o de préstamo (*vid.* punto 2 de la parte A del anexo I “Ficha de Información Precontractual” y del anexo II “Ficha de Información Personalizada” a la Orden EHA/2899/2011); las prestaciones habituales (*vid.* punto 2 de la parte A del anexo I “Ficha de Información Precontractual” y del anexo II “Ficha de Información Personalizada” de la Orden/EHA 2899/2011; punto 2 y 3 de la parte A del anexo III “Ficha de Información Precontractual para hipotecas inversas” y del anexo IV “Ficha de Información Personalizada para hi-

desconocimiento del contenido y características del *swap* y más concretamente, desconocimiento de la mecánica de los *swap*. No se estimó la nulidad: el demandante tenía conocimientos financieros; había suscrito un *swap*, anteriormente y había una cláusula en el contrato que informaba, claramente, sobre la mecánica del *swap*.

²⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm.170/2011 de 19 de mayo (fundamento de derecho cuarto).

potecas inversas” de la Orden EHA/2899/2011); los servicios accesorios (*vid.* punto 4 de la parte A del anexo I “Ficha de Información Precontractual”, punto 7 de la parte A del anexo II “Ficha de Información Personalizada” y punto 4 de la parte A del anexo III “Ficha de Información Precontractual para hipotecas inversas” de la Orden EHA/2899/2011 y artículo 15 de la Ley 2/2009); los plazos aplicables en la ejecución y/o duración del servicio (*vid.* puntos 2 y 3 de la parte A del anexo I “Ficha de Información Precontractual”, punto 4 de la parte A del anexo II “Ficha de Información Personalizada” y punto 4 de la Parte A del anexo IV “Ficha de Información Personalizada para hipotecas inversas” de la Orden EHA/2899/2011) y las modalidades de pago y de ejecución (*vid.* punto 2 de la parte A del anexo I “Ficha de Información Precontractual”, punto 4 de la parte A del anexo II “Ficha de Información Personalizada”, puntos 5 y 6 de la parte A del anexo III “Ficha de Información Precontractual” y puntos 4 y 6 de la parte A del anexo IV “Ficha de Información Personalizada” de la Orden/EHA 2899/2011 y artículo 14.1.b) de la Ley 2/2009) (primer y tercer bloques normativos).

La información es, asimismo, similar a la exigible en sede de crédito al consumo cuya regulación integra los siguientes datos en las características principales del crédito: el tipo de crédito (*vid.* artículos 10, 12 y puntos 2 del anexo II “Información normalizada europea sobre el crédito al consumo” y del anexo III “Información europea sobre crédito al consumo” de la nueva LCC); su importe total (*vid.* artículos 10 y 12 y puntos 2 del anexo II “Información normalizada europea sobre el crédito al consumo” y del anexo III “Información europea sobre crédito al consumo” de la nueva LCC); los servicios accesorios (*vid.* artículo 10 de la nueva LCC); las condiciones que rigen la disposición de fondos y los plazos aplicables en la ejecución y/o en la duración del contrato (*vid.* artículo 10 y 12 y punto 2 del anexo II “Información normalizada europea sobre el crédito al consumo” de la nueva LCC) (tercer bloque normativo).

Si se trata de servicios de pago - incluidas, las transferencias transfronterizas -, las informaciones exigibles difieren de las previstas, anteriormente (*vid.* artículos 8 y 12 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer bloque normativo).

Concretamente, si son operaciones de pago singulares debe aportarse, entre otros datos: el identificador único de la operación, el plazo máximo de ejecución y los gastos a abonar al proveedor (*vid.* letras a), b) y c) del artículo 8.1 de la Orden aplicable a los

servicios de pago). Si son operaciones de pago sujetas a un contrato marco debe aportarse, entre otros: una descripción de las principales características (*vid.* artículo 12.2 a) de la Orden aplicable a los servicios de pago); el identificador único (*vid.* artículo 12.2 b) de la Orden aplicable a los servicios de pago); una referencia al momento de recepción de la orden de pago (*vid.* artículo 12.2 c) de la Orden aplicable a los servicios de pago); los plazos de ejecución aplicables (*vid.* artículo 12.2 e) de la Orden aplicable a los servicios de pago) y en su caso, los límites aplicables a las operaciones de pago realizadas a través de un determinado instrumento de pago (*vid.* artículo 12.2 f) de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer bloque normativo).

Diferentemente al caso anterior, si se trata de servicios de intermediación prestados con carácter profesional (*vid.* artículos 1 y 20 de la Ley 2/2009) se observa, entre otras, las siguientes informaciones: las principales características y las modalidades de pago y de ejecución (*vid.* artículo 20.1.b) de la Ley 2/2009) (tercer bloque normativo).

Respecto del mercado de valores, se explicitan las siguientes informaciones, en razón de la especial naturaleza del servicio. Si se trata de ofertas públicas de venta o de suscripción o de admisión a cotización en mercados secundarios oficiales, el folleto informativo debe incorporar los siguientes datos previstos en el Reglamento (CE) núm. 809/2004 (*vid.* apartado primero de la norma segunda de la Orden EHA/3537/2005) hasta que la CNMV apruebe el contenido de los correspondientes folletos²⁸⁸. A grandes rasgos, se trata de información sobre: los valores (*vid.* Anexo XII del Reglamento (CE) núm. 809/2004); las características de la operación (*vid.* Anexos III, VIII, X, XII,

²⁸⁸ En lo que concierne a los folletos informativos, mientras la CNMV no apruebe el contenido de los folletos exigibles en las operaciones de suscripción y de venta de valores y en la admisión a negociación de valores, el folleto deberá responder al contenido y modelos expuestos en el Reglamento (CE) núm.809/2004; así, se dispone en las normas primera y segunda de la Orden 3537/2005 (que desarrolla el artículo 27.4 de la LMV). El citado reglamento se dicta en aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el prospecto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores (en adelante, la Directiva 2003/71/CE). Precisamente, una de las normas comunitarias listadas en el Anexo a la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante, la Directiva 2005/29/CE).

XIII, XIV del Reglamento (CE) núm.809/2004); ciertas condiciones aplicables a la oferta (*vid.* Anexos III, V, X y XII del Reglamento (CE) núm.809/2004) y otras condiciones jurídicas y económicas necesarias para determinar la rentabilidad y los riesgos del servicio, en cuestión (*vid.* Anexo 8 a la Circular 3/2000) (primer bloque normativo). Son informaciones que se hallan en línea con las que se exigen, con alcance general, en la LMV.

Si se trata de ofertas públicas de adquisición de valores, la información sobre las principales características puede integrar, entre otros datos: las características de los valores (*vid.* artículo 18 y Anexo al Real Decreto 1066/2007) y otras condiciones jurídicas y económicas necesarias (*vid.* artículo 18 y Anexo al Real Decreto 1066/2007) (primer bloque normativo).

En cuanto al mercado de los seguros privados, se observan las siguientes informaciones por razón de la especial naturaleza del seguro. Si el seguro es de vida, el proveedor debe aportar los datos relativos a ciertas condiciones jurídicas y económicas de necesaria consideración para determinar la rentabilidad y las garantías del servicio (*vid.* artículo 105 del ROSSP) (primer bloque normativo).

Si el seguro se articula en un plan o fondo de pensiones deberá añadirse, entre otras menciones: la denominación; las prestaciones habituales; el sistema o la modalidad del plan o planes; la denominación del fondo o fondos (y su número identificativo en el registro) y ciertas informaciones acerca de la rentabilidad que deberán acompañarse de otros datos como el período de obtención, su equivalente sobre una base anual y el auditor del fondo (*vid.* artículos 6 y 8 de la LPFP, artículos 48, 100 y 101 del RFPF) (primer bloque normativo). Valga señalar respecto de esta información, que el SRDGSFP ha venido destacando que son varias las reclamaciones presentadas por falta de información al partícipe en el momento de la adhesión. Incide el SRDGSFP en la necesidad de suministrar a los potenciales partícipes una información comprensible y transparente sobre las características de estos productos. De igual forma, insiste en la necesidad de que el partícipe lea, detenidamente, el boletín de adhesión al plan antes de su firma y solicite una copia de la política de inversiones la cual, en todo ca-

so, ha de estar a disposición de partícipes y beneficiarios (*vid.* artículo 101 del RPPF)²⁸⁹.

(ii) Precio

Respecto de cualquier servicio financiero comercializado a distancia, todo proveedor debe informar, de un modo detallado, sobre el precio total incluyendo las comisiones, las cargas, los gastos y los impuestos que sean pagados a través del proveedor. Cuando no pueda indicarse el precio exacto bastará con determinar la base de cálculo que permita comprobar el precio (*vid.* artículo 7.1.2) *b*) de la LCDSF)²⁹⁰ (tercer bloque normativo)²⁹¹.

La exigencia de una información precontractual bastante detallada sobre el precio responde a una tendencia legislativa muy consolidada en derecho de consumo²⁹² (*vid.* artículos 20.1 *c*) y 60.2 *c*) del Real Decreto Legislativo 1/2007) (tercer bloque normativo) y en la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de servicios financieros²⁹³.

²⁸⁹ Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2010, Madrid, 2011, pág. 46 y 52.

²⁹⁰ Frente a la LCDSF, el artículo 10.1 *f*) de la LSSICE exige una regulación más básica en torno al precio (sin perjuicio de la aplicación cumulativa, en su caso, de las normas de consumo y de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de servicios financieros). El artículo dispone que el proveedor debe aportar una información clara y exacta sobre el precio (indicando si incluye o no los impuestos aplicables) y, en su caso, sobre los gastos de envío.

²⁹¹ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica disponen la misma información en torno al precio (*vid.* artículo R.121-2-1 2º del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y Schedule 1.7) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y Schedule 1 *i*) de la *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 2) *a*) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.2º del *Code du droit économique*).

²⁹² A través de esta exigencia se aumenta la transparencia en un aspecto determinante del comportamiento económico del consumidor y se permite detectar el cobro de servicios que el consumidor no haya percibido o consentido (*vid.* artículo 7 de la nueva LCD).

²⁹³ Por ejemplo, en el mercado de valores, el folleto informativo del emisor debe incorporar cierta información en torno al precio: el precio - o en su caso, el método de determinación del mismo - (*vid.* artículo 27 de la LMV, anexos III, V, X, XII al Reglamento (CE) núm.809/2004, anexo al Real Decreto 1066/2007), las tarifas de comisiones y gastos repercutibles (*vid.* anexo al Real Decreto 1066/2007) y los impuestos y los gastos, directamente cargados al comprador o suscriptor (*vid.* artículo 27 de la LMV, anexos III, V, X, XII al Reglamento (CE) núm.809/2004, anexo al Real Decreto 1066/2007).

A grandes rasgos, en su virtud, el proveedor debe aportar (y en su caso, publicar), entre otros, los siguientes datos en torno al precio: las tarifas por comisiones y/o primas aplicables con indicación de los plazos de vencimiento y de ejecución (*vid.* artículo 7.1.2 *b*) de la LCDSF) (*vid.* artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, norma tercera y norma sexta de la Circular 5/2012, artículo 3 de la Ley 2/1994) (*vid.* letra *b*) del artículo 2 de la Orden EHA/1665/2010, apartado 1 de la norma segunda y letras *b*) y *c*) del apartado tercero de la norma tercera de la Circular 7/2011, artículos 62 y siguientes del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículos 8.6 y 8.7 de la LCS, artículo 105.1 *f*) del ROSSP y artículo 11.2.6 de la LPFP) (*vid.* artículos 5, 13 y 14 de la Ley 2/2009); las cargas, los costes y los gastos (*vid.* artículo 7.1.2 *b*) de la LCDSF) (*vid.* norma sexta de la Circular 5/2012²⁹⁴, artículos 26.2, 27 y punto 3 del anexo I “Ficha de información precontractual” y punto 2 del anexo II “Ficha de información personalizada” de la Orden EHA/2899/2011, artículos 5, 13 y 14 de la Ley 2/2009, puntos 2 y 3 del anexo II “Información normalizada europea sobre el crédito al consumo y punto 3 del anexo III “Información europea de créditos al consumo” de la nueva LCC) (*vid.* norma tercera de la Circular 7/2011 y artículo 17 de la LIIC) que incluyen los honorarios (*vid.* artículo 7.1.2 *b*) de la LCDSF) (*vid.* artículo 66 *a*) del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículo 15 de la Ley 2/2009), entre otros conceptos (*vid.* artículo 7.1.2. *b*) de la LCDSF) (*vid.* punto 7 del anexo II “Ficha de información personalizada” a la Orden EHA/2899/2011, punto 3 del anexo II “Información normalizada europea sobre el crédito al consumo” de la nueva LCC) (*vid.* artículos 79.bis.3 de la LMV y artículos 64, 66 y 69 *d*) del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículos 13 y 14 de la Ley 2/2009); los impuestos pagados a través del proveedor (*vid.* artículo 7.1.2 *b*) de la LCDSF) (*vid.* artículo 66 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículo 14.1.*b*) 2º y el artículo 20.1.*b*) 2º de la Ley 2/2009); así como, ciertas indicaciones sobre los impuestos y sobre el régimen fiscal aplicable (*vid.* artícu-

²⁹⁴ La norma sexta, en sus apartados 1 y 2, alude a la necesidad de indicar todas las comisiones y los gastos repercutibles respecto de los servicios bancarios, en general y particularmente, respecto de: los depósitos a la vista y de ahorro; los depósitos a plazo con garantía del principal; los créditos al consumo; los créditos o los préstamos hipotecarios en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o en los que la finalidad de la persona prestataria sea adquirir derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir; la cesión en gestión de cobro de cheque y los avales, fianzas y garantías prestados por la entidad.

lo 7.1.2 d) de la LCDSF) (*vid.* norma tercera de la Circular 7/2011) (*vid.* artículo 8.6 de la LCS, artículo 105 l) del ROSSP)²⁹⁵ (primer y tercer bloques normativos).

De modo que, si no se pudiera indicar el precio total bastará con la determinación de la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio (*vid.* artículo 7.1.2 b) de la LCDSF) (*vid.* artículos 14.1.b) 2º y 20.1.b) 2º de la Ley 2/2009) (tercer bloque normativo).

Frente a este planteamiento, los servicios de pago se hallan sujetos a un tratamiento específico en razón de su especial naturaleza. En las operaciones de pago singulares (*vid.* artículo 6 de la Orden aplicable a los servicios de pago) la información sobre el precio incluye además de los gastos que se deban abonar al proveedor, el desglose de las cantidades correspondientes a dichos gastos (*vid.* artículo 8.1 c) de la Orden aplicable a los servicios de pago). Eventualmente, si la operación incluye un cambio de divisa, se indicará el tipo de cambio aplicable (*vid.* artículo 8.1 d) de la Orden aplicable a los servicios de pago).

En las operaciones de pago sujetas a un contrato marco, la información abarca, entre otros: los gastos que deban abonarse junto con el desglose de las cantidades aplicables a los mismos (*vid.* artículo 12.3 a) de la Orden aplicable a los servicios de pago); en su caso, los tipos de interés o de cambio aplicados; el método de cálculo del tipo de cambio o de interés que se aplicará, en cada caso, así como, la fecha correspondiente o el índice o referencia empleados en el correspondiente método de cálculo (*vid.* artículo 12.3 b) de la Orden aplicable a los servicios de pago), y eventualmente, las variaciones de los tipos de interés o de cambio de referencia y los requisitos de información en relación con las citadas variaciones (*vid.* artículo 12.3 c) de la Orden aplicable a los servicios de pago) (tercer bloque normativo).

²⁹⁵ En materia de impuestos, los contenidos informativos a los que se refiere el artículo 7.1.2) b) de la LCDSF presentan un alcance más limitado frente a las exigencias del ROSSP que se refiere a las indicaciones generales relativas al régimen fiscal aplicable (*vid.* artículo 105 l) del ROSSP).

Finalmente, respecto de los seguros de decesos o de enfermedad, la empresa aseguradora debe informar sobre los criterios a aplicar para la actualización de las primas de seguros, en períodos sucesivos (*vid.* artículo 60.4 de la LOSSP²⁹⁶ y artículo 105 *bis* del ROSSP)²⁹⁷.

(iii) Eventuales riesgos

Todo proveedor que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores debe incorporar una advertencia, si cabe, sobre los eventuales riesgos (*vid.* artículo 7.1.2 *c*) de la LCDSF) (*vid.* apartado 2 de la norma quinta de la Circular 5/2012 y disposición adicional primera de la Orden aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 27.3 de la LMV, artículo 64 del Real Decreto 217/2008, artículo 17 de la LIIC, anexos I, III, V, IX, XI, XVI, XVII y XVIII del Reglamento (CE) núm.809/2004) (*vid.* artículo 105 del ROSSP) (primer y tercer bloques normativos).

Como se indicaba en el punto (i) de este apartado 4.3.1, es abundante la jurisprudencia sobre vicios en el consentimiento por error causados por la omisión de información sobre los riesgos de la operación en productos y servicios de inversión complejos (*vid.* artículo 79 *bis* 8.a) de la LMV)²⁹⁸. De su análisis se infiere que, la información sobre

²⁹⁶ El artículo 96 de la futura LOSSP contempla el deber de transmitir la misma información. La diferencia frente al artículo 60.4 de la LOSSP radica en el hecho que la futura LOSSP exige, de forma explícita, que la citada información se transmita por escrito.

²⁹⁷ Lo que halla su razón de ser en el hecho que los principales motivos de reclamación en los ramos de decesos y de enfermedad sean por (i) modificaciones del contrato que, generalmente, afectan al pago de las primas estableciendo aumentos muy elevados y por (ii) oposición a la prórroga por parte de la entidad aseguradora cuando el asegurado alcanza una determinada edad o con motivo del aumento del coste de los servicios. Léase al respecto: Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2010, Madrid, 2011, pág. 27 y 28; Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2011, Madrid, 2012, pág. 19 y 20 y Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2013, Madrid, 2014, pág. 22.

²⁹⁸ Las siguientes sentencias conciernen a supuestos de falta de información en torno a los riesgos: sentencia del Tribunal Supremo núm.460/2014 de 10 de septiembre; sentencia del Tribunal Supremo núm.840/2013 de 20 de enero; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.13/2014 de 22 de enero; sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 402/2012 de 14 de septiembre; sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm.37/2015 de 6 de febrero; sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm.38/2014 de 4 de febrero; sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.509/2012 de 12 de noviembre; sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm.676/2014 de 28 de noviembre; sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.664/2012 de 28 de diciembre.

riesgos puede afectar a distintas cuestiones, en función del tipo de contrato o de producto. Por ejemplo: la identificación del emisor del producto y el hecho que el riesgo dependa, no solo, de la evolución de los activos subyacentes sino de la solvencia del mismo (productos estructurados consistentes en bonos emitidos por una tercera entidad)²⁹⁹; el alcance del riesgo asumido (*swap*)³⁰⁰; los riesgos de la desaparición del mercado secundario y la posibilidad de perder todo o gran parte del capital invertido (obligaciones subordinadas)³⁰¹; la previsión razonada del comportamiento futuro del

²⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm.460/2014 de 10 de septiembre (fundamento de derecho primero). La omisión consistía, fundamentalmente, en una falta de alusión al emisor del producto estructurado y al hecho que el riesgo dependía, no solo, de la evolución de los activos subyacentes sino de la solvencia del emisor.

³⁰⁰ En relación con los contratos *swaps* son destacables, entre otras, las siguientes sentencias sobre omisiones de información en torno a los riesgos. La sentencia del Tribunal Supremo núm.840/2013 de 20 de enero. En su marco de expone que no se realizó el test de idoneidad (con el juicio de conveniencia). La única información precontractual son dos e-mails cruzados entre las partes en los que no se informa del riesgo de la operación, sino que, se explica el producto como si se tratara de un seguro financiero. La omisión consistía, fundamentalmente, en una falta de alusión a los riesgos asociados al *swap*. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.30/2014 en la que se expone que queda demostrado que la entidad demandada no dió atinado cumplimiento a su deber de información. El contrato se ofrece como una cobertura de riesgo de la subida de los tipos de interés; lo que no es adecuado a un producto de carácter especulativo. A partir de la prueba practicada, el cliente declara que no sabía que se podrían derivar cuantiosas liquidaciones a cargo de su cuenta corriente y se constata que no se le hizo al cliente simulación alguna sobre los diversos escenarios que se podían plantear en caso de subida o bajada del Euribor. La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.402/2012 de 14 de septiembre trata, asimismo, de un supuesto de falta de información del contrato *swap* en fase de generación. La oferta fue hecha para cubrir la subida de los tipos de interés de un préstamo a interés variable sin informar de las consecuencias negativas que tendría una posible bajada de los tipos de interés. Considerando los escasos conocimientos financieros del cliente, la información pudo generar la falsa creencia de que se trataba de un seguro que le proporcionaba cierta protección contra las tendencias alcistas de los tipos de interés. No se le contó que el producto podía tener otros efectos muy negativos si la tendencia alcista se invertía. No consta - hecho sobre el que incide la Audiencia Provincial - que se proporcionara al cliente un estudio en profundidad de la situación económica del momento que contuviese una previsión fundada del comportamiento de los tipos de interés en el futuro más inmediato. La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.509/2012 se enmarca en la misma línea que la anterior. El *swap* fue ofrecido como una especie de seguro o de garantía contra la subida de los tipos de interés (dado que, el cliente había concertado con la entidad demandada un préstamo a interés variable). No se dio información suficiente sobre las características y el comportamiento de este producto complejo. La falta de información pudo generar en el cliente que carecía de conocimientos financieros la creencia de que se trataba de una especie de seguro. No se advirtió de los riesgos concretos en caso de bajada de los tipos de interés ni se realizaron simulaciones sobre los diferentes escenarios que se podían producir. Añade - la Audiencia Provincial - que la información relevante en cuanto al riesgo consiste en la previsión razonada del comportamiento futuro del tipo variable referencial.

³⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm.37/2015 de 6 de febrero. En relación con un contrato de compra de obligaciones subordinadas, no consta, a la vista de la prueba practicada, que la entidad demandada informara de los riesgos que conlleva la desapa-

tipo variable y sus consecuencias (*swap*)³⁰², la ejemplificación de los costes que puede suponer el contrato³⁰³, entre otras.

La LCDSF enumera, sin carácter exhaustivo, el riesgo de escasa o nula liquidez (*vid.* artículo 7.1.2 c) de la LCDSF) (*vid.* anexo 8 a la Circular 3/2000, artículos 23.1.m) 4º del RIIC y anexos A y B de la Circular 2/2013); la posibilidad de que no se reembolsen, íntegramente, los fondos depositados (*vid.* artículo 7.1.2 c) de la LCDSF) (*vid.* artículo 64.2 a) del Real Decreto 217/2008); el posible aumento del precio, de manera significativa, por distintas razones o circunstancias (*vid.* artículo 7.1.2 c) de la LCDSF) (*vid.* artículo 14.3 de la Ley 2/2009); el hecho de que el importe del precio dependa de fluctuaciones en los mercados financieros cuyo desarrollo escapa al control del proveedor (*vid.* artículo 7.1.2 c) de la LCDSF) (*vid.* artículo 60.3 de la LOSSP³⁰⁴) (*vid.* artículos 14.3 y 18 e) de la Ley 2/2009) y la premisa de que los resultados históricos no son indicadores de resultados futuros (*vid.* artículo 7.1.2 c) de la LCDSF) (*vid.* artículo 60.3 d) del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículo 100.2 d) del RFPF y artículo 60.3 de la LOSSP) (primer y tercer bloques normativos)³⁰⁵.

rición del mercado secundario, ni sobre la posibilidad de perder todo o parte del capital invertido. La empleada de la entidad demandada facilitó una información muy somera indicando que el producto rentaba algo más que los depósitos y que era, totalmente, seguro. Incide la Audiencia Provincial en que queda acreditado que no se planteó al cliente un escenario de riesgo y que el producto se vendió resaltando todos los elementos favorables pero omitiendo los desfavorables.

³⁰² Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.509/2012 (fundamento de derecho segundo).

³⁰³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.664/2012 (fundamento de derecho cuarto).

³⁰⁴ Este artículo 60 de la LOSSP será sustituido por el artículo 96 de la futura LOSSP que responde al título de “Deber general de información al tomador” con un contenido notablemente parecido. El artículo 96 obliga a informar al tomador en los mismos términos que la LOSSP en lo que concierne a los riesgos (respecto de los seguros de vida en los que el tomador asuma el riesgo de inversión) y a la rentabilidad esperada (respecto de los seguros de vida en los que el tomador no asuma el riesgo de inversión). Con la diferencia que la futura LOSSP exige, de forma explícita, que la información se transmita por escrito.

³⁰⁵ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica exigen la transmisión de la misma información sobre riesgos que el artículo 7.1. 2) c) de la LCDSF (*vid.* artículo R.121-2-1 2º del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y Schedule 1. 8) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y Schedule 1 j) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 2) b) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1 2º c) del *Code du droit économique*).

- (iv) Impuestos (que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo)

En el ámbito específico analizado, la información sobre impuestos se refiere a la indicación de que pueden existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo (*vid.* artículo 7.1.2) d) de la LCDSF) (*vid.* punto 14 del anexo II de la “Ficha de Información Personalizada” de la Orden EHA/2899/2011 y punto 5 del anexo IV de la “Ficha de Información Personalizada para hipotecas inversas”) (*vid.* artículo 66 c) del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículo 14.1.b) 4º de la Ley 2/2009)³⁰⁶. El tratamiento jurídico, específicamente, aplicable a los servicios de pago omite dicha mención siendo ello extensible a los servicios de pago comercializados a distancia con consumidores (*vid.* artículos 8, 12 y disposición adicional primera de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer y tercer bloques normativos).

- (v) Plazo de validez de la información

Finalmente, el proveedor que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores tiene el deber de informar sobre toda limitación del período de tiempo durante el cual la información - o, en su caso, la oferta³⁰⁷ - será considerada válida (*vid.*

³⁰⁶ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica disponen la misma información que el artículo 7.1.2) d) de la LCDSF en torno a los impuestos (*vid.* artículo R.121-2-1 2º del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y *Schedule 1. 9* del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y *Schedule 1 k*) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 2) a) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.2º d) del *Code du droit économique*).

³⁰⁷ Como se constatará, más adelante, ciertas normas sectoriales sobre ordenación y transparencia – especialmente, las aplicables al mercado bancario y de valores – y algunas normas sectoriales de consumo observan un plazo de validez aplicable a la oferta contractual. Así, respecto del mercado bancario, se dispone, con alcance general, que cuando la información suministrada tenga el carácter de oferta vinculante se indicará esta circunstancia y su plazo de validez (*vid.* apartado 1 de la norma sexta de la Circular 5/2012). Esta mención no es exigible respecto de los servicios de pago contratados a distancia (*vid.* disposición adicional primera de la Orden aplicable a los servicios de pago). Asimismo, por razón de la especial naturaleza del servicio financiero, se limita, de forma específica, el plazo de vigencia de las ofertas vinculantes en los créditos al consumo y en los préstamos hipotecarios a consumidores (*vid.* artículo 8 de la nueva LCC y artículo 16 de la Ley 2/2009). Por otro lado, respecto del mercado de valores, se observa un plazo de validez de los folletos informativos para realizar

artículo 7.1.2) e) de la LCDSF) (*vid.* artículos 23.2 b) y 23.5 de la Orden EHA 2899/2011, apartado 1 de la norma sexta de la Circular 5/2012) (*vid.* artículos 27.1 y 40.1 del Real Decreto 1310/2005 y artículo 23 y anexo al Real Decreto 1066/2007) (*vid.* artículo 10.3 s) y 12.2 s) de la nueva LCC y artículo 16.2 de la Ley 2/2009) (primer y tercer bloques normativos)³⁰⁸.

El plazo de validez es una cuestión, especialmente, relevante en los casos en que la información se integre en la oferta contractual del proveedor. Considérese, en cualquier caso, que la comunicación de las condiciones contractuales, en un contrato a distancia con consumidores debe ser, en principio, anterior a la eventual oferta del proveedor. Baste remitirse a la formulación de la LCDSF cuya letra dispone que: la comunicación debe realizarse 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” (*vid.* artículo 9.1 de la LCDSF). De ahí, que no se estime conveniente que la comunicación de las condiciones contractuales se realice, posteriormente, a la oferta.

En este sentido, es frecuente la incorporación de cláusulas contractuales en los contratos de adhesión, en cuya virtud, se dispone, a grandes rasgos, respecto de determinados canales telemáticos, que: el consumidor podrá solicitar al proveedor y el proveedor podrá ofrecer al consumidor productos o servicios cuyas condiciones hayan sido previamente comunicadas al consumidor.

4.3.2. EN LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Sin perjuicio de lo anterior, en el ámbito específico del comercio electrónico, se observa el requisito de concretar el plazo de validez de la información cuando ésta constituya una oferta o propuesta de contratación.

ofertas públicas o admisiones a negociación (*vid.* artículo 27.1 y 40 del Real Decreto 1310/2005).

³⁰⁸ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica se refieren, igualmente, al citado plazo de validez (*vid.* artículo R.121-2-1 2º del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y Schedule 1. 10) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y *Schedule 1 I*) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 2) c) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.2º e) del *Code du droit économique*).

En caso de omisión, se aplica la siguiente presunción legal: tanto la oferta como la propuesta de contratación se considerarán válidas durante todo el tiempo en que permanezcan accesibles al consumidor (*vid.* artículo 27.3 de la LSSICE³⁰⁹) (segundo bloque normativo).

Se logra, así, establecer un equilibrio entre los riesgos e inconvenientes de la globalidad del medio (internet) y la necesidad de proteger al destinatario y al consumidor.

4.3.3 EN EL MERCADO DE SERVICIOS FINANCIEROS

El legislador observa ciertos deberes de información que afectan los mismos aspectos, aunque, tratados con mayor profundidad.

En estos casos, los contenidos exigibles se observan en razón de la especial naturaleza del proveedor o de la especial naturaleza del servicio (primer bloque normativo). Lo que, en ocasiones, implica las siguientes variaciones/concreciones respecto de la información exigida en la LCDSF.

En primer lugar, en razón de la especial naturaleza del proveedor, si éste es una entidad de crédito, un intermediario o representante o una empresa o profesional (*vid.* artículos 2 y 5 de la LCDSF) debe añadir, entre otros, los siguientes datos, en relación con ciertas características del servicio y con el precio, respectivamente. En primer lugar, el rendimiento de la operación (*vid.* norma sexta de la Circular 5/2012; artículo 4.2, artículos 7.1 a) y 7.1 b), artículo 16, punto 3 del anexo III “Ficha de Información Precontractual para hipotecas inversas” y punto 5 del anexo IV “Ficha de Información Personalizada para hipotecas inversas” de la Orden EHA/2899/2011) y en segundo lugar, la regulación contractual en torno a la variación del coste total del crédito (*vid.* punto 3 de la parte A del anexo II “Ficha de Información Precontractual” y puntos 5 y 14 del anexo III “Ficha de Información Personalizada” de la Orden EHA/2899/2011, artículo 10 f) y punto 3 del anexo II “Ficha de Información Precontractual” y del anexo III “Ficha

³⁰⁹ Se opta por una solución que concilia la agilidad del medio con la seguridad del tráfico.

de Información Personalizada” de la Orden EHA/2899/2011) (*vid.* artículo 17 de la Ley 2/2009 y artículo 10 de la nueva LCC) (primer y tercer bloques normativos).

Asimismo, si el proveedor es un emisor, la información del folleto profundizará en ciertas cuestiones relacionadas con el precio y con los posibles riesgos. En relación con el precio, el emisor de valores deberá aludir al proceso aplicable para la publicación del precio (*vid.* anexos X y XII del Reglamento (CE) 809/2004) y deberá informar sobre la necesidad de aplicar el tipo de cambio vigente, en cada momento y los costes aplicables a las operaciones en moneda extranjera (*vid.* letra *f*) del apartado 3 de la norma tercera de la Circular 7/2011) (*vid.* artículo 27 de la LMV).

Si el proveedor es una empresa o entidad que presta servicios de inversión deberá aportar la siguiente información sobre el precio, sobre las características del servicio y sobre los riesgos inherentes al instrumento financiero, respectivamente. En relación con el precio, cualquier dato informativo que repercuta - directa o indirectamente - sobre el precio a pagar por el instrumento financiero o por el servicio, en cuestión (*vid.* artículo 66 *d*) del Real Decreto 217/2008) y una advertencia de la posibilidad de que surjan otros costes para el cliente (incluido, el pago de impuestos) que no se paguen a través de la empresa de servicios de inversión. En relación con los riesgos, los riesgos inherentes al instrumento financiero, de una manera suficientemente detallada para permitir una decisión de inversión fundada, por ejemplo, junto a la volatilidad del precio, la mención de cualquier limitación del mercado o mercados en que pueda negociarse (*vid.* artículo 64 del Real Decreto 217/2008). Asimismo, si el proveedor fuera una institución de inversión colectiva, el folleto deberá incorporar cierta información adicional sobre el perfil de riesgo del fondo o de la sociedad (*vid.* artículo 17.3 de la LIIC) (primer bloque normativo) así como, sobre los objetivos y política de inversión (*vid.* artículo 17 de la LIIC y artículo 23.1 *m*) del RIIC).

Si el proveedor es una empresa de seguros (o un mediador o intermediario) deberá aportar algunas indicaciones generales sobre impuestos que pueden exceder lo previsto en el punto 4.3.1 *iv*) anterior (*vid.* artículo 105 del ROSSP) (primer bloque normativo).

En segundo lugar, en razón de la especial naturaleza del servicio deben aportarse las siguientes informaciones adicionales. Si se trata de ofertas públicas de adquisición el folleto informativo debe incidir en ciertos aspectos relacionados con las características del servicio y con los impuestos aplicables, respectivamente. En efecto, por un lado, en torno a la contraprestación (*vid.* anexo al Real Decreto 1066/2007) y por otro, en torno al régimen fiscal aplicable al propio inversor (*vid.* artículo 23.1 *g*) del RIIC, los anexos A y B de la Circular 2/2013) (primer bloque normativo).

Si se trata de un seguro que se articula en un plan de pensiones, el proveedor deberá añadir ciertas informaciones en torno a las características del servicio. Por ejemplo: el régimen aplicable a las aportaciones (*vid.* artículo 101.1 *e*) del RPPF); los límites a las aportaciones (*vid.* artículo 101.1 *e*) del RPPF); el sistema de cálculo de los derechos consolidados junto con el correspondiente plazo de movilización (*vid.* artículo 101.1 *i*) del RPPF) y los supuestos excepcionales de liquidez, en su caso (*vid.* artículo 101.1 *h*) del RPPF) (primer bloque normativo).

4.4. INFORMACIÓN SOBRE EL CONTRATO A DISTANCIA

Por el mero hecho de comercializar servicios financieros a distancia con consumidores, el proveedor está obligado a aportar cierta información sobre el contrato a distancia (*vid.* artículo 7.1.3) de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

4.4.1. EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA CON CONSUMIDORES

En el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, la información sobre el contrato a distancia afecta a cuestiones muy vinculadas con la especial naturaleza del modo de comercialización y/o con la protección de los intereses económicos del consumidor.

Por ejemplo, la información sobre: el derecho de desistimiento, la duración contractual mínima, el derecho de resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente, la ley aplicable y la jurisdicción competente. Todas ellas son cuestiones de especial trascendencia económica y jurídica cuyo contenido presenta una especial conexión con el

régimen jurídico aplicable en sede de cláusulas abusivas (*vid.* artículos 85.2, 85.4, 85.6, 86.7 y 87.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007³¹⁰)³¹¹.

Por motivos de claridad sistemática, el orden en la exposición de los siguientes contenidos informativos se aleja del orden en el que cada uno de ellos aparece regulado en la LCDSF (*vid.* letras a) a g) del artículo 7.1.3) de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

(i) Vigencia del contrato

Respecto de cualquier servicio financiero, el proveedor debe informar sobre la duración mínima del contrato (*vid.* artículo 7.1.3 c) de la LCDSF³¹²) (*vid.* apartado 2 de la norma sexta de la Circular 5/2012, artículo 7.3 d) y punto 2 del anexo II “Ficha de Información Personalizada” de la Orden EHA/2899/2011 y artículo 12.6 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 8 de la LCS y artículo 105.1 d) del ROSSP³¹³) (*vid.* artículos 10.3 d) y 12.2 d) de la nueva LCC) (primer y tercer bloques normativos)³¹⁴.

³¹⁰ Existe una especial conexión entre las condiciones de ejercicio y de pérdida del derecho de desistimiento y los artículos 87.6 y 86.7 del Real Decreto Legislativo 1/2007; entre la duración del contrato y el derecho de resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente y los artículos 85.2 y 85.4 de la citada norma y entre la ley aplicable y/o la jurisdicción competente y los artículos 86.7 y el 90 del citado Real Decreto Legislativo 1/2007.

³¹¹ Sobre el contenido del deber de información precontractual léase: PICATOSTE BOBILLO, J. “El derecho de información en la contratación con consumidores”, *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, quincena del 16 al 28 de febrero de 2011, pág. 372 y siguientes. Indica el autor: “(...) que el legislador parte de la idea que en el sistema actual de contratación en masa, especialmente en determinados tipos de contratos, el desequilibrio informativo es particularmente acusado y la posición del consumidor de mayor debilidad y desamparo. Ese designio protector lleva al legislador a regular con especial detalle el deber de información precontractual “tipificando” sus contenidos mínimos, aquellos que entendié de inexcusable conocimiento por el consumidor para que la prestación de su consentimiento pudiera fundarse en un discernimiento claro de las características del bien o servicio que adquiere y del contenido económico y jurídico del contrato, es decir, del alcance de su compromiso.” [subrayado añadido]

³¹² En la LCDSF, la mención al plazo de duración se exige respecto de los contratos de prestación de servicios financieros permanentes o periódicos.

³¹³ En el caso de los seguros de decesos o de enfermedad, el artículo 60.4 de la LOSSP obliga a informar al tomador sobre los criterios a aplicar para la renovación de las pólizas. El artículo 96 de la futura LOSSP exige la transmisión de la misma información; aunque, por escrito.

³¹⁴ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica exigen, igualmente, que se transmita al consumidor la información sobre la duración mínima del contrato (*vid.* artículo R.121-2-1 3º del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y *Schedule 1.14*) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y *Schedule 1 p*) del

(ii) Comunicación con el consumidor

El proveedor debe informar sobre la lengua o lenguas en que las condiciones contractuales y la información previa se presentan y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato y en que podrá ejecutarse las prestaciones derivadas del mismo, de acuerdo con el consumidor (*vid.* artículo 7.1.3) *f*) de la LCDSF y artículo 27.1 de la LSSICE) (*vid.* artículo 22 y punto 13 de la parte A del anexo II “Ficha de Información Personalizada” y del anexo IV “Ficha de Información Personalizada para hipotecas inversas” de la Orden EHA/2899/2011) (*vid.* artículo 63.1 del Real Decreto 217/2008, artículo 23 del Real Decreto 1310/2005 [OPV – OPS] y artículo 19.3 del Real Decreto 1066/2007 [OPA]) (*vid.* artículo 8 de la LCS, anexo II de la Directiva 92/96/CEE³¹⁵) (*vid.* artículos 14.1 *c*) y 20.1 *c*) de la Ley 2/2009, artículo 10.2, punto 5 del anexo II “Información normalizada europea sobre créditos al consumo” y punto 6 del anexo III “Información europea de créditos al consumo” de la nueva LCC) (primer, segundo y tercer bloques normativos)³¹⁶.

Esta es una información importante considerando que una buena elección del idioma es esencial para garantizar una adecuada comprensión de la información^{317 318}. Sin

DMCFS Regulations 2004) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 3) *b*) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.3º *b*) del *Code du droit économique*).

³¹⁵ El artículo 8 de la LCS dispone que la redacción de la póliza deberá realizarse, a elección del tomador, en cualquiera de las lenguas oficiales del lugar en el que aquella se formalice o si el tomador lo solicita, en otra lengua distinta, de conformidad con la Directiva 92/96/CEE. El anexo II de la Directiva 92/96/CEE dispone que las informaciones de los tomadores de seguros “(...) podrán redactarse en otra lengua si el tomador del seguro lo solicita y el Derecho del Estado Miembro lo permite o el tomador tiene libertad para elegir la ley aplicable.”

³¹⁶ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica exigen, igualmente, que se transmita al consumidor la información sobre la lengua de comunicación (*vid.* artículo R.121-2-1 3º del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y *Schedule* 1.19) del *FSDM Regulations* 2004) (*vid.* artículo 6 y *Schedule* 1 *u*) del *DMCFS Regulations* 2004) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 3) *e*) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.3º *g*) del *Code du droit économique*).

³¹⁷ El idioma aplicable durante el proceso de comercialización a distancia fue una cuestión bastante debatida, a lo largo del proceso de tramitación de la LCDSF. Se propuso, en repetidas ocasiones, sustituir la mención del “acuerdo del consumidor” (*vid.* artículo 7.1.3 *g*) de la LCDSF) por la de “a elección del consumidor” de acento más tuitivo y con un planteamiento, más cercano, al del artículo 8 de la LCS. La redacción vigente distingue entre la lengua en que la información y las condiciones contractuales se presentan y la lengua en que podrá formalizarse el contrato y ejecutarse las prestaciones derivadas del mismo de acuerdo con el consu-

embargo, considerando que – a la vista del artículo 6 de la LCDSF - la información (en un sentido amplio) que las partes intercambian en fase de generación no queda limitada a las condiciones contractuales y a la información previa - sino que también, abarca la oferta - lo deseable hubiera sido que el citado artículo de la LCDSF hiciera alusión, asimismo, a la lengua en que la oferta se presenta durante la fase de generación (*vid.* artículos 6, 7 y 8 de la LCDSF). Puesto que, de lo que se trata es de que el consumidor pueda comprender toda la información que se le suministre durante la citada fase.

En ese sentido, es, más acertada la formulación del artículo R.121-2-1 3º del *Décret núm.2005-1450* (Francia) que, entre otros extremos, se refiere – de forma más genérica - a la lengua o lenguas que serán utilizadas entre las partes durante la relación precontractual.

(iii) Derecho de desistimiento

Como se ha apuntado, el proveedor debe informar sobre: la existencia o no de un derecho de desistimiento³¹⁹ (*vid.* artículo 7.1.3 a) de la LCDSF) (*vid.* letra p) del punto 2.5 del apartado 2 de la norma sexta de la Circular 5/2012 [referido a ciertos contratos de crédito excluidos del ámbito de aplicación de la nueva LCC] (*vid.* artículo 105 del ROSSP) (*vid.* artículo 28, punto 4 del anexo II “Información normalizada europea sobre

midor. Se añade, con alcance general, que la información deberá ser comprensible para el consumidor (*vid.* artículo 7.1.3 g) de la LCDSF). En ambos casos, el planteamiento de la LCDSF parece coherente con la noción de contrato a distancia del artículo 4.1 de la LCDSF. Recuérdese que, el contrato a distancia se celebra en el marco de un sistema de contratación a distancia que es organizado por el proveedor: la selección de las lenguas empleadas en el marco del sistema de contratación constituye sin duda una cuestión de organización. De ahí que, se atribuya un cierto margen de autonomía al proveedor dentro de los límites que comporta la exigencia de que la información deberá ser comprensible para el consumidor (*vid.* artículo 7.2 de la LCDSF).

³¹⁸ Sobre la necesidad de que la lengua empleada sea comprensible para el consumidor, léase MAYORGA TOLEDANO, Mª. C. “Los derechos de información previa y de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros. Especial referencia a los contratos bancarios”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 87, noviembre, 2007, pág. 19 y 20 y LAFUENTE SÁNCHEZ, R. *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Valencia, Editorial Tirant monografías 378, 2005, pág. 172.

³¹⁹ Se producen supuestos de falta de información sobre la existencia o no de un derecho de desistimiento en el ámbito de la contratación telefónica de permutas financieras, tal y como constata la CNMV. Léase Atención de reclamaciones y consultas de los inversores, Memoria 2010, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.24.

crédito al consumo” y punto 6 del anexo III “Información europea del crédito al consumo” de la nueva LCC; artículos 1.3, 18.2 a) y 20.1 c) 1º de la Ley 2/2009) y de existir tal derecho: su duración (*vid.* artículo 7.1.3 a) de la LCDSF) (*vid.* artículo 105 del ROSSP) (*vid.* artículo 28, punto 4 del anexo II “Información normalizada europea sobre crédito al consumo” y punto 6 del anexo III “Información europea del crédito al consumo” de la nueva LCC y artículo 20.1 c) 1º de la Ley 2/2009); las condiciones para ejercerlo (*vid.* artículo 7.1.3 a) de la LCDSF) (*vid.* artículo 105 del ROSSP) (*vid.* artículo 20.1 c) 1º de la Ley 2/2009; punto 6 del anexo III “Información europea del crédito al consumo” de la nueva LCC) incluida, la información del importe que el consumidor pueda tener que abonar si ejerce el derecho (*vid.* artículo 11 de la LCDSF); así como, la pérdida del derecho cuando el contrato se ejecute en su totalidad por ambas partes, a petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza el citado derecho (*vid.* artículo 7.1.3 a) de la LCDSF) (primer y tercer bloques normativos)³²⁰.

Asimismo, el proveedor debe aportar las instrucciones prácticas para el ejercicio del derecho de desistimiento indicándose, entre otros aspectos, a qué dirección postal o electrónica debe dirigirse su notificación (*vid.* artículo 7.1.3 b) de la LCDSF) (*vid.* punto 6 del anexo III “Información europea del crédito al consumo” de la nueva LCC)³²¹ (tercer bloque normativo)³²².

³²⁰ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica se refieren, igualmente, a la existencia o no del derecho de desistimiento y demás condiciones aplicables al mismo (i.a. modalidades de ejercicio, duración, importe a pagar...) (*vid.* artículo R.121-2-1 3º del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y *Schedule 1. 13*) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y *Schedule 1 o*) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 3) a) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.3º a) del *Code du droit économique*).

³²¹ Las instrucciones tratan, simplemente, de facilitar el ejercicio del derecho al consumidor y aumentar así, la confianza. Por ejemplo, con el objetivo de evitar que el consumidor sea reenviado de una oficina a otra a los efectos de la notificación.

³²² Las normas de transposición de la DCDSF en el Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica se refieren, igualmente, a las instrucciones para el ejercicio del derecho de desistimiento (*vid.* artículo 7 y *Schedule 1. 16*) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y *Schedule 1 r*) de la *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 3) b) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.3º d) del *Code du droit économique*). El artículo R.121-2-1 3º del *Décret núm. 2005-1450* alude, únicamente, al deber de informar de la dirección a la que el consumidor debe dirigir la notificación del desistimiento. En las demás normas - como en la LCDSF - se alude a la transmisión de las instrucciones prácticas para el ejercicio del derecho de desistimiento indicándose, a título de ejemplo (y con carácter abierto), la dirección postal o electrónica.

En definitiva, la regulación aplicable distingue entre las condiciones o requisitos para el ejercicio del derecho (*vid.* artículo 7.1.3 a) de la LCDSF) y las instrucciones para su ejercicio. De modo que, las primeras abarcan aspectos – como el ejercicio dentro de plazo y la ausencia de prestación total del servicio sin el previo consentimiento del consumidor – los cuáles se hallan, directamente, relacionados con la existencia o no, del derecho. Mientras que, las segundas se refieren a detalles relacionados con el “cómo” debe realizarse - en la práctica – para facilitar un eficaz ejercicio del mismo. (Por ejemplo: la dirección a la que debe enviarse y/o el número de fax o dirección de correo electrónico) (primer y tercer bloques normativos).

Valga añadir - volviendo a la cuestión apuntada al inicio sobre la conexión que estas informaciones presentan con el control de contenido en sede de cláusulas abusivas – que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 8 de septiembre de 2011 declaró el carácter abusivo de una cláusula incorporada en un contrato de tarjeta, en cuya virtud, al margen del reconocimiento de la existencia de un derecho de desistimiento a favor del consumidor por el plazo legal de catorce días, se disponía que la utilización de cualquiera de las tarjetas constituía una causa de pérdida del derecho de desistimiento. Partiendo del carácter imperativo de la LCDSF que no deja margen a la autonomía de la voluntad de las partes en lo regulado por la misma, se argumenta por el juez, que la LCDSF permite la ejecución del contrato durante el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento sin que ello conlleve la pérdida del mismo, salvo si el contrato ha sido ejecutado en su totalidad; pues, en tal caso el interés de los contratantes ya ha sido satisfecho al haber desplegado el contrato todos sus efectos (*vid.* artículos 11 y 10.2 c) de la LCDSF). Añade que, el uso de la tarjeta no permite considerar que el contrato haya sido ejecutado en su totalidad por ser un contrato de tracto sucesivo: las obligaciones de las partes no se agotan por la utilización de la tarjeta en un periodo inicial³²³. Por consiguiente, la cláusula se declara abusiva – en la parte afectada - en cuanto limita los derechos del consumidor (*vid.* artículo 86 del Real Decreto Legislativo 1/2007).

³²³ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Primera Instancia de Madrid de 8 de septiembre de 2011 (fundamento de derecho trigésimo octavo).

(iv) Terminación del contrato

El proveedor debe informar acerca de cualquier derecho que puedan tener las partes a resolver el contrato - anticipada o unilateralmente - con alusión a las eventuales penalizaciones (*vid.* artículo 7.1.3 *d*) de la LCDSF) (*vid.* artículo 7.3 *g*) y punto 2 de la parte A del anexo II “Ficha de Información Personalizada” y del anexo III “Ficha de Información Precontractual para hipotecas inversas” de la Orden 2899/2010) (*vid.* anexo 8 a la Circular 3/2000) (*vid.* artículo 105.1 del ROSSP) (*vid.* artículos 13.1, 14.1 *c*) 2º y 20.1 *c*) 2º de la Ley 2/2009; artículos 10.3 *p*) y 12.2 *f*) y punto 4 del anexo III “Información europea de créditos al consumo” de la nueva LCC) (primer y tercer bloques normativos)³²⁴.

Esta es una información de gran relevancia económica para el consumidor. De ahí, que estos datos deban formar parte del contenido del contrato, conforme a ciertas normas sectoriales aplicables al mercado bancario (respecto de determinados servicios)³²⁵ y al mercado de valores (como contenido general de los contratos-tipo)³²⁶.

Volviendo a la cuestión apuntada al inicio, en función de los términos en que hayan sido redactadas, las cláusulas sobre resolución anticipada o unilateral del contrato pueden ser declaradas abusivas si facultan a resolver por incumplimiento de obligaciones contractuales no esenciales o si atribuyen a una de las partes una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado, de carácter despro-

³²⁴ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica incorporan, igualmente, entre la información previa la mención del derecho de las partes a resolver – unilateral o anticipadamente – el contrato con alusión a eventuales penalizaciones (*vid.* artículo 121-2-1 3º del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y *Schedule 1.15*) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y *Schedule 1 q*) del *DMCFs Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 3) *b*) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1 3º *c*) del *Code du droit économique*).

³²⁵ En los documentos contractuales relativos a servicios bancarios distintos de los explicitados en la norma octava de la misma circular 5/2012 (alusiva a los créditos al consumo, a los servicios de pagos y a los servicios bancarios de crédito o de préstamo hipotecario) se exige, al menos, la inclusión de ciertos contenidos como los gastos, los reembolsos y las compensaciones económicas derivadas de la finalización o de la cancelación anticipada del contrato (*vid.* letra *b*) del apartado 1 de la norma décima de la Circular 5/2012).

³²⁶ Entre los contenidos de obligada incorporación en los contratos-tipo (referidos a servicios como la custodia y administración de instrumentos financieros y la gestión de carteras) figuran las cláusulas (específicas) en torno a la modificación y rescisión de los contratos (*vid.* letra *f*) del apartado 1 de la norma séptima de la Circular 7/2011).

porcionado^{327 328}. Vista la relevancia económica que para el consumidor tienen este tipo de cláusulas no sorprende que el legislador incorpore dichos contenidos en la información previa a la celebración del mismo.

(v) Ley aplicable y tribunales

El proveedor debe informar sobre el Estado o Estados Miembros en cuya legislación se basa para establecer relaciones con el consumidor antes de la celebración del contrato (*vid.* artículo 7.1.3 e) de la LCDSF) (*vid.* punto 13 del anexo II “Ficha de Información Personalizada” y del anexo IV “Ficha de Información Personalizada para hipotecas inversas” de la Orden EHA/2899/2011) (primer y tercer bloques normativos)³²⁹.

Por último, el proveedor debe informar, asimismo, sobre las eventuales cláusulas contractuales relativas a la ley aplicable al contrato a distancia y a la jurisdicción competente (*vid.* artículo 7.1.3 f) de la LCDSF) (*vid.* artículo 12.2.7) de la Orden aplicable a los servicios de pago (*vid.* anexo al Real Decreto 1066/2007 [OPA]) (*vid.* artículo 60.2 de la LOSSP³³⁰, artículo 104 del ROSSP, artículo 101 del RFPF) (*vid.* artículos 14.1 c) y 20.1 c) de la Ley 2/2009; punto 13 del anexo II “Ficha de Información Personalizada” y del anexo IV “Ficha de Información Personalizada para hipotecas inversas” y punto 5 del anexo II “Información normalizada europea sobre créditos al consumo” y punto 6 del anexo III “Información europea de créditos al consumo” de la nueva LCC; artículos

³²⁷ Sobre el posible carácter abusivo de ciertas cláusulas sobre vencimiento anticipado destáquese: la sentencia del Tribunal Supremo núm.792/2009 de 16 de diciembre de 2009 (fundamento de derecho undécimo y vigésimo); la sentencia del Tribunal Supremo núm.1124/2008 de 12 de diciembre (fundamentos de derecho primero, segundo, tercero y cuarto) y la sentencia del Tribunal Supremo núm.506/2008 de 4 de junio (fundamento de derecho cuarto).

³²⁸ Es destacable, la jurisprudencia que declara la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado siempre que concorra justa causa, es decir, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial (considerando la incidencia que la obligación tenga en el cumplimiento del fin perseguido con el contrato).

³²⁹ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica exigen, igualmente, informar al consumidor sobre el Estado miembro en cuya legislación se basa para establecer relaciones con el consumidor (*vid.* artículo L.121-20-10 5º de la *Ordonnance núm.2005-648*) (*vid.* artículo 7 y *Schedule 1.17*) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y *Schedule 1 s*) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 3) c) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.3º e) del *Code du droit économique*).

³³⁰ El artículo 96 de la futura LOSSP presenta una redacción similar a la del artículo 60.2 de la LOSSP. Si bien el primero exige que la información se transmita por escrito.

42.1 e) Ley 26/2006) (primer y tercer bloques normativos)³³¹. Se exige, además, que la información sobre obligaciones contractuales sea conforme a las obligaciones que correspondan, en virtud de la legislación aplicable al contrato (*vid.* artículo 7.1.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)³³².

Como se apuntaba al inicio - respecto de las cláusulas sobre jurisdicción competente y sobre ley aplicable - éstas pueden ser consideradas abusivas si responden a ciertos contenidos. En lo que concierne a las cláusulas sobre jurisdicción competente, si la cláusula comporta la imposición de un fuero judicial distinto al que corresponde al domicilio del consumidor es abusiva (*vid.* artículo 90.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007)³³³. En estos casos, la cláusula genera un desequilibrio de los derechos y obligaciones entre las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios. Ello es así porque al imponerse este tipo de cláusulas se obliga al consumidor domiciliado en otro lugar a que, en el caso de que pretenda litigar, tener que hacerlo lejos de su propio domicilio, con las molestias y costes económicos que ello implica; favoreciendo, así, la posición de la otra parte que obtiene una ventaja desproporcionada dado que, mediante esa cláusula de sumisión, obliga a litigar ante los Juzgados y Tribunales de su propio domicilio³³⁴.

³³¹ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica exigen, igualmente, informar al consumidor sobre la concurrencia de eventuales cláusulas relativas a la ley aplicable y a la jurisdicción competente (*vid.* artículo L.121-20-10 5º de la *Ordonnance núm.2005-648*) (*vid.* artículo 7 y *Schedule 1.18*) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y *Schedule 1 t*) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 3) d) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.3º f) del *Code du droit économique*).

³³² MARÍN LÓPEZ, J.J. “Los servicios financieros y las nuevas tecnologías de 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”. *Estudios sobre consumo*. núm. 76, 2006, pág. 24. Subraya acertadamente, el autor en su análisis de la DCDSF que la finalidad perseguida en este caso, es que la información sobre las obligaciones contractuales se refiera, precisamente, a las obligaciones contractuales que, realmente, surgirían para las partes si el contrato llegara a celebrarse.

³³³ Sobre el carácter abusivo de ciertas cláusulas sobre jurisdicción competente, léase: la sentencia del Tribunal Supremo núm.351/1999, de 19 de abril (fundamento de derecho segundo); la sentencia del Tribunal Supremo núm.435/2000, de 14 de abril (fundamento de derecho primero) y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011 (fundamento de derecho octavo y décimo octavo).

³³⁴ Léase la sentencia del Tribunal Supremo núm.351/1999, de 19 de abril (fundamento de derecho segundo).

En lo que concierne a la ley aplicable, la cláusula es abusiva si observa la sumisión del contrato a un derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o con respecto al lugar donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza (*vid.* artículo 90.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007)³³⁵. El desequilibrio se concreta en el hecho que se limita el derecho de acceso del consumidor a la justicia considerando que éste tiene que asumir ciertos gastos significativos como el desplazamiento y la necesidad de tener que contratar un abogado en otro Estado. La consecuencia de ello es que los gastos que el consumidor tiene que asumir atendida la cuantía del litigio, no le compensan y por ello, la cláusula constituye un obstáculo al acceso del consumidor a la justicia. Frente a ello, la demandada se beneficia de la situación centralizando las reclamaciones y evitando gastos de desplazamientos.

4.4.2. EN LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Si, además, el proveedor presta un servicio de la sociedad de la información deberá añadir otras informaciones sobre el contrato.

En primer lugar, en el caso especial de contratos con condiciones generales el proveedor deberá poner a disposición del consumidor dichas condiciones antes del inicio del procedimiento de contratación (*vid.* artículo 27.4 de la LSSICE) (segundo bloque normativo). Considerando la gran variedad de contenidos incorporables en las condiciones generales – a la luz de los usos y prácticas del mercado - es obvio que, desde un punto de vista de contenido, la información exigible, en estos casos, puede exceder los datos sobre el contrato y otros aspectos descritos en el/los punto/s anterior/es.

³³⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm.113/2013 de 30 de septiembre. La sentencia analiza un supuesto de cláusula abusiva. En el caso, el contrato se somete a la ley irlandesa, en lugar de la ley española que corresponde al lugar donde el consumidor emite su declaración de voluntad negocial y donde se desarrolla la actividad de la entidad demandada. La sentencia estima el carácter abusivo de la cláusula.

En segundo lugar, el proveedor deberá aportar otras informaciones referidas al proceso de contratación³³⁶ como: los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato (*vid.* artículo 27.1 a) de la LSSICE)³³⁷; si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible (*vid.* artículo 27.1 b) de la LSSICE) y los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos (*vid.* artículo 27.1 c) de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

4.5. INFORMACIÓN SOBRE MEDIOS DE RECLAMACIÓN E INDEMNIZACIÓN

El proveedor que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores debe aportar cierta información sobre medios de reclamación e indemnización. En estos casos, el objetivo es facilitar el acceso del consumidor a la justicia.

³³⁶ Se contemplan dos excepciones a este deber de información adicional. Primero, el caso en que ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor. Segundo, el caso en que el contrato se haya celebrado, exclusivamente, mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de la citada obligación de información.

³³⁷ MAZA GAZMURI, I. DE LA. *Los límites del deber precontractual de información*. Navarra: Editorial Civitas, 2010. Página 160. Como subraya el autor el problema no es, necesariamente, que el destinatario no sepa cuáles son las condiciones bajo las que está contratando, puede ser que lo que ignore es el hecho que esté contratando.

De ahí, la razón de ser del artículo 27 de la LSSICE.

4.5.1. EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA CON CONSUMIDORES

(i) Sistemas de resolución extrajudicial

Todo proveedor que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores debe identificar los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, de carácter público o privado, a los que el consumidor puede tener acceso y debe informar sobre “cómo” acceder a ellos (*vid.* artículo 7.1.4 a) de la LCDSF) (*vid.* artículo 9 de la Orden ECO/734/2004, punto 5 del Anexo II [Información normalizada europea sobre créditos al consumo] y punto 6 del Anexo III [Información europea de créditos al consumo] de la nueva LCC y artículos 14.1 c) y 20.1 c) de la Ley 2/2009) (primer y tercer bloques normativos)³³⁸.

En efecto, las entidades de crédito, las empresas que presten servicios de inversión (incluidas, las entidades gestoras de instituciones de inversión colectiva), las empresas aseguradoras, los eventuales intermediarios y demás proveedores (*vid.* artículo 2 de la Orden ECO/734/2004) (*vid.* artículo 1 de la Ley 2/2009) (*vid.* artículos 2 y 5 de la LCDSF) deben informar sobre la existencia de un departamento o servicio de atención al cliente (de la correspondiente entidad) que está obligado a atender y a resolver sus quejas y reclamaciones (*vid.* artículo 7.1.4 a) de la LCDSF) (*vid.* puntos 10 y 11 del anexo II “Ficha de Información Personalizada” y puntos 10 y 11 del anexo IV “Ficha de Información Personalizada para hipotecas inversas” de la Orden EHA/2899/2011 y artículo 9 de la Orden ECO/734/2004) y deben aportar otros datos para una adecuada y eficaz defensa de los derechos e intereses del cliente – consumidor (*vid.* artículo 9 de la Orden ECO/734/2004). Por ejemplo, sobre: “cómo” acceder a estos mecanismos

³³⁸ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica incorporan, asimismo, entre los datos que integran la información previa, la existencia o ausencia de sistemas de resolución extrajudicial de conflictos y en su caso, cómo acceder a ellos (*vid.* artículo R.121-2-1 4º del *Décret núm. 2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y *Schedule 1.20*) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y *Schedule 1 w*) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 4) a) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.4º a) del *Code du droit économique*).

de resolución extrajudicial de conflictos (*vid.* artículo 7.1.4 a) de la LCDSF) (*vid.* artículo 9 de la Orden ECO/734/2004) (primer y tercer bloques normativos).

Al acceso se refiere la siguiente información. Primero, la información sobre la necesidad de agotar la vía de la reclamación o de la queja ante el departamento o servicio de atención al cliente antes de formular las correspondientes reclamaciones o quejas ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y segundo, la información sobre el Reglamento de funcionamiento (que regula la actividad del correspondiente departamento o servicio y en su caso, del defensor del cliente y las relaciones entre ambos órganos) (*vid.* artículo 9 de la Orden ECO/734/2004) (*vid.* artículo 101 del ROSSP) (primer bloque normativo).

Esta es una información de gran relevancia e incidencia práctica considerando que la principal causa de no admisión de los escritos de reclamación presentados ante el DCMR, la CNMV y el SRDGSFP ha sido y continúa siendo la falta de presentación previa del escrito ante los servicios o departamentos de atención al cliente o, en su caso, ante el defensor del cliente³³⁹.

³³⁹ Léase al respecto: Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009, Banco de España, Madrid, 2010, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág. 39; Memoria del Servicio de Reclamaciones 2010, Banco de España, Madrid, 2011, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.38; Memoria del Servicio de Reclamaciones 2011, Banco de España, Madrid, 2012, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.37; Atención de reclamaciones y consultas de los inversores, Memoria 2008, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.13; Atención de reclamaciones y consultas de los inversores, Memoria 2009, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.11; Atención de reclamaciones y consultas de los inversores, Memoria 2011, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.13; Atención de reclamaciones y consultas de los inversores, Memoria 2012, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.14; Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2010, Madrid, 2011, pág.15; Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2011, Madrid, 2012, pág.10 y Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2013, Madrid, 2014, pág.11

(ii) Mecanismos de indemnización

El proveedor que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores debe informar sobre la existencia de fondos de garantía o de otros mecanismos de indemnización - sean de carácter obligatorio o voluntario - (*vid.* artículo 7.1.4 *b*) de la LCDSF) (*vid.* artículo 17 de la Orden EHA/2899/2011 y apartado 2 de la norma sexta de la Circular 5/2012) (*vid.* artículo 3 del Real Decreto 628/2010³⁴⁰, letra *g*) del apartado 1 de la norma séptima de la Circular 7/2011³⁴¹ y artículo 14 del Real Decreto 948/2001) (*vid.* artículos 14.1 *c*) 3º y 20.1 *c*) 3º de la Ley 2/2009)³⁴² (primer y tercer bloques normativos)³⁴³.

En el caso de los bancos, estos mecanismos son el fondo de garantía de depósitos de entidades de crédito; en el de las empresas de servicios de inversión, el fondo de garantía de inversiones y en el de las entidades aseguradoras, el consorcio de compensación de seguros (*vid.* artículo 17 de la Orden EHA/2899/2011, apartado 2 de la norma sexta de la Circular 5/2012, artículo 2 del Real Decreto – Ley 16/2011 modificado por la Ley 9/2012 y artículo 5.4 del Real Decreto 2606/1996 modificado por Real Decreto 628/2010) (*vid.* artículo 77 de la LMV y norma séptima de la Circular 7/2011) (*vid.* artículo 43.1 *b*) de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado [en adelante, la Ley 6/1997] y artículos 6, 7, 8, 10

³⁴⁰ El artículo 3 del Real Decreto 628/2010 contempla el deber de poner a disposición de los depositantes la información necesaria para identificar el fondo de garantía de depósitos al que pertenecen (*i.a.* denominación, sede, número de teléfono, dirección de internet y de correo electrónico y disposiciones aplicables al mismo especificando el importe y cobertura ofrecida).

³⁴¹ Dicha mención forma parte del contenido general de los contratos-tipo que las empresas de servicios de inversión deben poner a disposición del público.

³⁴² En lo que concierne a los seguros privados, se exige, con alcance general, la incorporación en la póliza de los recargos al consorcio y de las garantías aplicables al servicio (*vid.* artículo 8.6 de la LCS y artículo 7 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre sobre el Estatuto legal del consorcio).

³⁴³ En la misma línea, las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica incorporan la mención de la existencia de los fondos de garantía u otros mecanismos de indemnización entre los datos que deben conformar la información previa (*vid.* artículo R.121-2-1 4º del *Décret 2005-1450*) (*vid.* artículo 7 y *Schedule 1.21*) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 y *Schedule 1 x*) de la *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (1) 4) *b*) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.4º *b*) del *Code du droit économique*).

y 11 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre sobre el Estatuto legal del consorcio [en adelante, el Estatuto legal del consorcio]) (primer bloque normativo).

4.5.2. EN EL MERCADO DE SERVICIOS FINANCIEROS

El proveedor debe aportar los siguientes datos informativos sobre los mecanismos de indemnización que se diferencian de las anteriores informaciones, por el hecho que profundizan, en mayor medida, en la identificación del fondo y en sus características. En su mayoría, éstos conciernen a: la cobertura ofrecida (mercado bancario, mercado de valores, mercado de los seguros); las garantías aplicables (mercado bancario y mercado de los seguros privados) y los pagos exigibles (mercado bancario y mercado de los seguros privados).

De modo que, si el proveedor es una entidad de crédito o un intermediario debe aportar junto a la identificación del fondo de depósitos (que abarca, entre otros datos, la denominación, la sede, el número de teléfono, la dirección de internet, el correo electrónico, las disposiciones aplicables, el importe y el alcance de la cobertura) (*vid.* apartado 2 de la norma sexta de la Circular 5/2012; artículo 5.4 del Real Decreto 2606/1996 modificado por el Real Decreto 628/2010 y artículo 17 de la Orden EHA/2899/2011) las siguientes informaciones, entre otras: la indicación de si los depósitos están garantizados o no; las características del fondo y de la cobertura ofrecida (*vid.* artículos 3 y 5.4 del Real Decreto 2606/1996 modificado por el Real Decreto 628/2010 y apartado 2 de la norma sexta de la Circular 5/2012) (primer bloque normativo).

Si el proveedor es una empresa que presta servicios de inversión o una entidad gestora de una institución de inversión colectiva o una entidad gestora de una entidad de capital riesgo, debe aportar, entre otros datos: las coberturas ofrecidas, el régimen de cobertura, los servicios o actividades excluidos (*vid.* artículo 14 del Real Decreto 948/2001) (primer bloque normativo).

Finalmente, si el proveedor es una empresa de seguros o un intermediario está obligado a informar sobre los recargos dirigidos al consorcio de compensación de seguros (*vid.* artículo 8.6 de la LCS) (primer bloque normativo).

4.6. OTRAS INFORMACIONES

Otros datos son de obligada transmisión en fase de generación y no conciernen al proveedor ni al servicio ni al contrato ni a los mecanismos de reclamación o de indemnización.

Así, el proveedor que comercializa servicios financieros a distancia debe informar sobre el hecho que la información responde a una finalidad comercial (*vid.* artículo 7.2 de la LCDSF) (*vid.* artículo 20 de la LSSICE) (*vid.* artículo 4 de la Orden EHA/1718/2010 y artículo 4 de la Orden EHA/1717/2010) (primer, segundo y tercer bloques normativos)

³⁴⁴

El objetivo es evitar situaciones de publicidad encubierta permitiendo al consumidor percibir el propósito o finalidad de captación del que suministra la información³⁴⁵. Lo contrario, podría llevarle a entender, erróneamente, que se trata de una información de naturaleza objetiva y carente de acento promocional: lo que le haría bastante vulnerable al influjo del proveedor.

En cualquier caso, sirva matizar que la mera constancia de la finalidad o del propósito comercial, en los términos exigidos, no implica que la información recibida deba ser, legalmente, considerada como una oferta contractual. El hecho que la información transmitida constituya una oferta contractual dependerá de la concurrencia de todos y de cada uno de los requisitos inherentes a este concepto (los cuáles se analizan a lo largo del apartado 6 del presente CAPITULO V).

³⁴⁴ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica exigen, asimismo, la mención a la finalidad comercial de la información previa (*vid.* artículo R.121-2-1 5º del *Décret núm. 2005-1450* y artículo L.121-20-10 5º de la *Ordonnance núm.2005-648*) (*vid.* artículo 7 (3) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 (2) a) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (2) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.4º del *Code du droit économique*).

³⁴⁵ SALELLES, J.R. “La contratación a distancia de los servicios financieros”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, V-2006, pág. 232. Indica el autor que la exigencia de que se haga constar la finalidad comercial debe entenderse en el sentido que su presentación no resulte engañosa, de modo que, pudiera parecer que se pretende una finalidad distinta de la negociación y celebración de contratos sobre servicios financieros.

4.7. ESPECIALIDADES EN TELEFONÍA VOCAL

En el ámbito analizado, la LCDSF regula la posibilidad de que el proveedor transmita la información a través de telefonía vocal, de forma abreviada (*vid.* artículo 7.3 de la LCDSF) (*vid.* artículo 10.6 de la nueva LCC). La reducción, en estos casos, del contenido de la información previa no debe ser entendida como una renuncia del consumidor a acceder a una información más completa; puesto que, se ofrece al consumidor la posibilidad de acceder a una información adicional en un momento posterior (*vid.* artículo 7.3 c) de la LCDSF) (*vid.* artículo 10.7 de la nueva LCC y artículos 7.2 y 11.2 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer y tercer bloques normativos).

Se logra, así, una solución legal equilibrada que cumple el doble objetivo de fomentar la incorporación de ciertas tecnologías al comercio (de modo que, el proveedor pueda cumplir con su deber de información por medio de la telefonía vocal) y de preservar un determinado nivel de transparencia (ya que, no se priva al consumidor de la posibilidad de acceder a una información adicional en un momento posterior) (*vid.* artículo 7.3 de la LCDSF) (*vid.* artículos 7.2 y 11.2 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer y tercer bloques normativos).

La fórmula aplicada es la siguiente. En primer lugar, al inicio de la llamada, el proveedor debe limitarse a transmitir su identidad y el fin comercial de la llamada iniciada por éste (*vid.* letra a) del artículo 7.3 de la LCDSF) (*vid.* artículo 10.6 de la nueva LCC). Valga subrayar que sorprende que la LCDSF limite la aplicación de esta fórmula al supuesto en que la llamada es iniciada por el proveedor. Una interpretación literal lleva a entender que, en los casos en que ésta haya sido iniciada por el consumidor no será posible recurrir a este mecanismo de la información abreviada: en tales circunstancias, el consumidor deberá recibir – vía telefónica – el largo listado de informaciones del artículo 7.1 de la LCDSF (a menos que, se trate de una operación sucesiva respecto de un contrato inicial en relación con el cual ya se haya cumplido el deber de información previa). Ello deja una puerta abierta a situaciones de exceso de información (vista la naturaleza y limitaciones del medio) y puede dificultar el buen uso de la información por parte del consumidor a quien le será, extremadamente, difícil procesar “de oído” toda la información del artículo 7.1 de la LCDSF. Posiblemente, ese sea el motivo, por

el cual, el artículo 8.4 de la vigente Directiva 2011/83/UE resuelve este tipo de situaciones, de un modo distinto, a como lo hacía la anterior Directiva 97/7/CE que limitaba la aplicación de la fórmula de la información abreviada a las llamadas iniciadas por el proveedor.

Actualmente, en consonancia con la Directiva 2011/83/UE, si un contrato a distancia se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia en el que el espacio y el tiempo para facilitar la información son limitados - como es el caso del teléfono - el proveedor facilitará, en ese soporte específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo, una información abreviada (bastante similar a la del artículo 7.3 de la LCDSF) con independencia de quien haya iniciado la llamada (y sin que ello excluya el deber de comunicación posterior que abarca una información plena [vid. artículo 8.4 de la Directiva 2011/83/UE]). Esta debería ser la evolución de la LCDSF, si se quiere alcanzar una eficaz protección del consumidor³⁴⁶ y una plena consolidación del principio de neutralidad tecnológica.

En segundo lugar, sólo, si el consumidor acepta, el proveedor aportará un segundo grupo de informaciones, de forma abreviada, frente a la información plena observada para las demás técnicas de comunicación a distancia (vid. artículos 7.1 y 7.3 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). De esa forma, la LCDSF ofrece al consumidor la posibilidad de oponerse a la continuación de la llamada y/o de negarse a recibir la información de forma abreviada.

A este último planteamiento responden, asimismo, las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica: en todas ellas, se parte del hecho que la aceptación expresa se refiere a la posibilidad de transmitir la

³⁴⁶ Sobre la conveniencia de adaptar el contenido de la información a las limitaciones propias de la técnica de comunicación empleada, léase: TAPIA SÁNCHEZ, M^a. R. “La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 96, 2009, págs. 29 y siguientes y MARTÍN SALAMANCA, S. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual.”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 96, 2009, págs. 93 y siguientes.

En este sentido, subraya MARTÍN SALAMANCA, S., con motivo del artículo 7.3 de la LCDSF, que una información demasiado prolija no sólo agota la paciencia del consumidor sino que sólo sirve para que aquél disperse su atención y se frustre la finalidad del artículo.

información en forma abreviada³⁴⁷. Son, especialmente, representativas, en este sentido, la *FSDM Regulations 2004* (Reino Unido) y la *DMCFS Regulations 2004* (Irlanda). En primer lugar, el artículo 7(1) del *FSDM Regulations 2004* (Reino Unido) deja bien claro que el deber de información previa con el listado de informaciones al que se remite (*vid. Schedule 1* del *FSDM Regulations 2004*) está sujeto a lo específicamente previsto respecto de la telefonía vocal (*vid. artículo 7[4]* del *FSDM Regulations 2004*)³⁴⁸. De lo que se infiere que, si no se llegara a cumplir el requisito de la previa aceptación expresa del consumidor que el citado artículo 7(4) dispone, el proveedor debería facilitar al consumidor - en el contexto de esa llamada telefónica - el listado de informaciones completo del *Schedule 1*. En segundo lugar, el artículo 7(2) del *DMCFS Regulations 2004* (Irlanda) que se refiere a la necesaria renuncia del consumidor a la información completa del *Schedule 1* como paso previo y necesario a la no sujeción del proveedor del deber de transmitir una información completa con la consiguiente aplicación del deber de transmitir una información abreviada previsto en este artículo 7(2)³⁴⁹.

En cualquier caso, la información abreviada que la LCDSF contempla abarca: la identidad de la persona en contacto con el consumidor y su vínculo con el proveedor; la descripción de las características principales del servicio financiero; el precio total a pagar al proveedor; la indicación de que pueden existir otros impuestos o gastos que no se paguen al proveedor o que no los facture él mismo; la existencia o inexistencia

³⁴⁷ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica someten la transmisión de la información abreviada a la previa aceptación expresa del consumidor (*vid. artículo R.121-2-1 5º del Décret núm. 2005-1450*) (*vid. artículo 7(4) del FSDM Regulations 2004*) (*vid. artículos 7(1) y 7(2) del DMCFS Regulations 2004*) (*vid. artículo L.222-15 del Code de la consommation*) (*vid. artículo VI.56 del Code du droit économique*).

³⁴⁸ El artículo 7(1) a 7(3) del *FSDM Regulations 2004*, dispone: “7(1) Subject to paragraph (4), in good time prior to the consumer being bound by any distance contract, the supplier shall provide to the consumer the information specified in Schedule 1.(...)(4) In the case of voice telephone communication – (a) the supplier shall make clear his identity and the commercial purpose of any call initiated by him at the beginning of any conversation with the consumer; and (b) if the consumer explicitly consents, only the information specified in Schedule 2 need be given.” [subrayado añadido]

³⁴⁹ El artículo 7(2) del *DMCFS Regulations 2004* dispone: “If, during the course of the telephone conversation, the consumer expressly waives the requirement that the supplier must give to the consumer the information specified in Schedule 1, the supplier does not have to comply with that requirement, but must nevertheless give the information specified in Schedule 2. If that happens, the supplier (...)” [subrayado añadido]

del derecho de desistimiento y finalmente, en caso de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida, la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar (*vid.* letra *b*) del artículo 7.3 de la LCDSF) (*vid.* artículos 10.6 y 12.6 de la nueva LCC³⁵⁰) (tercer bloque normativo).

En tercer lugar, el proveedor debe informar al consumidor de que éste tiene información adicional a su disposición - previa petición por su parte - y del tipo de información (*vid.* artículo 7.3 *c*) de la LCDSF) (*vid.* artículo 10.7 y 12.9 de la nueva LCC). No obstante, sorprende que el legislador no haya identificado la información adicional a la que el artículo 7.3 se refiere con las restantes informaciones del artículo 7.1 de la LCDSF. Considerando el carácter irrenunciable de los derechos que en la misma se reconocen esta hubiera sido una solución legislativa más proporcionada o más adecuada al objetivo de proteger al consumidor en un alto nivel (*vid.* considerando 3 de la DCDSF y artículo 3 de la LCDSF). Es cierto que la propia DCDSF parece admitir esta posibilidad cuando tampoco identifica esta información adicional con la del artículo 7.1³⁵¹. Sin embargo, la Directiva 2011/83/UE realiza un paso hacia adelante en esta cuestión. Su formulación es más explícita cuando describe la citada información adicional – por remisión a su artículo 6 referido a los requisitos de información aplicables -. El artículo 8.4 de la citada norma comunitaria dispone que, una vez transmitida la información abreviada, el comerciante deberá facilitar al consumidor las demás informaciones que figuran en el artículo 6, apartado 1, de una manera apropiada (tercer bloque normativo).

Hechas las anteriores observaciones valga concluir lo siguiente. Primero, a la vista de la regulación analizada debe partirse de la idea de que, en términos generales, es admisible que la información previa se suministre, en determinadas circunstancias, de

³⁵⁰ Conforme a los artículos 10.6 y 12.6 de la nueva LCC la información sobre las características principales del contrato, en caso de comunicación a través de telefonía vocal abarca: el importe total del crédito; la duración del contrato; el producto o servicio y su precio al contado, en caso de créditos en forma de pago diferido; el tipo deudor y las condiciones de aplicación; el importe, número y periodicidad en los pagos y los servicios accesorios.

³⁵¹ REQUEIXO SOUTO, X.M. “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.” *Actualidad Civil*, núm.13, quincena de 1 al 15 de julio, 2009, pág. 1477 y siguientes. Indica el autor que: “(...) La información adicional no tiene por qué coincidir con la del art. 7.1 pues la Ley 22/2007 se refiere a que el proveedor informará sobre “el tipo de información en cuestión” (...) por lo que tiene carácter abierto (...).”

forma fragmentada sin que ello conlleve, necesariamente, una omisión engañosa (*vid.* artículo 7 de la nueva LCD) (*vid.* artículo 7.3 de la LCDSF). Por ejemplo, en los casos en que así lo exijan limitaciones de espacio y de tiempo impuestas por la técnica de comunicación empleada (aunque, el carácter desleal de la omisión debe determinarse en función de ésta y de otras circunstancias concurrentes) (*vid.* artículo 7.2 de la nueva LCD) (segundo y tercer bloques normativos)³⁵².

Segundo, podría ocurrir que, a lo largo de la conversación telefónica, se procediera a la celebración del contrato, en ese caso, se aplicaría el artículo 9.2 a efectos del cumplimiento del deber de comunicación de las condiciones contractuales y del deber de información previa. De modo que, el proveedor habría de cumplir la obligación de comunicación, inmediatamente, después de la formalización del contrato.

A lo anterior valga añadir, sin embargo, que la CNMV asume la validez de la operativa de contratación telefónica, en la medida en que se haya advertido al cliente de que esa conversación era, en sí misma, un acto de contratación que vinculaba a las partes, así como de que ésta iba a quedar grabada³⁵³.

4.8. FORMA DE TRANSMITIR LA INFORMACIÓN

Desde un punto de vista formal, en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, el proveedor debe transmitir la información, de manera clara y comprensible, por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada y respetando, debidamente, los principios de buena fe en las transacciones comerciales, así como, los que regulan la pro-

³⁵² Una posible objeción al artículo 7.3 es que su cumplimiento es de difícil comprobación. De ahí, que el artículo 17 de la LCDSF atribuya al proveedor, la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información (y de otras obligaciones). El proveedor es la parte contratante que se halla en mejor posición de probar el cumplimiento de sus obligaciones, en consonancia con el principio de facilidad probatoria aplicable a estas situaciones. De modo que, la grabación de este tipo de llamadas comerciales debería ser una cualidad inherente a todo sistema de contratación a distancia que el proveedor está llamado a organizar, en el caso que opte por incorporar el uso del teléfono en su sistema.

³⁵³ Léase al respecto: Atención de reclamaciones y consultas de los inversores. Memoria 2010, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.24.

tección de las personas que carecen de capacidad de obrar y los derechos en materia de accesibilidad universal de las personas con discapacidad (*vid.* artículo 7.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)³⁵⁴.

De lo expuesto, se infiere la existencia de tres cuestiones fundamentales en relación con la forma: los requisitos formales aplicables a la expresión de la información; el medio a través del cual la información se transmite³⁵⁵ y la conexión de la forma con algunos principios generales como el de buena fe.

En cuanto a la primera cuestión, existe una tendencia a exigir que la información se transmita con claridad, concreción y de forma que resulte comprensible (*vid.* artículo 7.2 de la LCDSF) (*vid.* artículo 10.1 f) de la LSSICE³⁵⁶) (*vid.* artículos 6, 11 y 21 de la Orden EHA/2899/2011³⁵⁷, norma sexta de la Circular 5/2012 y artículo 5.4 del Real

³⁵⁴ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica someten la transmisión de la información previa a las mismas exigencias formales (*vid.* artículo L.121-20-10.5º de la *Ordonnance núm.2005-648*) (*vid.* artículo 7 (2) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 6 (2) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-14 (2) del *Code de la Consommation*) (*vid.* artículo VI.55.1.4º del *Code du droit économique*). Si bien, la *Ordonnance núm.2005-648* (Francia) y el *Code du droit économique* (Bélgica) no hacen referencia explícita a los principios de buena fe en las transacciones comerciales y de protección de las personas que carecen de capacidad de obrar.

³⁵⁵ LLOBET AGUADO, J. *El deber de información en la formación de contratos*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, pág. 59. El autor subraya en los siguientes términos, que la forma de transmitir la información no equivale a la forma jurídica: "(...) La obligación, además de tener un contenido completo, debe realizarse de forma idónea para transmitir ese contenido. La forma de la información resulta crucial para contribuir a una adecuada formación del consentimiento contractual. El término "forma de la información" designa el modo en que la información se transmite al consumidor o usuario por el vendedor o fabricante. Por tanto, la forma constituye el o los signos externos, soporte de la información, a través de los que se manifiesta su contenido. Se distingue, así, claramente, entre la manera en que se comunica la información y la forma jurídica que debe adoptar. Mientras en este último caso nos preguntamos acerca de si la validez o eficacia del acto jurídico depende del cumplimiento de un requisito (la forma establecida), en el otro interrogante al que respondemos es: > ¿Cómo nos ha llegado la información?< (vía oral, escrita o usual...)"

³⁵⁶ El artículo 10.1 f) de la LSSICE exige, de forma explícita, claridad y comprensibilidad respecto de los datos informativos relacionados con el precio. Asimismo, las normas del primer y del tercer bloque normativo suelen someter la información previa a las exigencias de concreción, de claridad y de sencillez. La LCDSF exige claridad y comprensibilidad, en línea con la LSSICE. En cualquier caso, todas estas exigencias aparecen reforzadas por el artículo 7 de la nueva LCD que parte de un amplio concepto de omisión desleal.

³⁵⁷ Respecto del sector bancario, se dispone, con alcance general, que la información previa deberá ser clara, oportuna, suficiente, objetiva y no engañosa para que el cliente (*vid.* artículo 2 de la Orden EHA/2899/2011) pueda adoptar una decisión informada sobre el servicio bancario y comparar ofertas similares. Se añade que, toda la información, documentación y

Decreto 2606/1996 modificado por el Real Decreto 628/2010³⁵⁸) (*vid.* artículo 27.1 de la LMV³⁵⁹; artículo 60 del Real Decreto 217/2008; artículos 16.1 y 17 del Real Decreto 1310/2005; artículo 18 del Real Decreto 1066/2007 [OPA], norma segunda de la Circular 3/2006 y apartado 2 de la norma tercera de la Circular 7/2011) (*vid.* artículo 60.3 de la LOSSP y artículo 104.3 del ROSSP³⁶⁰) (*vid.* artículos 13.2 y 19.4 de la Ley 2/2009 y artículo 9 de la nueva LCC³⁶¹) (primer, segundo y tercer bloques normativos).

Lo que resulta coherente con el enfoque regulador de la nueva LCD y más concretamente, con la amplitud del concepto legal de omisión que ésta sanciona (*vid.* artículo 7 de la nueva LCD) (segundo bloque normativo). Dicha amplitud conlleva que la omisión abarque actuaciones como la ocultación y/o el oscurecimiento de la información. Situaciones que son evitables mediante el cumplimiento de los citados requisitos de claridad, de concreción y de comprensibilidad.

En segundo lugar, se apuntaba al inicio que la forma se refiere, asimismo, al medio de comunicación empleado. El legislador contempla el deber de transmitir la información previa por un medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada (*vid.* artículo 7.2 de la LCDSF). Esta exigencia se puede interpretar en el sentido que exige que el medio empleado no sea presencial sino a distancia, en coherencia con la propia noción de contrato a distancia: lo que resultaría reiterativo (*vid.* artículo 4 de la

comunicaciones dirigidas a los clientes se redactarán en términos, fácilmente, comprensibles y de manera, claramente, legible (*vid.* artículos 6 y 11 de la Orden EHA/2899/2011).

³⁵⁸ El artículo 3 del Real Decreto 628/2010 exige transmitir de forma, fácilmente, comprensible y accesible la información necesaria para identificar el fondo al que pertenece el proveedor.

³⁵⁹ Respecto del mercado de valores, el artículo 27.1 de la LMV dispone, con alcance general, que la información del folleto se presente de forma, fácilmente, analizable y comprensible. Asimismo, respecto de los servicios de inversión, se exige que toda información dirigida al cliente minorista deberá ser exacta y suficiente y presentarse de forma comprensible (*vid.* artículo 60 del Real Decreto 217/2008).

³⁶⁰ Respecto del mercado de los seguros privados, el artículo 60.3 de la LOSSP dispone que el tomador debe ser informado sobre una serie de extremos, de forma clara y precisa. En la misma línea, el artículo 104 del ROSSP dispone que la información general (*i.a.* legislación aplicable, instancias de reclamación...) debe ser clara y precisa.

³⁶¹ En el ámbito del derecho de consumo es destacable la Ley 2/2009 y la nueva LCC. La primera dispone que se informe, de forma clara, sobre los gastos preparatorios vinculados al servicio de concesión del préstamo hipotecario y sobre los gastos, directamente, relacionados con operaciones de agrupación de préstamos o de créditos (*vid.* artículos 13.2 y 19.4 de la Ley 2/2009). Mientras que, la segunda exige claridad en la información básica que deberá figurar en la publicidad (*vid.* artículo 9 de la nueva LCC).

LCDSF). Esta tesis entiende, en línea con la opinión de algunos autores, que el cumplimiento de esta exigencia no comporta que la técnica de comunicación a distancia deba coincidir con la utilizada para la celebración del contrato³⁶². Lo que es, perfectamente, correcto a la vista de la definición legal del ámbito material de aplicación de la LCDSF que obliga a utilizar, exclusivamente, técnicas de comunicación a distancia incluida la celebración del contrato a distancia; sin que ello excluya, la posibilidad de utilizar varias técnicas de comunicación a distancia, a pesar de la dicción del artículo 4.3 de la misma norma (*vid.* artículo 4 de la LCDSF) (*vid.* artículo 2 a) de la DCDSF³⁶³) (tercer bloque normativo).

Finalmente, el proveedor está obligado a transmitir la información de forma que sean respetados ciertos principios como el de la buena fe³⁶⁴ (*vid.* artículo 7.2 de la LCDSF). Por los motivos expuestos a lo largo del CAPITULO IV de esta tesis, en el ámbito analizado es, especialmente, destacable el principio de buena fe en las transacciones comerciales (*vid.* artículo 7.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

4.9. VALORACIÓN CRÍTICA

En primer lugar, el impacto de la LCDSF, en sede de información previa, es bastante positivo, tanto desde un punto de vista de contenido como formal.

³⁶² TAPIA SÁNCHEZ, M^a. R. “La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia.”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 96, 2009, pág. 42.

³⁶³ La DCDSF es más explícita en cuanto a las fases a las que debe extenderse el uso exclusivo de técnicas de comunicación a distancia. Su artículo 2 a) dispone: “(...) a) “contrato a distancia”: todo contrato relativo a servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para este contrato, utilice exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la propia celebración del contrato.”[subrayado añadido].

³⁶⁴ Además del principio de buena fe, son destacables los principios que regulan la protección de las personas que carecen de capacidad de obrar y finalmente, los derechos en materia de accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Esta última mención pone en evidencia el principio de transversabilidad aplicable a las políticas en materia de accesibilidad universal, de telecomunicaciones y de servicios de la sociedad de la información (*vid.* artículo 3 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad [en adelante, la Ley 51/2003]).

Desde un punto de vista de contenido, es destacable el hecho que el artículo 7.1 de la LCDSF exige la transmisión de una información bastante completa en fase de generación con el propósito de evitar que el uso de técnicas de comunicación a distancia comporte una disminución de la información. Algunos de los datos informativos previstos se hallan muy vinculados a las peculiaridades del modo y/o a la necesidad de proteger los intereses económicos del consumidor en relación con unos servicios que suelen ser bastante complejos y que se ofrecen e incorporan al mercado a través de contratos con condiciones generales de contratación. En este sentido, es evidente la estrecha conexión existente entre las informaciones exigibles en relación al contrato a distancia y la regulación sobre el control de contenido aplicable a las cláusulas abusivas localizada en el Real Decreto Legislativo 1/2007: conexión que halla su razón de ser en la especial trascendencia jurídica y económica de las informaciones del artículo 7 de la LCDSF a los efectos de la protección de los intereses económicos del consumidor.

En uno u otro sentido, esa vinculación/conexión se pone de especial manifiesto respecto de las siguientes informaciones: la identificación y la localización del proveedor, del intermediario o del representante; determinados datos relacionados con los costes por el uso de determinadas técnicas de comunicación a distancia; el período de validez de la información considerando el riesgo creciente de que ésta no sea actualizada y ciertas informaciones sobre el contrato a distancia con especial trascendencia legal y económica para el consumidor - como, la ley aplicable al contrato, la jurisdicción competente o las cláusulas contractuales relativas a la terminación del contrato y/o a eventuales penalizaciones - (*vid.* artículos 7 y 8 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Valga reiterar que sorprende que el legislador comunitario no haya incorporado - entre la información que debe suministrarse en fase de generación - la mención a las técnicas de comunicación a distancia cuyo uso el proveedor ofrece para garantizar la accesibilidad a la información; especialmente, si se contempla el derecho del consumidor al cambio de técnica de comunicación a distancia (*vid.* artículo 9.3 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Ese cambio puede resultar dificultoso si el proveedor no informa ni ofrece la posibilidad de recurrir a otras técnicas de comunicación a distancia que resulten, igualmente, accesibles al consumidor. Esa es una situación que la propia LCDSF apunta cuando, tras reconocer el derecho del consumidor a cambiar de técnica de

comunicación a distancia, alude a la salvedad de que ello pueda resultar incompatible con el contrato celebrado o con la naturaleza del servicio financiero prestado (*vid.* artículo 9.3 de la LCDSF). Es obvio que el proveedor es libre de ofrecer el uso de la/s técnica/s de comunicación a distancia que estime pertinentes, sin embargo, el consumidor debería tener la posibilidad de conocer si existen o no posibilidades efectivas de cambio a su favor, puesto que, circunstancias sobrevenidas y fuera de su control, pueden restringir su acceso a la técnica de comunicación a distancia inicialmente acordada.

Solamente, algunas normas sectoriales sobre ordenación y transparencia bastante recientes observan tal cuestión como un dato que debe incorporarse, bien, a la información previa (servicios de pago), bien, como parte integrante del contenido exigible de ciertos contratos-tipo (en el mercado de valores).

Por otro lado y asumiendo que la información se puede transmitir de forma fragmentada, en determinadas circunstancias, no parece adecuado (desde un prisma de protección del consumidor) que, en el caso de la transmisión de la información por telefonía vocal, la información adicional a la que el consumidor puede acceder en un momento posterior a la llamada no haya sido, convenientemente, concretada y definida en la LCDSF. Lo conveniente, desde una perspectiva de transparencia y de protección del consumidor, hubiera sido que la LCDSF contemplara, de forma explícita, que esa información adicional debe abarcar los restantes datos informativos a los que alude el listado del artículo 7.1 de la LCDSF; máxime, tratándose el derecho de información de un derecho irrenunciable. Sin embargo, ni la DCDSF ni la LCDSF observan, vista su redacción literal, esta posibilidad: la información adicional a la que se refiere el artículo no ha de ser, necesariamente, la del artículo 7.1 como ha venido destacando algún autor³⁶⁵.

Desde un punto de vista formal, la LCDSF y demás normas aplicables deben interactuar con la nueva LCD (*vid.* artículos 7 y 8 de la LCDSF). Su aplicación conjunta permi-

³⁶⁵ REQUEIXO SOUTO, X.M. “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.”, *Actualidad Civil*, núm. 13, quincena del 1 al 15 de julio de 2009, pág. 1477 y siguientes.

te determinar en qué medida el incumplimiento de los requisitos formales o un eventual retraso en el suministro de todo o de parte de la información previa supone una omisión desleal por engañosa³⁶⁶ (*vid.* artículo 7 de la nueva LCD) (segundo y tercer bloques normativos). Vista su regulación, la LCDSF y las demás normas de su contexto encajan, correctamente, con la nueva LCD. Destáquese, en este sentido, los artículos de unas y otra norma que permiten, de forma explícita, un retraso en la transmisión de la información, siempre que, éste sea estrictamente imputable a las limitaciones de espacio y de tiempo inherentes a la técnica de comunicación a distancia empleada (al margen de otras circunstancias).

En segundo lugar, en lo que concierne al momento en que debe transmitirse la información, cabe concluir que, a falta de concreción en el marco de la LCDSF, la cual, simplemente, incorpora expresiones subjetivas como que la información se transmita con tiempo “suficiente” y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato, entiende esta tesis que el nivel de suficiencia del plazo debe medirse a la vista de las circunstancias del caso y atendiendo, por un lado, al objetivo de la LCDSF consistente en que el consumidor pueda emitir un consentimiento con conocimiento de causa y por otro, al principio de la buena fe. En este sentido, cabe descartar el hecho que la información transmitida en el acto mismo de la firma cumpla con el plazo de antelación exigido en base al artículo 7 de la LCDSF, en línea con cierta doctrina jurisprudencial en sede de error vicio en el consentimiento.

Asimismo, basándose en la argumentación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de marzo de 2013 que subraya el carácter riguroso del sistema de información de la LCDSF, esta tesis entiende que, en principio, la información previa

³⁶⁶ Se trata de determinar en qué medida se ha producido un retraso susceptible de distorsionar el comportamiento económico del consumidor. De modo que, la valoración de si éste es admisible debe realizarse a la vista del contexto y en su caso, de las limitaciones de espacio y de tiempo imputables a la técnica de comunicación empleada, así como, de las medidas adoptadas por el proveedor para transmitir la información por otros medios (*vid.* artículo 7.2 de la nueva LCD). Con fundamento en el concepto legal de “diligencia profesional” cuyo contenido se configura a partir de las prácticas honestas del mercado y del principio de buena fe se insta un deber de informar cuyo incumplimiento resulta sancionable - desde un prisma de competencia desleal - siempre que, la omisión de información lleve o pueda llevar al consumidor a un comportamiento económico distinto al que habría desarrollado de contar con la información necesaria. Este concepto evidencia la conexión entre la regulación de la información y el principio general de la buena fe.

no debe considerarse cumplida con la mera entrega del contrato; máxime considerando el elevado nivel de asimetrías informativas existentes entre las partes – circunstancia, asimismo, especialmente, valorada por algunas sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales en sede de error vicio en el consentimiento -. En este sentido, esta tesis entiende que, desde una perspectiva de protección del consumidor, un alto nivel de protección (*vid.* considerando 3 de la DCDSF) hace recomendable el hecho que, a efectos prácticos, se distinga entre el deber de información previa dirigido a facilitar la comparación entre las distintas ofertas del mercado (entre otras funciones) y el deber de comunicación previa que, en el caso de la LCDSF se extiende, además, a las condiciones contractuales. Máxime, en un mercado como el que se analiza en el que el suministro de una información previa estandarizada es tendencia legal común para tomar una decisión con conocimiento de causa.

5. COMUNICACIÓN DE LA INFORMACIÓN PREVIA Y DE LAS CONDICIONES CONTRACTUALES

Por la especificidad y/o complejidad de los servicios financieros, el consumidor se convierte en parte, especialmente, vulnerable considerando sus escasos conocimientos financieros. A ello debe añadirse dos circunstancias agravantes. La primera, concurre un especial riesgo de disminución de la información en los servicios financieros comercializados a distancia a resultas de la falta de presencia física y simultánea de las partes (*vid.* considerando 21 de la DCDSF). La segunda, en el mercado de los servicios financieros, ocurre con frecuencia que el proveedor no facilita la suficiente información al consumidor durante la fase de generación, especialmente, en relación con las características y los riesgos del producto (que son datos muy relevantes para una adecuada protección de sus intereses económicos).

Ante esta situación, el legislador observa el deber de comunicar - en soporte duradero - las condiciones contractuales y la información previa durante la fase de generación, salvo casos especiales (*vid.* artículo 9 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). En su virtud, se garantiza la constancia de la información - entendida, en un sentido amplio, que incluye las condiciones contractuales - que es el presupuesto necesario para un consentimiento informado y reflexionado.

Como se constatará, el deber de comunicar en soporte duradero cierta información durante la fase de generación se observa, cada vez más, como un mecanismo de protección, en el marco de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia y de ciertas normas sectoriales de consumo. La LCDSF y la LSSICE siguen, claramente, esta tendencia siendo ésta³⁶⁷ una de sus principales aportaciones (*vid.* artículo 9.1 de la LCDSF y artículo 27.4 de la LSSICE)³⁶⁸. Tras la LCDSF y la LSSICE la tendencia normativa se expande, especialmente, en el nivel de las relaciones comerciales entre entidades financieras y clientes/consumidores (*vid.* artículos 6 y 11 de la Orden EHA/2899/2011, artículos 7, 8, 11 y 12 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (*vid.* apartado 2 de la norma sexta y norma décima de la Circular 7/2011 y artículo 62 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículos 8 y 10 de la nueva LCC y artículos 14.1, 14.2, 20.1 y 20.2 de la Ley 2/2009) (primer, segundo y tercer bloques normativos).

Sin embargo, valgan las siguientes consideraciones conceptuales antes de proceder al análisis de este deber. La LCDSF regula el deber de comunicación como un deber distinto al de información previa (que puede abarcar, incluso, una información más amplia en el caso de la LCDSF) (*vid.* artículos 7 y 9 de la LCDSF). Conceptualmente, la diferencia radica en que, en el caso de la comunicación, la información (entendida, en un sentido amplio) debe constar, necesariamente, en soporte duradero³⁶⁹ - incluido,

³⁶⁷ Son varias las cuestiones que suscita el deber de comunicación: el momento, la forma, el carácter gratuito o no de la información y los supuestos en que el deber se activa. Durante la tramitación de la LCDSF se incidió (*vid.* Enmiendas e índice de enmiendas al proyecto de ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores [121/000097]) en las siguientes cuestiones: la supresión de un plazo mínimo y concreto de antelación; la sustitución del término “formalización” por el de “celebración” (empleado en la DCDSF) (*vid.* artículo 9.2 de la LCDSF); la mención al carácter gratuito de la transmisión de las condiciones contractuales y la sustitución del término “invalidez” por el de “nulidad” (*vid.* artículo 9.4 de la LCDSF).

³⁶⁸ En virtud de los artículos 8 y 9.1 de la LCDSF, el proveedor que comercializa servicios financieros a distancia no sólo debe comunicar en soporte duradero las condiciones contractuales y la información previa del artículo 7 sino también, la información prevista en ciertas normas sectoriales aplicables al servicio financiero objeto del contrato.

³⁶⁹ MARÍN LOPEZ, J.J. “Los servicios financieros y las nuevas tecnologías de 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”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 76, 2006, pág. 24. El autor afirma: “(...) Las técnicas de comunicación a distancia empleadas por el proveedor para comercializar sus servicios financieros no siempre permiten que la información proporcionada quede permanentemente a disposición del consumidor. Cuando la técnica de comunicación no queda fijada en un soporte tangible (...), o el soporte es de por sí temporal (...) el consumidor puede tener considerables dificultades para asegurarse la

el soporte papel - (*vid.* artículo 6 de la LCDSF) (*vid.* norma sexta de la Circular 5/2012, artículos 6 y 11 de la Orden EHA/2899/2011) (*vid.* artículos 7 y 11 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 62.3 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículo 105 del ROSSP y disposición adicional primera de la LCS) (*vid.* artículo 10 de la nueva LCC y artículos 14.2 y 20.2 de la Ley 2/2009). De modo que, como se ha expuesto en el apartado 3.1 del CAPITULO IV de esta tesis, la transmisión de la información - vía web - no constituirá, necesariamente, una forma de cumplimiento de este deber, si la web en cuestión no se adecúa a los requisitos inherentes a la definición legal de soporte duradero (aunque, sí, constituirá una forma de cumplimiento del deber de información previa) (*vid.* artículos 6 y 9 de la LCDSF) (*vid.* artículo 62.3 del Real Decreto Legislativo 217/2008³⁷⁰) (primer y tercer bloques normativos).

Este deber de comunicación asociado al soporte papel u otro soporte duradero es el que se analiza en este apartado partiendo del enfoque de la regulación de la LCDSF para ofrecer un análisis de contraste frente a la regulación de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia. Normativa – esta última – que, en la mayoría de casos, no distingue entre el deber de información previa y el de comunicación: simplemente, somete la información previa al requisito formal del soporte duradero reuniendo bajo el paraguas de un solo deber lo que la LCDSF parece escindir en dos deberes.

disponibilidad de la información que le ha proporcionado el proveedor. La información se vuelve volátil y es incapaz de cumplir la función que legalmente tiene asignada (consecución de un alto nivel de transparencia). Esa es la razón por la que la Directiva exige que la información y las condiciones contractuales sean proporcionadas en un soporte duradero. (...)”.

³⁷⁰ El artículo 62.3 del Real Decreto 217/2008 dispone que cuando se exija la provisión de información en un soporte duradero, las entidades podrán facilitar la información en un soporte duradero distinto del soporte papel cuando se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 3.2 (de la misma norma). Este último se refiere, a grandes rasgos, a que la transmisión por ese medio debe ser apropiada al contexto en el que la actividad entre empresa y cliente sea o vaya a ser llevada a cabo; a la aceptación expresa por parte del cliente de la utilización de ese medio; a la notificación al cliente de la dirección de la web y del lugar en la web en que figure la información; a que la información sea actualizada y que sea accesible para el cliente, de forma continua, a través del sitio web y durante el plazo de tiempo que el cliente pueda necesitar, razonablemente, para examinarla.

Así, conforme al análisis siguiente, el deber de comunicación se distingue por el hecho que, no sólo, desarrolla una función informativa, sino, también, acreditativa³⁷¹. La exigencia, en estos casos, de que la comunicación se realice en soporte duradero es la que dota al consumidor de la constancia de la información previa y/o de las condiciones contractuales durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la citada información (entendida, en un sentido amplio) está destinada (*vid.* artículos 6, 9 y 17 de la LCDSF) (*vid.* artículo 27.4 de la LSSICE) (segundo y tercer bloques normativos).

De este modo – a través de la constancia - se trata de resolver la situación de desinformación y de ofrecer una oportunidad de reflexionar y de comprender dicha información a la que se debe poder acceder – sin cambio alguno - durante un adecuado plazo de tiempo.

En cualquier caso, un análisis jurisprudencial de la LCDSF permite constatar que jueces y tribunales han venido aplicando este artículo 9.1 de la LCDSF, especialmente, en sede de condiciones generales de contratación³⁷² y/o de nulidad del contrato por incumplimiento de la LCDSF³⁷³ (*vid.* artículo 9.4 de la LCDSF). Por razones de sistémica, este apartado sólo contiene el análisis de las primeras, de modo que, la nulidad del contrato por incumplimiento de los requisitos de información se analiza, a lo largo del CAPITULO XI de esta tesis sobre la invalidez del contrato (*vid.* artículo 9.4 de la LCDSF).

³⁷¹ SERRANO ALONSO, E. y SERRANO GÓMEZ, E. *Teoría general del contrato. Manual de derecho de obligaciones y contratos*, Tomo II, Vol. 1, Madrid, EDISOFER, S.L., 2008, pág. 100 y siguientes. Se subraya que, en conexión con la forma del contrato o más exactamente con la forma de exteriorización de la voluntad contractual está su documentación, entendida como la operación encaminada a recoger y guardar de forma duradera y segura una determinada declaración de voluntad. La documentación del contrato persigue varios fines: acreditar la existencia del contrato (función que explica la conexión entre las normas sustantivas civiles y las normas procesales dirigidas a probar la existencia del contrato); hacer eficaz el contrato frente a terceros que no son parte del mismo y – en los contratos formales – ser elemento constitutivo de la existencia del contrato.

³⁷² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011.

³⁷³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.704/2012 de 28 de diciembre; sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm.676/2014 de 28 de noviembre y sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm.370/2013 de 22 de octubre.

Así, se han venido calificando de abusivas aquellas cláusulas que vulneran lo previsto en el artículo 9.1 de la LCDSF en el siguiente sentido³⁷⁴. Algunas disponen - para su aplicación a determinados canales como, el teléfono o Internet - que la aceptación de las condiciones contractuales supondrá, no sólo, la plena conformidad con las condiciones contractuales sino, además, que el titular las ha recibido.

Este es el caso analizado en el marco de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011. Las cláusulas disponían, a grandes rasgos, que la entidad de crédito podrá ofrecer al titular, la contratación de productos y/o servicios mediante el envío de un mensaje a través del correspondiente canal (móvil, telefónico...) y que el titular podrá aceptar la oferta (dentro de su plazo de validez) mediante el envío al banco de otro mensaje (por el correspondiente canal) conforme al procedimiento indicado por el banco. Se añadía – para su aplicación específica al canal telefónico o Internet - que el envío al banco del citado mensaje con la aceptación de la contratación e introducción de las correspondiente claves, equivaldrá a la firma manuscrita del titular y que el titular ha recibido las condiciones contractuales y que las acepta, en su totalidad.

De modo que, las cláusulas en cuestión regulaban dos cuestiones distintas, primero, la oferta y subsiguiente aceptación y segundo, la remisión de las condiciones contractuales en soporte duradero.

El análisis del juez a lo largo de la citada sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011 fue el siguiente³⁷⁵. Ante las alegaciones de los representantes de las entidades de crédito, el juez expone que, si bien, respecto del canal móvil, la cláusula prevista es conforme con la LCDSF pues condiciona la oferta del banco a la previa remisión de las condiciones³⁷⁶, no ocurre lo mismo, respecto del ca-

³⁷⁴ Estas cláusulas se localizan tanto en contratos multicanal (también llamados, según el caso, contratos de servicios de banca por Internet o de servicios de banca a distancia) como en contratos de préstamo, contratos de tarjetas u otros, específicamente, aplicables a un determinado producto o servicio.

³⁷⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011 (apartados 148 a 154 y 196 a 200).

³⁷⁶ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011. Cuyo apartado 151 dispone, literalmente: "(...) 151. La exigencia de documentación escrita o en so-

nal telefónico. En este último caso, la cláusula permite la contratación a distancia de productos o servicios sin que conste la remisión por escrito o en soporte duradero de las condiciones que han de regir la contratación infringiendo el contenido de los artículos 6 a 9 de la LCDSF. Hecho que, merece su calificación de abusiva porque impone al consumidor la declaración de conformidad con la recepción de unas condiciones generales cuya entrega previa no se establece – un hecho ficticio - (*vid.* artículo 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007) y porque invierte la carga de la prueba que, conforme al artículo 17 de la LCDSF, corresponde a la entidad de crédito (*vid.* artículo 17 de la LCDSF) (*vid.* artículos 88.2 y 89.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007) en claro perjuicio del consumidor.

En línea con lo anterior y como subraya el juez en el marco de la citada sentencia, el mero hecho que la entidad acredite que cumple con los deberes que le corresponden, en virtud de la LCDSF, no excluye que una cláusula como la que se analiza deba ser declarada nula, precisamente, en consideración de su contenido y efectos dentro de la relación contractual. La cláusula tiene por efecto proteger a la entidad, en el caso que ésta incumpliera su obligación dado que se impone al consumidor su conformidad sobre un hecho que puede resultar inexistente y se invierte la carga de la prueba que, con carácter imperativo corresponde al proveedor³⁷⁷.

porte duradero del contrato financiero celebrado a distancia resulta imperativo e ineludible, pues así lo establecen los art. 6 y siguientes de la Ley 22/2007 de comercialización a distancia de productos financieros. Resulta sin embargo que en la cláusula ahora examinada y en aplicación precisamente del art. 7 y 8 de la Ley antes citada, se distingue por un lado las condiciones generales del contrato que se habrán remitido con carácter previo al consumidor en un soporte distinto y por otro lado exclusivamente la oferta y subsiguiente aceptación que habrá sido emitida con pleno conocimiento de las citadas condiciones generales, pues así lo establece la propia cláusula ahora atacada al prever que el banco podrá ofrecer productos y/o servicios cuyas condiciones hayan sido previamente comunicadas al mismo, por lo tanto condiciona la posibilidad ofertar el producto a la remisión previa de esas condiciones . Cuestión distinta es si se produce una mala práctica bancaria que alejándose del tenor de la cláusula ofreciese un determinado producto o servicio sin previamente remitir las condiciones, tal conducta sin perjuicio de las consecuencias desde el punto de vista del control y supervisión de la actividad bancaria a través de la correspondiente reclamación, no podría ampararse en la citada cláusula, que, simplemente regula la prestación del consentimiento a distancia, pero no exime a la entidad de la carga de la prueba sobre el suministro de la información que le impone el art.17 de la Ley 22/2007, por lo que, tampoco se puede considerar que suponga la conformidad con un hecho ficticio, ni tampoco altere el régimen de la carga de la prueba antes dicho.(...)"

³⁷⁷ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011 cuyo apartado 200 expone la argumentación del juez ante las alegaciones de los representantes de las entidades. Se destaca que, si bien, se acredita que la entidad cumple con los deberes que

5.1. DEBER/OBLIGACIÓN

Todo proveedor que comercialice servicios financieros a distancia con consumidores debe comunicar, en fase de generación, las condiciones contractuales y/o la información previa en soporte papel u otro soporte duradero accesible al consumidor (*vid.* artículo 9.1 de la LCDSF) (*vid.* artículos 6 y 11 de la Orden EHA/2899/2011; artículos 7, 8, 11 y 12 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (*vid.* apartado 2 de la norma sexta y norma décima de la Circular 7/2011; artículo 62 del Real Decreto 217/2008 y artículo 18.1 de la LIIC) (*vid.* artículos 53 y 60 de la LOSSP; artículos 104, 105 y 105 *bis* del ROSSP; artículo 3 y disposición adicional primera de la LCS; artículo 101 del RFPF y artículos 17, 22, 25, 37, 42 y 43 de la Ley 26/2006) (*vid.* artículos 8, 10 y 12 de la nueva LCC y artículos 14.1, 14.2, 20.1 y 20.2 de la Ley 2/2009) (primer y tercer bloques normativos).

El deber es exigible con independencia de que el contrato se suscriba a iniciativa del proveedor o del consumidor³⁷⁸.

Por regla general, la comunicación debe ejecutarse con “suficiente” antelación a la posible celebración del contrato o a la aceptación de una oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma obligaciones mediante cualquier contrato u oferta (*vid.*

le corresponden en virtud de la LCDSF no es ese, sin embargo, el objeto de valoración judicial sino el contenido de la cláusula examinada y sus efectos dentro de la relación contractual y en el esquema obligacional que de ella deriva. Se trata – destaca el juez - de que la cláusula examinada dispensa una protección a la entidad en el caso de que ahora o en un futuro incumpliera esa obligación invirtiendo la carga de la prueba que de forma imperativa contiene el artículo 17 de la LCDSF e imponiendo al consumidor una conformidad sobre un hecho que puede resultar inexistente y sobre el que, precisamente, se diluye la carga de la prueba que pesa sobre el banco. En este sentido, añade el juez, que no se puede considerar la existencia de una conexión lógica entre la aceptación y el hecho que si las acepta es porque las ha recibido.

³⁷⁸ De ahí que, el artículo 9.1 de la LCDSF exija que la comunicación se realice 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. Recuérdese que, la LCDSF tiene por objeto conferir una protección en razón del modo de comercialización: en supuestos, objetivamente, caracterizados por la falta de presencia física de ambas partes, en el momento de la negociación y de la celebración del contrato. En este contexto, la circunstancia de que la oferta haya sido realizada a iniciativa del consumidor (que no, del proveedor) es irrelevante y no excluye la protección que la LCDSF confiere.

artículo 9.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Siguen un planteamiento similar las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica que utilizan, igualmente, expresiones de carácter subjetivo similares que deben ser interpretadas a la luz del principio de la buena fe (*vid.* artículo 3.2 de la DCDSF). Así, en Francia, el artículo L.121-20-11 de la *Ordonnance núm.2005-648* utiliza la expresión “(...) en temps utile et avant tout engagement (...)”. En Reino Unido, el artículo 8.(1) a) del *FSDM Regulations 2004* se refiere al plazo en los siguientes términos “(...) in good time prior to the consumer being bound by that distance contract (...)”. En Irlanda, el artículo 9.(1) del *DMCFS Regulations 2004* utiliza la expresión “(...)Within a reasonable time before entering into a distance contract (...)”. En Luxemburgo, el artículo L.222-17 del *Code de la consommation* alude al plazo en los siguientes términos “(...) en temps utile avant d’être lié par un contrat a distance ou par une offre (...)”. Finalmente, en Bélgica, el artículo VI.57.1 del *Code du droit économique* utiliza la misma expresión “(...) en temps utile, et avant que le consommateur soit lié par un contrat à distance ou par une offre (...)”. De modo que, a grandes rasgos, el plazo debe ser el necesario para que el consumidor pueda emitir un consentimiento con conocimiento de causa. Lo que debe interpretarse a la luz del principio de la buena fe.

En el caso de la LCDSF, la conveniencia de la omisión de un plazo concreto de antelación fue una cuestión muy debatida, a lo largo del proceso de tramitación. En el debate se puso de manifiesto que, si bien, la ausencia de plazo concreto perjudicaba al consumidor en tanto que dejaba la determinación del mismo en manos del proveedor³⁷⁹, ésta tenía el positivo efecto de poder garantizar la necesaria agilidad en la contratación.

³⁷⁹ “Enmiendas e índice de enmiendas al proyecto de ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores [121/000097]”. El documento permite constatar que el grupo parlamentario ERC alegó lo siguiente como justificación a la enmienda formulada en torno a la necesidad de concretar un determinado plazo de antelación (respecto del artículo 7.1 de la LCDSF): “(...) El concepto de “tiempo suficiente” deviene un concepto jurídico indeterminado que, en caso de conflicto, debería fijarse en la vía correspondiente, hecho que iría en perjuicio del consumidor. Además, deja a criterio del proveedor el interpretar cual es el plazo que se considera suficiente sin informar al consumidor. El plazo de tres días que se propone, lo es en coherencia con el que disponen el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condicio-

La omisión de plazo concreto era un enfoque que, no sólo, estaba en consonancia con la experiencia adquirida, a raíz de la observancia de un plazo de tres días de antelación en el marco del artículo 2 del derogado Real Decreto 1906/1999^{380 381} (que excluía los servicios financieros de su ámbito de aplicación) sino que, además, resultaba más afín al más avanzado planteamiento aplicado en el ámbito específico del comercio electrónico (*vid.* artículo 27.4 de la LSSICE) (segundo bloque normativo)³⁸².

Probablemente, sean estos los motivos que hayan llevado al legislador a optar por no concretar plazo alguno. En cualquier caso, la valoración de si se cumple o no, con la exigencia de la suficiente antelación (*vid.* artículo 9.1 de la LCDSF) debe realizarse utilizando como referente al consumidor medio, perspicaz y razonablemente informado^{383 384} (concepto acuñado por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y determinando si, a la vista de las circunstancias del caso, la actuación del proveedor es o no, una omisión engañosa, de conformidad con la nueva regulación sobre competencia desleal aplicable a las relaciones entre proveedores y consumidores (*vid.* artículo 7 de la nueva LCD) (tercer bloque normativo).

nes generales. A su vez, el plazo podría ser superior (por ejemplo, 7 días), a fin de buscar una mayor protección del consumidor de este tipo de servicios.(...)"

Conceptualmente, estos argumentos resultarían trasladables a propósito de la indeterminación.

³⁸⁰ PARDO GATO, J.R. *Las páginas web como soporte de condiciones generales contractuales*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2003, pág. 89 y siguientes. El autor afirma que el artículo 2 del (actualmente, derogado) Real Decreto 1906/1999 sobre información previa debe entroncarse, necesariamente, con el artículo 27.4 de la LSSICE. Puesto que, cuando se trata de contratos celebrados en la red el legislador persigue que se guarden los mismos requisitos que en el mundo analógico y que se ofrezca al consumidor una información análoga. En opinión del autor, el plazo de tres días debía ser expresamente eliminado cuando se procediera a la eventual adaptación del Real Decreto 1906/1999 a la LSSICE (*vid.* disposición final quinta).

³⁸¹ El Real Decreto 1906/1999 queda derogado en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 3/2014.

³⁸² Sobre la tendencia a no concretar el plazo de antelación de la comunicación de cierta información léase ILLESCAS ORTIZ, R. "La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y dogmática contractual electrónica", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 84, 2007, pág. 18 y 19.

³⁸³ Léase la Exposición de Motivos de la nueva LCD.

³⁸⁴ PÉREZ BENÍTEZ, J.J. "La nueva ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Ley 22/2007, de 11 de julio", *Diario La Ley*, núm. 6837, Lunes, 10 de diciembre de 2007, pág. 6.

Sin perjuicio de lo anterior, la regla general que anticipa la comunicación a la fase de generación se acompaña de una regla especial que retrasa dicha comunicación a un momento posterior a la “formalización” (*vid.* artículo 9.2 de la LCDSF), a la “celebración” del contrato (*vid.* artículo 62.4 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículos 10.7 y 12.9 de la nueva LCC) o a la “prestación” de la operación (en el caso especial de los servicios de pago³⁸⁵) (*vid.* artículo 7.1, 8, 11 y 12 de la Orden aplicable a los servicios de pago). En estos casos, el retraso (con la consiguiente disminución del nivel de transparencia, en fase de generación) sólo se admite en circunstancias determinadas. Concretamente, cuando limitaciones de espacio y de tiempo imputables a la especial naturaleza de la técnica de comunicación a distancia empleada (*vid.* artículo 9.2 de la LCDSF) (*vid.* artículo 62 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículos 10 y 12 de la nueva LCC) (primer y tercer bloques normativos) así lo exijan, en coherencia con el enfoque de la nueva regulación sobre omisiones engañosas, en sede de competencia desleal (*vid.* artículo 7.2 de la nueva LCD). Por ejemplo: el teléfono.

Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Luxemburgo y Bélgica observan, igualmente, la citada regla especial que admite el retraso de la comunicación a un momento inmediatamente posterior a la “celebración” del contrato en determinadas circunstancias. El retraso en la comunicación queda limitado a los casos en los que, a petición del consumidor, el contrato se haya celebrado a través de una técnica de comunicación a distancia que no permita la comunicación con la suficiente antelación³⁸⁶. Sin embargo, en el caso de Irlanda, dicha regla no ha sido, correctamente, transpuesta. En virtud del artículo 9.(2) del *DMCFS Regulations 2004* se permite el retraso en la comunicación en los casos en que el contrato a distancia se haya celebrado a petición del consumidor – lo que, en sí mismo, no es una circunstancia mere-

³⁸⁵ Por regla general, las entidades deben comunicar la información al usuario antes de que éste quede vinculado por cualquier contrato u oferta, salvo casos especiales en que el contrato se haya celebrado, a instancias del consumidor, utilizando una técnica que no permita realizar la comunicación en la fase de generación. En estos casos, el proveedor debe comunicar la información, inmediatamente, después de la ejecución de la correspondiente operación de pago.

³⁸⁶ A la regla especial que permite retrasar la comunicación, inmediatamente, después de la celebración del contrato se refieren, asimismo, las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica (*vid.* artículo L.121-20-11 de la *Ordonnance núm. 2005-648*) (*vid.* artículo 8.1.b) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 9.(2) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-17 (2) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.57.2 del *Code du droit économique*).

cedora de protección especial alguna en razón del modo de comercialización - y en los que la técnica de comunicación a distancia no permita la transmisión de las condiciones contractuales y de la información previa en fase de generación³⁸⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, en sede de comercio electrónico, se observa un deber de comunicación que se aleja de este planteamiento de regla general/regla especial. Se exige, sin excepciones, la puesta a disposición de las condiciones generales al inicio del procedimiento de contratación de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por su destinatario (*vid.* artículo 27.4 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

Lo que comporta que la citada regla – al igual que la del artículo 9.1 de la LCDSF - sirva a la incorporación de las condiciones generales, en tanto que, permite el conocimiento de las mismas antes de que finalice la fase de generación (*vid.* artículo 7 de la LCGC) (*vid.* artículo 80.1 b) del Real Decreto Legislativo 1/2007 tras las modificaciones realizadas en virtud de la reciente Ley 3/2014) (segundo bloque normativo)³⁸⁸.

5.2.FUNDAMENTO

Como se ha avanzado, el deber de comunicación se fundamenta en la necesidad de garantizar un consentimiento informado y reflexionado a través de la constancia de la información (entendida, en un sentido amplio) por un plazo de tiempo adecuado a sus fines³⁸⁹.

³⁸⁷ El artículo 9.(2) del DMCFS Regulations 2004 dispone, literalmente: “(...) (2) If – (a) a contract for the supply of a financial service is entered into at the request of a consumer, and (b) the means of distance communications used does not allow the information about the terms and conditions of the contract and the information referred to in Schedule 1 to be given, the supplier shall comply with the obligation referred to in paragraph (1) immediately after the contract is entered into.”

³⁸⁸ MARÍN LÓPEZ, J.J. “Los servicios financieros y las nuevas tecnologías de 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”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 76, 2006, pág. 25.

³⁸⁹ *Vid.* apartado 3.1 del CAPITULO IV de esta tesis.

Así, el citado deber cumple una función acreditativa gracias a las propiedades inherentes al soporte duradero: el almacenamiento, la accesibilidad y la reproducción de la información sin cambios por un plazo de tiempo adecuado (*vid.* artículo 6 de la LCDSF) (*vid.* artículo 27.4 de la LSSICE) (*vid.* artículo 62.3 del Real Decreto 217/2008 y artículo 18 de la LIIC) (*vid.* disposición adicional primera de la LCS, artículos 48.1, 48.2 y 48.3 del RFPF y artículo 43.1 a) de la Ley 26/2006) (*vid.* artículos 14.2 y 20.2 de la Ley 2/2009) (primer, segundo y tercer bloques normativos).

No todas las técnicas de comunicación a distancia se ajustan a tales cualidades y por tanto, no todas ellas son adecuadas para cumplir este deber. Por ejemplo – como se ha avanzado ya - en el caso de una página web, puede ocurrir que ésta no se adecúe a las citadas exigencias de la definición legal de soporte duradero (*vid.* artículo 6 de la LCDSF) (*vid.* artículo 62.3 del Real Decreto 217/2008). Si ese fuera el caso, la técnica en cuestión serviría para cumplir el deber de información previa pero no, el deber de comunicación (*vid.* artículo 9 de la LCDSF) (primer y tercer bloques normativos).

5.3.SOPORTE DURADERO

El régimen jurídico que se analiza a continuación vincula la realización del deber a la figura del soporte duradero (*vid.* artículos 6 y 9 de la LCDSF) (*vid.* artículo 27.4 de la LSSICE³⁹⁰) (*vid.* artículos 6 y 11 de la Orden EHA/2899/2011 y artículos 7, 8, 11 y 12 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (*vid.* norma séptima de la Circular 7/2011, artículo 62.3 del Real Decreto Legislativo 217/2008 y artículo 18 de la LIIC) (*vid.* artículo 48.3 del RFPF y artículo 43 de la Ley 26/2006) (*vid.* artículos 14.2 y 20.2 de la Ley 2/2009, artículos 7, 10, 12 y anexo II “Información normalizada europea sobre el crédito al consumo” de la nueva LCC) (primer, segundo y tercer bloques normativos).

³⁹⁰ Es cierto que el artículo 27.4 de la LSSICE no se refiere, de forma explícita, al soporte duradero, sin embargo, prevé el deber del proveedor de poner las condiciones generales a disposición del destinatario, de manera que, estas puedan ser “almacenadas” y “reproducidas” por el destinatario que son dos cualidades inherentes a la definición legal (*vid.* artículo 6 de la LCDSF) y muy vinculadas con la función de garantizar la constancia.

Es cierto que, algunas de las normas analizadas – las que menos - no recurren al citado concepto limitándose a exigir, de forma explícita, que la comunicación se realice mediante “documento” o “nota informativa” (*vid.* artículo 60 de la LOSSP³⁹¹ y artículos 104 y 105 del ROSSP): son las menos recientes y las menos avanzadas, desde un prisma de equivalencia funcional. Sin embargo, sus exigencias se deben interpretar, a la luz del citado principio formulado en la ley, con mayor o menor alcance (*vid.* artículo 6 de la LCDSF) (*vid.* artículo 23.3 de la LSSICE) (*vid.* disposición adicional primera de la LCS) (primer bloque normativo).

Dos consideraciones más en torno al soporte duradero. Primera, en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, se añade que el soporte duradero deberá ser accesible al consumidor (*vid.* artículo 9 de la LCDSF) (*vid.* artículo 27.4 de la LSSICE) (segundo y tercer bloques normativos)³⁹². No se exige, por tanto, un acto físico de entrega de la información objeto de comunicación³⁹³: para cumplir con el deber de comunicar basta con garantizar una puesta a disposición real. Lo que se consigue comunicando la información y/o las condiciones contractuales a través de un soporte duradero que sea accesible al consumidor.

³⁹¹ El artículo 96 de la futura LOSSP contempla, desde un punto de vista de contenido, las mismas informaciones que el artículo 60 de la LOSSP. La diferencia radica en que la futura LOSSP exige, de forma explícita, que la información se transmita “por escrito”. La exigencia de forma escrita no debe asociarse a la figura del soporte duradero, de forma automática, considerando que, en definitiva, una página web contiene información escrita. Sin embargo, en este caso, podría defenderse la exigibilidad del soporte duradero, por aplicación del principio de equivalencia funcional y la disposición adicional primera de la LCS así como, en base al criterio de buenas prácticas, reiteradamente, manifestado por el SRDGSFP que atribuye a la entidad aseguradora la acreditación del cumplimiento del deber de información previa.

³⁹² A la accesibilidad se refiere, asimismo, el vigente artículo 80.1 b) del Real Decreto Legislativo 1/2007 aplicable a las cláusulas no negociadas individualmente. Como se ha indicado ya, en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, el artículo 9.1 de la LCDSF sirve a la incorporación de las condiciones generales en el contrato a distancia, en tanto que, a través del soporte duradero accesible al consumidor se dota al adherente de la posibilidad de conocer las condiciones generales de contratación, antes de la celebración del contrato (*vid.* artículo 7 de la LCGC).

³⁹³ Sobre la premisa de que la recepción de la información no debe considerarse como recepción en sentido material si no como accesibilidad a la misma, léase: SALELLES, J.R. “La contratación a distancia de los servicios financieros”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, V-2006, pág. 231 y MAYORGA TOLEDANO, M^a. C. “Los derechos de información previa y de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros. Especial referencia a los contratos bancarios”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 87, noviembre, 2007, pág. 17.

La ya analizada sentencia del TJUE dictada en el caso Content Services (en relación con el artículo 5.1 de la Directiva 97/7/CE sobre confirmación escrita de la información)³⁹⁴ y el informe del ESME'S Group sobre el soporte duradero en la DCDSF de junio de 2007 (en adelante, el informe del ESME'S Group)^{395 396} inciden, en esta cuestión, es decir, en lo que implica el acto de comunicar.

Una y otra autoridad opinan, de forma distinta, en lo que concierne a si puede considerarse cumplido el deber de comunicación, en los casos en que el consumidor deba realizar una acción en particular para tener conocimiento de la información en cuestión.

Si el TJUE entendió, a la vista del artículo 5.1 de la Directiva 97/7/CE, que el término “recibir” era coercitivo para el profesional y que expresaba la idea que, en lo que atañe a la confirmación de la información bastaba un comportamiento pasivo de los últimos³⁹⁷; el ESME'S Group entendió – a la vista del artículo 5.1 de la DCDSF (conceptualmente, referido al mismo deber de comunicación) - que el término “comunicar” acompañado de la expresión “en...soporte duradero accesible al consumidor” - debía asociarse al objetivo de la DCDSF: exigir una información que sea disponible para el consumidor. De modo que, no era relevante el hecho de si el consumidor debía o no, hacer algo más para obtener la información, siempre que hubiera sido, suficientemente, orientado respecto de “cómo” acceder a esta información, en esa determinada forma (que es el soporte duradero).

³⁹⁴ Sentencia del Tribunal de de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) Caso Content Services Ltd. Contra Bundesarbeitskammer. Sentencia de 5 de julio de 2012.

³⁹⁵ Vid. Apartado 3.1 del CAPITULO IV de esta tesis.

³⁹⁶ ESME'S Report on Durable Medium – Distance Marketing Directive and Markets in Financial Instruments Directive.
ec.europa.eu/finance/securities/docs/esme/durable_medium_en.pdf

³⁹⁷ Vid. apartado 37 de la Sentencia del Tribunal de de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) Caso Content Services Ltd. Contra Bundesarbeitskammer. Sentencia de 5 de julio de 2012. Declara el tribunal que: “(...) 37. En estas circunstancias, procede considerar que cuando la información que se encuentra en el sitio de Internet del vendedor sólo es accesible a través de un vínculo comunicado al consumidor, tal información no es ni “facilitada” a ese consumidor ni “recibida” por él, en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7. (...)”

En su argumentación, el TJUE distinguía entre la expresión “disponer” y la de “facilitar” o “recibir”, previa consideración de la primera como una expresión neutra y menos coercitiva para el profesional, que las últimas. Añadía que, visto el objetivo del artículo 5.1 de la Directiva 97/7/CE – la comunicación de la información necesaria para la correcta ejecución del contrato y, sobre todo, para el ejercicio de sus derechos como consumidor – no procedía considerar “recibida” la información si ésta era sólo accesible a través de un vínculo.

Respecto del ámbito específico analizado, esta tesis se inclina por la interpretación realizada por el ESME’S Group, en el sentido de que – respecto del deber de comunicación de la LCDSF - basta con que la información esté disponible al consumidor en soporte duradero³⁹⁸; siempre que, se oriente al consumidor sobre cómo acceder a la misma. Que ello implique un comportamiento activo por parte del consumidor no desvirtúa el cumplimiento de este deber por el proveedor; ni mucho menos, puede suponer una vulneración de sus intereses económicos, siempre y cuando, se oriente al consumidor sobre cómo acceder a la información.

En cierta medida, ratifica esta posición: primero, la propia evolución en la formulación de este deber - cada vez son más las normas que asocian este deber con la puesta a disposición del soporte duradero que es una expresión más neutra³⁹⁹; segundo, el principio de neutralidad tecnológica y tercero, el hecho que la exigencia de un comportamiento activo por parte del consumidor no ha de perjudicar, necesariamente, la con-

³⁹⁸ El artículo 5.1 de la DCDSF dispone: “(...)1. El proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en el apartado 1 del artículo 3 y en el artículo 4, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor y puesto a su disposición con la suficiente antelación antes de que el consumidor asuma obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta.(...)”

³⁹⁹ En este sentido, el artículo 8.1 dispone, literalmente: “1. En los contratos a distancia, el comerciante facilitará al consumidor la información exigida en el artículo 6, apartado 1, o la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles. Siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible. (...)” En la misma línea, el artículo 27.4 de la LSSICE dispone: “4. 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.”

secución del objetivo⁴⁰⁰ de la DCDSF y de la LCDSF si se orienta, suficientemente, al consumidor. Es cierto que, una norma cuya regulación parta, de forma implícita, del hecho que, basta un comportamiento pasivo por parte del consumidor⁴⁰¹ tiende a facilitar la situación a favor del consumidor, pero, ello no implica, necesariamente, que la mera exigencia al consumidor de una actuación, en el sentido expuesto, esté perjudicando una efectiva realización de los objetivos tuitivos de la LCDSF, siempre que – valga la redundancia - se le oriente sobre cómo acceder a la información.

Segunda, en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, no se explicita a qué parte contratante corresponde la elección del tipo de soporte (*vid.* artículo 9 de la LCDSF). Esta tesis sostiene la idea de que, en estos casos, corresponde al proveedor una primera elección; puesto que, es él quien organiza el sistema de venta o de prestación de servicios a distancia (*vid.* artículo 4.1 de la LCDSF)⁴⁰². El proveedor elige las técnicas que incorpora en su sistema de venta a distancia, de modo que, el rol del consumidor será elegir entre las técnicas que el proveedor incorpore en su oferta. Cuestión que, valga reiterar, sorprende que no figure entre la información previa exigible (*vid.* artículo 7 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

⁴⁰⁰ Esto es: garantizar al consumidor la constancia de la información necesaria por un tiempo adecuado.

⁴⁰¹ *Vid.* apartado 35 de la Sentencia del Tribunal de de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) caso Content Services Ltd. Contra Bundesarbeitskammer. Sentencia de 5 de julio de 2012. Declara el tribunal que: "(...). 35. Cabe añadir a este respecto que mientras que en el artículo 4 de la Directiva 97/7, el legislador de la Unión optó, en la mayor parte de versiones lingüísticas, por una formulación neutra, según la cual el consumidor debe "disponer" de la información pertinente, en el artículo 5, apartado 1, de esta Directiva eligió en cambio un término más coercitivo para el profesional, según el cual el consumidor debe "recibir" la confirmación de dicha información. En efecto, este término expresa la idea de que, en lo que atañe a la confirmación de la información a los consumidores, basta un comportamiento pasivo de éstos".

⁴⁰² MARÍN LÓPEZ, J.J. "Los servicios financieros y las nuevas tecnologías de 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", *Estudios sobre Consumo*, núm. 76, 2006, pág. 25. El autor indica que, ante la ausencia de pronunciamiento legal, es al proveedor a quien corresponde la elección, opinión que basa en una aplicación al supuesto del argumento subyacente del artículo 1132 del Código Civil aplicable a las obligaciones alternativas. Subraya que ello puede conducir a que el proveedor comunique las condiciones contractuales y la información mediante un soporte duradero no accesible al consumidor y añade que esa es la razón por la que se contempla el derecho a cambiar de técnica de comunicación a distancia y el derecho a obtener las condiciones contractuales en soporte papel.

En este sentido, suele ocurrir que, las condiciones generales de los contratos multinacional incorporan cláusulas en las que previa descripción del servicio objeto del contrato⁴⁰³ se añade que, para establecer la comunicación entre el contratante y el banco, el cliente podrá utilizar cualquier medio tecnológico que esté disponible, en cada momento. Lo que se suele acompañar de una enumeración abierta de las correspondientes técnicas, en afinidad al principio de neutralidad tecnológica analizado en el CAPITULO IV de esta tesis (*i.a.* teléfono, videoconferencia, conexión desde un ordenador a través de Internet, televisión y cualquier conexión establecida a través de sistemas o de canales de comunicación basados en tecnologías presentes y futuras)⁴⁰⁴.

Para finalizar, sirva destacar que la LCDSF suele omitir cualquier mención al carácter gratuito de la información que se comunica. Lo que, en el ámbito analizado, debe ser resuelto a favor de su gratuidad por aplicación de la regulación de consumo, de alcance general (*vid.* artículos 60.4 y 59.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007 tras las modificaciones realizadas, en virtud de la Ley 3/2014) (tercer bloque normativo)⁴⁰⁵.

5.4. INFORMACIÓN QUE DEBE COMUNICARSE

Al analizar la información que debe comunicarse debe distinguirse si el deber de comunicación se impone en razón del modo de comercialización o en razón de la espe-

⁴⁰³ A grandes rasgos, el objeto del contrato, se suele definir en los siguientes términos. El contrato faculta al contratante para que pueda acceder - a distancia - a un conjunto de prestaciones personalizadas consistentes: en la obtención de información de las cuentas, de los servicios y de los productos contratados; en la realización de operaciones de compra venta de valores, fondos de inversión y cualquier otro activo financiero; en la solicitud y contratación de otros productos o servicios financieros y en la emisión de ordenes respecto de toda clase de operaciones bancarias y financieras que, en cada momento, estén disponibles.

En algunos casos, incluso, se incorpora una cláusula por la que la operativa se extiende a todos los productos y servicios de las entidades financieras que formen parte del grupo de la entidad.

⁴⁰⁴ Se añade, en ocasiones, que las condiciones generales sobre acceso a través de un determinado canal, sólo serán aplicables, en el caso que, se indique el acceso del titular a través de ese canal en concreto en las condiciones particulares.

⁴⁰⁵ El artículo 60.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007 dispone, respecto de los contratos con consumidores, que la información precontractual deberá facilitarse al consumidor, de forma gratuita. De modo que, considerando la omisión de la LCDSF, debe respetarse la protección que la norma de alcance general confiere, en consonancia con su artículo 59.2, en cuya virtud, la regulación sectorial de los contratos con consumidores debe respetar el nivel de protección dispensado por el Real Decreto Legislativo 1/2007.

cial naturaleza del proveedor o del servicio contratado. En estos dos últimos supuestos, ésta suele profundizar más en unos aspectos que en otros.

En cualquier caso, como se apuntaba al inicio, el legislador tiende a exigir la comunicación de una información que cada vez resulta más extensa. Lo que puede comportar un considerable aumento del nivel de transparencia durante la fase de generación, sin perjuicio del hecho que, su regulación deba acompañarse de ciertos mecanismos dirigidos a facilitar la comprensión y la valoración de la información por parte del cliente/destinatario/consumidor (requisitos formales, plazos de reflexión...).

5.4.1. EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA CON CONSUMIDORES

En consonancia con la DCDSF, además de las condiciones contractuales, todo proveedor que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores debe comunicar la información previa dispuesta en la LCDSF (*vid.* artículo 7 de la LCDSF) y en ciertas normas especiales aplicables al servicio financiero objeto del contrato a distancia (*vid.* artículos 8 y 9.1 de la LCDSF) (primer y tercer bloques normativos).

Si bien, en el caso de la LCDSF la información que se debe comunicar se extiende a la legislación especial aplicable al servicio financiero por mandato de la propia DCDSF (*vid.* artículos 4 y 5.1 de la DCDSF), se ha podido constatar que las normas de transposición, específicamente, aplicables a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, vigentes en el Reino Unido y en Bélgica, únicamente, disponen la comunicación de la información del artículo 3 de la DCDSF: esto es, la información, específicamente, exigible en razón del modo de comercialización^{406 407}. Lo que no excluye que el legislador haya podido contemplar el deber de comunicación previa a distancia en el marco de la correspondiente norma especial aplicable al servicio financiero.

⁴⁰⁶ *Vid.* apartados 4.2.1, 4.3.1, 4.4.1 y 4.5.1 del CAPITULO V de esta tesis.

⁴⁰⁷ Vista su redacción, el artículo 8.(1) del *FSDM Regulations 2004* (Reino Unido) y el artículo VI.57.1 del *Code du droit économique* (Bélgica) observan el deber de comunicar la información exigible en razón del modo de comercialización a distancia; que no, en razón de la especial naturaleza del servicio financiero (*vid.* artículo VII.71 del *Code du droit économique* aplicable a los contratos de crédito).

5.4.2. EN EL MERCADO DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS

Respecto del mercado bancario, en razón de la especial naturaleza del proveedor, se observa el deber de comunicar cierta información durante la fase de generación (*vid.* norma sexta de la Circular 5/2012 y artículos 6, 7, 11, 21, 22, 23 y 32 de la Orden EHA/2899/2011) (primer bloque normativo).

La citada información se debe comunicar en papel, en formato electrónico u otro soporte duradero y resulta bastante completa y extensa (*vid.* norma sexta de la Circular 5/2012 y artículo 11 de la Orden EHA/2899/2011). Esta no queda limitada a las tarifas aplicables, a las comisiones y a los gastos ni a las normas sobre fechas de valoración como ocurría, en virtud del régimen jurídico anterior (*vid.* apartado 5 de la norma sexta de la derogada Circular 8/1990) (primer bloque normativo).

A grandes rasgos, la información debe ser suficiente y abarcar los datos necesarios para tomar una decisión informada y para comparar ofertas similares (*vid.* artículos 6 y 11.1 de la Orden EHA/2899/2011 y norma sexta de la Circular 5/2012). Por lo que, puede abarcar los cuatro aspectos, anteriormente, mencionados: el proveedor, el contrato, el servicio y los medios de reclamación existentes (*vid.* norma sexta de la Circular 5/2012)⁴⁰⁸. En ese sentido, la regulación más reciente presenta – desde un punto de vista de contenido - una información bastante completa, en línea con la tendencia

⁴⁰⁸ El apartado segundo de la norma sexta de la Circular 5/2012 concreta, a través de un listado de informaciones, el contenido de la información precontractual al que el apartado primero se refiere en términos muy amplios (por alusión a la información que sea precisa para poder comparar ofertas similares y adoptar una decisión informada). El listado distingue entre varios productos y servicios bancarios (*i.a.* depósitos a la vista y de ahorro; depósitos a plazo con garantía del principal; créditos al consumo sujetos en todo o parte a la nueva LCC; créditos o préstamos hipotecarios en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir; créditos al consumo excluidos del ámbito de aplicación de la nueva LCC; negociación de cheques; avales, fianzas y garantías prestados por la entidad). En su virtud, se exige, a grandes rasgos, el suministro de unos u otros datos, dependiendo del servicio de que se trate, por ejemplo, se alude a: las circunstancias de disponibilidad del saldo, las comisiones o los gastos aplicables, la duración del contrato, diversos aspectos en torno a la retribución, el fondo de garantía de depósitos al que se encuentre adherida la entidad cuando sea diferente al previsto en el Real Decreto-Ley 16/2011 (con indicación de los datos que correspondan en torno al mismo) y/o la tasa anual equivalente. Fundamentalmente, se trata de datos relativos al servicio, al contrato y a los medios de indemnización.

marcada por la propia LCDSF (*vid.* artículo 7 de la LCDSF) (primer y tercer bloques normativos).

Además, en razón de la especial naturaleza del servicio bancario, los deberes de comunicación afectan, asimismo, a informaciones que son extensibles a los cuatro aspectos, anteriormente, indicados. En el caso de los préstamos o de los créditos hipotecarios, la información que se comunica en soporte duradero debe cubrir, de forma específica, entre otros extremos: la entidad de crédito, las características del servicio, el tipo de interés, los gastos preparatorios, la tasa anual equivalente y el coste total, así como, la amortización anticipada (*vid.* artículos 6, 11, 21, 22 y anexo I “Ficha de Información Precontractual” y anexo II “Ficha de Información Personalizada” de la Orden EHA/2899/2011) (primer bloque normativo).

Lo mismo ocurre si el proveedor no es una entidad de crédito sino un profesional cuya actuación no se halla sujeta a la especial supervisión del Banco de España. En tales circunstancias estará, asimismo, sujeto a un deber de comunicación previo respecto de las operaciones de concesión de créditos y préstamos hipotecarios y/o de sus actividades de intermediación⁴⁰⁹ (*vid.* artículo 1 de la Ley 2/2009). Como en los casos anteriores, la información debe transmitirse en soporte duradero y su contenido se refiere al proveedor, al servicio, al contrato y a los mecanismos de reclamación (*vid.* artículos 14 y 20 de la Ley 2/2009) siendo ésta bastante exhaustiva, en línea con la LCDSF (tercer bloque normativo).

En cuanto a los créditos al consumo prestados por entidades de crédito o profesionales, existe, igualmente, un deber especial de comunicar – en papel u otro soporte duradero – ciertos contenidos sobre el proveedor, el servicio, el contrato y los medios y/o mecanismos de reclamación y de indemnización al alcance del consumidor (*vid.* artículos 7, 10, 12 y anexo II “Información normalizada europea sobre el crédito al consumo”

⁴⁰⁹ Se indica en la exposición de motivos de la Ley 2/2009, en relación con la regulación de la actividad de intermediación, que su capítulo III no aborda el régimen jurídico de los contratos sobre los que se intermedia: los citados contratos seguirán rigiéndose por la ley que contenga su regulación específica. Por consiguiente, el régimen de transparencia previsto en la Ley 2/2009 es el que resulta aplicable a los propios contratos de intermediación; lo que es extensible al deber de comunicación. De modo que, la citada regulación del deber de comunicación se aplica, cumulativamente, a las demás normas sectoriales, incluida la LCDSF.

de la nueva LCC). La información que se comunica es bastante exhaustiva y de muy similar alcance a la que debe ser objeto de comunicación, en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores (*vid.* artículos 7 y 9 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Finalmente, en lo que concierne a los servicios de pago, las entidades de pago y/o las entidades de crédito que prestan servicios de pago deben comunicar cierta información que – en razón de la especial naturaleza del servicio - resulta distinta y menos extensa que la prevista en los casos anteriores⁴¹⁰.

Si se trata de operaciones de pago singulares, el proveedor deberá comunicar la información en papel u otro soporte duradero, solamente, si así lo solicita el cliente (*vid.* artículos 7 y 8 de la Orden aplicable a los servicios de pago). Si se trata de operaciones de pago sujetas a un contrato marco, la información deberá comunicarse en soporte duradero, independientemente, de si el cliente lo solicita o no (*vid.* artículos 11 y 12 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer bloque normativo)⁴¹¹.

De modo que, las diferencias en la información se justifican en la especial naturaleza del servicio de pago distinguiéndose, a su vez, entre las operaciones de pago singulares y las operaciones de pago sujetas a un contrato marco.

A grandes rasgos, respecto de las operaciones de pago singulares, el contenido de la información abarca: la especificación de la información o del identificador único que el

⁴¹⁰ Por regla general, la comunicación debe realizarse antes de la celebración del contrato. Sin embargo, si a petición del usuario se utiliza una técnica de comunicación a distancia que no permite realizar la comunicación, en fase previa, el proveedor deberá proceder a su realización, inmediatamente, después de la ejecución de la operación de pago o, en su caso, de la celebración del contrato marco (*vid.* artículos 7.2 y 11.2 de la Orden aplicable a los servicios de pago).

⁴¹¹ En ambos casos, se ofrece una forma alternativa de cumplir el deber de comunicación en fase de generación. Si se trata de operaciones de pago singulares, el deber se considerará cumplido, si el proveedor facilita una copia del borrador del contrato de servicio de pago singular o del borrador de la orden que incluya la información prevista en el artículo 8 (*vid.* artículos 7.3 y 8 de la Orden aplicable a los servicios de pago). Si se trata de operaciones de pago sujetas a un contrato marco, la comunicación podrá realizarse mediante la entrega de una copia del borrador de contrato que incluya la información, legalmente, prevista (*vid.* artículos 11 y 12 de la Orden aplicable a los servicios de pago).

usuario debe facilitar para la correcta ejecución de la orden; el plazo máximo de ejecución; todos los gastos a cargo del usuario (así como, su desglose) y eventualmente, el tipo de cambio y el de referencia aplicables (*vid.* artículo 8 de la Orden aplicable a los servicios de pago). Mientras que, respecto de las operaciones de pago sujetas a un contrato marco, la información es más completa y, en ese sentido, su planteamiento se acerca más al de la LCDSF (*vid.* artículo 7 de la LCDSF) (*vid.* artículo 12 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer y tercer bloques normativos). Se refiere, básicamente: al proveedor (*i.a.* nombre, domicilio de su administración central, eventualmente, la sucursal o agente en España junto con su dirección, la dirección de correo electrónico); al servicio de pago (*i.a.* principales características, información o identificador único para una correcta ejecución de la orden, procedimiento de comunicación y de retirada del consentimiento, momento de recepción de la orden de pago, plazo máximo de ejecución y eventuales límites a las operaciones de pago a ejecutar); a los gastos y tipos de interés y de cambio aplicables (incluidas, eventuales variaciones de los tipos de interés o de cambio de referencia); a la comunicación entre las partes (*i.a.* medios de comunicación convenidos, forma de poner a disposición la información, lenguas de celebración del contrato y de comunicación, derecho del usuario de recibir las condiciones contractuales y la información⁴¹²); a las responsabilidades y requisitos necesarios para la devolución (*i.a.* medidas de seguridad de un instrumento de pago, condiciones aplicables al derecho de bloqueo de un instrumento de pago, responsabilidad del ordenante, forma y plazo aplicables a la notificación de cualquier operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, la responsabilidad del proveedor y los requisitos necesarios para la devolución); a posibles modificaciones y a la rescisión del contrato (*i.a.* modificación de las condiciones establecidas, duración del contrato, derecho a rescindir) y finalmente, a la ley aplicable, a la competencia jurisdiccional y a los procedimientos de reclamación (*i.a.* cláusulas contractuales y procedimientos de reclamación y recurso extrajudicial).

⁴¹² El artículo 13 de la Orden aplicable a los servicios de pago añade que: “En cualquier momento de la relación contractual, el usuario de servicios de pago que así lo solicite tendrá derecho a recibir en papel o en otro soporte duradero las condiciones contractuales del contrato marco, así como la información y las condiciones contempladas en el artículo 12.”

Como se ha indicado, este deber podrá cumplirse proporcionando una copia del borrador del contrato marco que incluya la información anterior (*vid.* artículos 11.3 y 12 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer bloque normativo).

Respecto del mercado de valores, si el proveedor es una empresa de servicios de inversión o su intermediario deberá comunicar, en soporte duradero, las condiciones del contrato (*vid.* normas séptima y décima⁴¹³ de la Circular 7/2011 y artículos 62.1 y 62.3 del Real Decreto 217/2008) y cierta información previa sobre la entidad (identificación, localización y autoridad de supervisión), sobre el servicio que se presta (incluidas, las comisiones, los gastos y las tarifas aplicables), en su caso, sobre los instrumentos financieros afectados (especialmente, características y riesgos) y sobre los costes y gastos asociados. De modo que, visto su contenido, resulta una información bastante exhaustiva (*vid.* apartado 2 de la norma sexta y normas séptima y décima de la Circular 7/2011 y artículos 62 a 64 y 66 del Real Decreto 217/2008) (primer bloque normativo)⁴¹⁴. En el caso especial de las instituciones de inversión colectiva se añade el deber de comunicar cierta información previa muy específica que abarca el último informe semestral y el documento con los datos fundamentales (descritos en el artículo 17.1 de la LIIC) y previa solicitud, el folleto y los últimos informes anual y trimestral publicados (*vid.* artículo 18 de la LIIC) (primer bloque normativo).

Finalmente, respecto del mercado de los seguros privados, si el proveedor es una empresa aseguradora deberá comunicar algunos datos referidos al Estado Miembro y a la autoridad a los que corresponde el control de la actividad de la propia entidad aseguradora que constarán en la póliza o en cualquier otro documento en el que se formaliza-

⁴¹³ De hecho, la norma décima de la citada circular dispone que las entidades deberán poner a disposición del público, los contratos-tipo, en cualquier soporte duradero, en su domicilio social, en todas las sucursales y en los domicilios de sus agentes. Se añade que, los citados contratos deberán incorporarlos en su página web, en sitio de fácil acceso.

⁴¹⁴ En virtud del Real Decreto 217/2008 se aporta un elevado nivel de transparencia en fase de generación del contrato, puesto que, asimismo, se obliga, de forma explícita, al proveedor a informar sobre las condiciones contractuales con suficiente antelación a la celebración del contrato (*vid.* artículo 62.1 del Real Decreto 217/2008) (en línea con el artículo 9.1 de la LCDSF). Lo que responde a un planteamiento diferente frente al deber de información aplicable al mercado bancario expresado, en términos amplios y con alcance general (*vid.* artículo 6 de la Orden EHA/2899/2011 y norma sexta de la Circular 5/2012).

ce el contrato (*vid.* artículo 60.1 de la LOSSP⁴¹⁵) (primer bloque normativo). De modo que, se trata de una información previa muy centrada en la figura del proveedor⁴¹⁶.

En el caso especial que el proveedor sea un mediador de seguros deberá comunicar, en soporte duradero, una información más extensa que la anterior; aunque, distinta y menos completa que la exigida en los casos de servicios financieros comercializados a distancia con consumidores a la que complementa (*vid.* artículos 17, 22, 25, 33, 37, 42 y 43 de la Ley 26/2006) (primer bloque normativo).

Este deber de comunicación halla su razón de ser en los servicios de mediación⁴¹⁷, de modo que la información deberá comunicarse en soporte papel u otro soporte duradero con independencia de la categoría de mediador (*vid.* artículos 7 y 8 de la Ley 26/2006). Esta abarcará, entre otros extremos: la expresión identificativa de la condición bajo la que se actúa (*vid.* artículos 17, 22, 33, 37 de la Ley 26/2006); la identidad y la dirección del mediador (*vid.* artículos 42 y 43 de la Ley 26/2006); en su caso, la denominación social de la entidad aseguradora (*vid.* artículo 17 de la Ley 26/2006); el hecho de hallarse inscrito conforme a las correspondientes exigencias legales (*vid.* artículos 17, 22, 33, 37, 42, 43 y 52 de la Ley 26/2006); la identificación de las entidades aseguradoras con las que, eventualmente, se haya suscrito un contrato (*vid.* artículos 42 y 43 de la Ley 26/2006) y los mecanismos de resolución extrajudicial accesibles (*vid.* artículos 42 y 43 de la Ley 26/2006) (primer bloque normativo)⁴¹⁸.

⁴¹⁵ El artículo 96 de la futura LOSSP – sobre el deber de información general al tomador - dispone la transmisión de la misma información en torno a la localización y a la autoridad a la que corresponde el control del proveedor; su novedad radica en que exige, de forma explícita, que la información se transmita por escrito.

⁴¹⁶ Sin perjuicio del artículo 6 de la LCS que regula la proposición de seguro y del artículo 8 que regula el contenido mínimo de la póliza y que confiere al tomador el derecho a reclamar si hubiere divergencias entre el contenido de la póliza y la eventual proposición de seguro. Ambos preceptos aumentan la transparencia y la reflexión en fase de generación, aunque, de una forma distinta al artículo 9 de la LCDSF.

⁴¹⁷ Conforme al artículo 2.1 de la Ley 26/2006 se entiende por mediación todas 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.

⁴¹⁸ No se contempla un deber de comunicar las condiciones contractuales aplicables al contrato de intermediación y – en lo que concierne al momento - se reconocen ciertas reglas especiales a la regla general de la comunicación durante la fase de generación. En su virtud, la comunicación deberá realizarse, inmediatamente, después de celebrarse el contrato, si el clien-

Sin perjuicio de lo anterior, se observan ciertas particularidades en razón de la especial naturaleza del seguro. Así, respecto de los seguros distintos del de vida en los que el tomador sea una persona física o en los seguros de vida, se comunicará por escrito la ley aplicable y las instancias de reclamación, así como, el procedimiento a seguir. Esta información deberá figurar en la póliza o en el documento de cobertura provisional de forma clara y precisa (*vid.* artículos 104.1 y 104.3 del ROSSP) (*vid.* disposición adicional primera de la LCS) (primer bloque normativo).

Asimismo, en el caso de los seguros de vida la empresa aseguradora debe comunicar las siguientes informaciones mediante nota informativa (*vid.* artículo 105 del ROSSP): la denominación social y la forma jurídica de la empresa contratante; la dirección de la entidad; las garantías y las opciones; las condiciones de rescisión; las condiciones, los plazos y los vencimientos de las primas; los métodos de cálculo de las participaciones en beneficios; la definición de unidades de cuenta (en los contratos de capital variable); los valores de rescate y de reducción de las correspondientes garantías; las primas relativas a cada garantía; las modalidades y el plazo de ejercicio del derecho de resolución - así como, las formalidades aplicables -; ciertas indicaciones generales relativas al régimen fiscal aplicable y la rentabilidad esperada en aquellas modalidades de seguros de vida en las que el tomador no asuma el riesgo de la inversión (*vid.* artículo 105.1 del ROSSP) (primer bloque normativo).

En los contratos de seguros distintos a los seguros que cubran grandes riesgos, la empresa aseguradora debe comunicar por escrito la siguiente información relacionada con la identificación y localización de la empresa: el nombre del Estado Miembro en el que está establecido el domicilio social de la entidad con la que va a celebrar el contrato, la dirección de la entidad y en el caso de operaciones en régimen de derecho de establecimiento, la dirección de la sucursal y la denominación social y la forma jurídica de la entidad. Esta información deberá figurar en la póliza o en el documento de cober-

te solicita el suministro verbal de la información o si resulta necesaria la obtención de una cobertura inmediata o en el caso especial del “contrato por teléfono” o “por cualquier otra técnica de comunicación a distancia” (*vid.* artículo 43.1 de la Ley 26/2006).

tura provisional de forma clara y precisa (*vid.* artículos 104.2 y 104.3 del ROSSP) (*vid.* disposición adicional primera de la LCS) (primer bloque normativo).

En los seguros de decesos, la empresa de seguros está obligada a comunicar, mediante nota informativa, los siguientes extremos, entre otros: la modalidad (con indicación de las características y método de cálculo de la prima inicial), los factores de riesgos a considerar, el cuadro evolutivo de las primas comerciales, las actualizaciones del capital asegurado y de las primas a aplicar en las renovaciones, las garantías accesorias opcionales a la cobertura de decesos, las condiciones de resolución, los supuestos de renuncia a la renovación de la póliza y la existencia o no de derecho de rehabilitación de la póliza, así como, las normas por las que se rige, en su caso (*vid.* artículo 105 *bis* del ROSSP) (primer bloque normativo).

Finalmente, respecto de los planes de pensiones individuales abiertos a comercialización, el comercializador deberá entregar los datos fundamentales respecto del plan de pensiones (*vid.* artículo 48.1 del RFPF). El documento deberá entregarse en papel o soporte duradero siempre que el partícipe haya optado, expresamente, por este último (*vid.* artículos 48.2 y 48.3 del RFPF).

5.5. VALORACIÓN CRÍTICA

Las diferencias en la regulación del deber de comunicación conciernen al momento y al alcance del contenido de la información (en sentido amplio) que debe ser objeto de comunicación.

La tendencia legislativa en los últimos años ha sido ampliar la información (entendida, en un sentido amplio) que debe ser objeto de comunicación durante la fase de generación. Esta tendencia afecta a algunas de las normas de los tres bloques normativos analizados. La LCDSF y la LSSICE son un claro ejemplo, en este sentido.

Así, la LCDSF responde a esta tendencia cuando exige la comunicación de las condiciones contractuales; de la información previa, anteriormente, analizada y de la información prevista en normas especiales aplicables al servicio financiero objeto del contrato, a las que alude su artículo 8. Es un hecho significativo, a efectos de protección

del consumidor, la exigencia de la comunicación de las condiciones contractuales, en fase de generación. Sigue, en cierta medida, esta dirección la LSSICE que exige la puesta a disposición de las condiciones generales, con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación y de forma que estas puedan ser almacenadas y reproducidas (*vid.* artículo 27.4 de la LSSICE) (segundo bloque normativo): lo que permite garantizar su constancia.

Por otro lado, algunas normas sectoriales sobre ordenación y transparencia y algunas normas sectoriales de consumo de carácter reciente tienden, asimismo, a aumentar la información (en un sentido amplio) que debe comunicarse en soporte duradero durante la fase de generación (*i.a.* préstamos o créditos hipotecarios, servicios de pago, servicios de inversión, créditos al consumo...)⁴¹⁹.

No obstante, siguen siendo pocas las normas sectoriales sobre ordenación y transparencia que observan la comunicación en soporte papel u otro soporte duradero del borrador de contrato o de las condiciones contractuales, en fase de generación. Así ocurre, respecto de los servicios de pago sujetos a un acuerdo marco (como alternativa a la comunicación de la información previa legalmente listada) y respecto de los contratos de prestación de servicios de inversión en el mercado de valores (*vid.* artículo 62.1 del Real Decreto 217/2008 y norma décima de la Circular 7/2011). Es más, respecto de los servicios de pago, se admite, de forma explícita, la posibilidad de que se cumpla el deber de comunicación de la información previa mediante la mera entrega del borrador del contrato de servicios de pago (*vid.* artículos 7.4, 8, 11 y 12 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer bloque normativo).

Ello comporta que la protección en razón del modo que la LCDSF dispensa, destaque, especialmente, por el hecho de anticipar la comunicación de las condiciones contractuales - en soporte duradero -. En este sentido, la LCDSF ofrece una solución normativa a algunos de los conflictos y reclamaciones planteados ante el SRDGSFP. Uno de

⁴¹⁹ Algunas de las iniciativas legislativas más recientes, en este sentido, siguen el planteamiento de la LSSICE y de la LCDSF en lo que concierne al uso del soporte duradero y a la posibilidad de retrasar la comunicación cuando así lo exijan limitaciones de espacio y de tiempo inherentes a una determinada técnica de comunicación a distancia.

los principales motivos de reclamación en el ámbito de los seguros privados – y que ha venido afectando a diversos ramos – surge de las discrepancias en la aplicación e interpretación de los condicionados de las pólizas. De ahí que, el SRDGSFP concluya a favor de la importancia de la entrega, en fase de generación, de las condiciones contractuales a los tomadores. Lo que justifica en base al hecho que es, precisamente, el incumplimiento de esta obligación lo que genera una falta de conocimiento de las condiciones del contrato y por consiguiente, lo que origina un gran número de reclamaciones evitables. El SRDGSFP añade que la LCDSF ha supuesto - aunque, sólo en el ámbito de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores - una mayor protección, en tanto que, atribuye al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de la entrega de la documentación contractual⁴²⁰.

A un planteamiento similar responde la LSSICE que, como se ha apuntado, ofrece la posibilidad de acceder a las condiciones generales al inicio del procedimiento de contratación (*vid.* artículo 27.4 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

Esta tesis entiende que el citado deber de puesta a disposición de las condiciones generales debe aplicarse, necesariamente, en fase de generación, sin que se admita retraso alguno en el caso de la LSSICE (*vid.* artículo 27.4 de la LSSICE) (segundo bloque normativo). Cuestión que ha sido objeto de debate por algunos autores.

Primero, vista su formulación, el artículo no observa casos especiales que permitan posponer su cumplimiento a una fase posterior en razón de limitaciones de espacio y de tiempo imputables a la técnica de comunicación empleada, como ocurre, en el caso del artículo 9.2 de la LCDSF. Segundo, el citado deber – si se realiza en fase de generación - sirve a la incorporación de las condiciones generales en los contratos electrónicos. Tercero, un retraso puede constituir un acto desleal por omisión si el prestador de servicios de la sociedad de la información tiene a su alcance los medios y técnicas necesarios para transmitir las condiciones generales durante la fase de generación del

⁴²⁰ Léase al respecto: Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2009, Madrid, 2010, pág.29; Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2011, Madrid, 2012, pág.21 y Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2013, Madrid, 2014, pág.23.

contrato. Por ejemplo, a través de su página o sitio de internet (*vid.* artículo 7.2 de la nueva LCD)⁴²¹.

6. LA OFERTA

6.1. INTRODUCCIÓN

La falta de conocimientos financieros del consumidor, la falta de transparencia con la que actúan algunos proveedores y la complejidad que caracteriza estos servicios son circunstancias que provocan que los consumidores lleguen a contratar sin conocer, suficientemente, los compromisos que asumen y sin haber valorado, adecuadamente, las consecuencias de sus actos. Lo que merma la adecuada formación de su voluntad contractual y puede perjudicar sus intereses económicos.

El legislador trata de resolver esta situación por dos vías: anticipando el deber de comunicación del artículo 9.1 de la LCDSF a la oferta⁴²² y exigiendo al proveedor el cumplimiento de ciertos requisitos legales en relación con su oferta contractual. Todos ellos tienden a una misma dirección: aumentar la transparencia durante la fase de generación del contrato.

A la misma dirección tiende, la normativa sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de servicios financieros cuando contempla el deber de entregar una oferta

⁴²¹ Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 7.2 de la nueva LCD, para valorar si existe una omisión de información debe tenerse en cuenta las limitaciones de espacio y de tiempo que imponga el medio y todas las medidas adoptadas por el proveedor para transmitir la información necesaria por otros medios.

⁴²² De conformidad con el artículo 9.1 de la LCDSF, el deber de comunicación de las condiciones contractuales y de la información prevista en los artículos 7 y 8 de la LCDSF debe realizarse "(...) con suficiente antelación a la 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. (...)". [subrayado añadido]

De ahí que, algunos contratos multicanal suelen incorporar cláusulas, en las que se dispone, a grandes rasgos, que el cliente podrá solicitar al proveedor y el proveedor podrá ofrecer al cliente productos y/o servicios cuyas condiciones hayan sido, previamente, comunicadas conforme a los procedimientos técnicos establecidos por el proveedor.

que cumpla con ciertos requisitos de contenido mínimo⁴²³ y de documentación. En el mercado bancario y de valores, estos requisitos se observan respecto de determinados servicios financieros - que no, todos - (*i.a.* préstamos o créditos hipotecarios; ofertas públicas de suscripción o de venta de acciones, ofertas públicas de adquisición...). En el mercado de los seguros privados, se observa su posible aplicación a todos los seguros (*vid.* artículo 6 de la LCS).

A los requisitos anteriores cabe añadir los plazos de vigencia aplicables a la oferta de determinados servicios del mercado bancario y de valores. Respecto del mercado bancario, el plazo se aplica a la oferta realizada por las entidades de crédito y sus intermediarios respecto de operaciones de crédito o de préstamos hipotecarios (incluidas hipotecas inversas) y de créditos al consumo (*vid.* artículos 23.5 y 32 de la Orden EHA/2899/2011 y artículo 8 de la nueva LCC). Su exigencia es extensible a los créditos al consumo y/o a los créditos o préstamos hipotecarios prestados por otros proveedores que, no siendo entidades de crédito, se dediquen a su prestación (*vid.* artículo 8 de la nueva LCC) (*vid.* artículo 16.2 de la Ley 2/2009). Respecto del mercado de valores, el folleto para la admisión a negociación en un mercado secundario oficial español o en un mercado regulado domiciliado en la Unión Europea o para las ofertas públicas está, asimismo, sujeto a un plazo de validez (*vid.* artículo 27 del Real Decreto 1310/2005 modificado por el Real Decreto 1698/2012)⁴²⁴. Lo que es extensible a las ofertas públicas de adquisición de valores (*vid.* artículos 22 y 23 del Real Decreto 1066/2007) (primer bloque normativo). Finalmente, en el mercado de los seguros privados, se observa un plazo de validez aplicable a la proposición de contrato de la enti-

⁴²³ El contenido exigible a la oferta contractual se caracteriza en las normas sectoriales sobre ordenación y transparencia, por el hecho que se ajusta a las peculiaridades del servicio afectado (*i.a.* créditos y/o préstamos hipotecarios, créditos al consumo, ofertas públicas de venta, de suscripción o de compra de valores).

⁴²⁴ GARCÍA CORRAL, E. *La oferta de contrato al público*, Valencia, Editorial Tirant Monografías, 2002, pág. 153 y siguientes. El autor defiende la consideración del folleto de emisión de acciones y de obligaciones como una oferta al público visto su contenido informativo que debe ser aceptada mediante el boletín de suscripción. El autor añade que la oferta pública de adquisición de acciones constituye, igualmente, una oferta contractual en la medida en que contiene los elementos esenciales de la oferta pública. Finalmente, respecto de la oferta pública de venta de acciones, se aplica el mismo planteamiento que en el caso de la oferta pública de emisión. De modo que, se trata de una verdadera oferta contractual, no porque reciba el apelativo de oferta sino porque contiene los elementos esenciales de la operación financiera (siendo de carácter obligatorio).

dad aseguradora proponente (*vid.* artículo 6 de la LCS) (primer y tercer bloques normativos).

Los requisitos anteriores se observan en razón de la especial naturaleza del proveedor y/o del servicio afectado, de modo que, su regulación se aplica, de forma cumulativa, a la prevista en razón del modo de comercialización (*vid.* artículo 1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

En efecto, la LCDSF trata de conferir una protección en razón del modo cuando contempla el requisito de la constancia de la oferta realizada por el proveedor y el del plazo de vigencia/validez de la información que ésta contiene (*vid.* artículos 6 y 7.1.2 e) de la LCDSF) (tercer bloque normativo). En la misma línea actúa la LSSICE cuando observa una presunción legal sobre el plazo de validez de las ofertas o de las propuestas de contratación formuladas por el proveedor (*vid.* artículo 27.3 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

Su común denominador es que todos los requisitos descritos tienden a una misma dirección: aumentar la transparencia durante la fase de generación para conferir al consumidor la oportunidad real de conocer – de forma reflexionada - y de comprender los compromisos que va a asumir (en línea con la problemática apuntada al inicio). Determinar si la regulación actual puede cumplir, eficazmente, dicho objetivo exige un previo análisis del concepto jurídico de oferta contractual atendiendo, a su vez, a su contenido esencial y a sus características que se describen a continuación.

En cuanto al concepto^{425 426}, la oferta contractual constituye una declaración de voluntad⁴²⁷, de carácter recepticio, que una de las partes⁴²⁸ dirige a la otra con el propósito

⁴²⁵ La oferta no ha sido objeto de una regulación detallada en el marco de nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que, en su análisis, varios autores, entre los cuáles, ARROYO APARICIO, A., GONZÁLEZ GOZALO, A e ILLESCAS ORTIZ, R. - tengan en consideración la detallada regulación del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías (en adelante, la CVCIM) (*vid.* artículos 14 a 24 de la CVCIM) para interpretar y complementar los artículos 1262 y 54 del Código Civil y del Código de Comercio, respectivamente. Es, especialmente, destacable, el artículo 14 de la CVCIM conforme al cual una propuesta será considerada oferta contractual cuando esté destinada a perfeccionar el contrato - si la otra parte la acepta - y cuando contenga términos, suficientemente, definidos para formar un contrato.

de que el contrato se perfeccione tras su aceptación (*vid.* artículo 1262 del Código Civil y artículo 14 de la CVCIM).

De lo anterior, se infieren las siguientes características: ésta debe responder a un propósito serio e inequívoco del oferente de quedar obligado si se produce la aceptación (siendo éste, el rasgo que la distingue de la simple invitación a ofrecer o a contratar); debe ser una declaración de voluntad contractual completa, de modo que, contenga los elementos esenciales del contrato^{429 430} (*vid.* artículo 1262.1 del Código Civil) y

Léase al respecto ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 226 y siguientes; ILLESCAS ORTIZ, R. "Electronificación del contrato de seguro", *Revista de Comercio Electrónico*, núm. 51, 2004, pág. 3 y siguientes y GONZÁLEZ GOZALO, A. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información*, Granada, Editorial Comares, 2004, pág. 10 y 11.

⁴²⁶ Sobre la oferta y el proceso de formación del contrato con especial incidencia en algunas de sus particularidades en el ámbito electrónico, léase GUIADO MORENO, A. *Formación y perfección del contrato en internet*. Madrid/Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2004. Pág. 176 y siguientes; GONZÁLEZ GOZALO, A. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2004, pág. 214 y siguientes y PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 200 y siguientes.

⁴²⁷ Sobre la distinción entre *websites* activas y pasivas, léase GUIADO MORENO, A. *Formación y perfección del contrato en internet*, Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2004, pág. 178 a 180. La autora parte de la idea que la distinción entre las *web* activas y las pasivas cobra especial importancia, a los efectos de su calificación como oferta. Las primeras se caracterizan por el hecho que incorporan ciertos mecanismos de aceptación (como formularios de pedido *on line* que deben ser cumplimentados por el destinatario) de modo que, reflejan una voluntad de contratar en el predisponente y constituyen ofertas si son completas. Las segundas se limitan a realizar una oferta genérica de sus productos y servicios – a modo de escaparate - y no incluyen la posibilidad de formular pedidos en línea; por lo que, suelen constituir invitaciones a los destinatarios a que hagan ofertas que la empresa podrá aceptar o no. Sobre esta distinción léase, asimismo, GONZÁLEZ GOZALO, A. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2004, pág. 216 y 217.

⁴²⁸ GONZÁLEZ GOZALO, A. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2004, pág. 214 y siguientes. Incide el autor en la idea que puede ocurrir que la oferta sea el pedido del destinatario. En estos casos, la comunicación comercial del proveedor será una invitación a ofrecer y la orden del destinatario será la oferta. De modo que, la perfección del contrato exigirá la aceptación del proveedor.

⁴²⁹ Es destacable la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980, en cuyo marco, se declara la existencia, perfección, validez y eficacia de un contrato de compraventa de un terreno. La sentencia valora la declaración contenida en una carta que una de las partes envía a la otra haciéndole saber las exigencias de los vendedores y en la que se indica el precio y el modo de pago. Se hace constar a lo largo de la sentencia que "(...) El demandado (...), se dirigió a don Jaime O.M con fecha 6 octubre 1975 y avanzando en las conversaciones que

debe tener carácter recepticio. Lo que comporta que debe ir dirigida a alguien determinado o indeterminado^{431 432} y que no queda perfeccionada hasta que llega a su destino pudiendo ser retirada hasta ese momento⁴³³.

ambos mantenían sobre la compraventa de un terreno cuya identificación les era perfectamente conocida, pasó a comunicarle el resultado de las gestiones realizadas para la ultimación del negocio, haciéndole saber las exigencias de los posibles vendedores (“he hablado con mi familia sobre el terreno de la carretera de Logroño...hemos quedado en pedir un precio de 1.200.000 pesetas pagadero (...) y anticipándole los efectos del proyectado contrato en cuanto a una expropiación parcial en curso(...).”. La carta es posteriormente, aceptada por el demandante quien alega la categoría de oferta inequívoca en la primera. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la parte demandada (vendedora) y resuelve que ha sido alcanzada la formación del contrato de compraventa por la concurrencia de oferta dimanante de don Ignacio del C. y aceptación emitida por don Jaime O.M., reuniendo aquella manifestación de voluntad – esto es, la carta de 6 de octubre de 1975 - todos los requisitos precisos para tenerla como oferta, pues ha sido completa, definitiva y hecha con la inequívoca intención de vincularse contractualmente que son las notas características de esa figura. Sobre los elementos esenciales de la oferta se pronuncia, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 423/1996 de 30 de mayo de 1996. En su fundamento jurídico segundo, el Tribunal Supremo deniega la existencia de un contrato de compraventa (de finca urbana) basándose en la premisa que las correspondientes declaraciones se habían formulado de forma imprecisa, reservada, condicionada e incompleta. En el mismo sentido, se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 2003/2003 de 17 de noviembre de 2003 cuyo fundamento jurídico segundo argumenta que la oferta es completa pues contiene los elementos esenciales del contrato de compraventa sobre determinación exacta del precio y fijación inequívoca del objeto o la cosa que se vende (...).”.

⁴³⁰ Se admite, sin embargo, cierto nivel de indeterminación respecto de algunos elementos, si éstos resultan determinables. Léase al respecto: PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 200 y siguientes. La autora subraya que si falta el precio es difícil considerar la comunicación en cuestión como una oferta. Añade, sin embargo, que si faltara la forma de pago y las modalidades de entrega o de ejecución, entonces, habría de pagarse al contado en el tiempo y en el lugar en que se haga entrega de la cosa, por aplicación del artículo 1500.2 del CC.

⁴³¹ GONZÁLEZ GOZALO, A. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2004, pág. 19 y 20. Respecto de las ofertas a personas indeterminadas afirma el autor que el problema de las propuestas *ad incertam personas* o al público es que suelen configurarse como ofertas sin compromiso a través de las cuáles los declarantes no pretenden quedar obligados si recae la aceptación sino invitar a sus destinatarios a hacer ofertas conforme a aquéllas. Añade que ello no constituye un obstáculo a la existencia de ofertas a personas indeterminadas u ofertas destinadas al público donde al oferente le es indiferente la identidad del aceptante.

⁴³² CORTÉS, L.J. *Lecciones de contratos y de mercados financieros*, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2004, pág. 273 y siguientes. El autor destaca que la oferta pública es una oferta contractual en la medida en que por contener el conjunto de la futura reglamentación y por ser definitiva, constituye una declaración unilateral de voluntad susceptible de convertirse en contrato.

⁴³³ GONZÁLEZ GOZALO, A. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2004, pág. 18 y siguientes. De modo que, la oferta no es efectiva hasta que no es, objetivamente, conoci-

6.2. REQUISITOS

Asumidas tales características aplicables a la oferta, se avanzaba que los requisitos previstos (especialmente, en el marco de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicables al mercado de servicios financieros) tienen por efecto aumentar el nivel de transparencia y facilitar la comprensión de la información durante la fase de generación.

Por un lado, la exigencia de un plazo de validez/vigencia dota al cliente - consumidor de un plazo de reflexión (en pro de un consentimiento reflexionado); la exigencia de un contenido mínimo en la oferta garantiza el acceso a cierta información sobre el futuro contrato (en pro de un consentimiento informado por parte del cliente) y facilita, asimismo, su comparación con otras ofertas del mercado y finalmente, la exigencia de la documentación o constancia en soporte duradero permite un mejor acceso y reflexión de la información. Se ofrece, así, una adecuada respuesta a la problemática, anteriormente, apuntada.

Expuesto lo anterior, no parece justificado el requisito de la constancia de la oferta en la LCDSF (*vid.* artículo 6 de la LCDSF) a la luz del principio de intervención mínima; puesto que, otros artículos de la misma norma ya garantizan la constancia de la información (*vid.* artículos 7 y 8 de la LCDSF) y de las condiciones contractuales mediante el requisito de la comunicación (*vid.* artículo 9.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

6.2.1. DOCUMENTACIÓN

Todo proveedor (en un sentido amplio) que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores está obligado a dejar constancia de la oferta⁴³⁴ (*vid.* artículo 6 de

ble por su destinatario con la consecuencia de que antes de ese momento puede ser, válidamente, retirada.

⁴³⁴ Ciertas normas sobre ordenación y transparencia aplicables al mercado de servicios financieros reconocen – de forma expresa y en razón de la especial naturaleza del servicio

la LCDSF) (*vid.* artículos 22, 23, 32 y anexo II “Ficha de Información Personalizada” de la Orden EHA/2899/2011 y artículo 2.2 de la Ley 2/1994) (*vid.* artículos 11.3 y 12 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículos 27, 30 *bis* y 30 *ter* de la LMV, artículos 16, 21.2 y 27 del Real Decreto 1310/2005 modificado por el Real Decreto 1698/2012 [OPV] y artículos 17 y 18 del Real Decreto 1066/2007) (*vid.* artículo 8 de la nueva LCC y artículo 16.2 de la Ley 2/2009) (primer y tercer bloques normativos).

En el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, la constancia se garantiza mediante la plasmación de la oferta en soporte duradero (*vid.* artículo 6 de la LCDSF). Se trata, así, de evitar que el uso de técnicas de comunicación a distancia merme el nivel de transparencia durante la fase de generación (*vid.* artículo 6 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

En cualquier caso, el deber de documentar la oferta presenta un alcance más restringido cuando se observa en normas sectoriales sobre ordenación y transparencia aplicables al mercado de servicios financieros – que no, en razón del modo de comercialización -. En el mercado bancario, el deber sólo afecta a determinados servicios como: las operaciones de concesión de préstamos o de créditos hipotecarios (incluidas, las

afectado - el deber de entregar o de publicar el documento de la oferta. En lo que concierne al sector bancario, las entidades de crédito y sus intermediarios en operaciones de concesión de préstamos o de créditos hipotecarios (incluidas, las hipotecas inversas) o en operaciones de crédito al consumo deben aportar o entregar al cliente el documento de la oferta (*vid.* artículos 22, 23, 32 y anexo II “Ficha de Información Personalizada” de la Orden EHA/2899/2011). Este deber se observa, asimismo, respecto de las operaciones de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios de las entidades de crédito y de sus intermediarios (*vid.* artículo 2.2 de la Ley 2/1994). La misma exigencia se contempla a cargo de proveedores que - sin constituir entidades de crédito – presten créditos al consumo en el desarrollo de sus actividades profesionales (*vid.* artículo 8 de la nueva LCC) o que se dediquen a conceder préstamos o créditos hipotecarios (*vid.* artículo 16.2 de la Ley 2/2009). En cuanto al mercado de valores, existe un deber de documentar la oferta respecto de las operaciones de ofertas públicas de suscripción y de venta de valores (OPV) y de las ofertas públicas de adquisición de valores (OPA). En tales casos, se exige la aprobación y publicación del folleto informativo con la información suficiente sobre los términos de la oferta y los valores (*vid.* artículos 27, 30 *bis*, 30 *ter* de la LMV y artículos 13, 16, 18 21 y 27 del Real Decreto 1310/2005 modificado por el Real Decreto 1698/2012 [OPV]) (*vid.* artículos 17 y 18 del Real Decreto 1066/2007[OPA]) que está llamado a integrarse en la oferta pública (*vid.* artículos 30 *bis* y 30 *ter* de la LMV) (*vid.* artículos 17 y 18 del Real Decreto 1066/2007 [OPA]). Diferentemente, respecto del mercado de los seguros privados, se contempla la posibilidad de que el proveedor realice una proposición de seguro y se ofrece la posibilidad de reclamar ante eventuales diferencias entre la proposición de seguro y la póliza (*vid.* artículos 6 y 8 de la LCS). Lo que, de forma implícita, conlleva la documentación de la proposición.

hipotecas inversas), las operaciones de crédito al consumo, las operaciones de subrogación y de modificación de préstamos hipotecarios y las operaciones de pago sujetas a un contrato marco. Aunque, respecto de los dos primeros servicios bancarios, su aplicación se extienda a proveedores que, no hallándose sujetos a la supervisión del Banco de España, se dediquen a su concesión en el desarrollo de sus actividades profesionales.

Lo mismo ocurre en el mercado de valores. El deber se exige respecto de las operaciones de ofertas públicas de suscripción y de venta de valores (OPV) u ofertas públicas de adquisición de valores (OPA): particularmente, se exige la documentación, publicación y aprobación de los folletos llamados a formar parte integrante de la oferta (en tanto que, contienen los términos aplicables a la misma).

Finalmente, el enfoque es otro en el mercado de los seguros. Se parte, de forma implícita, de la documentación de la eventual proposición de seguro de carácter vinculante para el proveedor (*vid.* artículos 3, 6 y disposición adicional primera⁴³⁵ de la LCS) (primer bloque normativo).

6.2.2. VIGENCIA

Asimismo, el proveedor que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores está obligado a indicar el plazo de validez de la información previa⁴³⁶ (*vid.*

⁴³⁵ Por aplicación del principio de equivalencia funcional - formulado de forma expresa en la LCS -, el requisito de la constancia escrita se considera satisfecho, siempre que, el contrato o la información (entendida en un sentido amplio) figuren en soporte duradero (*vid.* disposición adicional primera de la LCS).

⁴³⁶ La LCDSF no se refiere, explícitamente, al plazo de validez de la oferta. Simplemente, alude al plazo de validez de la información asumiéndose la idea que ésta podrá constituir una oferta siempre que reúna los requisitos, anteriormente, expuestos. Se evita, así, la calificación de la citada información como una oferta contractual (*vid.* artículo 7.1 de la LCDSF). Esta omisión ya se produjo y se trató a lo largo del proceso de tramitación de la Directiva 97/7/CE sobre contratación a distancia, de alcance general. Si, en sus propuestas iniciales (1992 – 1993) se disponía que el contrato a distancia debía celebrarse con la previa incitación del proveedor (para que pudiera entrar dentro del ámbito de aplicación de la directiva); en el marco de la redacción definitiva, se eliminó tal exigencia, por varias razones. La primera se basaba en la idea de que la Directiva 97/7/CE no debía entrar a regular ni las declaraciones de voluntad contractuales ni el régimen de perfeccionamiento aplicable a los contratos a distancia, en la medida en que, éstas se consideraban materias reservadas al derecho nacional de los Estados

artículo 7.1.2) e) de la LCDSF). De modo que, si la información se canaliza a través de una oferta contractual, el plazo afectará a su vigencia (*vid.* artículos 6 y 7 de la LCDSF) (tercer bloque normativo) y ésta no podrá ser retirada hasta que haya transcurrido dicho plazo.

Como se ha avanzado al inicio, el propósito, en este caso, es evitar que el consumidor se vea obligado a tomar sus decisiones de mercado con excesiva brevedad y de forma precipitada para darle, así, una oportunidad de reflexión. En este sentido, se actúa en la misma línea que el derecho de desistimiento (analizado, a lo largo del apartado 6 de este CAPITULO).

Sin embargo, si el contrato a distancia constituye un servicio de la sociedad de la información se añade la siguiente presunción sobre el plazo de validez de la oferta o de la propuesta de contratación del proveedor con el objetivo de aumentar la confianza en el medio. En su virtud, si el proveedor de servicios financieros omite indicación alguna acerca del plazo de validez, la oferta o la propuesta de contratación electrónica se considerarán válidas durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al consumidor. Se evitan, así, algunos de los riesgos de la contratación por internet como la falta de actualización de la información (*vid.* artículo 27.3 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

En la misma línea, respecto del mercado bancario, la oferta realizada por las entidades de crédito y sus intermediarios respecto de operaciones de crédito o de préstamos hipotecarios (incluidas hipotecas inversas) y de créditos al consumo está sujeta a un plazo legal de validez mínimo de catorce días naturales⁴³⁷ (*vid.* artículos 23.5 y 32 de la Orden EHA/2899/2011 y artículo 8 de la nueva LCC). El plazo queda en diez días

Miembros. La segunda partía de la idea de que la exigencia de que la oferta fuera realizada por el proveedor, como elemento necesario de la definición de contrato a distancia, resultaba incongruente con el propósito de la citada norma: la tutela del consumidor que contrata en situaciones de distancia física utilizando ciertos medios de comunicación a distancia (lo que en sí misma, constituía una cuestión independiente de la existencia o no, de una incitación previa, por parte del proveedor). Evidentemente, la DCDSF siguió el mismo planteamiento. El cual, a su vez, se mantiene en la LCDSF que la transpone.

⁴³⁷ El plazo empieza a contar desde la fecha de entrega de la oferta, de modo que, durante el citado plazo, la oferta en cuestión es irrevocable (*vid.* artículos 23.5 de la Orden EHA/2899/2011, artículo 8 de la nueva LCC y artículo 16.2 de la Ley 2/2009).

hábiles cuando dichos servicios hayan sido prestados por otros proveedores que, no siendo entidades de crédito, se dediquen a su prestación, en el desarrollo de sus actividades profesionales (*vid.* artículo 8 de la nueva LCC) (*vid.* artículo 16.2 de la Ley 2/2009) (primer y tercer bloques normativos).

Frente a la anterior regulación, respecto del mercado de valores, el folleto informativo será válido durante doce meses (desde la correspondiente fecha de publicación) para realizar ofertas públicas o admisiones a negociación en un mercado secundario oficial español o en un mercado regulado domiciliado en la Unión Europea (*vid.* artículos 27 y 40 del Real Decreto 1310/2005 modificado por el Real Decreto 1698/2012). Si se trata de ofertas públicas de adquisición de valores el plazo de aceptación previsto es por un período no inferior a quince días naturales ni superior a setenta⁴³⁸ (*vid.* artículos 22 y 23 del Real Decreto 1066/2007) (primer bloque normativo).

Finalmente, en el mercado de los seguros privados, se observa un plazo de validez de la proposición de contrato de quince días durante el cual la proposición vinculará a la entidad aseguradora proponente (*vid.* artículo 6 de la LCS) (primer bloque normativo).

6.2.3. CONTENIDO MÍNIMO

Como se ha indicado al inicio de este apartado, el contenido mínimo de la oferta es un requisito exigible en razón de la especial naturaleza del servicio (en el mercado bancario o de valores) o del proveedor (en el mercado de seguros).

En cuanto al mercado bancario, se exige el contenido mínimo de las ofertas relativas a créditos, préstamos hipotecarios (incluidas, las hipotecas inversas) y a créditos al consumo (*vid.* artículos 23 y 32 y anexo II “Ficha de Información Personalizada” de la Orden EHA/2899/2011). Es más, su observancia se extiende a las ofertas realizadas por proveedores que - no siendo entidades de crédito - presten créditos al consumo o se dediquen a conceder préstamos o créditos hipotecarios en el desarrollo de sus activi-

⁴³⁸ El plazo empieza a contar a partir del día hábil bursátil siguiente a la fecha de publicación del primer anuncio de la operación (*vid.* artículo 23 del Real Decreto 1066/2007).

dades profesionales (*vid.* artículo 8 de la nueva LCC y artículo 16.2 de la Ley 2/2009) (primer y tercer bloques normativos).

En cuanto al mercado de valores, se impone un contenido respecto de las ofertas públicas de venta y de suscripción de valores (OPV) y de las ofertas públicas de adquisición de valores (OPA). Los folletos – que forman parte integrante de la oferta - se someten a un contenido definido en términos más o menos amplios (*vid.* artículo 27 de la LMV, artículo 16 del Real Decreto 1310/2005⁴³⁹, artículo segundo de la Orden EHA/3537/2005 y artículos 17, 18 y anexo al Real Decreto 1066/2007⁴⁴⁰) (primer bloque normativo).

Finalmente, en cuanto al mercado de los seguros privados, se controla, en cierta medida, el contenido mínimo de la póliza y de la proposición de seguro cuando se dispone que cualquier diferencia entre el contenido mínimo de la póliza (legalmente, previsto) y la proposición dará al tomador el derecho a reclamar que se subsane la divergencia existente (*vid.* artículo 8 de la LCS) (primer bloque normativo). Por lo que, ambos documentos responden a una misma estructura de contenidos.

6.3. VALORACIÓN CRÍTICA

Los requisitos de vigencia y de documentación de la información/oferta aplicables al ámbito de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, facilitan al consumidor un mejor conocimiento y reflexión de sus futuros compromisos.

⁴³⁹ Respecto del folleto para la admisión a negociación en un mercado secundario oficial y de ofertas públicas de venta y de suscripción, esta información se define, a grandes rasgos y en términos generales, en el artículo 27 de la LMV y en el artículo 16 del Real Decreto 1310/2005. Se dispone, a grandes rasgos, que el folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores cuenten con datos suficientes para poder hacer una evaluación de los activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y las pérdidas, así como, de las perspectivas del emisor y eventualmente del garante y de los derechos inherentes a tales valores. La información se concreta a través de la Orden EHA/3537/2005 que se remite al Reglamento (CE) nº 809/2004 de la Comisión de 29 de abril de 2004 relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁴⁴⁰ En la misma línea, el artículo 18 del Real Decreto 1066/2007 define la información que el folleto explicativo de las ofertas públicas de adquisición deberá incluir. La cual se concreta en anexo a la misma norma.

Lo que resulta conveniente considerando el contenido mínimo de la oferta conforme a la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de servicios financieros. En este sentido, el impacto de la LCDSF puede ser positivo (especialmente, respecto de los servicios financieros que no cuentan con una regulación específica en virtud de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia).

En lo que concierne al plazo de vigencia previsto en la LCDSF, este se añade, en su caso, al de desistimiento que la misma norma dispone.

Su impacto es, igualmente, positivo. En algunos casos, el plazo de vigencia puede compensar – en cierta medida - la falta de reflexión que afecta a los servicios que constituyen excepciones al derecho de desistimiento. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los créditos o de los préstamos hipotecarios (*vid.* artículo 10.2 a) de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Sin embargo, este fin queda frustrado ante ciertas malas prácticas bancarias consistentes en la incorporación de cambios de última hora en las condiciones ofertadas o sin avisar con antelación suficiente al momento de la firma⁴⁴¹. Lo que es una práctica que ha sido objeto de frecuentes reclamaciones.

En lo que concierne al requisito de la constancia, la LCDSF ya observa un deber de comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa en la fase de generación, por lo que, se puede concluir que su observancia en la LCDSF (respecto de la oferta) no es coherente con el principio de intervención mínima, máxime considerando que la DCDSF es una norma comunitaria de máximos (*vid.* considerando 13 de la DCDSF)⁴⁴². De hecho, ninguna de las normas de transposición de la DCDSF analizadas – esto es: el *Décret núm.2005-1450*, la *Ordonnance núm.2005-648* (Francia); la *FSDM Regulations 2004* (Reino Unido); la *DMCFS Regulations 2004* (Irlanda); el *Code*

⁴⁴¹ Léase al respecto, Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009, Banco de España, Madrid, 2010, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág. 95.

⁴⁴² Dispone la DCDSF que, salvo que ésta indique expresamente lo contrario, los Estados Miembros no deben poder adoptar más disposiciones que las establecidas en la misma, para los ámbitos armonizados por ésta (*vid.* considerando 13 de la DCDSF). En este sentido, el artículo 4.2 de la DCDSF permite que los Estados Miembros mantengan o introduzcan disposiciones más estrictas sobre requisitos de información, solo si dichas disposiciones son conformes a derecho comunitario. Lo que exige, entre otros requisitos, que sean justificables por motivos de interés general y que sean necesarias y proporcionadas a dicho fin.

de la *consommation* (Luxemburgo) y el *Code du droit économique* (Bélgica) - contempla el requisito de la constancia de la oferta en soporte duradero.

7. SERVICIOS NO SOLICITADOS

La prestación de servicios no solicitados es una práctica muy común en el mercado de los servicios financieros y la causa de notables abusos cuando viene acompañada de una exigencia de pago.

Por ello cuenta, desde hace tiempo, con una consolidada regulación⁴⁴³ parte de la cual presenta un marcado acento tuitivo, puesto que, sólo permite el cobro de servicios solicitados por el cliente. Es destacable, en este sentido, la vigente normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de servicios financieros, ciertas normas sectoriales de consumo y la nueva LCD (*vid.* párrafo segundo del artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011) (*vid.* párrafo tercero del artículo 3 de la Orden EHA/1665/2010) (*vid.* artículo 5.1 de la Ley 2/2009) (*vid.* artículo 31.2 de la nueva LCD) (primer y tercer bloques normativos) cuya regulación desarrolla un alto nivel de protección.

Sorprendentemente, frente a estas normas, la regulación de la LCDSF presenta un nivel de protección inferior puesto que no libera, completamente, al consumidor de la obligación de pago (*vid.* artículo 13 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Lo que constituye un contrasentido siendo - como es - una norma sectorial de consumo⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Con anterioridad a la promulgación de la LCDSF, parte de esta regulación se localizaba en la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de los servicios financieros, concretamente, en la norma quinta de la derogada Orden de 12 de diciembre de 1989 y en el apartado tercero de la norma tercera de la derogada Circular 8/1990.

⁴⁴⁴ Diferentemente, la regulación de consumo, de alcance general, libera, plenamente, al consumidor del pago de cualquier importe por la prestación de servicios no solicitados (*vid.* artículos 101 y 66 *quater* del Real Decreto Legislativo 1/2007).

7.1.LA PROHIBICIÓN DE PRESTAR SERVICIOS FINANCIEROS NO SOLICITADOS

Todo proveedor que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores está sujeto a la prohibición de prestar servicios no solicitados cuando su prestación implique una exigencia de pago inmediato o aplazado (*vid.* párrafo primero del artículo 13.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)⁴⁴⁵.

La formulación de la citada prohibición en la LCDSF puede ser objeto de ciertas críticas. En primer lugar, porque su redacción – distribuida en dos párrafos - resulta bastante desafortunada y genera cierta confusión⁴⁴⁶. A simple vista, la prohibición del primer párrafo parece presentar un amplio alcance, dado que, de forma expresa, extiende su aplicación a supuestos de renovación tácita de contratos (*vid.* artículo 13.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Sin embargo, una segunda aproximación permite constatar que el segundo párrafo del mismo artículo parece excluir dos supuestos (de la prohibición) y que, uno de ellos se

⁴⁴⁵ La prohibición de prestar servicios no solicitados al consumidor cuando ello implique o vaya acompañado de una exigencia de pago es una fórmula prevista en algunas de las normas de transposición de la DCDSF analizadas (*vid.* artículos L.120-1 y L.122-3 del *Code de la Consommation*) (Francia) (*vid.* artículos L.122-1 y L.122-7 del *Code de la consommation*) (Luxemburgo) (*vid.* artículos VI.95 y VI.103.6° du *Code du droit économique*) (Bélgica). En estos casos, la prohibición se localiza en capítulos y secciones distintas (a la destinada a la regulación de los contratos a distancia de servicios financieros con consumidores) específicamente, destinadas a la regulación de prácticas comerciales desleales. Sin embargo, en el caso de Bélgica, la sección segunda del capítulo segundo del *Code du droit économique* destinada a la regulación de los contratos a distancia de servicios financieros no contempla dispensa total alguna contrariamente a las exigencias de la DCDSF.

⁴⁴⁶ La redacción del artículo 13.1 de la LCDSF es compleja y confusa. Su párrafo primero que contiene la prohibición de suministros no solicitados dispone que los proveedores no podrán prestar servicios financieros “incluso en el supuesto de renovación tácita de un contrato a distancia” sin la solicitud previa del consumidor, cuando esta prestación implique una exigencia de pago inmediato o aplazado. La inclusión de los supuestos de renovación tácita sorprende, en la medida en que el artículo 9 de la DCDSF excluye, de forma expresa, la aplicación de la prohibición, a los citados casos. Sin embargo, el párrafo segundo del mismo artículo 13.1 acaba por excluir de la prohibición ciertos casos que, conceptualmente, constituyen supuestos de renovación tácita (en coherencia con la DCDSF). De modo que, se recurre a una fórmula consistente en no excluir de la prohibición (en el párrafo primero del artículo 13.1 de la LCDSF) para luego sí hacerlo (en el párrafo segundo del mismo artículo). Probablemente, el legislador nacional haya recurrido a esta fórmula con la voluntad de dotar a la prohibición de un calculado alcance con el objetivo de que ésta cuente con las mínimas restricciones y conferir así, un alto nivel de protección al consumidor.

refiere a casos de renovación tácita. Concretamente, se refiere a las diferentes prestaciones derivadas de un contrato sucesivo y a la renovación al vencimiento del contrato cuando esté, expresamente, prevista en el contrato inicialmente suscrito, a falta de denuncia de una de las partes y siempre que, no se modifiquen las condiciones contractuales, inicialmente, pactadas (*vid.* párrafo segundo del artículo 13.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Lo que disminuye, sustancialmente, el alcance de la prohibición.

Es cierto que la LCDSF no declara, de forma expresa, que estos dos supuestos quedan excluidos de la prohibición. Sencillamente, se indica que éstos no se considerarán supuestos de renovación tácita, utilizándose la misma terminología empleada en la formulación de la prohibición anterior (*vid.* párrafos primero y segundo del artículo 13.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). De ahí, en parte, la confusión en torno al verdadero alcance de la prohibición.

No obstante, considerando la redacción del artículo 9 de la DCDSF que dota a los Estados Miembros de margen de decisión para eximir los casos de renovación tácita de la prohibición, esta tesis interpreta que el objetivo del segundo párrafo es excluir ambos casos de la prohibición^{447 448}.

En segundo lugar, por causa de su carácter extracontractual, la prohibición de prestar servicios no solicitados – contenida, en el primer párrafo - no encaja bien con la

⁴⁴⁷ Exclusión que - desde un prisma, puramente, conceptual – parece innecesaria considerando que ninguno de ellos constituye, realmente, un servicio no solicitado. En ambos casos existe un contrato inicial y por tanto, una voluntad del consumidor libremente formada que no precisa ser protegida mediante la prohibición.

⁴⁴⁸ El artículo 13 de la LCDSF transpone a nuestro ordenamiento jurídico, el vigente artículo 9 de la DCDSF que fue modificado, en virtud de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales de las empresas, en sus relaciones con los consumidores. Si la versión inicial del artículo 9 de la DCDSF instaba a los Estados Miembros a la observancia de una prohibición (a cargo de los proveedores) de prestar servicios financieros no solicitados cuando éstos implicaran una exigencia de pago, en el marco específico de la regulación sobre comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, la vigente redacción, simplemente, contiene una mera remisión a la prohibición de suministros no solicitados prevista, actualmente, en la Directiva 2005/29 (*vid.* punto 29) del anexo I de la Directiva 2005/29/CE). El resto del vigente artículo 9 de la DCDSF mantiene su redactado inicial, en lo que concierne a la dispensa al consumidor de “toda obligación”, en caso de prestación no solicitada sin que la falta de respuesta pueda considerarse consentimiento.

LCDSF que regula la formación de los contratos a distancia. Hecho que lleva a pensar que, en su día, el artículo analizado sirvió de norma de transición hasta la promulgación de la nueva LCD (*vid.* artículo 31.2 de la nueva LCD).

Por lo que, se puede concluir que, actualmente, la aportación principal de la LCDSF, en esta sede, es excluir, por un lado, ciertos supuestos de renovación tácita de la prohibición y por otro, la posibilidad de un consentimiento tácito por parte del consumidor (en línea con el artículo 9 de la DCDSF⁴⁴⁹) (tercer bloque normativo)^{450 451}.

⁴⁴⁹ Dispone el artículo 9 que: "(...) Habida cuenta de la prohibición de las prácticas de suministro no solicitado que establece la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y sin perjuicio de la legislación de los Estados miembros relativa a la renovación tácita de los contratos a distancia, cuando ésta permita dicha renovación, los Estados miembros tomarán medidas a fin de dispensar al consumidor de toda obligación en caso de prestación no solicitada, sin que la falta de respuesta pueda considerarse como consentimiento.(...)". [subrayado añadido].

⁴⁵⁰ En efecto, el artículo 13.2 que se analiza a continuación evita la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el consentimiento tácito, de forma que, libera al consumidor de la exigencia de expresar su disenso ante la prestación de un servicio no solicitado. Así, el pago de la parte del servicio utilizada no equivaldrá en ningún caso, a un consentimiento tácito. Sobre el valor del silencio como declaración de voluntad léase las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1982; la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1990; la sentencia del Tribunal Supremo núm. 483/2004 de 9 de junio de 2004 y la sentencia del Tribunal Supremo núm. 485/2005 de 10 de junio de 2005. Retrata con exactitud los términos de dicha tendencia jurisprudencial, la sentencia de 10 de junio de 2005 cuyo fundamento de derecho cuarto indica, a grandes rasgos que, si bien es cierto que, generalmente, el mero conocimiento no implica conformidad ni basta el silencio para entender que se produjo aquiescencia, sin embargo, el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar y se deba hablar. Tal deber existe cuando haya entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan o cuando lo natural y normal, según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe es que se exprese el disenso si no se deseaba aprobar las propuestas de la otra parte.

⁴⁵¹ Vistas las normas de transposición analizadas, valga subrayar que se evita el consentimiento tácito mediante distintas formulas, en el caso de Luxemburgo, disponiendo, de forma expresa, que la ausencia de respuesta no equivale a consentimiento (*vid.* artículo L.222-21 del *Code de la consommation*) (Luxemburgo) y en el caso de Irlanda, exigiendo un consentimiento expreso por escrito o en soporte duradero (*vid.* artículo 19(2) del *DMCFS Regulations* 2004).

7.2.LA PROHIBICIÓN DE CARGAR COMISIONES O GASTOS POR SERVICIOS NO SOLICITADOS

En términos más claros y de forma más simple se expresa la prohibición aplicable a los servicios financieros no solicitados cuando ésta se observa como mecanismo de protección en razón de la naturaleza del proveedor.

En su virtud, las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión y demás entidades afectadas sólo podrán percibir o cargar comisiones o gastos por servicios que hayan sido aceptados o solicitados en firme por los clientes⁴⁵² (*vid.* artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011) (*vid.* artículo 3.3 de la Orden EHA/1665/2010) (primer bloque normativo).

De modo que, su formulación se realiza en términos absolutos – sin excepciones -. Planteamiento que es coherente y encaja, perfectamente, con la nueva LCD que califica de desleal la mera exigencia de pago por la prestación de servicios no solicitados (*vid.* artículo 31.2 de la nueva LCD) (segundo bloque normativo).

Unas y otras normas no contemplan dispensa parcial alguna, a diferencia de la LCDSF.

7.3.LA DISPENSA DE PAGO

Únicamente, en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, el consumidor debe proceder al pago del importe correspondiente a la parte del servicio que haya utilizado (*vid.* artículo 13.2 de la LCDSF)

⁴⁵² Dispone la ley que las entidades de crédito o intermediarios están sujetos a una prohibición de “percibir comisiones o repercutirse gastos” por servicios bancarios no solicitados (*vid.* artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011). Similar prohibición se aplica a actividades de concesión de créditos o préstamos hipotecarios o respecto de actividades de intermediación desarrolladas frente a consumidores; de modo que, “no podrán cargarse comisiones o gastos” por servicios no aceptados ni solicitados en firme (*vid.* artículo 5 de la Ley 2/2009). Por otro lado, las empresas de servicios de inversión y demás entidades afectadas se hallan, igualmente, sujetas a la prohibición de cargar comisiones o gastos por servicios no solicitados en firme ni aceptados por el cliente (*vid.* artículo 3 de la Orden EHA/1665/2010).

(tercer bloque normativo)⁴⁵³. De modo que, se aplica una dispensa al pago que solamente es de carácter parcial⁴⁵⁴.

La LCDSF añade que la realización del pago no supone la prestación de un consentimiento que obligue al consumidor mediante un nuevo contrato; ni la obligación de satisfacer comisiones o gastos y/o en general, cantidades no acordadas, previamente, con el proveedor (*vid.* artículo 13.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Se excluye, así, la posibilidad de que el mero hecho del uso del servicio y su consiguiente pago pueda ser interpretado como un principio de ejecución susceptible de constituir un consentimiento tácito⁴⁵⁵.

Que se aplique una dispensa parcial (que no, total) es un hecho criticable por diversos motivos. En primer lugar, desde un prisma conceptual, no se consigue el objetivo pre-

⁴⁵³ Coincidiendo con la DCDSF, el artículo 13.2 de la LCDSF inicia su redactado disponiendo que: “En caso de prestación no solicitada, el consumidor quedará eximido de toda obligación, sin que la falta de respuesta pueda considerarse como consentimiento. (...)”. El mismo artículo añade – alejándose, en este sentido, de los objetivos marcados, en virtud del artículo 9 de la DCDSF – que, 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 de servicios.

⁴⁵⁴ En sede de servicios financieros no solicitados, la atribución de un carácter parcial a la dispensa comporta que el nivel de protección aplicable a los consumidores en el marco de un sistema de contratación a distancia de servicios financieros resulte inferior al que, como se ha apuntado, reconoce el Real Decreto Legislativo 1/2007. La cual sí exime, plenamente, al consumidor de “toda obligación” (*vid.* artículo 66 *quáter* del Real Decreto Legislativo 1/2007) (en justa consonancia con el derogado artículo 9 de la Directiva 97/7/CE y con el vigente artículo 27 de la Directiva 2011/83/UE). Bajo el título de “Prohibición de envíos y suministros no solicitados” el artículo 66 *quáter* del Real Decreto Legislativo 1/2007 dispone que el consumidor y usuario receptor no estará obligado a la devolución o custodia ni podrá reclamársele pago alguno por parte del empresario que envió el bien o suministró el servicio no solicitado y añade que la falta de respuesta al envío, suministro o prestación de servicios no solicitados no se considerará consentimiento.

⁴⁵⁵ ROGEL VIDE, C. *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, Editorial Reus, S.A, 2008, pág. 35 y siguientes. Alude el autor al valor jurídico asignable al silencio como declaración de voluntad y distingue entre el silencio absoluto que puede tener relevancia contractual y ser equiparado a una manifestación de voluntad de aceptación cuando la ley o las partes así lo decidan y el silencio circunstanciado o cualificado que puede llegar a ser identificado con una expresión de voluntad contractual cuando el que calla, puede y debe hablar, en los términos que expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Frente al silencio, incide el autor en el concepto de consentimiento tácito como el que se deduce de actos concluyentes, entre los cuáles, cita: un principio de ejecución del contrato, un pago, una prestación realizada o recibida.

visto en la DCDSF consistente en liberar al consumidor de “toda” obligación (*vid.* considerando 25 de la DCDSF). La dispensa parcial atribuye al mero hecho del uso del servicio⁴⁵⁶ la capacidad de generar ciertas obligaciones a cargo del consumidor; concretamente, la de pagar la parte del servicio utilizada (a diferencia de lo que ocurre, en otros ámbitos en los que se aplica una dispensa total o plena).

En segundo lugar, por diversos motivos, la observancia de una obligación de pago en sede de servicios no solicitados, posiblemente, obedezca a un error del legislador. Primero, parece que el legislador se ha limitado a calcar la fórmula aplicable a los casos en que el consumidor ejerce el derecho de desistimiento habiéndose realizado una prestación parcial del servicio contratado y a trasladarla a un supuesto muy diferente: los servicios financieros no solicitados⁴⁵⁷ (*vid.* artículos 10, 11.1 y 13 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). A resultas de ello: se aplica un tratamiento muy similar a dos supuestos muy distintos. El error consiste en no establecer un tratamiento distinto en uno y otro caso.

En el desistimiento, la prestación es contratada y aceptada por el consumidor (*vid.* artículo 10 de la LCDSF). Se obliga al consumidor a remunerar la parte del servicio utilizada para evitar un enriquecimiento injusto, de conformidad con el principio de la buena fe (*vid.* artículo 11.1 de la LCDSF). Distinto es el caso de la exigencia del pago por la prestación de servicios no solicitados. Esta constituye una práctica comercial desleal por agresiva (*vid.* artículo 31.2 de la nueva LCD)⁴⁵⁸. De modo que, asumir que su realización genera una obligación a cargo del consumidor que la sufre supone “premiar” o “incentivar” una práctica que, en definitiva, es contraria a la buena fe (*vid.* artículo 13.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Segundo, por los motivos ex-

⁴⁵⁶ Sin que éste sea equiparable a un consentimiento tácito ni genere la obligación de pagar comisiones ni otras cantidades que no hayan sido, previamente, acordadas con el proveedor (como se indica, de forma explícita, en la LCDSF) (*vid.* artículo 13.2 de la LCDSF).

⁴⁵⁷ Es evidente que esta fórmula que obliga al pago de la parte del servicio utilizada es justificable, en las indicadas situaciones de desistimiento, porque hay un contrato previamente celebrado y el consumidor consiente en la ejecución (parcial) del servicio contratado. Las consecuencias deberían ser distintas en los servicios financieros no solicitados.

⁴⁵⁸ *Vid.* punto 29 del anexo I de la Directiva 2005/29/CE que califica de práctica comercial agresiva, la exigencia de pago inmediato o aplazado, de devolución o de custodia de productos suministrados por el comerciante pero que no hayan sido solicitados por el consumidor salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.3 de la Directiva 97/7/CE.

puestos, esta fórmula es contraria al principio de la buena fe que informa la regulación de la LCDSF: lo que es una carencia de la LCDSF.

En tercer lugar, desde una perspectiva puramente práctica, la fórmula prevista puede tener consecuencias muy nocivas para los intereses económicos del consumidor. Puesto que, deja una puerta abierta al proveedor para incumplir los requisitos de información y de comunicación propios de la fase de generación sin dejar de obtener cierto lucro (lo que no deja de ser un contrasentido).

7.4. VALORACIÓN CRÍTICA

A la vista de lo anterior, cabe concluir lo siguiente en torno al impacto de la LCDSF, en sede de servicios financieros no solicitados (*vid.* artículo 13 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Primero, la observancia de la prohibición de exigir el pago por la prestación de servicios no solicitados (práctica de naturaleza extracontractual)⁴⁵⁹ en una norma que, como la LCDSF, regula la formación y ejecución de los contratos no es, desde un prisma técnico-jurídico, adecuado⁴⁶⁰ debido al carácter extracontractual de la citada fórmula

⁴⁵⁹ MASSAGUER FUENTES, J. *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 18 y siguientes. En relación con el concepto de práctica comercial sobre el que se configura el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 2005/29/CE indica el autor: "(...) E igualmente destaca la integración de la comercialización entre las actuaciones que pueden constituir prácticas comerciales. En particular, la comercialización a la que se refiere la Directiva es el conjunto de actividades relacionadas con la preparación, realización y ejecución de los contratos (artículo 3.1 de la Directiva). No se extiende, en cambio, a las cuestiones relacionadas con los requisitos de validez, el perfeccionamiento y la determinación del contenido de los contratos (artículo 3.2 de la Directiva). Por tanto, la Directiva no disciplina ni los presupuestos de la relación obligacional, ni su contenido de derechos y obligaciones, ni los remedios relacionados con el mismo incumplimiento de las prestaciones pactadas (...) En consecuencia, la inclusión de la comercialización entre las prácticas comerciales no modifica la tradicional configuración del ilícito de competencia desleal como ilícito de carácter esencialmente extracontractual pues como se ha de ver la conducta reprochable y reprimible como práctica comercial desleal no es el incumplimiento en sí, sino aquellas conductas de las empresas mediante las que se procura a los consumidores información inadecuada (art.6 de la Directiva), se les priva de la información debida (art.7 de la Directiva), se les acosa, coacciona o presiona indebidamente en la toma de sus decisiones (art.8 de la Directiva) (...)".

⁴⁶⁰ El legislador no debiera haber incorporado en la LCDSF la prohibición de exigir el pago por la prestación de servicios no solicitados por ser éste un mecanismo de naturaleza

(*vid.* párrafo primero del artículo 13.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo) que pertenece al ámbito de las prácticas comerciales desleales⁴⁶¹. Probablemente, su observancia inicial respondiera, en su día, al propósito de aportar una norma de transición hasta la promulgación de la nueva LCD.

Segundo, la prohibición y la dispensa de carácter parcial de la LCDSF presentan una redacción compleja y confusa; es más, por ser parcial la dispensa no cumple con los objetivos de la DCDSF (*vid.* artículo 13 de la LCDSF). Valga destacar que las normas de transposición de la DCDSF analizadas contemplan una dispensa total, de conformidad con la DCDSF. De modo que, liberan de toda obligación al consumidor en caso de prestación de servicios financieros no solicitados, las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda y Luxemburgo (*vid.* artículo L.122-3 del *Code de la Consommation*) (Francia) (*vid.* artículo 15 del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 19.(3) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-21 del *Code de la Consommation*) (Luxemburgo)⁴⁶².

extracontractual (*vid.* artículo 13.1 de la LCDSF). Su observancia no encaja bien en el marco de una norma – que, como la LCDSF – está destinada a regular la formación y la ejecución de la voluntad contractual. A este planteamiento parece adherirse la nueva redacción del artículo 9 de la DCDSF. Si, inicialmente, el citado artículo instaba a los Estados Miembros, a adoptar las medidas necesarias a fin de prohibir la prestación de servicios financieros no solicitados a un consumidor cuando ésta vaya acompañada de una exigencia de pago inmediato o aplazado. Tras su modificación, se eliminó la alusión a la prohibición (bastando la remisión a la vigente Directiva 2005/29/CE); de modo que, el vigente artículo 9 de la DCDSF se limita a instar a los Estados Miembros a la adopción de las medidas necesarias para dispensar al consumidor de toda obligación, en caso de prestación de servicios financieros no solicitados. Así, la regla conforme a la cual el silencio no equivale a aceptación, se incorpora, correctamente, en la DCDSF. Mientras que, la regulación de la prohibición del suministro de servicios no solicitados, así como, las sanciones ante ciertas prácticas que la vulneran, se sitúan en el marco de la Directiva 2005/29/CE, en tanto que, norma dirigida a regular prácticas comerciales desleales, de carácter extracontractual.

⁴⁶¹ Visto su carácter extracontractual, la prohibición de exigir el pago o de cobrar por servicios no solicitados debería haberse localizado, exclusivamente, en el marco de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia y en el marco de la normativa sobre competencia desleal (*vid.* artículo 3.1 de la Orden 2899/2011 y artículo 3.3 de la Orden EHA/1665/2010) (*vid.* artículo 31.2 de la nueva LCD).

⁴⁶² En lo que concierne a Bélgica, el derogado artículo 76 de la *Loi du 14 juillet sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur, modifiée par la loi du 25 mai 1999 transposant la directive européenne concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, contemplaba una dispensa total a favor del consumidor. Actualmente, los artículos VI.54 y siguientes del *Code du droit économique*, específicamente, dedicados a la contratación a distancia de servicios financieros no disponen de fórmula similar. Sin embargo, su artículo VI.59 dispone que el proveedor no puede exigir el pago si ha

En Francia, el artículo L.122-3 del *Code de la Consommation* dispone que todo acuerdo suscrito tras la citada práctica comercial ilícita es nulo y no produce efecto alguno. En Reino Unido, el artículo 15 del *FSDM Regulations 2004* contempla una fórmula más cercana a la dispensa de la DCDSF: dispone, a grandes rasgos, que la persona que reciba un servicio financiero no solicitado para un propósito ajeno a su negocio no estará sujeto a obligación alguna. En la misma línea, en Irlanda, el artículo 19(3) del *DMCFS Regulations 2004* establece que el consumidor a quien se haya prestado un servicio financiero no solicitado no está sujeto a obligación de pago. Finalmente, en Luxemburgo, se prevé que, en caso de suministro de servicios financieros no solicitados, el consumidor está dispensado de toda contraprestación, nuevamente, en línea con la DCDSF.

Expuesto lo anterior, es evidente que, en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, lo prioritario era liberar al consumidor de toda obligación (*vid.* artículo 9 de la DCDSF). Objetivo que la LCDSF no ha alcanzado (*vid.* artículo 13.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Tercero, por todo lo anterior, la LCDSF no disuade al proveedor de realizar este tipo de prácticas desleales ni sirve al propósito de garantizar una formación de la voluntad contractual del consumidor libre de presiones durante la fase de generación del contrato.

Cuarto, la regulación de la LCDSF en sede de servicios no solicitados no es coherente con la regulación existente en la misma materia, localizada en las normas sobre ordenación y transparencia, especialmente, aplicables al mercado bancario y de seguros (*vid.* artículo 3 de la Orden 2899/2011 y artículo 3 de la Orden 1665/2010) (primer bloque normativo). Hecho que dificulta un buen encaje entre normas.

empezado a ejecutar el contrato antes de la finalización del plazo de desistimiento sin el previo consentimiento del consumidor.

Por todo lo anterior, esta tesis sugiere la derogación de este artículo y la incorporación de una fórmula que contemple una dispensa total al pago para lograr, así, una correcta transposición del artículo 9 de la DCDSF, en línea, precisamente, con las normas de transposición de la DCDSF analizadas.

CAPITULO VI MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO A DISTANCIA: FASE DE PERFECCIONAMIENTO

1. INTRODUCCIÓN

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LSSICE, la regulación sobre determinación del momento y del lugar de perfeccionamiento en los contratos entre personas distantes⁴⁶³ presentaba algunas carencias (*vid.* artículo 1262 del Código Civil y artículo 54 del Código de Comercio, en su redacción anterior a la LSSICE).

En cuanto al momento de perfeccionamiento, solamente, se observaba el uso de la correspondencia por carta como técnica de contratación a distancia; de modo que, su regulación no se adaptaba a las demás técnicas de comunicación a distancia (*vid.* artículo 1262 del Código Civil y artículo 54 del Código de Comercio, en su redacción anterior a la LSSICE). Esta situación se agravó con el desarrollo de las nuevas tecnologías: aparecieron nuevas y más avanzadas técnicas de comunicación a distancia cuyo uso la ley no observaba, de forma expresa⁴⁶⁴ (*i.a.* fax, telégrafo, télex...). Algunas

⁴⁶³ ROGEL VIDE, C. *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2008, pág. 82 y siguientes. Dispone el autor que la terminología comúnmente empleada en lo que concierne a los contratos entre personas que se hallan en distinto lugar es demasiado esquemática y que necesita de ulteriores precisiones. Se manifiesta a favor del uso de la expresión contratos entre personas distantes como contrapuestos a los contratos celebrados entre presentes. Comparte la opinión de MORENO QUESADA y distingue entre los contratos entre personas presentes que pueden ser de formación instantánea o sucesiva y los contratos entre personas distantes que pueden ser, asimismo, de formación instantánea o sucesiva en razón de la extraordinaria rapidez del medio de comunicación empleado.

⁴⁶⁴ Esta situación se describe, perfectamente, en el marco de la sentencia del Tribunal Supremo núm.673/1996 de 30 de julio cuyo fundamento de derecho primero establece: "(...) El medio técnico utilizado, es decir la comunicación por fax, no resulta para nada impeditiva a efectos de llevar a cabo la contratación. El Código Civil, atendiendo a la fecha de su publicación, en su artículo 1262 ya es previsor en cuanto autoriza la aceptación hecha por carta, si bien no obliga al que hizo la oferta sino desde que llega a su conocimiento, lo que cabe extender a otros medios de comunicación aportados por los avances de la técnica moderna, así sucede con el telégrafo, telex, telefax (...) en todas sus variedades y sirven para exteriorizar de-

permitían una comunicación instantánea entre personas distantes. Circunstancia que la ley tampoco observaba: el tratamiento previsto sólo contemplaba los contratos entre personas distantes, de formación sucesiva - que no, los contratos entre personas distantes de formación instantánea, como los celebrados por teléfono -.

A falta de una regulación adecuada, la jurisprudencia del Tribunal Supremo trató de aportar soluciones provocando: la apertura del régimen jurídico aplicable al uso de otras técnicas de comunicación a distancia⁴⁶⁵; la extensión de la aplicación del tratamiento jurídico previsto para los contratos entre presentes a los contratos entre personas distantes, de formación instantánea (por ejemplo, en el caso del teléfono)⁴⁶⁶ y la flexibilización de la teoría del conocimiento para evitar ciertos abusos del oferente dirigidos a retrasar u obstaculizar el perfeccionamiento del contrato, en función de sus particulares intereses^{467 468}.

claraciones de voluntad que, si bien son comunicativas, no son instantáneas y coincidentes en las conjunciones de voluntad de los contratantes interesados(...).”

⁴⁶⁵ Sobre la apertura del régimen jurídico aplicable al uso de otras técnicas de comunicación léase: PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 19 a 22 y 232 y siguientes y ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 223.

⁴⁶⁶ El artículo 1262 del Código Civil, en su redacción anterior a la LSSICE, no aportaba, de forma explícita, tratamiento específico alguno, a la instantaneidad, en la formación de ciertos contratos suscritos entre personas que se hallaban en lugares distintos. En este sentido, la aparición de ciertas técnicas de comunicación y su uso en el mercado rompió con la vieja premisa de que la distancia física entre las partes contratantes conllevaba, siempre, una distancia temporal manifestada en la concurrencia de un intervalo de tiempo, jurídicamente, relevante, entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma, por parte del oferente. Por la vía jurisprudencial se fue instaurando un tratamiento específico basado en la asimilación de los citados contratos entre personas distantes, de formación instantánea, a los contratos entre presentes siendo, especialmente, representativa, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1948.

⁴⁶⁷ ROGEL VIDE, C. *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2008, pág. 90 a 93. Subraya el autor en relación con la teoría del conocimiento que: “(...) Si el aceptante del contrato – sería la primera – ha hecho todo cuanto estaba en su mano y cuanto cabía exigirle, de acuerdo con un criterio de diligencia normal o media, para que su aceptación llegue a conocimiento del oferente, y no ha ocurrido así por un hecho imputable a éste último, no parece justo que la declaración de aceptación, a pesar de todo, haya de reputarse ineficaz, y que, por consiguiente no exista contrato.(...)”

⁴⁶⁸ Léase, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1981 (considerando tercero) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2002 (fundamento de derecho quinto) que se analizan a lo largo de este CAPITULO VI.

Tras la promulgación de la LSSICE, se iguala la redacción del Código Civil y del Código Comercio^{469 470}, de modo que, su regulación se deja influir, especialmente, por la jurisprudencia habida en torno al artículo 1262 del Código Civil que optaba por una solución similar a la vigente actualmente: la teoría del conocimiento atemperada en base a los criterios utilizados por la citada jurisprudencia, los cuáles se hallaban, claramente, inspirados en la buena fe (*vid.* artículo 1262 del Código Civil y artículo 54 del Código de Comercio).

Como resultado, la regulación vigente recurre a la teoría del conocimiento atemperada por la buena fe como criterio común aplicable a los contratos entre personas distantes de formación sucesiva (*vid.* párrafo segundo del artículo 1262 del Código Civil y párrafo primero del artículo 54 del Código de Comercio modificado por la LSSICE) (*vid.* disposición adicional cuarta de la LSSICE) (segundo bloque normativo). Asimismo, se formula la teoría de la emisión respecto de los contratos entre personas distantes suscritos por dispositivos automáticos (*vid.* párrafo tercero del artículo 1262 del Código Civil y párrafo segundo del artículo 54 del Código de Comercio)⁴⁷¹. Ambas teorías son,

⁴⁶⁹ Con anterioridad a la reforma de la LSSICE, el artículo 1262 del Código Civil y el artículo 54 del Código de Comercio, respectivamente, localizaban el perfeccionamiento de los contratos por correspondencia, en distintos momentos, en función de sus prioridades/objetivos. Si el Código Civil optó por una fórmula dirigida a promover la seguridad jurídica (fundada, en el momento en que el oferente adquiere conocimiento de la aceptación), el Código de Comercio incorporó una fórmula tendente a agilizar el tráfico mercantil (basada, en el momento de la expedición de la aceptación).

⁴⁷⁰ MARTÍN RODRÍGUEZ, M^a A. *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2006, pág. 150 y siguientes. Expone la autora: "(...) Así, el legislador modifica el contenido de ambos preceptos, unificándolos al optar por una única solución en cuanto al momento de perfección del contrato entre ausentes. Se inclina, de conformidad con lo que ya ocurría desde la perspectiva de la aplicación práctica, por la teoría del conocimiento, si bien, con matices, para evitar que se incurra en la problemática que aquella provocaba. De esa forma, el consentimiento, y con ello el contrato, existe desde que se conoce por el oferente la aceptación, o bien desde que remitida por el aceptante el oferente no pueda desconocerla sin faltar a la buena fe. (...)"

⁴⁷¹ Dicha duplicidad y el carácter idéntico del contenido regulador del Código Civil y del Código de Comercio permite cuestionar la vigencia de una regulación especial como la presente, en sede de perfeccionamiento, dado su carácter superfluo.

Sobre la duplicidad legislativa entre Código Civil y Código de Comercio provocada por la existencia de zonas de concurrencia de una y otra legislación en ámbitos determinados como la teoría general del contrato, léase MARTÍN RODRÍGUEZ, M^a A. *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2006, pág.89 y siguientes.

obviamente, aplicables a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores^{472 473}.

⁴⁷² Sin pretender entrar en el fondo de la cuestión por exceder los límites de esta tesis, este análisis parte, sin ánimo exhaustivo, de la calificación de los contratos a distancia de servicios financieros de la LCDSF como contratos mercantiles - bien, por tratarse de un contrato en el que una parte contratante es un comerciante, bien, por tratarse de un acto de comercio especificado en el Código de Comercio (por ejemplo, en razón de la materia del contrato considerada específica del derecho mercantil).

Valga remitirse al efecto a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1944 que califica de mercantil un préstamo (que no reunía el segundo de los requisitos del artículo 311 del Código de Comercio: que las cosas prestadas se destinen a operaciones de comercio) partiendo de la premisa que siempre que estos contratos revistan el carácter de operaciones bancarias pueden ser conceptuados mercantiles. A grandes rasgos, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación basándose en las siguientes consideraciones, entre otras: "(...) si bien el artículo 311 del Código de Comercio señala, con un criterio finalista, como una de las circunstancias para que el contrato de préstamo pueda merecer la calificación de mercantil, la de que las cosas prestadas se destinen a operaciones de comercio, ello no obsta a la posibilidad de que siempre que los contratos de esta clase revistan el carácter de operaciones bancarias puedan ser conceptuadas como mercantiles, al amparo del art. 2º, en relación con el 175 y algunos otros, como el 177, el 199 y el 212 del propio Código aún cuando el préstamo se haga a favor de personas ajenas al comercio, que no se propongan emplear el objeto recibido en operaciones mercantiles (...) es vista la improcedencia del motivo primero del presente recurso (...) señala como infringidos el art.311 del Código de Comercio, por interpretación errónea y los arts. 1.740 y 1.753 del Civil, por no aplicación, pues la sala sentenciadora, al atribuir carácter mercantil a los préstamos a que el pleito se refiere, se funda razonablemente en que la serie o cadena de ellos, a lo largo de tantos años de relaciones económicas continuadas entre actor y demandado, representa un vínculo crediticio único, que, si bien nació antes de que el actor adquiriese la cualidad de banquero, entró en la esfera mercantil cuando la personalidad jurídica de don Juan Palacios asumió dicha condición (...)" [subrayado añadido]

Sobre la calificación de los contratos financieros como contratos mercantiles, léase ZUNZUNEGUI, F. *Derecho del mercado financiero*. Tercera edición, Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2005, pág. 520 y siguientes. El autor indica que el contrato financiero es un contrato de empresa y como a tal un contrato mercantil. Añade que la relación entre el contrato y la empresa responde a razones técnicas y jurídicas. Sitúa el autor el vínculo jurídico con la empresa en la premisa que la disciplina del contrato queda condicionada por la presencia de la entidad financiera como contratante. De modo que, la exigencia de solvencia, de liquidez y de eficiencia tiene su reflejo en la estructura de los contratos permitiendo que el negocio cumpla una función nueva que no es realizable fuera de la relación de masa (por ejemplo, en los contratos de depósito). Se combina, así, en opinión del autor, el interés particular del inversor con el interés general en la financiación y buena organización de la empresa. Finalmente, se remite a la citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1944 en relación con la mercantilidad de las operaciones bancarias.

Por consiguiente, el análisis de este CAPITULO VI se remite, principalmente, al artículo 54 del Código de Comercio, sabiendo que, el hecho que su regulación sea idéntica a la del párrafo segundo del artículo 1262 del Código Civil determina la inexistencia de consecuencias jurídico-prácticas distintas, en función de la aplicación de uno u otro código. De ahí, que el artículo 54 del Código de Comercio haya perdido, actualmente, su razón de ser.

⁴⁷³ Sobre los criterios aplicables a la calificación de los contratos como mercantiles, léase, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo núm.724/1990 de 28 de febrero y la sentencia del Tribunal Supremo núm. 3790/1986 de 23 de junio. En ambos casos, a los efectos de determinar si ha habido perfeccionamiento de los correspondientes contratos de seguros se

Sin embargo, antes de proceder a su análisis, valga mantener presente la idea que, vista la conexión entre la jurisprudencia aplicable al artículo 1262 del Código Civil (en su redacción anterior a la promulgación de la LSSICE) y la vigente redacción del artículo 54 del Código de Comercio, este análisis abarca, asimismo, el citado artículo por su condición de antecedente normativo de la vigente teoría del conocimiento atemperada que, actualmente, observa el Código de Comercio.

Por otro lado, en cuanto al lugar de perfeccionamiento, el régimen jurídico anterior no aportaba soluciones adecuadas al nuevo entorno. En un mercado cada vez más global y más complejo, la aplicación de los criterios tradicionales del lugar de celebración y/o del lugar en el que se hizo la oferta para la determinación del lugar de perfeccionamiento en los contratos entre personas distantes generaba cierta confusión y dificultades. De ahí, su progresivo abandono^{474 475} y la creciente aplicación de los criterios del

aplica el párrafo primero del artículo 1262 del Código Civil por haber sido suscritos entre presentes. Adicionalmente - por tratarse de contratos mercantiles - se aplica, atendiendo a las circunstancias de cada caso, en uno u otro supuesto, los artículos 55 o 57 del Código de Comercio referidos, respectivamente, al modo de perfección de los contratos suscritos con agentes o corredores de seguros y a la ejecución y cumplimiento de los contratos mercantiles de buena fe.

Sobre la distinción entre contratos civiles y mercantiles, léase, MARTÍN RODRÍGUEZ, M^a. A. *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2006, pág. 106 y 107. Para distinguir entre contratos mercantiles y contratos civiles alude, la autora, a la distinción entre acto de comercio y acto civil (*vid.* artículo 2 del Código de Comercio) y a la función del contrato (que la autora declara un criterio insuficiente). Añade que no existe un único criterio sino varios y que, en cada momento, se utiliza uno u otro en función de lo que más interesa para justificar la especialidad de los contratos mercantiles.

⁴⁷⁴ Abandono que se pone de manifiesto en la evolución de los artículos 10.5 del Código Civil y del (derogado) artículo 62 de la LEC de 1881 que recurrían al criterio del lugar de celebración del contrato y al del lugar del contrato, respectivamente. Ambos artículos vieron reducido su alcance, tras la adopción del artículo 5 del Convenio de Roma (que desplazó la aplicación del artículo 10.5 a los efectos de determinar la ley aplicable en los contratos internacionales) y del artículo 50 de la LEC de 2001 (que sustituye el derogado artículo 62 de la LEC de 1881). De modo que, ambos artículos recurren a los criterios del domicilio o de la residencia habitual del demandado.

⁴⁷⁵ Sobre los viejos postulados localizadores y los puntos de conexión para determinar la ley aplicable y el juez competente léase: PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 272 a 279 y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. "Competencia judicial internacional y ley aplicable en la contratación electrónica internacional". En APARICIO VAQUERO, J.P. (coord.); MORO ALMARAZ, M^a. J. (coord.) y BATUECAS

lugar de residencia, del domicilio o del establecimiento que permiten soluciones claras y simples, de más fácil aplicación en un entorno global (*vid.* artículo 29 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

2. EL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO

En los contratos entre personas distantes, de formación instantánea, los criterios legales que se aplican para la determinación del momento de perfeccionamiento son los mismos que, en los contratos entre presentes, de formación instantánea⁴⁷⁶ (*vid.* actual párrafo primero del artículo 1262 del Código Civil). Puesto que, en ambos casos, las declaraciones de voluntad llegan, inmediatamente, a conocimiento de su destinatario: el concurso de la oferta y de la aceptación se producen en un mismo acto de comunicación (*vid.* párrafo primero del artículo 1262 del Código Civil).

Diferente tratamiento se aplica a los contratos entre personas distantes y/o entre presentes cuando son de formación sucesiva. En estos casos, la diferencia de tratamiento viene, especialmente, determinada por la concurrencia de un intervalo de tiempo relevante entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por parte del oferente, tal y como manifiesta ROGEL VIDE⁴⁷⁷. Planteamiento al que esta tesis se adhiere: ese intervalo de tiempo es el factor que el legislador mantiene *in mente* para distinguir entre los contratos de formación sucesiva y los de formación instantánea.

CALETRIO, A. (coord.). *Internet y comercio electrónico*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pág. 60.

⁴⁷⁶ ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 214 a 220. Indica la autora que cuando el contrato se celebra entre personas presentes, físicamente, de forma simultánea, si el intercambio de la oferta y de la aceptación es inmediato, la determinación del momento y del lugar de perfeccionamiento del contrato no plantea problemas: el lugar de celebración es aquel en el que las partes estén y en cuanto al tiempo que media entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por el oferente es brevísimo. Se añade que habiéndose suscrito los contratos, a través de técnicas de comunicación a distancia que permitan una comunicación instantánea, el momento de perfeccionamiento es único: no es preciso distinguir entre la declaración del aceptante y el conocimiento de ésta por el oferente, por ser además, de inapreciable, irrelevante, jurídicamente.

⁴⁷⁷ ROGEL VIDE, C. *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2008, pág. 82 y siguientes.

En uno u otro caso, el momento del perfeccionamiento se determina en base a alguna/s de las cuatro siguientes teorías que reflejan cada uno de los momentos por los que transita la aceptación hasta que ésta es conocida por el oferente: la teoría de la emisión, la de la expedición, la de la recepción y la del conocimiento^{478 479}.

2.1. REGLA GENERAL

Por herencia de la jurisprudencia anterior a la LSSICE, el momento de perfeccionamiento en los contratos entre personas distantes, de formación sucesiva, se produce desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, el primero no puede ignorarla sin faltar a la buena fe (*vid.* artículo 54 del Código de Comercio tras la modificación de la LSSICE) (*vid.* disposición adicional cuarta de la LSSICE) (segundo bloque normativo)⁴⁸⁰.

De modo que, diferentemente de la opinión manifestada por otros autores⁴⁸¹, esta tesis entiende que a los contratos a distancia se aplica la teoría del conocimiento con mati-

⁴⁷⁸ ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 216. Afirma la autora que para determinar el momento de perfeccionamiento de los contratos entre personas distantes se han venido formulando básicamente cuatro teorías: la teoría de la emisión (manifestación o declaración) según la cual el contrato se perfecciona cuando se declara o manifiesta la aceptación; la teoría de la expedición (comunicación, remisión o desapropiación) en la que el momento determinante es aquel en que el aceptante se desprende de su declaración; la teoría de la recepción en la que el contrato se perfecciona cuando la aceptación llega al domicilio, ámbito o círculo de intereses del oferente y, por último, la teoría del conocimiento (información o cognición) según la cual el perfeccionamiento se produce con el conocimiento por el oferente de la aceptación.

⁴⁷⁹ En relación con las cuatro teorías y las críticas formuladas a cada una de ellas léase, asimismo: ROGEL VIDE, C. *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2008, pág. 90 a 93; SERRANO CHAMORRO, M^a. E. y POVEDA BERNAL, M.I. *Nociones de derecho civil empresarial*, Tercera Edición, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 270 y 271; DíEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Sexta Edición*, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2007, pág. 369 a 371 y O'CALLAGHAN, X. *Compendio de derecho civil. Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Quinta Edición, Madrid, Dijusa, 2008, pág. 250 y 251.

⁴⁸⁰ Respecto de la teoría del conocimiento, léase la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1981 (considerando tercero); la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 (considerando segundo) y la sentencia núm. 1166/1992 del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992 (fundamento de derecho quinto).

⁴⁸¹ Existen discrepancias doctrinales en la calificación de la teoría aplicada respecto de los contratos entre personas distantes de formación sucesiva. Algunos autores como ROGEL VIDE opinan que la teoría aplicada es la de la recepción en tanto que el contrato se entiende perfeccionado cuando el oferente ha conocido o ha podido conocer la aceptación, es decir,

ces, es decir, atemperada por la buena fe⁴⁸² a través de una serie de presunciones basadas en el principio general de la buena fe cuyo objetivo es evitar ciertos abusos por parte del oferente⁴⁸³. Esta fórmula legal es la que ha venido desarrollando la jurisprudencia.

cuando no puede ignorar dicha aceptación sin faltar a la buena fe lo que se asimila a la recepción. A favor de la teoría de la recepción, se expresan SERRANO CHAMORRO, M^a E. y POVEDA BERNAL, M.I. cuando exponen que el artículo 1262 del Código Civil acoge ahora la teoría de la recepción ante los abusos que podía suponer el retraso del conocimiento de la aceptación de mala fe. Al respecto léase ROGEL VIDE, C. *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2008, pág. 135 y SERRANO CHAMORRO, M^a E. y POVEDA BERNAL, M.I. *Nociones de derecho civil empresarial*, Tercera Edición, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 271.

⁴⁸² En línea con esta interpretación - a favor de la teoría del conocimiento con matices - se manifiestan algunos autores. Léase al respecto MARTÍN RODRÍGUEZ, M^a A. *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2006, pág. 157 y siguientes; SERRANO ALONSO, E. y SERRANO GÓMEZ, E. *Teoría General del Contrato. Manual de derecho de obligaciones y contratos*, Tomo II, Vol. 1, Madrid, Edisofer, S.L., 2008, pág. 36 y siguientes y PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 247 a 251.

⁴⁸³ "Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, 17-1-2002", pág. 55 y siguientes. Se dispone literalmente: "(...) Por su parte, el Ministerio de Justicia y la Comisión General de Codificación han manifestado su oposición a la fórmula adoptada en el artículo 29 del Anteproyecto sometido a consulta, y han propuesto dar una redacción única a los artículos 1262 (segundo párrafo) del Código Civil y 54 del Código de Comercio que permita eliminar diferencias no justificadas en la actualidad en cuanto al régimen jurídico de contratos civiles y mercantiles y solucionar del mismo modo los problemas que plantea la contratación entre ausentes en el ámbito del comercio electrónico. Se argumenta por este Departamento que "a los efectos de la perfección de los contratos -sean civiles o mercantiles-, los contratos electrónicos no presentan ninguna singularidad; son un supuesto más de contratación entre ausentes". El texto propuesto para ambos preceptos, redactado por la Comisión General de Codificación, es -por lo que respecta a este problema el siguiente: (...). En la consulta formulada al Consejo de Estado se solicita expresamente la opinión de este Alto Cuerpo Consultivo acerca de esta cuestión. A juicio del Consejo de Estado, la solución adoptada en el artículo 29 del Anteproyecto resulta idónea en los supuestos de contratación automática, incluida la contratación electrónica. La inmediatez es característica de estas formas de contratación, y resultaría sin duda contrario a la buena fe que quien instala, en condiciones de funcionamiento, un mecanismo automático de contratación pretendiera supeditar el perfeccionamiento del contrato o la prestación del consentimiento al momento en que tenga conocimiento efectivo de las aceptaciones formuladas por sus clientes. En cuanto a la contratación electrónica por otros medios no automáticos, como por ejemplo el correo electrónico, debe tenerse presente que la aceptación es una declaración recepticia, lo que aconseja anudar en principio la producción de sus efectos a su conocimiento por el destinatario. Sin perjuicio de ello, cuando por circunstancias imputables al oferente éste no conoce la aceptación (por ejemplo, porque pese a estar disponible el mensaje en el servidor en el que se encuentra dada de alta la cuenta de correo electrónico asociada al destinatario, o por haber designado a estos efectos una dirección de correo equivocada, el mensaje no ha sido descargado o leído por él), tampoco podrá alegar ignorancia sin faltar a la buena fe. Esta solución resulta

En su virtud, basta la cognoscibilidad de la aceptación por parte del oferente para que el contrato se entienda perfeccionado. Para ello son necesarios dos requisitos. Primero, que el conocimiento de la misma no se produzca por causas, exclusivamente, imputables al oferente (impidiendo u obstaculizando dicho conocimiento, en contra de la buena fe). Segundo, que el aceptante haya actuado diligentemente al expedir su aceptación⁴⁸⁴. En otras palabras, que haya utilizado medios hábiles o eficaces para conseguir dicho conocimiento por parte del oferente y no esté en sus manos - pero sí, del oferente – el hecho de alcanzarlo. Al respecto, es sumamente reveladora la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2002⁴⁸⁵ que, en con-

acorde con la fórmula empleada en el artículo 11.1 de la Directiva 2000/31/CE que se pretende transponer. se considerará que se ha recibido el pedido "cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso" al mismo. Con arreglo a este criterio, desde que quede almacenado el mensaje de correo electrónico a disposición del oferente en el servidor en el que se encuentra dada de alta la cuenta de éste podría entenderse recibido el pedido y perfeccionado el consentimiento.(...)". [subrayado añadido]

⁴⁸⁴ SALOMÓN SÁNCHEZ, L. "El momento de la perfección de los contratos electrónicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 11, 2006.

⁴⁸⁵ Léase la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2002 (fundamentos de derecho quinto, sexto y séptimo). El conflicto trae causa del contrato de compraventa de empresa perfeccionado mediante escritura pública, en cuya virtud, la entidad demandante compra la totalidad de las acciones de SEMAT a todos los accionistas, entre los cuáles, la entidad demandada TEMAC. En el contrato se estipularon mecanismos y garantías para hacer efectiva la obligación de los vendedores de responder de las contingencias, pasivos ocultos y reclamaciones de terceros que tuvieren su origen con anterioridad a la fecha de escritura pero que afloraran, posteriormente, y que no se hallaran contabilizados ni provisionados en el correspondiente balance a partir del cual se fijó el precio de venta de las acciones estableciendo un plazo de caducidad para reclamar tales responsabilidades. Se observaba un procedimiento para notificar a los vendedores la aparición de las contingencias el cual contaba con la mediación de una empresa de auditoría. Se contempló, asimismo, un plazo de quince días a partir del cual se asumía el desistimiento de la vendedora, en caso de omisión tras la correspondiente notificación y se observó la sumisión al correspondiente arbitraje en caso de discrepancias. La entidad compradora reclamó en plazo mediante notificación dirigida al domicilio estatutario y anteriormente, mediante notificación dirigida al domicilio fijado a tal fin en el correspondiente contrato de compraventa. Sin embargo, las partes demandadas alegan la caducidad del plazo por no haberse notificado la reclamación dentro del mismo en el domicilio que, a tales efectos, se designó en el contrato negando su recepción y conocimiento (y atribuyendo naturaleza recepticia a la declaración de voluntad prevista en el contrato supeditando su eficacia al conocimiento del destinatario). Declara la Audiencia Provincial que para evitar las consecuencias indeseables de una rigurosa aplicación de la teoría de la cognición debe equipararse conocimiento con posibilidad de conocer y se debe valorar la conducta del destinatario imputando al mismo, con fundamento en la buena fe, la responsabilidad por alterar el curso correcto de la declaración provocando que no llegue a su esfera de influencia. En el caso, la entidad demandante había notificado, como se ha indicado, la comunicación en el domicilio estatutario donde fue aceptada, si bien, anteriormente, había intentado notificar por conducto notarial en el domicilio designado al efecto en el contrato sin éxito pues en el acuse de recibo constaba "de-

tra de una rigurosa aplicación de la teoría del conocimiento, aboga por el recurso a la equiparación entre conocimiento y posibilidad de conocer, así como, a la valoración de la conducta del destinatario, imputando al mismo la responsabilidad - con fundamento en el principio de la buena fe - cuando éste altere con su actuación – por acción u omisión - el curso correcto de la declaración, provocando que ésta no llegue a su esfera de influencia, ni sea recibida. En el caso analizado, el destinatario (director general de la sociedad demandada, en el momento de la compraventa) omitió dar razón del nuevo domicilio en el que poder practicar con éxito la notificación a la sociedad destinataria en un momento en el que plazo para realizar las correspondientes notificaciones no había expirado.

Hechos los anteriores matices es evidente que, en base al principio de la buena fe, la fórmula legal analizada evita eventuales abusos del oferente y dota al aceptante de la debida protección para obtener una mayor certeza en torno al hecho del efectivo perfeccionamiento del contrato⁴⁸⁶: lo que es un presupuesto esencial para promover la confianza en el uso de las nuevas tecnologías.

Por lo que, esta tesis entiende que no cabe establecer una plena y (valga la expresión) automática asimilación entre la teoría del conocimiento atemperada y la teoría de la recepción en sentido estricto. La teoría del conocimiento atemperada por la buena fe puede ir más allá – dependiendo de las circunstancias del caso - pudiéndose interpretar que el contrato se ha perfeccionado sin haber mediado - técnicamente – una recepción (en sentido estricto) de la notificación de la aceptación por parte del destinatario de la misma. En este sentido son destacables varias sentencias del Tribunal Supremo aplicadas a supuestos en los que la recepción no se produce, realmente, por circunstancias exclusivamente imputables al destinatario de la misma^{487 488 489}. En su

vuelto al remitente, marchó”. La Audiencia Provincial reconoce la validez y eficacia de la declaración de voluntad notificada en el domicilio estatutario a la vista del comportamiento del que fue director general que omitió dar razón del nuevo domicilio en el que poder practicar con éxito la notificación a la sociedad destinataria.

⁴⁸⁶ En la misma dirección actúa la LCDSF cuando prevé que deberá quedar constancia de la celebración del contrato (*vid.* artículo 6 de la LCDSF).

⁴⁸⁷ Léase la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1981 (considerando tercero). La cuestión litigiosa se concreta en el ejercicio por parte del demandante recurrido de un derecho de opción de compra concertado en cláusula incluida en un contrato de arren-

damiento de almacén y de oficinas. El arrendatario hace uso de la opción al comparecer ante notario manifestando que ejercita el derecho de opción depositando el importe del precio e interesando al notario que requiera al oferente arrendador para comparecer en la notaria a fin de suscribir la oportuna escritura de compraventa y hacerse cargo del talón referenciado. El notario se constituye en el lugar señalado para la práctica del requerimiento con resultado negativo ya que no obstante llamar, repetidamente, no obtuvo respuesta. No pudo llevarse a efecto la notificación por lo que esta se efectuó mediante correo certificado con acuse de recibo que fue recibida un día después de la expiración del plazo. El actor indica que, la compraventa quedó perfeccionada al ejercitarse la opción dentro del plazo, contractualmente, previsto y el demandado argumenta que la opción fue, extemporáneamente, ejercitada dado que tuvo conocimiento de su ejercicio el 16 de diciembre de 1997 [que es la fecha de la recepción]. El Tribunal Supremo reconoce el carácter recepticio de la declaración de voluntad del demandante optante lo que quiere decir que debe ser notificada durante la vigencia del plazo opcional a fin de ser conocida por éste último y añade “(...) debiendo considerarse recibida tal declaración, aún en el supuesto de falta de recepción del documento que así la contenga, cuando no estaba en la potestad del optante, y sí del destinatario oferente, al conseguir a obtener tal conocimiento, como ocurre en el caso de que fuera emitida oportunamente la declaración por el optante y no llegó a conocimiento del concedente por causa exclusivamente a él imputable (...)” [subrayado añadido]

⁴⁸⁸ Léase la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 (considerando segundo). En la demanda se solicita que se declare la autenticidad de un documento de opción de compra suscrito entre las partes y que se condene a los demandados a otorgar a favor del demandante la correspondiente escritura de compraventa. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirma salvo en el pronunciamiento del precio que lo aumenta. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y alega que consta la voluntad del actor fehacientemente expresada de ejercitar la opción antes del vencimiento del plazo de dos años mediante conducto notarial y mediante acto de conciliación en cuanto a la efectiva aceptación de la opción concedida. Argumenta el Tribunal Supremo que, con la notificación se pretende tan sólo el conocimiento del oferente debiendo considerarse recibida la notificación aún en el supuesto de falta de recepción del documento “(...) cuando no estaba en la potestad del optante y sí del destinatario oferente, el conseguir u obtener tal conocimiento (...)”. Añade que “(...) intentada su notificación a los demandados en un domicilio que, utilizado más tarde para la interposición de la demanda que dio lugar a los presentes autos, llegó a producir la comparecencia, aunque tardía, del hoy recurrente, domicilio éste que no fue formalmente impugnado por el mismo. (...)” [subrayado añadido]

⁴⁸⁹ Léase la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1166/1992 de 22 de diciembre (fundamento de derecho cuarto). La sentencia de la Audiencia Provincial confirma en su totalidad el fallo de primera instancia que declara que el contrato de 11 de octubre de 1986 es válido, y es, por tanto, eficaz la cláusula por la que se reconoce un derecho de opción a favor de la sociedad demandante y que se condena a los demandados a pasar por la anterior declaración debiendo comparecer ante notario y otorgar escritura pública de compraventa a favor de los arrendatarios. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y en torno a la cuestión de la determinación de si el optante, dentro del plazo señalado, ha hecho uso de la opción y comunicado dicha su aceptación al concedente declara probado que los arrendatarios han ejercitado la opción y la han comunicado a los dueños por conducto notarial. Ante las alegaciones de los demandados que manifiestan que la notificación de la aceptación no llegó nunca a su poder, argumenta el Tribunal Supremo que, si bien, es necesario para que la compraventa quede perfeccionada que la aceptación llegue a conocimiento del concedente (dado el carácter recepticio de la declaración de voluntad) ha de entenderse cumplido el citado requisito, debiendo considerarse recibida tal declaración aun en el supuesto de falta de recepción del documento que así lo contenga, cuando no estaba en la potestad del optante pero sí del destinatario oferente el conseguir u obtener tal conocimiento. Añade que eso es, precisamente, lo ocurrido

marco, no ha habido recepción y el destinatario pudo, sin embargo, obtener conocimiento de la aceptación y no lo obtuvo por causas, exclusivamente, imputables a él (se atempera así la teoría del conocimiento con la buena fe). Por ejemplo, casos en los que, el destinatario hubiere fijado un domicilio inexacto⁴⁹⁰ o en los que, el aceptante pretendió hacer saber, oportunamente, con resultado negativo, al no recibir contestación del destinatario pese a sus intentos (de contactar con él por medios adecuados)⁴⁹¹

492 493

Valga añadir que, como novedad, la LSSICE acompaña esta regla general de una regla especial para su aplicación a los contratos entre ausentes suscritos por medio de dispositivos automáticos. La regla especial se basa en la teoría de la emisión y tiene por efecto mantener cierto nivel de agilidad/celeridad en el comercio electrónico (*vid.* párrafo segundo del artículo 54 del Código de Comercio) (*vid.* disposición adicional cuarta de la LSSICE) (segundo bloque normativo). Lo que está en línea con otros artículos de la misma LSSICE.

en el supuesto litigioso en que el notario requirió por correo certificado con acuse de recibo la aceptación; correo que fue devuelto con la inscripción “caducado” y “aviso 3 de junio de 1986” y habiendo confesado el demandado que en fecha de 3 junio fue avisado por el servicio de correos para retirar una carta añade que no lo hizo porque estaban fuera de Madrid. Ante tal contradicción, el Tribunal Supremo concluye que los destinatarios de la carta se negaron a hacerse cargo de la misma y argumenta que, en cualquier caso, puede estimarse que la optante ha realizado la comunicación al promover el proceso dentro del plazo de vigencia de la misma, de lo que el concedente ha tenido conocimiento, también, dentro de dicho plazo al ser emplazado y recibir el traslado de la demanda y de los demás documentos acompañados con la misma, entre los que figuraba la expresada carta notarial, en la que aparece la aludida carta.[subrayado añadido]

⁴⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1976.

⁴⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1981 (considerando tercero).

⁴⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 (considerando segundo).

⁴⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1166/1992 de 22 de diciembre (fundamento de derecho cuarto).

2.2. ESPECIALIDAD DEL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS A TRAVÉS DE DISPOSITIVOS AUTOMÁTICOS

La LSSICE introdujo, en su día, una novedad consistente en acompañar la regla general de una especialidad solamente aplicable a los contratos celebrados a través de dispositivos automáticos. La teoría de la emisión es el criterio previsto para determinar el momento de perfeccionamiento en estos contratos (*vid.* párrafo segundo del artículo 54 del Código de Comercio) (segundo bloque normativo)⁴⁹⁴.

La cuestión a plantearse es ¿vista su instantaneidad, por qué el legislador no optó por aplicar a estos contratos el tratamiento contemplado para los contratos entre presentes? O lo que es lo mismo: ¿qué aporta la aplicación de esta nueva teoría?

Básicamente, existen argumentos para pensar que la teoría de la emisión es la que se aplica, asimismo, en la contratación entre presentes, de formación instantánea. La teoría de la emisión se aplica a los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos por ser contratos en los que la rapidez en la comunicación hace que el intervalo entre la emisión de la aceptación y su conocimiento sea, jurídicamente, irrelevante: lo mismo ocurre en los contratos entre presentes de formación instantánea^{495 496} (*vid.*

⁴⁹⁴ PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 252 y siguientes.

⁴⁹⁵ "Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, 17-1-2002", pág. 55 y siguientes. El informe indicaba, literalmente: "(...) En la actualidad este problema está solucionado en nuestro ordenamiento en dos preceptos diferentes: a los contratos civiles se aplica el artículo 1262 del Código Civil que dispone que "la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento"; a los mercantiles, el artículo 54 del Código de Comercio de acuerdo con el cual los celebrados por correspondencia "quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuera modificada". La solución adoptada por el Código Civil (que aparentemente acoge la "teoría de la cognición") ha sido matizada por doctrina y jurisprudencia, que tiende a acercarla a la llamada "teoría de la recepción". Aunque en ambos casos (segundo párrafo del artículo 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio) cabe hablar de "contratos entre ausentes", lo relevante en ellos no es tanto la falta de presencia simultánea de ambas partes como la existencia de un lapso de tiempo entre el momento de la oferta y el de la aceptación. Ello explica que la jurisprudencia no aplique el párrafo segundo del artículo 1262 del Código Civil a los

artículo 54 del Código de Comercio) (*vid.* disposición adicional cuarta de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

De ahí que, esta tesis sostenga que la regla especial se incorpora, principalmente, con fines aclaratorios, para distinguir su tratamiento del previsto respecto de los contratos entre personas distantes, de formación sucesiva (*vid.* párrafo primero del artículo 54 del Código de Comercio). En efecto, el hecho que no medie un plazo relevante entre la emisión de la aceptación y su conocimiento conlleva que no deba aplicarse la teoría del conocimiento para medir el momento en que se produce el concurso de la oferta y de la aceptación y que deba aplicarse el mismo tratamiento que en los contratos entre presentes⁴⁹⁷. Los cuáles, como, acertadamente, subraya ROGEL VIDE, se entienden

contratos celebrados por teléfono (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1948). Con la finalidad de poner de manifiesto este hecho el artículo 255 del Código de Obligaciones y Contratos de la Zona del Protectorado de Marruecos (citado por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1948) disponía que las ofertas y aceptaciones realizadas por medio del teléfono entre las partes o sus mandatarios personalmente debían entenderse hechas entre presentes. Sin duda la contratación electrónica es contratación entre ausentes, pero a ella no resultan aplicables el segundo párrafo del artículo 1262 del Código Civil ni el artículo 54 del Código de Comercio cuando la prestación del consentimiento se produzca de forma inmediata, sin lapso temporal apreciable entre la oferta y la aceptación. Tal es el caso en la mayoría de los supuestos, en los que se manifiesta la aceptación de un contrato mediante un dispositivo automático instalado en la página web del oferente que puede ser accionado por el aceptante (lo que la doctrina anglosajona denomina "clickwraps"). En estos supuestos, análogos a las ventas automáticas ya conocidas en nuestro ordenamiento, no existe lapso temporal apreciable entre oferta y aceptación (pues la instalación de estos dispositivos automáticos impide al oferente con arreglo a la buena fe alegar que no llegó a tener conocimiento efectivo de la aceptación hasta un momento posterior), por lo que en ellos no se plantea el problema que los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio pretenden resolver. (...)

⁴⁹⁶ ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 213 y siguientes. Indica la autora que habiéndose suscrito los contratos, a través de técnicas de comunicación a distancia que permiten una comunicación instantánea, el momento de perfeccionamiento es único: no es preciso distinguir entre el momento de la declaración del aceptante y el del conocimiento de ésta por el oferente, por ser inapreciable e irrelevante jurídicamente.

⁴⁹⁷ ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, A.J. "Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet". En: MATEU DE ROS, R. y LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, M. (coord.). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2003, pág. 356. El autor indica, literalmente: "(...) Los contratos vía electrónica "clic-wrap", de adhesión "on line", constituyen un supuesto de contratación entre presentes, pues la interoperabilidad que se produce cuando se contrata de esta forma hace que el espacio temporal que media entre la declaración de aceptación y el conocimiento de la misma por parte del oferente sea prácticamente, en tiempo real o en un lapso temporal, creemos, que absolutamente insignificante. Superada, en los términos que veremos seguidamente, las objeciones que se pudieran derivar del hecho de

perfeccionados cuando se emite la aceptación; puesto que, es en ese momento cuando se produce el concurso de la oferta y de la aceptación⁴⁹⁸.

En cualquier caso, esta teoría libera al aceptante del riesgo técnico del error en la transmisión que se traspasa al oferente (*vid.* disposición adicional cuarta y artículo 28 de la LSSICE) (segundo bloque normativo). De modo que, a efectos prácticos, su aplicación promueve, notablemente, el uso de dichos dispositivos aumentando la certeza en torno al hecho del efectivo perfeccionamiento del contrato. Lo que favorece y promueve la confianza en los nuevos medios⁴⁹⁹ (en línea con los objetivos del Consejo Europeo de Lisboa). Su alcance abarca los contratos electrónicos suscritos a través de dispositivos automáticos, de carácter inmediato y automatizado de comunicación entre ordenadores. Es decir, a los contratos realizados a través de una web⁵⁰⁰ o en el marco de un sistema EDI y a cualesquiera otros que se adecuen a las citadas características⁵⁰².

que el diálogo se establece entre una persona, el aceptante, y una máquina, el ordenador programado con una programación del tipo de la de “sistemas de expertos”, creemos que tanto una parte como la otra están conociendo la declaración de voluntad de una forma que, en esencia, no difiere de la que se produce entre personas presentes y si se considera que no es así, en cualquier caso el intervalo temporal carece de relevancia a los efectos jurídicos (...).

⁴⁹⁸ ROGEL VIDE, C. *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2008, pág. 114.

⁴⁹⁹ “Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, 17-1-2002”, pág. 55 y siguientes. Se dispone, literalmente: “(...) En la consulta formulada al Consejo de Estado se solicita expresamente la opinión de este Alto Cuerpo Consultivo acerca de esta cuestión. A juicio del Consejo de Estado, la solución adoptada en el artículo 29 del Anteproyecto resulta idónea en los supuestos de contratación automática, incluida la contratación electrónica. La inmediatez es característica de estas formas de contratación, y resultaría sin duda contrario a la buena fe que quien instala, en condiciones de funcionamiento, un mecanismo automático de contratación pretendiera supeditar el perfeccionamiento del contrato o la prestación del consentimiento al momento en que tenga conocimiento efectivo de las aceptaciones formuladas por sus clientes. (...)”.

⁵⁰⁰ Sobre la aplicabilidad de la teoría de la emisión a los contratos “click” léase: PALACIOS GONZALEZ, D. “La Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y la contratación electrónica con consumidores”. En: LEON ARCE, A. DE (dir.); GARCIA GARCIA, L.Mª. (coord.) *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia y formularios)*, Tomo I, Segunda Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pág. 921 y 922.

⁵⁰¹ APARICIO VAQUERO, P. “Los contratos electrónicos en el derecho español.” *Internet y Comercio Electrónico*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2001, pág. 193 y siguientes.

⁵⁰² ALONSO UREBA, A y VIERA GONZÁLEZ, A.J. “Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet”. En: MATEU DE ROS, R. y LÓPEZ-MONÍS

3. EL LUGAR DE PERFECCIONAMIENTO

El lugar de perfeccionamiento de los contratos entre personas distantes se concreta a través de una serie de presunciones a favor de los siguientes criterios: el lugar en el que se hace la oferta (*vid.* párrafo primero del artículo 54 del Código de Comercio)⁵⁰³, el lugar de residencia habitual del consumidor (*vid.* párrafo primero del artículo 29 de la LSSICE) y el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información (*vid.* párrafo segundo del artículo 29 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

En los últimos años, se ha venido produciendo una tendencia legislativa consistente en abandonar, de forma progresiva, el primer criterio⁵⁰⁴ y en utilizar, en mayor medida, los dos últimos; puesto que, en un mercado cada vez más global y complejo, éstos ofrecen soluciones claras y permiten establecer una proximidad real entre el contrato y el Estado cuya competencia judicial o ley aplicable se reivindican. Lo que no siempre ocurre respecto del criterio del lugar en el que se hizo la oferta: la globalidad del medio (Internet) puede tener por efecto multiplicar los lugares de emisión de la oferta (*vid.* párrafo primero del artículo 54 del Código de Comercio) (segundo bloque normativo) y/o generar cierta confusión.

GALLEGO, M. (coord.). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2003, pág. 348 y siguientes.

⁵⁰³ Sobre el carácter *iuris tantum* de la presunción aplicable al lugar de perfeccionamiento léase ARROYO APARICIO, A. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 221 y 222 y ROGEL VIDE, C. *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2008, pág. 102 y siguientes.

⁵⁰⁴ Sobre el lugar de celebración del contrato electrónico en las relaciones entre empresarios y entre empresarios y consumidores y sobre el progresivo abandono de ciertos criterios léase, respectivamente, LAFUENTE SÁNCHEZ, R. *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Valencia, Ediciones Tirant Monografías 378, 2005, pág. 109 y siguientes y PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 270 y siguientes.

En efecto, en un contexto de comercio electrónico, se multiplican los posibles lugares de emisión de la oferta que pueden identificarse con: el lugar de localización del servidor; el lugar desde donde se ha enviado la información (al servidor); el lugar desde donde se ha tomado la decisión de enviar la información al servidor; el lugar desde donde se gestiona la contratación; el lugar desde donde se gestiona la web...⁵⁰⁵. Esta pluralidad de posibilidades es susceptible de generar confusión siendo preferible optar por soluciones legales claras y simples como el lugar de residencia del consumidor o el de establecimiento del proveedor (*vid.* artículo 29 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

En cualquier caso, los nuevos criterios no siempre parten de la tradicional coincidencia entre el momento y el lugar de perfeccionamiento^{506 507}. A pesar de ser la regla general, se rompe, en ocasiones, con dicha dependencia con el objetivo de proteger a la parte más débil.

⁵⁰⁵ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. *Comercio electrónico: competencia judicial internacional y ley aplicable*. En: GÓMEZ SEGADE, J.A. (dir.); FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. y TATO PLAZA, A. (coord.). *Comercio electrónico en internet*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., 2001, pág. 447. Indica el autor que: "(...) Hallar un tribunal competente en un concreto Estado o señalar una concreta ley estatal como la más apropiada (por más cercana) para resolver los problemas planteados por un contrato electrónico, es una labor donde viejos postulados "localizadores" han de ver restringida su operatividad: lugar de emisión de la oferta, lugar de recepción de la misma, lugar donde acaecen los actos necesarios para la celebración del contrato, lugar donde se efectúa la publicidad, lugar de ejecución en la ejecución *on line*...son realidades con un sentido muy relativo al comercio electrónico que, sin embargo, siguen ocupando un lugar importante en la economía normativa (...)".

⁵⁰⁶ Actualmente, existe una conexión entre el momento y el lugar de perfeccionamiento en los contratos entre personas distantes, de formación sucesiva (*vid.* párrafo primero del artículo 54 del Código de Comercio) y en los contratos electrónicos con consumidores suscritos a través de dispositivos automáticos (*vid.* párrafo segundo del artículo 54 del Código de Comercio y artículo 29 de la LSSICE). Si el momento de perfeccionamiento es aquel en el que el oferente conoce la aceptación o en su caso, desde que la recibe; el lugar de perfeccionamiento debe ser aquel en el que se hizo la oferta (*vid.* párrafo primero del artículo 54 del Código de Comercio). Si el momento de perfeccionamiento del contrato es el de la emisión de la aceptación, el lugar de perfeccionamiento debe ser el de la residencia habitual del consumidor, si se opta por la coincidencia (*vid.* artículo 29 de la LSSICE).

⁵⁰⁷ Sobre la tradicional coincidencia entre el momento y el lugar de perfeccionamiento del contrato, léase: PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Editorial Comares, 2003, pág. 270 y siguientes y ROGEL VIDE, C. *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2008, pág. 101 y siguientes.

Así ocurre, respecto de los contratos suscritos por correo electrónico con consumidores: la aplicación de la teoría del conocimiento atemperada no mantiene conexión alguna con el lugar de residencia habitual del consumidor previsto en la LSSICE (*vid.* párrafo primero del artículo 54 del Código de Comercio y artículo 29 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

En los citados contratos, la ruptura prioriza la protección del consumidor (*vid.* párrafo primero del artículo 54 del Código de Comercio y artículo 29 de la LSSICE) en el siguiente sentido. La presunción del lugar de residencia habitual del consumidor como lugar de celebración del contrato facilita la posibilidad de calificar al consumidor como un consumidor pasivo y de ser merecedor de la protección derivada de la ley de su residencia habitual, si se cumplen los requisitos previstos en la ley (*vid.* artículo 6.1 del Reglamento Roma I). Recuérdese que, uno de los requisitos exigidos es que el proveedor ejerza sus actividades profesionales en el territorio del Estado Miembro de residencia habitual del consumidor o que, por cualquier medio, dirija tales actividades a ese país y que el contrato esté comprendido en el ámbito de dichas actividades (*vid.* artículo 6.1 del Reglamento Roma I). Por lo que, la presunción de que el contrato ha sido celebrado en el lugar de residencia habitual del consumidor (*vid.* artículo 29 de la LSSICE) (segundo bloque normativo) favorece su calificación como consumidor pasivo (salvo prueba en contrario).

4. LA VÁLIDA Y EFICAZ EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO A DISTANCIA: LA FIRMA ELECTRONICA

En el caso de la comercialización a distancia de servicios financieros la firma electrónica se utiliza, no sólo, como un instrumento de identificación y de autenticación del consumidor (usuario), sino, también, como un instrumento de acceso: el proveedor suele someter el acceso y la operatividad de los distintos canales ofertados al uso de determinadas claves, números identificativos, coordenadas y demás contraseñas.

Lo común es que el proveedor configure su sistema de seguridad mediante una clave de acceso (basada en un número de usuario y en una contraseña) que permite acce-

der a la correspondiente información y mediante una tarjeta con múltiples claves, aleatoriamente, seleccionadas para cada operación⁵⁰⁸. A través de sus claves, la entidad permite realizar las distintas operaciones y actos de disposición. En estos casos, el sistema suele tener poco que ver con el uso de la firma electrónica reconocida (equiparada, funcionalmente, a la firma manuscrita respecto de los datos consignados en forma electrónica [vid. artículos 3.4 y 3.8 de la LFE]) e incluso, con la firma electrónica avanzada dado que no existe una firma generada a partir de la aplicación de unos datos de creación de firma sobre un documento o mensaje, como subraya CRUZ RIVERO^{509 510}.

Sin embargo, estas claves y contraseñas, así como, las tarjetas de claves personales pueden servir para la válida y eficaz expresión del consentimiento, si cumplen ciertas exigencias de seguridad y de confidencialidad. Estas exigencias se tratan de garantizar, en parte, regulando su uso, en el marco de las condiciones generales predispuestas por el proveedor que se analizan a continuación.

La razón de ser de estas condiciones generales - relativas al uso – se halla en los artículos 3.9 y 3.10 de la LFE. Conforme al primero, no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de una firma electrónica reconocida por el mero hecho de presentarse en forma electrónica; conforme al segundo, cuando

⁵⁰⁸ NIEVA FENOLL, J. “Práctica y valoración de la prueba documental multimedia”. *Actualidad Civil*, núm.17, quincena del 1 al 15 de octubre 2009, pág. 2009 y siguientes. Indica el autor que la firma electrónica sin más puede ser cualquier número PIN que se utiliza para acceder a la web de muchos bancos o a cualquier cajero de la vía pública.

⁵⁰⁹ CRUZ RIVERO, D. “La atribución del riesgo de suplantación de identidad en la banca electrónica”. En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M^a.J. (coord.); PÉREZ RODRÍGUEZ, A.M^a. *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 237 y siguientes.

⁵¹⁰ BADENAS CARPIO, J.M. “Diferencia entre firma electrónica y firma electrónica avanzada.”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 526. Indica el autor que la firma electrónica avanzada es una modalidad de firma electrónica que cumple otros requisitos suplementarios, además, de los requisitos propios de la firma electrónica. La última es definida, como los datos, en forma electrónica, que sirven para identificar al firmante, por un lado y que, asociados a un texto, vinculan o establecen una relación entre éste y aquella persona. Frente a esta amplia definición (que puede abarcar muchos mecanismos tecnológicos desde el simple número de identificación personal [PIN] hasta el más complejo sistema biométrico), los requisitos suplementarios propios de la firma electrónica avanzada son, por un lado, que ésta ha sido creada por medios que el signatario mantiene bajo su exclusivo control y por otro, que permite detectar cualquier cambio que se produzca sobre el texto aprobado por el firmante después de haberlo emitido.

una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas. De modo que, estas firmas electrónicas - que no sean reconocidas ni avanzadas - pueden satisfacer el requisito de la firma manuscrita y pueden ser medios de prueba, si cumplen ciertas condiciones de seguridad⁵¹¹ y de confidencialidad⁵¹² conforme a lo acordado por las partes⁵¹³.

De ahí que, las condiciones generales suelen incorporar cuestiones como: la declaración contractual de ambas partes conforme a la cual las claves y contraseñas tienen la misma validez y eficacia que la firma manuscrita⁵¹⁴; el deber de custodia y de confi-

⁵¹¹ En lo que concierne al acceso, la seguridad de la firma se consigue exigiendo un número mínimo de dígitos (frecuentemente, cuatro dígitos) en la clave de acceso; dificultándose, así, el acceso mediante el sistema de prueba y error. En algunos casos, para reforzar la seguridad, los contratos de adhesión disponen (entre otras cláusulas) que, en caso de modificación de la citada clave, el usuario se abstenga de utilizar un número relacionado con sus datos personales o cualquier otro código que sea predecible por un tercero. En cuanto a la realización de operación, se suele exigir la incorporación de una determinada clave seleccionada, de forma aleatoria, de entre las múltiples que la tarjeta de claves ofrece. De modo que, aún cuando un tercero acceda a la clave, resultará difícil que el sistema pueda volver a solicitar esa misma clave.

⁵¹² La confidencialidad en el caso de las firmas electrónicas simples se consigue entregando las claves, la contraseña y la tarjeta personal de claves, directamente, al consumidor (usuario) en el momento de la firma y facultándole a modificar la clave de acceso una vez haya entrado, por vez primera, en el sistema. Se garantiza, así, que el cliente tiene en su poder las citadas claves, contraseña y tarjeta.

⁵¹³ CRUZ RIVERO, D. "La atribución del riesgo de suplantación de identidad en la banca electrónica". En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M^a.J. (coord.); PÉREZ RODRÍGUEZ, A.M^a. *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 242 y 243. Indica el autor que en el caso de la banca electrónica, las claves y contraseñas que suelen autenticar las órdenes de las operaciones bancarias pueden ser medios de prueba de la identidad de quien accedió al sistema y de quien dio esas órdenes sin que exista la presunción legal de que el firmante aparente es el firmante real, como ocurre en la firma electrónica reconocida por aplicación del artículo 3.8 de la LFE. De modo que, las medidas de seguridad señalarán al consumidor como autor de la orden pero podrá probarse que se ha tratado de una operación fraudulenta mediante cualquier medio de prueba admitido en derecho (*vid.* artículo 326 de la LEC).

⁵¹⁴ En este sentido, se suele disponer: que las contraseñas disponibles para cada canal y convenidas con el cliente tendrán la consideración de firma contractual; que el uso de la clave de acceso y de las claves propias de la tarjeta de claves del usuario equivaldrá a todos los efectos a la firma autorizada del titular del contrato; que el uso de las claves tendrá la consideración de identificación y de firma del usuario, en relación con la orden u operación a la cual vaya vinculada con pleno valor y eficacia jurídica como si se tratara de una firma manuscrita y finalmente, que los códigos (en el caso de la tarjeta personal de claves) tendrán la misma validez que la firma manuscrita consignada en soporte papel, de modo que, las partes aceptan equiparar, jurídicamente, el uso del código de acceso y de las claves a la firma manuscrita y

dencialidad de las claves y contraseñas, así como, de la tarjeta personal de claves a cargo del consumidor (usuario) y ciertas cláusulas de exoneración de responsabilidad del proveedor - las cuáles han de responder a los límites fijados por propia la jurisprudencia en materia de uso fraudulento de tarjetas de pago (de aplicación analógica al caso⁵¹⁵), si se quiere evitar su nulidad por abusivas⁵¹⁶ -. Cuestiones todas ellas muy relacionadas con la válida y eficaz expresión del consentimiento a distancia.

Valga destacar, respecto de la citada jurisprudencia, que han sido declaradas nulas por abusivas, en el ámbito de las tarjetas de pago, las cláusulas por las que se exonera de responsabilidad al proveedor, en todo caso, por las operaciones realizadas antes de la comunicación del consumidor (usuario)⁵¹⁷. Se ha declarado su carácter abusivo, en tanto que, estas cláusulas suponen una renuncia indiscriminada y merman el derecho que puede asistir al consumidor a reclamar imponiéndole una limitación (*vid.* artículo 86 del Real Decreto Legislativo 1/2007). El carácter abusivo de la renuncia se deriva del hecho que, como declara el Tribunal Supremo, son advertibles situaciones en las que, si la entidad actúa con diligencia puede apercibirse de la utilización indebida sin que sea necesaria la comunicación del consumidor.

Este planteamiento es trasladable al contexto analizado del uso de las claves y contraseñas por parte del consumidor (usuario). De ahí, el uso corriente - en el marco de los

ostentará plena eficacia probatoria en relación con las instrucciones o declaraciones realizadas por medio de estos códigos.

⁵¹⁵ CRUZ RIVERO, D. "La atribución del riesgo de suplantación de identidad en la banca electrónica". En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M^a.J. (coord.); PÉREZ RODRÍGUEZ, A.M^a. *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 253.

⁵¹⁶ *Vid.* apartado 6 del CAPITULO VIII de esta tesis.

⁵¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 792/2009, de 16 de diciembre: "(...) Las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización o modulación alguna son abusivas, como pone de relieve la OCU, porque contradicen la buena fe objetiva con desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del consumidor. Efectivamente, son advertibles situaciones en que, si la entidad actúa con la diligencia puede apercibirse de utilizaciones indebidas de tarjetas, aún sin la comunicación, o un eventual conocimiento de la sustracción o extravío. Son harto frecuentes los casos en que la diligencia de las entidades advirtió utilizaciones indebidas, avisando incluso a los usuarios, que lo desconocían, del intento de utilización. Por ello, es desproporcionada una cláusula que se limite a la exoneración de responsabilidad, en todo caso, por el uso de la tarjeta antes de la notificación de la sustracción o extravío.(...)".

contratos multicanal – de cláusulas por las que, por un lado, el banco se reserva la facultad de desactivar las contraseñas por razones, objetivamente, justificadas y relacionadas con la seguridad del canal y con la “sospecha” de utilización fraudulenta de las contraseñas y de cláusulas por las que, por otro lado, el titular autoriza al proveedor a abstenerse de ejecutar órdenes, incorrectamente, identificadas o sobre las que entienda que existen dudas en cuanto al ordenante o a la operación solicitada.

5. VALORACIÓN CRÍTICA

En cuanto a la determinación del momento de perfeccionamiento, la aplicación de la teoría del conocimiento atemperada por la buena fe (regla general) y de la teoría de la emisión (regla especial) (*vid.* artículo 54 del Código de Comercio) (segundo bloque normativo) dotan al aceptante de cierto nivel de confianza y de certeza.

Considerando que, en la mayoría de los casos, el consumidor ejerce el rol de aceptante, la afirmación de que ambas reglas contribuyen a un mayor nivel de confianza y de certeza se basa en los siguientes motivos: la regla general evita dilaciones o abusos imputables al oferente y la regla especial libera al aceptante del riesgo técnico del error en la transmisión de la aceptación.

Por otro lado, en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, se observa el requisito adicional de la constancia de la celebración (*vid.* artículo 6 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Cuestión que, resulta relevante a los efectos de concretar el inicio del cómputo del plazo aplicable al desistimiento, entre otros aspectos. Por consiguiente, a simple vista, no sorprende su observancia en el marco de la LCDSF, sin embargo, su mención explícita no resulta, estrictamente, necesaria considerando que corresponde al proveedor la carga de la prueba del consentimiento para la celebración del contrato (*vid.* artículo 17 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Si ello es así, la cuestión a plantearse es: ¿qué es lo que aporta la observancia de este requisito, desde un prisma de protección del consumidor?.

En sede de desistimiento, es evidente que, en caso de conflicto sobre la fecha de celebración, correspondería al proveedor probar la fecha de la efectiva celebración del

contrato y, a partir de ahí, alegar un retraso no admisible en el ejercicio del derecho. En ese sentido, la mención de la LCDSF no parece, estrictamente, necesaria. Otra cosa es que el propósito real del legislador al incorporar el requisito de la constancia haya sido dotar al consumidor de cierto grado de certeza en torno al hecho de la efectiva celebración del contrato y/u obligar al proveedor a actuar con el rigor necesario para poder aportar, en su caso, la prueba del consentimiento contractual.

A motivos de rigor se refiere el DCMR y la CNMV. El primero cuando dispone que las buenas prácticas bancarias exigen que se recoja por escrito las instrucciones y los contratos con los clientes⁵¹⁸. De modo que, el proveedor pueda acreditar su existencia si ésta llega a ser objeto de discusión. La segunda cuando establece que la falta de entrega de las órdenes de compra – venta de valores evidencia una actuación incorrecta, bien sea, en el proceso de compra, bien sea, en el proceso de archivo o conservación de los justificantes de órdenes⁵¹⁹.

En cuanto al lugar de perfeccionamiento, la presunción que identifica el lugar de celebración con el de la residencia habitual del consumidor favorece la calificación del consumidor como consumidor pasivo y la aplicación de la ley del lugar de residencia habitual del consumidor como ley aplicable al contrato (*vid.* artículo 29 de la LSSICE) (segundo bloque normativo) (*vid.* artículo 6.1 del Reglamento Roma I).

⁵¹⁸ Dispone el DCMR, a grandes rasgos que, en la práctica bancaria, puede ocurrir que, inicialmente, se den instrucciones operativas o se alcancen acuerdos de forma verbal, dada la agilidad que caracteriza a este sector de la actividad mercantil y como consecuencia de la confianza mutua que, normalmente, debe presidir las relaciones banco-cliente. No obstante, esta primitiva ausencia de formalización por escrito de las instrucciones conlleva el riesgo de que no pueda demostrarse su existencia si la misma es objeto de discusión. Por ello es esencial, y así lo ha entendido la normativa de transparencia y se exige como buena práctica bancaria, que se recojan por escrito las instrucciones y los contratos que formalizan las entidades con sus clientes, de modo que, siempre puedan acreditar, fehacientemente, el consentimiento dado y los exactos términos de sus instrucciones, debiendo conservar la documentación. Léase al respecto: Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009, Banco de España, Madrid, 2010, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.78 y 79 y Memoria del Servicio de Reclamaciones 2010, Banco de España, Madrid, 2011, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.67.

⁵¹⁹ La falta de acreditación de la existencia de las órdenes comporta que la actuación incorrecta se refiera bien, a la operación realizada, bien, al proceso de archivo y conservación de justificantes de órdenes de valores. Léase al respecto, Atención de reclamaciones y consultas, Memoria 2010, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.36.

Por consiguiente, a la vista de lo anterior, se puede concluir a favor del impacto positivo de las actuales soluciones legislativas en tanto que promueven la confianza en las nuevas tecnologías e incentivan su uso.

CAPITULO VII COMUNICACIONES TRAS EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO: FASE DE CONSUMACIÓN

Con anterioridad a la promulgación de la LSSICE y de la LCDSF, uno de los principales problemas que planteaba el uso de las nuevas tecnologías como modo/modalidad de comercialización era la falta de certeza sobre el hecho de la efectiva celebración del contrato y/o sobre su contenido regulador. Ambos dos factores muy necesarios. En primer lugar, porque el perfeccionamiento del contrato se produce con el conocimiento de la aceptación por parte del proveedor; en segundo lugar, porque el plazo de desistimiento empieza a contar desde la celebración (salvo excepciones) y en tercer lugar, porque el uso de las nuevas tecnologías debe garantizar la constancia y la prueba del contrato para una mayor transparencia y una mejor defensa del consumidor.

La vigente regulación del deber de comunicación posterior al perfeccionamiento ofrece ciertas garantías, en ese sentido.

En tanto que mecanismo de protección en razón del modo de comercialización a distancia con consumidores, la comunicación dota al consumidor de constancia en torno al contenido regulador del contrato; en tanto que mecanismo de protección en razón de la especial modalidad de contratación a distancia, la comunicación dota al destinatario de certeza en torno al hecho del efectivo perfeccionamiento del contrato y finalmente, en tanto que mecanismo de protección en razón de la especial naturaleza del proveedor o del servicio, la comunicación dota de constancia en torno al contenido regulador del contrato suscrito y aporta ciertas informaciones, mayoritariamente, relacionadas con la ejecución del contrato.

Así, cabe formular la siguiente distinción. En primer lugar, la LCDSF y algunas normas sectoriales sobre ordenación y transparencia junto con ciertas normas sectoriales de consumo, de carácter reciente, contemplan un deber de comunicación de la información previa y de las condiciones contractuales, en fase de consumación. En uno y otros casos, la comunicación de la información previa y/o de las condiciones contrac-

tuales se retrasa a un momento posterior, en razón de limitaciones de espacio y de tiempo imputables a la técnica de comunicación a distancia empleada. Su objetivo es conciliar la protección del consumidor/cliente con la necesidad de fomentar el uso de ciertas técnicas de comunicación a distancia como modo de comercialización (*vid.* artículo 9.2 de la LCDSF) (*vid.* artículos 7.2 y 11.2 de la Orden EHA/1608/2012 aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 62.4 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículos 10.7 y 12.9 de la nueva LCC) (primer y tercer bloques normativos). De forma que, su uso no conlleve una menor transparencia.

En segundo lugar, el deber de comunicación posterior impuesto en razón de la modalidad de contratación a distancia garantiza la constancia en torno al hecho de la efectiva celebración del contrato. Su objetivo es evitar que el uso de determinados medios o técnicas de comunicación a distancia conlleve una disminución del nivel de certeza (*vid.* artículo 28 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

En tercer lugar, el deber de comunicación posterior impuesto en razón de la especial naturaleza del proveedor o del servicio financiero dota de constancia en torno al contenido regulador del contrato celebrado y de cierta información, principalmente, relacionada con su ejecución. Su objetivo es garantizar una mejor información/comprensión (de la información) y una mejor protección y defensa del cliente/consumidor (*vid.* artículos 7, 8 y 11 de la Orden EHA/2899/2011, apartados 1 y 2 de la norma novena y apartado 5 de la norma undécima de la Circular 5/2012, artículos 9, 10, 15 y 16 de la Orden EHA/1608/2010) (*vid.* artículos 69 y 70 del Real Decreto 217/2008, norma décima de la Circular 7/2011 y artículo 18 de la LIIC) (*vid.* artículo 3 de la LCS) (*vid.* artículo 6 de la LPFP y artículo 48.2 del RFPF) (*vid.* artículo 21.1 de la Ley 2/2009 y artículos 16.1, 16.2 y 19 de la nueva LCC) (primer y tercer bloques normativos).

A continuación, se analiza el régimen jurídico aplicable en cada caso.

1. COMUNICACIÓN DE LA INFORMACIÓN PREVIA Y DE LAS CONDICIONES CONTRACTUALES EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA

En consonancia con el principio de transparencia, la regla general es que el deber de comunicación de la información previa y de las condiciones contractuales debe realizarse durante la fase de generación del contrato al igual que el deber de información.

Este deber, solamente, se pospone en los casos especiales, legalmente, previstos (*vid.* artículo 9.2 de la LCDSF). Concretamente, si el contrato se celebra, a petición del consumidor, utilizando una técnica que no permita comunicar las condiciones contractuales y la información previa en soporte duradero durante la fase de generación (*vid.* artículo 9.2 de la LCDSF) (*vid.* artículos 7.2 y 11.2 de la Orden EHA/1608/2012 aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 62.4 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículos 10.7 y 12.9 de la nueva LCC) (primer y tercer bloques normativos). Por lo que, es la elección de una determinada técnica por parte del consumidor lo que determina el retraso en la ejecución del deber de comunicación (*i.a.* contratación telefónica).

Como se ha indicado, anteriormente, las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Luxemburgo y Bélgica observan, igualmente, esta regla especial para su aplicación a los casos en que, a petición del consumidor, el contrato se haya celebrado a través de una técnica de comunicación a distancia que no permita la comunicación con la suficiente antelación y en todo caso, antes de que finalice la fase de generación, en línea con las exigencias de la DCDSF (*vid.* artículo L.121-20-11 de la *Ordonnance núm. 2005-648*) (*vid.* artículo 8 del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-17.(2) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.57.2 del *Code du droit économique*).

Sin embargo, en el caso de Irlanda, dicha regla no se ha transpuesto, correctamente, dado que, en virtud del artículo 9.(2) del *DMCFS Regulations 2004*, el retraso se activa en los casos en que el contrato a distancia se haya celebrado a petición del consumidor – lo que, en sí mismo, no es una circunstancia merecedora de protección especial

alguna en razón del modo de comercialización - y en los que la técnica de comunicación a distancia no permita la transmisión de las condiciones contractuales⁵²⁰.

ILLESCAS ORTIZ interpreta el artículo 9.2 de la LCDSF en este sentido: la comunicación se pospone en los casos en que el contrato a distancia se celebre a iniciativa del consumidor (que no, del proveedor) (*vid.* artículo 9.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)⁵²¹. Otros autores se inclinan por la misma interpretación⁵²².

Sin embargo, esta tesis sostiene la idea - ya apuntada - de que el retraso, simplemente, se justifica en la especial naturaleza de la técnica de comunicación a distancia empleada (*vid.* artículo 9.2 de la LCDSF) cuando limitaciones de espacio y de tiempo imputables a la misma, no permitan (o dificulten el hecho de) comunicar la totalidad de la información (entendida, en un sentido amplio) durante la fase de generación (por ejemplo: el teléfono⁵²³). Lo que está en línea con el enfoque de la nueva LCD, en sede de omisiones engañosas (*vid.* artículo 7.2 de la nueva LCD)⁵²⁴.

⁵²⁰ El artículo 9.(2) del *DMCFS Regulations* 2004 dispone, literalmente: "(...) (2) If – (a) a contract for the supply of a financial service is entered into at the request of a consumer, and (b) the means of distance communications used does not allow the information about the terms and conditions of the contract and the information referred to in Schedule 1 to be given, the supplier shall comply with the obligation referred to in paragraph (1) immediately after the contract is entered into."

⁵²¹ El artículo 9.2 de la LCDSF dispone literalmente: "(...) 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. (...)."

⁵²² Léase al respecto: TAPIA SÁNCHEZ, M^a. R. "La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia.", *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 96, 2009, pág. 41 y siguientes y NOVAL LAMAS, J.J. "La protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros". *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. Extraordinario, 2014, pág. 117 y 118.

⁵²³ "Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE". COM 99/0385 final. DOCE n^o C 177 E de 27 de junio de 2000. Pág. 21 y siguientes. Se hace constar que la sola observancia del apartado 1 del artículo 5 que regula la comunicación con antelación a la celebración del contrato impide la celebración de contratos de ejecución inmediata como los contratos por teléfono, por lo que, en el marco de la propuesta se sugiere situar la realización de la comunicación, tras la celebración del contrato.

"Posición Común (CE) n^o16/2002, de 19 de diciembre, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento y del Consejo,

En estos casos, el deber de comunicación responde al mismo propósito, tanto si se realiza en fase de generación como en fase de consumación (*vid.* artículos 9.1 y 9.2 de la LCDSF): mantener un nivel de transparencia⁵²⁵ sin que ello suponga excluir el uso de determinadas técnicas de comunicación a distancia ni renunciar a la celeridad en la contratación a distancia. En estas circunstancias, a quien corresponda la iniciativa del contrato es irrelevante.

En cierta medida, este enfoque responde a la misma lógica que otros mecanismos de protección de la LCDSF como el deber de información previa realizado a través de la telefonía vocal (*vid.* artículo 7.3 de la LCDSF). Si se comparan ambos tratamientos -

relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican las Directivas del Consejo 90/619/CEE, 97/7/CE y 98/27/CE". DOCE nº C 058 E de 5 de marzo de 2002, pág. 32 y siguientes. A raíz de la citada posición común se opta por el planteamiento del artículo 5.2 de la DCDSF.

⁵²⁴ Así, el artículo 9.2 de la LCDSF concilia la transparencia y la neutralidad tecnológica de una forma coherente con la regulación de la nueva LCD en sede de omisiones engañosas optando por un enfoque similar al de otras normas sectoriales sobre ordenación y transparencia y de consumo (*vid.* artículos 7.2 y 11.2 de la Orden EHA/1608/2010 aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 62.4 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículos 10.7 y 12.9 de la nueva LCC). En efecto, de la nueva LCD se infiere la posibilidad de posponer la información por limitaciones de espacio y de tiempo imputables a la técnica de comunicación empleada; sin incurrir en una omisión engañosa. Para la determinación del carácter engañoso se atenderá al contexto fáctico en el que los actos se producen teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación empleado. Es más, cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios (*vid.* artículo 7 de la nueva LCD). En esta idea – de transmitir la información por otros medios - incide el preámbulo de la reciente Ley 3/2014 que modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007: "(...) En los contratos a distancia, se adaptan los requisitos de información para tener en cuenta las restricciones técnicas de ciertos medios de comunicación, como las limitaciones de número de caracteres en determinadas pantallas de teléfono móvil o de tiempo en los anuncios televisivos. En tales casos, el empresario deberá respetar un conjunto mínimo de requisitos de información y remitir al consumidor y usuario a otra fuente de información, por ejemplo facilitando un número de teléfono gratuito o un enlace a una página web donde la información pertinente esté disponible y sea fácilmente accesible(...)".

⁵²⁵ MARÍN LÓPEZ, J.J. "Los servicios financieros y las nuevas tecnologías de 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". *Estudios sobre Consumo*, núm. 76, 2006, pág. 24. Afirma el autor que, no todas las técnicas permiten que la información quede, permanentemente, a disposición del consumidor y añade que, cuando la técnica no queda fijada en un soporte tangible o el soporte es temporal, el consumidor puede tener considerables dificultades para asegurarse la disponibilidad de la misma. Esa es la razón, en su acertada opinión, por la que se exige la comunicación de la información y de las condiciones contractuales en un soporte duradero.

en sede de comunicación y de información por telefonía - se comprueba que, en ambos casos, el hecho de posponer la información se deja a la voluntad del consumidor. Así, en sede de información, se exige la concurrencia de la aceptación para el suministro de una información abreviada (*vid.* artículo 7.3 de la LCDSF); mientras que, en sede de comunicación, se requiere la petición por parte del consumidor del uso de determinados medios (*vid.* artículo 9.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). En ambos supuestos, las limitaciones de espacio y de tiempo imputables a la técnica elegida son las circunstancias que justifican el retraso de la información/comunicación a la fase de consumación del contrato.

De ahí que, frente a la interpretación de ILLESCAS ORTIZ⁵²⁶ y de otros autores⁵²⁷, esta tesis defiende la idea de que la “petición del consumidor” a la que la ley se refiere, no debe identificarse con la iniciativa de contratar sino con la elección de una determinada técnica que presente ciertas limitaciones de espacio y de tiempo (*vid.* artículo 9.2 de la LCDSF) (*vid.* artículos 7.2 y 11.2 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 62.4 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículos 10.7 y 12.9 de la nueva LCC) . Es, en estas circunstancias especiales, en las que la ley admite el retraso de la información/comunicación a un momento, inmediatamente, posterior a la formalización⁵²⁸ del contrato (*vid.* artículos 9.1 y 9.2 de la LCDSF) o a su celebración⁵²⁹ o a la ejecución de la operación o prestación del servicio (*vid.* artículos 7.2 y 11.2 de la Or-

⁵²⁶ ILLESCAS ORTIZ, R. “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y dogmática contractual electrónica”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 84, 2007, pág. 19.

⁵²⁷ REQUEIXO SOUTO, X.M. “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.” *Actualidad Civil*, núm.13, quincena de 1 al 15 de julio, 2009, pág. 1477 y siguientes; TAPIA SÁNCHEZ, M^a. R. “La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia.”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 96, 2009, pág. 41 y siguientes y NOVAL LAMAS, J.J. “La protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. Extraordinario, 2014, pág. 117 y 118.

⁵²⁸ “Enmiendas e índice de enmiendas al proyecto de ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (121/000097)”. Durante la tramitación de la LCDSF, se sugirió la necesidad de sustituir la referencia a la “formalización” por la “celebración” del contrato con el objetivo de evitar excesivos retrasos en la realización de la comunicación.

⁵²⁹ En Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica, las normas de transposición de la DCDSF posponen la comunicación a un momento posterior a la “celebración” del contrato (*vid.* artículo L.121-20-11 de la *Ordonnance núm. 2005-648*) (*vid.* artículo 8 del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 9.(2) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-17.(2) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.57.2 del *Code du droit économique*).

den EHA/1608/2010 aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 62.4 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículos 10.7 y 12.9 de la nueva LCC) (primer y tercer bloques normativos).

Todo ello acompañado de la lógica premisa de que el contenido de la información (en sentido amplio) y los requisitos formales aplicables al deber de comunicación (en razón del modo) deberán ser los mismos que los que se aplican al correspondiente deber de comunicación cuando éste deba realizarse durante la fase de generación⁵³⁰ (*vid.* artículos 7.2 y 11.2 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 62.4 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículos 9.1 y 9.2 de la LCDSF) (primer y tercer bloques normativos).

Valga añadir una última consideración, varios autores se manifiestan en contra del hecho que no se haya incorporado un plazo concreto a los efectos del ejercicio del deber de comunicación posterior. Ni la LCDSF ni las normas de transposición de la DCDSF analizadas – en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica - contemplan plazo alguno. Es cierto que la observancia de un determinado plazo hubiera beneficiado, sin duda, al consumidor (sin perjuicio alguno a la agilidad en la contratación)⁵³¹. Sin embargo, la DCDSF – que es una norma de máximos - no concede, de forma expresa, margen alguno a los Estados Miembros, en esta cuestión. Probablemente, ello sea así por el hecho que la concesión de un margen (en el sentido expuesto) hubiera dejado la puerta abierta al establecimiento de diferencias entre las legislaciones internas de los Estados Miembros.

TAPIA SÁNCHEZ realiza una interesante aportación al respecto cuando indica que la exigencia de un plazo concreto cobra todo su sentido si se pone en relación con el plazo de catorce días con que cuenta el consumidor para desistir del contrato a distancia y añade que, el envío de la información sólo se considerará realizado de forma inmediata si se lleva a cabo antes de los citados catorce días posteriores al contrato.

⁵³⁰ *Vid.* apartado 5.1 y siguientes del CAPITULO V de esta tesis sobre el deber de comunicación durante la fase de generación del contrato.

⁵³¹ TAPIA SÁNCHEZ, M^a. R. “La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia.” *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 96, 2009, pág. 41 y siguientes.

2. ACUSE DE RECIBO O CONFIRMACIÓN DE LA ACEPTACIÓN EN LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

En lo que concierne al comercio electrónico, el deber de comunicación en la fase de consumación tiene por objetivo garantizar la constancia de la celebración del contrato (*vid.* artículo 28 de la LSSICE)⁵³² (segundo bloque normativo).

En su virtud, el proveedor - oferente debe comunicar la recepción de la aceptación del contrato para que el consumidor – aceptante tenga la certeza de su perfeccionamiento^{533 534}. Se facilita, así, la aplicación práctica de la teoría del conocimiento atemperada, a la vez que, se evitan ciertos abusos y se promueve la confianza en los nuevos medios.

La comunicación debe realizarse por alguno de los siguientes medios o técnicas. Por un lado, mediante el envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio

⁵³² En sede de cláusulas no negociadas individualmente, la Ley 3/2014 suprime el deber de enviar al consumidor una justificación escrita (o en soporte duradero) de la contratación efectuada (*vid.* artículo 80.1 *b*) del Real Decreto Legislativo 1/2007). El vigente artículo 80.1 modificado por la Ley 3/2014, simplemente, exige la consabida concreción, claridad y sencillez en la redacción (sin reenvíos a textos o a documentos contractuales que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato) (*vid.* artículo 80.1 *a*) del Real Decreto Legislativo 1/2007) y la accesibilidad y legibilidad del contrato con carácter previo a su celebración (*vid.* artículo 80.1 *b*) del Real Decreto Legislativo 1/2007 tras la citada Ley 3/2014). Al igual que el artículo 9.1 de la LCDSF, el artículo 80.1 *b*) sirve a la incorporación de las condiciones generales al contrato, de una forma coherente, con la regla del artículo 7 *a*) de la LCGC conforme a la cual no quedarán incorporadas las condiciones generales que el adherente no haya tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato.

⁵³³ De modo que, este deber no impone un requisito del que dependa la perfección ni la eficacia del contrato electrónico (*vid.* artículo 28 de la LSSICE).

⁵³⁴ Sobre el deber de confirmación del contrato en la LSSICE, léase ARRANZ ALONSO, L. “Los contratos del comercio electrónico”. En: MATEU DE ROS, R. y LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M. (coord.) *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2003, pág. 161 y siguientes.

de comunicación electrónica equivalente⁵³⁵; por otro, mediante la confirmación de la aceptación por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación⁵³⁶. En ambos casos, las técnicas utilizadas deben ser capaces de garantizar un cierto grado de constancia (*vid.* artículo 28.2 de la LSSICE)⁵³⁷.

3. COMUNICACIÓN DE CIERTAS INFORMACIONES EN EL MERCADO DE SERVICIOS FINANCIEROS

En tanto que instrumento de protección en razón de la especial naturaleza del proveedor o del servicio financiero, los términos aplicables al deber de comunicación imponible en fase de consumación difieren en cada uno de los tres sectores del mercado de los servicios financieros; especialmente, en lo que concierne al contenido de la información que se comunica.

En los tres sectores, el deber en cuestión no constituye el caso especial de una regla general que impone un deber de comunicación en fase de generación⁵³⁸. Se trata de un deber que debe ejecutarse, necesariamente, en fase posterior a la celebración del contrato y que tiene por objeto transmitir un ejemplar del contrato celebrado y/o cierta información relacionada con la ejecución del contrato.

La comunicación debe realizarse en soporte duradero o de una forma que permita almacenar y reproducir la información (entendida, en un sentido amplio) sin cambios (*vid.* artículo 11 de la Orden EHA/2899/2011 y apartado 2 de la norma novena y apar-

⁵³⁵ El envío del acuse de recibo debe dirigirse a la dirección que el consumidor - aceptante haya señalado y durante el plazo de las veinticuatro horas siguientes, a la recepción de la aceptación (*vid.* artículo 28.1 a) de la LSSICE).

⁵³⁶ La confirmación debe realizarse tan pronto como el consumidor – aceptante haya completado dicho procedimiento siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario (*vid.* artículo 28.1 b) de la LSSICE).

⁵³⁷ El artículo 28.2 de la LSSICE dispone que se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes puedan tener constancia de ello. Se añade que, en el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que el destinatario puede tener la referida constancia desde que éste haya sido almacenado en el servidor en que, esté dada de alta su cuenta de correo electrónico o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones (*vid.* párrafo segundo del artículo 28.2 de la LSSICE).

⁵³⁸ *Vid.* apartado 1 de este CAPÍTULO VII.

tado 5 de la norma undécima de la Circular 5/2012) (*vid.* artículos 62.3 y 69 del Real Decreto 217/2008; norma décima de la Circular 7/2011 y artículo 18.1 de la LIIC) (*vid.* artículos 48.2 y 48.3 del RFPF) (primer bloque normativo).

Así, en cuanto al mercado bancario, respecto de cualquier servicio bancario suscrito con el cliente, la entidad de crédito o sus intermediarios deben entregar un ejemplar del contrato suscrito⁵³⁹ y en su caso, cierta información relevante relacionada con la adhesión o con la ejecución del contrato⁵⁴⁰ (*vid.* artículos 7, 8, 11 y 15 de la Orden EHA/2899/2011, apartados 1 y 2 de la norma novena y apartado 5 de la norma undécima de la Circular 5/2012) (primer bloque normativo).

Asimismo, en razón de la especial naturaleza del servicio, el deber de entregar un ejemplar del contrato en soporte duradero se observa respecto de los créditos al consumo y de las operaciones derivadas de actividades de intermediación (*vid.* artículo 21.1 de la Ley 2/2009 y artículos 16.1 y 16.2 de la nueva LCC)⁵⁴¹. Es más, en los con-

⁵³⁹ Respecto del mercado bancario, a grandes rasgos, con alcance general, el artículo 7.1 de la Orden EHA/2899/2011 dispone que las entidades de crédito deberán entregar a sus clientes el documento contractual en que se formalice el servicio recibido. El artículo 7.3 concreta los términos que, de forma explícita y clara, deberán recoger los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de fondos reembolsables, especialmente, depósitos y servicios de concesión de crédito y de préstamo. Respecto del mercado de valores, la norma décima de la Circular 7/2011 sobre publicidad de los contratos-tipo contempla el deber de las empresas de servicios de inversión de poner los citados contratos a disposición del público en soporte duradero. Finalmente, respecto del mercado de los seguros privados, los artículos 3 y 5 de la LCS contemplan el deber de entregar la póliza o el documento de cobertura provisional.

⁵⁴⁰ A grandes rasgos, la información relacionada con la ejecución del contrato versa sobre los siguientes extremos, entre otros. Respecto del mercado bancario, los artículos 8.3 y 8.4 de la Orden EHA/2899/2011 observan, con alcance general, la comunicación de los documentos de liquidaciones (con los intereses y comisiones devengados y demás conceptos necesarios para calcular el coste del servicio) y una comunicación anual que contenga la información completa y detallada sobre los comisiones y gastos devengados y los tipos de interés aplicados a cada servicio. De forma más específica, en relación con los depósitos a la vista, el artículo 15 de la misma orden añade el deber de comunicar, gratuitamente y al menos, mensualmente, un extracto de todos los movimientos producidos en la cuenta corriente del cliente. Otros deberes de comunicación se observan en relación con determinados servicios bancarios (*i.a.* servicios de pago, créditos al consumo y operaciones derivadas de actividades de intermediación).

⁵⁴¹ Respecto de los créditos al consumo y de los contratos de intermediación la ley dispone que los contratos se redactarán por escrito en papel o en soporte duradero y que se deberá entregar a cada una de las partes un ejemplar del contrato firmado. En ambos casos, se identifica parte del contenido que deberá incorporar el contrato (*vid.* artículo 16.2 de la nueva LCC y artículos 21.2 y 20 de la Ley 2/2009).

tratos de crédito, en forma de posibilidad de descubierto, el proveedor está obligado a comunicar cierta información propia de la fase de ejecución (*vid.* artículo 19 de la nueva LCC) (tercer bloque normativo).

Además, se observa un deber de comunicación posterior respecto de las operaciones de pago. En estos casos, el proveedor debe comunicar mediante soporte duradero la siguiente información relacionada con la ejecución de la operación (*vid.* artículos 9, 10, 15 y 16 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer bloque normativo). Básicamente: una referencia identificativa de la operación de pago; el importe de la operación; el importe de cualesquiera gastos (en su caso, el desglose de gastos o de intereses que deba abonar el beneficiario); el tipo de cambio aplicado y la fecha valor del abono⁵⁴².

Respecto del mercado de valores, las empresas que presten servicios de inversión deben comunicar mediante soporte duradero las modificaciones a la información inicial; un estado periódico de las eventuales actividades de gestión de cartera y un estado de los instrumentos financieros o fondos que, en su caso, mantengan (*vid.* artículos 62.3, 69 y 70 del Real Decreto 217/2008 y norma décima de la Circular 7/2011), entre otros extremos⁵⁴³. Además, las entidades que presten servicios de inversión deben poner a disposición del público, en soporte duradero, las tarifas aplicables y los contratos-tipo (*vid.* apartado segundo de la norma sexta y norma décima de la Circular 7/2011). Se promueve, así, la constancia de los términos aplicables al contrato; aunque, dicha constancia se garantice en fase de generación y/o de consumación depen-

⁵⁴² Además, el artículo 13 de la Orden aplicable a los servicios de pago dispone que, en cualquier momento de la relación contractual, el usuario que así lo solicite tendrá derecho a recibir en papel o en cualquier soporte duradero las condiciones del contrato marco, así como, la información y las condiciones del artículo 12 (relativo a la información previa a la celebración del contrato marco).

⁵⁴³ Se observa, asimismo, la comunicación de información relacionada con la ejecución del contrato en el marco de la regulación aplicable al mercado de valores y a los seguros privados. En relación con los servicios de inversión, se contempla la comunicación de información sobre políticas de conflicto de intereses; de los informes sobre la prestación de los servicios de inversión (*vid.* artículos 62 y 63 del Real Decreto 217/2008); de las modificaciones a las comisiones (*vid.* artículo 62 del Real Decreto 217/2008 y apartado 3 c) de la norma tercera y normas sexta y séptima de la Circular 7/2011) y de la información esencial sobre la ejecución de una orden no relacionada con el servicio de gestión de carteras (*vid.* artículo 68 del Real Decreto 217/2008), entre otras informaciones.

diendo del momento en que el cliente – consumidor solicite este tipo de información (*vid.* norma décima de la Circular 7/2011) (primer bloque normativo).

Respecto de los seguros privados, con alcance general, las empresas aseguradoras están obligadas a comunicar en soporte duradero un ejemplar de la póliza suscrita o del documento en el que se formaliza el contrato o documento complementario (*vid.* artículos 3, 5 y disposición adicional primera de la LCS y artículo 76.2 del ROSSP)⁵⁴⁴. Recuérdese que, en la póliza deben constar las condiciones generales y las informaciones, legalmente, previstas (*vid.* artículos 3 y 8 de la LCS y artículos 53.2 y 60.1 de la LOSSP) (primer bloque normativo)⁵⁴⁵.

Finalmente, en lo que concierne a los planes de pensiones individuales (*vid.* artículo 4 de la LPFP) con motivo de la adhesión, la entidad financiera promotora está obligada a entregar al partícipe una copia del boletín de adhesión y un certificado de pertenencia al plan y de la aportación inicial (previa solicitud del partícipe), asimismo, debe entregar un ejemplar de las especificaciones y una declaración de principios aplicables a la política de inversión (*vid.* artículo 48.2 del RFPF). Estos documentos deberán entregarse en papel u otro soporte duradero, si así lo solicita el partícipe – en éste último caso – (*vid.* artículo 48.3 del RFPF) (primer bloque normativo).

4. VALORACIÓN CRÍTICA

En primer lugar, como mecanismo de protección en razón del modo de comercialización, el deber de comunicación en fase de consumación se observa, fundamentalmente, con el objetivo de cubrir las carencias informativas que pueden derivarse del uso de determinadas técnicas de comunicación a distancia, a petición del consumidor, cuando

⁵⁴⁴ Asimismo, durante la vigencia de la relación contractual las entidades aseguradoras deben comunicar por escrito las modificaciones de cierta información, inicialmente, suministrada en los seguros de vida (*vid.* artículo 105.2 del ROSSP).

⁵⁴⁵ En las pólizas se hará constar, como mínimo, los datos listados en el artículo 8 de la LCS alusivos, especialmente, al proveedor y a informaciones, principalmente, relacionadas con el objeto del contrato y su duración. Asimismo, tratándose de contratos de seguro de responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles y excluida la responsabilidad del transportista deberá incluirse el nombre y dirección del representante a que se refiere el artículo 86.2 de la misma LOSSP, cuando lo exija el Estado Miembro de localización del riesgo (*vid.* artículo 53.2 de la LOSSP).

éstas presenten ciertas limitaciones de espacio y de tiempo que impidan la realización de este deber en fase de generación (*vid.* artículo 9.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Esta fórmula lo que hace es fomentar el uso de cualesquiera técnicas de comunicación a distancia.

Este planteamiento – consistente en el retraso de la comunicación en razón de la especial naturaleza de la técnica empleada - lo siguen, en cierta medida, otras normas sectoriales (*vid.* artículos 7.2 y 11.2 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (*vid.* artículo 62.4 del Real Decreto 217/2008) (*vid.* artículos 10.7 y 12.9 de la nueva LCC), de una forma coherente con la regulación de la nueva LCD aplicable a las omisiones engañosas (*vid.* artículo 7 de la nueva LCD).

La gran aportación de la LCDSF radica en que el retraso en la realización del deber de comunicación se aplica, sin perjuicio del deber del proveedor de informar durante la fase de generación (*vid.* artículo 7 de la LCDSF): recuérdese que, en el caso de la LCDSF, se distingue, perfectamente, entre el deber de información (que no, necesariamente, se realiza en soporte duradero - por ejemplo: mediante una página web que no se adhiera a las exigencias técnicas del soporte duradero -) y entre el deber de comunicación. De esta forma, el legislador logra evitar que el uso de ciertas técnicas en la comercialización a distancia con consumidores comporte una disminución sustancial del nivel de transparencia durante la fase de generación que es el elemento imprescindible para garantizar una adecuada formación de la voluntad contractual (*vid.* artículos 7 y 9 de la LCDSF). Lo que es, especialmente, necesario en el caso de la comercialización a distancia con consumidores en que la falta de presencia física y simultánea de las partes se extiende hasta la celebración del contrato.

Por otro lado, como mecanismo de protección en razón de la especial modalidad de contratación a distancia, el deber de acuse de recibo o de confirmación dota de certeza al hecho del efectivo perfeccionamiento del contrato (*vid.* artículo 28 de la LSSICE). La constancia de la celebración del contrato se garantiza, asimismo, en razón del modo de comercialización a distancia – en virtud, de la propia LCDSF - como se ha indicado en el CAPITULO VI anterior (*vid.* artículo 6 de la LCDSF) (segundo y tercer bloques normativos).

Finalmente, como mecanismo de protección en razón de la especial naturaleza del proveedor o del servicio, el deber de comunicación se localiza en la fase de consumación y tiene por objetivo aportar ciertas informaciones - principalmente, relacionadas con esta fase consumación - y dotar al cliente de la debida constancia de los términos aplicables al contrato.

5. DERECHO A OBTENER EL CONTRATO EN SOPORTE PAPEL

En el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, el consumidor tiene derecho a obtener las condiciones contractuales, en soporte papel, en cualquier momento de la relación contractual y previa petición por su parte (*vid.* artículo 9.3 de la LCDSF).

Adicionalmente, respecto del mercado bancario, se observa el derecho a obtener una copia del contrato firmado previa solicitud del cliente (persona física); es más, en razón de la especial naturaleza del servicio, se reconoce el derecho a recibir las condiciones contractuales del contrato marco en los servicios de pago (*vid.* artículo 7.2 de la Orden EHA/2899/2011 y artículo 13 de la Orden EHA/1608/2010 aplicable a los servicios de pago). Respecto del mercado de valores, se observa el deber de poner a disposición los contratos-tipo en soporte duradero (*vid.* norma décima de la Circular 7/2011) y respecto del mercado de los seguros privados, se observa el deber de entregar la póliza o documento complementario en soporte duradero (*vid.* artículos 3, 5 y disposición adicional primera de la LCS) (primer y tercer bloques normativos).

Sorprende, por tanto, que una norma avanzada como la LCDSF se refiera a la transmisión del contrato en soporte “papel” (*vid.* artículo 9.3 de la LCDSF) (tercer bloque normativo); máxime, considerando la regulación sobre ordenación y transparencia aplicable.

Visto el deber de comunicación previa de las condiciones contractuales en soporte duradero accesible y la exigencia de dejar constancia de la celebración del contrato en soporte duradero ¿qué razón de ser tiene el reconocimiento de este derecho adicional a obtener el contrato en soporte papel sino una cierta desconfianza en los demás soportes “duraderos”? (*vid.* artículos 9.1, 9.2 y 6 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Los antecedentes formales de la DCDSF confirman esta aproximación⁵⁴⁶. Durante la tramitación de la norma, la definición legal de soporte duradero no resultaba tan precisa ni tan segura⁵⁴⁷, desde un prisma técnico, como lo es la vigente (*vid.* artículo 6 de la LCDSF). De ahí, la observancia de este requisito adicional consistente en transmitir en papel el contrato que ya había sido comunicado en soporte duradero (*vid.* artículo 9.1 de la LCDSF)⁵⁴⁸. Sin embargo, tras posteriores variaciones en la definición inicial - que

⁵⁴⁶ *Vid.* la “Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (A4 – 0190/99).” DOCE C 279 de 1 de octubre de 1999. Pág. 197 y siguientes; el “Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/610/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.” DOCE C 169 de 16 de junio de 1999. Pág. 46 y la “Posición Común (CE) nº 16/2002, de 19 de diciembre de 2001, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva y del Consejo, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas del Consejo 90/619/CEE y 97/7/CE y 98/27/CE.” DOCE C 058 de 5 de marzo de 2002. Pág. 32 y siguientes.

⁵⁴⁷ La observancia de este derecho en el artículo 5.3 de la DCDSF tiene su origen en las propuestas del Comité Económico y Social. En cuyo marco, se sugería que, en la medida en que “(...) el “soporte duradero” no ofrezca garantías suficientes de fiabilidad y seguridad (...) deberá dejarse a la iniciativa de los Estados miembros la facultad de exigir un documento escrito en los casos previstos en este precepto.” En aquel momento, la definición de soporte duradero no resultaba tan segura como la actual. El propio Parlamento Europeo compartía, en parte, el enfoque del Comité Económico y Social; de ahí, que sus enmiendas sugirieran la incorporación de un texto conforme al cual, el recurso al soporte duradero debía limitarse a los casos, en que éste estuviera, realmente, protegido contra toda forma de manipulación.

⁵⁴⁸ “Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/610/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.” DOCE C 169 de 16 de junio de 1999. Pág. 43 y siguientes. Se añadía, como una posible opción en el caso que no se pudiera llegar a establecer una definición segura y exhaustiva, la conveniencia de reconocer la obligatoriedad de confirmar por escrito la comunicación transmitida por “soporte duradero” dentro de un plazo razonable. En lo que concierne al citado plazo, existieron ciertos intentos relevantes de enmiendas a la definición de soporte duradero. Así consta en las “Enmiendas e índice de enmiendas al proyecto de ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (621/000096).” Dos grupos parlamentarios solicitaron la incorporación de un plazo mínimo de 5 años y un tercer grupo, la de un plazo que cubriera la prescripción fiscal existente en cada momento, a los efectos de que la información pudiera ser recuperable para el consumidor. Se concluyó que la mejor fórmula era no concretar el citado plazo; máxime, considerando - vistas las opciones - que los plazos podían resultar inferiores al tiempo de vigencia de la relación contractual. De ahí que, la definición de soporte duradero se refiera, simplemente, a “un período de tiempo adecuado, para los fines para los que la informa-

aportaban un más adecuado nivel de seguridad técnica - el legislador optó por mantener este derecho: lo que resulta difícil de justificar.

Una posible explicación es que, a través de este derecho, el legislador esté tratando de solventar situaciones en las que la comunicación se realice mediante una técnica de comunicación a distancia que no sea o que haya dejado de ser accesible para el consumidor, por ejemplo, a resultas de un cambio de circunstancias (*vid.* artículo 9.1 de la LCDSF)⁵⁴⁹. Es destacable la fórmula que - respecto de este derecho - se añade, en el marco de la norma de transposición de la DCDSF en el Reino Unido, en cuya virtud, se limita el ejercicio de este derecho por el consumidor en una única vez. El artículo 8.(3) del *FSDM Regulations 2004* dispone que, éste derecho no será aplicable si el proveedor ha comunicado las condiciones contractuales en papel durante la relación contractual y éstas no han sufrido variación alguna desde su comunicación. Lo que invita a pensar que, en este caso, se parte de la idea de que, en estas circunstancias, ya se ha garantizado, suficientemente, la accesibilidad a los términos y condiciones del contrato.

En cualquier caso, vista la redacción del artículo 9.3 y partiendo del criterio del DCMR - conforme al cual la entrega del documento contractual será obligatoria siempre que lo solicite el cliente, en cualquier momento de la relación contractual - este tesis entiende que el derecho del artículo 9.3 de la LCDSF no debería quedar limitado en el sentido que dispone la *FSDM Regulations 2004*. Máxime, a la vista de los motivos que, a criterio del DCMR, justifican la entrega del documento contractual: por un lado, el hecho que se trata de una obligación legal y por otro, que resulta exigible por la necesaria transparencia, claridad y justo equilibrio entre las prestaciones de las partes que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes⁵⁵⁰.

ción está destinada" (*vid.* artículo 6 de la LCDSF). Sin olvidar que ello se acompaña, en la práctica, de la protección adicional que supone el reconocimiento legal del derecho analizado.

⁵⁴⁹ Aunque, estas situaciones también podrían quedar resueltas mediante el derecho del consumidor a cambiar de técnica de comunicación a distancia observado en el mismo artículo dependiendo de las técnicas de comunicación a distancia cuyo uso abarque el sistema de contratación organizado por el proveedor (*vid.* artículo 9.3 de la LCDSF).

⁵⁵⁰ Memoria del Servicio de Reclamaciones 2008, Banco de España, Madrid, 2009, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.86.

Hechas las anteriores consideraciones, valga concluir, en primer lugar que, vista su redacción y antecedentes, todo parece apuntar que el citado derecho tiene por objetivo garantizar la accesibilidad al contrato. En segundo lugar (y por las razones expuestas) que, esta fórmula ratifica, una vez más, la importancia de que el proveedor informe – en fase de generación - sobre las técnicas de comunicación cuyo uso está dispuesto a ofrecer al consumidor para evitar, así, problemas relacionados con la posible futura pérdida de accesibilidad en relación con una determinada técnica de comunicación a distancia. Información que la LCDSF no incorpora en su artículo 7, como ya se ha subrayado.

CAPITULO VIII PAGOS A DISTANCIA NO

AUTORIZADOS: FASE DE

CONSUMACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

En un sentido amplio, son pagos no autorizados los pagos fraudulentos o indebidos. Estos suelen asociarse a pagos realizados por terceros no autorizados, sin presentación física ni identificación electrónica de la tarjeta de pago⁵⁵¹ (*vid.* artículo 6.3 de la Recomendación de 30 de julio de 1997) (*vid.* artículo 25 de la LSP) (primer bloque normativo).

Los pagos a distancia suelen comportar ciertos riesgos adicionales por la falta de presentación física e identificación electrónica⁵⁵² que facilita intervenciones fraudulentas por parte de terceros. Mayoritariamente, dichas intervenciones se dirigen a obtener del consumidor (titular⁵⁵³) las tarjetas de pago y/o las claves y contraseñas correspondien-

⁵⁵¹ ARROYO APARICIO, A. “Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: la ley de incorporación de la Directiva 2002/65/CE.”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, año 2007 – 2, núm. 14, pág. 56 y 57. Afirma la autora que la finalidad de la norma es dar respuesta al problema derivado del uso de una tarjeta por un tenedor distinto del titular legítimo. Se añade que, al no existir presencia física simultánea de las partes en este tipo de contratos a distancia suele ocurrir que, en el momento del pago mediante tarjeta no hay firma del titular, ni identificación a través de un documento de identidad, ni siquiera presentación material de la tarjeta.

⁵⁵² Sobre los inconvenientes de los pagos en el comercio a distancia y/o posibles medidas de seguridad, léase LÓPEZ GARCÍA, O. “Pago mediante tarjeta en ventas a distancia electrónicas”. *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 91, 2008, pág. 3 y siguientes y CASTILLA CUBILLAS, M. “El uso indebido de la tarjeta de crédito en el ordenamiento español”. En: OLIVENCIA, M.; FERNÁNDEZ-NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R (dir.). *Tratado de derecho mercantil*, Barcelona/Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 179 y siguientes. Expone este último autor que el problema del uso no autorizado de las tarjetas ha ido aumentando en progresión paralela a los pagos a distancia, como resultado de la falta de presentación física e identificación electrónica de las tarjetas. Lo que, en determinados ámbitos, ha comportado la previsión de cautelas adicionales dirigidas a comprobar la posesión de la tarjeta y quien autoriza su uso en la operación que pretende realizarse.

⁵⁵³ En adelante, este CAPITULO VIII se refiere al proveedor en tanto que emisor de la tarjeta de pago y al consumidor en tanto que titular de la misma.

tes mediante robo o engaño^{554 555}. No sorprende que, ante la ausencia de una normativa vinculante sobre pagos no autorizados, el legislador aprovechara, en su día, la oportunidad que le brindaba la promulgación de la LCDSF para incorporar una fórmula de protección - la facultad de anulación automática^{556 557} del consumidor, en el caso de

⁵⁵⁴ Sería el caso, por ejemplo, de prácticas como el *phishing* cuya operativa es, perfectamente, descrita en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana núm.126/2008, de 25 de junio (fundamento de derecho cuarto): "(...) La operativa suele ser la siguiente: en el correo electrónico remitido por el sustractor se comunica al cliente de una determinada entidad de crédito que, debido a un fallo en el sistema informático de la misma, es necesario proceder a verificar la información sobre todos sus clientes, por lo cual se le solicita que consigne en un formulario sus datos de identificación y clave de acceso. A veces añade la amenaza de anular la cuenta de los clientes que no procedan a esta verificación. Cuando el cliente accede a transmitir esta información lo hace a través de una página web trucada que reproduce fielmente la de la entidad de crédito (*web spoofing, phishing*), alojada en un servicio de *hosting* anónimo bajo un nombre de dominio muy similar al de la entidad de crédito. Cuando los delincuentes tienen los datos de identificación del cliente y su clave secreta, proceden a vaciar el saldo de sus cuentas en la entidad de crédito. (...)".

⁵⁵⁵ Por ejemplo, respecto de las transferencias realizadas por Internet constata el actual DCMR que estas prácticas se realizan, generalmente, mediante suplantación, previa obtención por distintos procedimientos de los datos y de las claves de identificación del cliente. Subraya que, en la mayoría de los casos analizados de transferencias fraudulentas de fondos, el problema reside en la correcta identificación del cliente y en las medidas de autenticación ofrecidas. Añade que, con carácter general, las entidades de crédito cuentan con medidas de seguridad interna eficaces y acertadas a efectos de minimizar y prevenir el fraude electrónico, sin embargo, estas medidas no son suficientes para eludir ciertos riesgos que se analizan, pues las actuales sofisticaciones de los fraudes electrónicos superan las posibilidades del cliente medio. Tras subrayar que el diseño de las medidas de seguridad entra dentro del ámbito discrecional de cada entidad y tras constatar que la mayoría de los sistemas de seguridad ofrecidos a los clientes son débiles por ser de un sólo factor en lugar de dos factores incide en la importancia que tiene que los consumidores comprendan los riesgos de aceptar, en fase previa, el sistema de autenticación ofrecido por la entidad con la que operan. Concluye el DCMR que teniendo en cuenta (i) que son las entidades las que han puesto en funcionamiento el nuevo canal (ii) que este uso fraudulento puede venir no sólo por la negligencia de los clientes sino por un desconocimiento de los riesgos asumidos o por la vulnerabilidad de los sistemas de autenticación utilizados y (iii) que los sistemas de autenticación son elegidos por las entidades existiendo casos en los que otros sistemas proporcionan una mayor seguridad a la hora de la correcta identificación de los clientes, 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. Por ello, el DCMR considera que la actuación de las entidades en relación con el supuesto fraude debe ser analizada teniendo en cuenta los principios de información, de diligencia y de responsabilidad. Concreta el DCMR que, atendiendo al principio de información, las entidades deben asegurarse de que sus clientes (i) conocen la realidad y magnitud del riesgo que comporta operar a través de la red, especialmente, con el sistema de autenticación ofrecido, (ii) son conscientes de los compromisos que asumen al suscribir el contrato y (iii) reciben la formación y el asesoramiento necesarios para operar de la manera más "segura". Léase al respecto la Memoria del Servicio de Reclamaciones 2008, Banco de España, Madrid, 2009, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.269 y siguientes.

⁵⁵⁶ El derogado artículo 12 de la LCDSF tuvo como antecedente normativo el artículo 46 de la LOCM que fue derogado, en virtud de la Ley 3/2014 de 27 de marzo, por la que se

los pagos a distancia realizados con tarjeta de pago – anticipándose, a la LSP (*vid.* el derogado artículo 12 de la LCDSF) (*vid.* artículo 31 de la LSP) (tercer bloque normativo).

En su virtud, se concedía al consumidor la facultad de exigir la inmediata anulación del cargo realizado por un uso no autorizado de la tarjeta de pago y se obligaba al proveedor (emisor) a realizar las correspondientes anotaciones de adeudo y de reabono, a la mayor brevedad basándose en la idea sentada por la jurisprudencia que las consecuencias perjudiciales que puedan derivar de un riesgo de fugas del sistema deben ser asumidas, en principio, por las entidades bancarias que son la parte dominante del contrato⁵⁵⁸ (*vid.* el derogado artículo 12 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (*vid.* disposición derogatoria única).

Sobre la conexión entre uno y otro artículo, léase la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 47/2010 de 5 de febrero (fundamento de derecho segundo).

⁵⁵⁷ OCHOA ARRIBAS, C. “Principales aspectos de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.” *Revista de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 17, 2008, pág. 57 y siguientes. Subraya el autor que el pago mediante tarjeta viene regulado por el (actualmente, derogado) artículo 12 de la LCDSF que reproduce el párrafo primero del (actualmente, derogado) artículo 46 de la LOCM (reproducción que se halla en correlación con la que la DCDSF hace en este punto de la Directiva 97/7/CE transpuesta en la LOCM). Constata que, el artículo no observa el supuesto consistente en que se prueba que el titular de la tarjeta ha contratado, efectivamente, el servicio financiero y luego niega haberlo hecho. El autor se remite, en tales circunstancias, al contenido de la LOCM que observa el deber de indemnizar al proveedor por los daños y perjuicios causados.

⁵⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm.47/2010 en relación con una demanda interpuesta por la entidad financiera demandante contra una empresa de hospedaje rural y la consiguiente sentencia estimatoria dictada por el Juzgado de Primera Instancia que condena a la parte demandada (empresa de servicios de hospedaje rural) a que restituya la cantidad reclamada por la entidad demandante. La cuestión litigiosa versa sobre quién debe soportar el riesgo de las operaciones en que el medio de pago es electrónico y cuyo número de identificación, aún siendo correcto, no ha sido facilitado por su legítimo titular sino, fraudulentamente, por terceros que lo obtuvieron, de manera ilícita. Tras subrayar los riesgos a los que las partes se ven sometidas en el ámbito de la contratación a distancia - por la facilidad para burlar los requisitos de identificación – la Audiencia Provincial establece un paralelismo entre el artículo 46 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista cuya redacción se mantiene – indica - sin aparente variación sustancial en el artículo 12 de la LCDSF. A la luz de ambos artículos, entiende la Audiencia Provincial que, la utilización indebida del número de una tarjeta de crédito permite a su titular la inmediata anulación del cargo, lo que supone trasladar el riesgo derivado de la utilización ilícita a la entidad de crédito y, de forma inmediata, al propietario del establecimiento comercial en el que se ha adquirido el bien o servicio dado que la entidad, a su vez, cargará los importes que haya tenido que devolver al citado propietario, en aplicación de las cláusulas, usualmente, incluidas en el contrato de adhesión o afiliación.

Dado su carácter vinculante, esta facultad supuso un serio avance frente al régimen anterior localizado en varias recomendaciones comunitarias⁵⁵⁹ (las cuáles, con el tiempo, influyeron en la redacción de los correspondientes contratos de adhesión⁵⁶⁰). Sin embargo, su carácter automático dejaba la puerta abierta a ciertos abusos por parte del consumidor⁵⁶¹. El legislador optó por su derogación (*vid.* disposición final novena de la LSP).

Actualmente, los pagos no autorizados con tarjeta activan el deber de devolución (*vid.* artículos 1.2 y 31 de la LSP)⁵⁶². Sin embargo, a diferencia del régimen anterior, la observancia de este deber se acompaña de ciertos deberes o garantías legales que tienen por efecto facilitar la detección y la denuncia de los pagos no autorizados, así como, una más eficiente aplicación del deber de devolución⁵⁶³. De forma que, todos ellos

⁵⁵⁹ Destáquese: la Recomendación 87/598/CEE de la Comisión, de 8 de diciembre de 1987, relativa a un código europeo de conducta referente a los pagos electrónicos (en adelante, la Recomendación 87/598/CEE); la Recomendación 88/590/CEE de la Comisión, de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y, en particular, a las relaciones entre los titulares de las tarjetas y los expedidores de las mismas (en adelante, la Recomendación 88/590/CEE); la Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales de instrumentos (en adelante, la Recomendación de 30 de julio de 1997).

⁵⁶⁰ Además de su eficacia interpretativa, el (entonces) Servicio de Reclamaciones del Banco de España manifestó - a partir de 1991 - en algunos de sus informes que no se ajustaban a las buenas prácticas bancarias las actuaciones consistentes en no aplicar al titular de la tarjeta el límite de responsabilidad de 150 euros establecido en la Recomendación 87/598/CEE y en la Recomendación de 30 de julio de 1997. Desde entonces se fueron incorporando cláusulas, en ese sentido, cuyo enfoque se basaba en las premisas consistentes en que el sistema lo dispone el proveedor y en que el sistema operativo no es completamente seguro siendo el proveedor quien tiene el primer deber de impedir el mal uso de las tarjetas por ser quien ha puesto en marcha el sistema. De ahí, su responsabilidad por circunstancias relativas al funcionamiento del sistema cuyos riesgos y limitaciones él conoce y de ahí, que sea de su cargo la prueba de la mala fe o negligencia del consumidor. Léase al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.254/2006 de 25 de abril (fundamento de derecho segundo).

⁵⁶¹ Sobre la derogada facultad de anulación y las inconveniencias de su carácter automático, léase SOLA TEYSSIERE, J. *La venta a distancia en el comercio minorista. Régimen jurídico y control administrativo*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2002, pág. 500 y 504.

⁵⁶² En sede de servicios de pagos son destacables las siguientes normas: la LSP (que transpone la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE (en adelante, la Directiva 2007/64/CE)) y la Orden aplicable a los servicios de pago. La cual desarrolla el artículo 18 de la citada LSP.

⁵⁶³ El régimen jurídico anterior dejaba, en gran medida, a la autonomía de la voluntad de las partes la regulación de estos deberes o garantías (*i.a.* procedimiento de autorización, adopción de cautelas...) en el correspondiente contrato.

conforman los distintos eslabones de una misma cadena que culmina con la configuración de un más eficaz sistema de responsabilidad entre consumidor y proveedor (*vid.* artículos 25 y siguientes de la LSP) (primer bloque normativo).

A continuación, se analizan cada uno de estos mecanismos tuitivos por orden cronológico, con el objetivo de valorar la eficacia tuitiva del vigente sistema legal, considerado en su globalidad: el deber de información del proveedor; el deber de comunicación del consumidor de las operaciones de pago no autorizadas; la responsabilidad del proveedor y la responsabilidad del consumidor (*vid.* artículos 25 y siguientes de la LSP). Se constatará que la jurisprudencia más relevante en torno al uso no autorizado de tarjetas de pago concierne, por un lado, a la calificación del carácter abusivo o no, de ciertas cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad insertas en contratos de adhesión y por otro, a la determinación de a quién corresponde asumir el riesgo por el uso de tarjetas por parte de terceros no autorizados, a la vista del sistema legal de responsabilidad aplicable en las relaciones entre los consumidores y los proveedores (*vid.* artículos 31 y 32 de la LSP) (primer bloque normativo)⁵⁶⁴.

Sirva avanzar que, el régimen jurídico actual sigue reconociendo un cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, aunque, dentro de los actuales límites de la legislación vigente que, como se constatará, tiende a la consecución de dos prioridades⁵⁶⁵. Por un lado, evitar conductas indeseables mediante una asignación adecuada

Sobre el carácter atípico del contrato de tarjeta de crédito y la importancia del concierto de voluntades entre las partes conforme al artículo 1255 del Código Civil, léase: la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm.200/2006 de 17 de mayo (fundamento de derecho tercero), la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm.20/2004 de 27 de diciembre (fundamento de derecho segundo) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm.573/2008 de 15 de octubre (fundamento de derecho segundo).

⁵⁶⁴ La mayoría de las sentencias analizadas en este CAPITULO se refieren a pagos no autorizados realizados mediante tarjetas de pago, con algunas salvedades referidas, fundamentalmente, a transferencias no autorizadas *on line* o (en algún caso) a pagos realizados mediante giro postal.

⁵⁶⁵ Ya, con anterioridad a la LSP, el – entonces – SRBE instaba a la aplicación de ciertos límites sometiendo a valoración negativa los contratos de tarjeta que (i) no incluían cláusulas con el límite responsabilidad aplicable al cliente en caso de cargos fraudulentos (ii) que establecían un automatismo entre el tecleo del PIN y la negligencia en la custodia del número secreto (iii) que incluían cláusulas con un límite temporal de aviso (a contar desde la pérdida, el robo, el hurto o el extravío de la tarjeta) que perjudicaba al cliente. Léase al respecto la Memoria del Servicio de Reclamaciones 2007, Banco de España, Madrid, 2008, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.192 y 193.

de incentivos y de riesgos a la parte en mejor posición para asumirlos⁵⁶⁶ (riesgos que la jurisprudencia distribuye fundándose en principios elementales de equidad) y por otro lado, mitigar en lo posible, los daños y perjuicios⁵⁶⁷. Se constata a continuación, en qué medida, la vigente regulación atiende a la realización de ambas prioridades y en qué medida la jurisprudencia contribuye a su desarrollo y consolidación.

⁵⁶⁶ Con anterioridad a la entrada en vigor de la LSP, la interpretación judicial de los contratos de emisión de tarjetas había permitido desarrollar un sistema de responsabilidad compartida basado en la equidad y en la asignación del riesgo a la persona o parte en mejor posición de evitar su producción, en afinidad con una visión económica de la situación a regular. A la equidad se refiere, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 276/2004 de 29 de septiembre cuyo fundamento de derecho tercero expone: "(...) Como viene reconociendo la jurisprudencia menor (así las sentencias de las Audiencias Provinciales de Castellón, Sec. 2ª, de 12-2-00, y Asturias, Sec. 5ª, de 18-3-00), estamos ante un sistema de pago y reintegro mediante la utilización de un procedimiento electrónico en el que todos se benefician, tanto el banco emisor, como los comerciantes, la empresa que autoriza el uso de la marca de la tarjeta y presta sus programas informáticos y el titular de la misma, por lo que no resulta admisible, por ir contra principios elementales de equidad en la distribución de los riesgos, que todos los derivados del uso por terceros no autorizados sean a cargo del titular, que es la parte más débil y la fundamental para la efectividad del sistema. Por eso, aplicando la normativa general antes mencionada sobre protección del consumidor, las normas sobre una buena práctica bancaria y las recomendaciones de la Unión Europea que antes se han referido, debe concluirse que la responsabilidad por el uso fraudulento de terceros de las tarjetas de crédito, en los casos de sustracción o extravío, no corresponde al titular, siempre que cumpla con unos mínimos deberes de diligencia, debiendo responder sólo en supuestos de grave negligencia o cooperación, limitando incluso su responsabilidad en casos de falta de aviso a la cantidad de 150 euros recomendada por organismos europeos.(...)." A la mejor posición de la entidad bancaria para evitar el riesgo inherente al uso de tarjetas de crédito alude la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm.200/2006 de 17 de mayo cuyo fundamento de derecho tercero expone: "(...). Evidente es dada la tecnología que del sistema deriva, la existencia de un riesgo calificado como «fugas del sistema» en cuanto a la sustracción de tales tarjetas y el uso fraudulento de las mismas por parte de terceras personas, ajenas a la relación contractual bancaria que acceden en muchos casos a dichos instrumentos y la información secreta de los mismos como sus claves por medio de técnicas sofisticadas. Por ello, las consecuencias perjudiciales que pueden derivar de tal riesgo en principio han de ser asumidas por las entidades bancarias pues son ellas la parte fuerte o dominante del contrato, las generadoras de la fuente del riesgo dado que son las que emiten las tarjetas e impulsan su uso en masa; las que marcan las reglas de funcionamiento y seguridad de la propia tarjeta fijadas en el propio contrato de adhesión y por último porque controlan y confeccionan los medios tecnológicos desplegados para su efectividad y su seguridad, pues son las que han configurado en el punto ahora que interesa, los cajeros automáticos, su ubicación y sus medidas de seguridad. Tal asunción de ese riesgo técnico determina la responsabilidad de las entidades bancarias tal como se reconoce por la mayoría de la Jurisprudencia (Sentencia Audiencia Provincial Madrid, sección undécima 7-12-2002; Asturias 18-3-2002 [AC 2002, 604] (...)." [subrayado añadido]

⁵⁶⁷ CASTILLA CUBILLAS, M. "El uso indebido de la tarjeta de crédito en el ordenamiento español". En: OLIVENCIA, M.; FERNÁNDEZ-NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dir.). *Tratado de derecho mercantil*, Barcelona/Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 175 a 177.

2. INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR DE LAS OPERACIONES DE PAGO REALIZADAS

El proveedor está obligado a informar al consumidor sobre las operaciones de pago que se vayan realizando (*vid.* artículos 9 y 15 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer bloque normativo).

Dicha información debe comprender los aspectos más esenciales de las citadas operaciones. Entre otros: los datos que permitan identificar la operación; su importe; los gastos que el titular debe asumir; en su caso, el tipo de cambio aplicado y la fecha de valor del adeudo o la fecha de recepción de la operación (*vid.* artículos 9 y 15 de la Orden aplicable a los servicios de pago). Así, se ofrece al consumidor la posibilidad de conocer y de denunciar aquellas operaciones que no haya autorizado (*vid.* artículos 27 *b*) y 29.2 de la LSP) (primer bloque normativo).

Como se ha apuntado al inicio, con anterioridad a la LSP, se observaba un deber de información en el marco de la Recomendación 88/590/CEE; si bien, en su virtud, el titular, solamente, era informado previa solicitud por su parte (*vid.* disposición 6.3 de la Recomendación 88/590/CEE). Asimismo, la Orden de 12 de diciembre de 1989 contemplaba un deber de información – expresado en términos genéricos - consistente en la remisión de las correspondientes liquidaciones que se dirigían, fundamentalmente, a permitir que el cliente pudiera comprobar la liquidación realizada y el cálculo del coste o producto neto efectivo de la operación (*vid.* artículo octavo de la derogada Orden de 12 de diciembre de 1989) (primer bloque normativo).

De modo que, actualmente, el deber no queda sujeto a solicitud alguna y abarca las informaciones o datos específicos que describe la Orden aplicable a los servicios de pago (*vid.* artículos 9 y 15 de la Orden aplicable a los servicios de pago) (primer bloque normativo).

En ese sentido, se puede afirmar que constituye una eficaz medida preventiva, la cual presenta una evidente conexión con la apuntada necesidad de mitigar, en lo posible, los daños y perjuicios ocasionados, en línea con las prioridades, anteriormente, anunciadas.

3. COMUNICACIÓN AL PROVEEDOR DE LAS OPERACIONES DE PAGO NO AUTORIZADAS

Tras el deber de información, el siguiente eslabón de la cadena es el deber del consumidor de comunicar, sin demora indebida, las operaciones de pago no autorizadas desde que adquiere conocimiento de las mismas (*vid.* artículos 27 *b*) y 29.1 de la LSP) (primer bloque normativo)⁵⁶⁸.

En sede de tarjetas de pago, es destacable, la abundante jurisprudencia habida en torno a la cuestión del plazo de tiempo en que el consumidor debe comunicar el robo y el extravío de la tarjeta u otros instrumentos de pago⁵⁶⁹ con algunas discrepancias surgidas entre Audiencias Provinciales en torno al carácter abusivo de determinadas cláusulas sobre la cuestión⁵⁷⁰. Cláusulas que, finalmente, el Tribunal Supremo ha de-

⁵⁶⁸ CASTILLA CUBILLAS, M. “El uso indebido de la tarjeta de crédito en el ordenamiento español”. En: OLIVENCIA, M.; FERNÁNDEZ-NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dir.) *Tratado de derecho mercantil*, Barcelona/Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 175 y siguientes. Desde una visión económica del derecho, el autor argumenta que la distribución de riesgos aplicada a nivel nacional tiende, en la medida de lo posible, a incentivar las conductas que promueven el bienestar colectivo, así como, a desincentivar aquellas que lo destruyen. Por ejemplo, señala el autor que constituye un incentivo el deber de notificación del titular que limita su responsabilidad a un importe determinado (previsto en el sistema de obligaciones y responsabilidades de las recomendaciones aplicables en materia de pago).

⁵⁶⁹ Léase al respecto, entre otras: la sentencia del Tribunal Supremo núm.729/2009 de 16 de diciembre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.254/2006 de 25 de abril; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de noviembre de 2003; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.119/2004 de 27 de febrero de 2004 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.256/2006 de 25 de abril.

⁵⁷⁰ A favor del hecho que la obligación contractual de comunicación dentro de las 24 horas del acaecimiento del robo, pérdida o extravío no comporta una obligación desproporcionada y abusiva se declaró la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.254/2006 de 25 de abril sobre la base del deber de custodia del consumidor y de la diligencia exigible contemplada en el artículo 1104 del Código Civil. En el mismo sentido, se manifestó la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.256/2006 de 25 de abril, sin perjuicio del hecho que, como subrayó la Audiencia Provincial (en ambas sentencias), la citada cláusula deba de interpretarse ponderando las circunstancias concretas que se conciten en cada supuesto, de conformidad con el artículo 3.1 del Código Civil. En esencia, su argumentación partía de la premisa que cualquier cargo que se hiciese en la cuenta del cliente tras la sustracción o extravío de la tarjeta es ajeno a la responsabilidad del proveedor en cuanto no se le hubiera comunicado ni hubiera podido conocer por otro medio el hecho de su ilícita utilización. Se añadía que, normalmente, el proveedor carecerá de otro medio de conocimiento de la sustracción o extravío que la comunicación del consumidor.

clarado abusivas si incorporan formulas que obligan a la comunicación “de forma inmediata”, “urgentemente”, “de inmediato”, “a la mayor brevedad” y/o “antes de transcurridos veinticuatro horas de su acaecimiento” por ser imprecisas e inciertas. Así, se ha manifestado en su sentencia de 16 de diciembre de 2009 que declara admisible la expresión de “sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento del hecho”. La cual encaja, perfectamente, con la dicción del artículo 27 b) de la LSP.

Al margen de lo anterior, se ha considerado demora injustificada un retraso de seis días respecto de la fecha del hecho acaecido cuando queda acreditado que, durante ese plazo, el consumidor no se cercioró de si llevaba consigo las tarjetas; lo que, en el caso, vistas las sospechosas circunstancias en las que la tarjeta fue robada, evidenció una falta de diligencia absoluta del consumidor en el cumplimiento de su deber de custodia (*vid.* artículo 27 a) de la LSP)⁵⁷¹ ⁵⁷². En este sentido, la mayoría de las sentencias analizadas aluden, de forma explícita, a la diligencia exigible en base al artículo 1104 del Código Civil como criterio a considerar en la valoración del comportamiento del consumidor en el cumplimiento de sus obligaciones⁵⁷³. Lo que, a efectos de custodia de la tarjeta, no implica, necesariamente, un deber de comprobar, en todo momento⁵⁷⁴,

Sin embargo, una interpretación acorde con las circunstancias concretas determinó, en ocasiones, el reconocimiento de la “demora irrelevante” cuando las operaciones fraudulentas se hubieran realizado dentro del plazo contractual de las 24 horas tras el acaecimiento exigido en algunos contratos de adhesión. Se refieren a la demora irrelevante, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.254/2006 de 25 de abril, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de febrero de 2004 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.256/2006 de 25 de abril, entre otras. “Irrelevante” porque la recta interpretación de la cláusula no permitía que se utilizara la reducida mora (de 24 horas) como fundamento de la exención de responsabilidad y porque no había sido ésta la causa de que se produjeran más operaciones fraudulentas.

⁵⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.256/2006 de 25 de abril (fundamento de derecho sexto).

⁵⁷² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.371/2006 de 26 de mayo (fundamento de derecho cuarto). Se considera que no hay negligencia en el cumplimiento del citado deber de custodia, si las tarjetas se hallan guardadas en el bolso dentro de armario cerrado en un lugar de trabajo.

⁵⁷³ Léase, entre otras: la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 47/2010 de 5 de febrero; la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares núm. 433/1999 de 25 de junio; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm.200/2006 de 17 de mayo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.567/2009 de 20 de noviembre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm.573/2008 de 15 de octubre y la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm.20/2004 de 27 de diciembre.

⁵⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares núm.433/1999 de 25 de junio cuyo fundamento de derecho cuarto dispone por alusión a otra sentencia del mismo tribunal de

si la tarjeta se ha extraviado o no, para estimar que no ha habido falta de diligencia en el cumplimiento del deber de custodia del consumidor (*vid.* artículo 27 de la LSP).

4. DEBER DE DEVOLUCIÓN

Actualmente, el deber de devolución es uno de los aspectos que conforman la responsabilidad del proveedor. Esta comporta el deber de devolver el importe de las operaciones de pago no autorizadas y de proceder al pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios a las que pudiera haber lugar (*vid.* artículo 31 de la LSP) (primer bloque normativo).

Como se ha apuntado al inicio, a pesar de que el deber de devolución deba realizarse de inmediato, carece, sin embargo, del carácter automático que caracterizaba la facultad de anulación⁵⁷⁵ (*vid.* artículo 31 de la LSP). La LSP presenta el deber de devolución como una rectificación del proveedor⁵⁷⁶ (*vid.* artículos 29 y 31 de la LSP) y acom-

26 de febrero de 1997: "(...) el artículo 1104 del Código Civil establece como modulo de diligencia el que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, y que la doctrina considera diligencia de un buen padre de familia, y en el caso que nos ocupa incumbe al titular de la tarjeta un deber de custodia pactado expresamente en el contrato de emisión (folio 4) en el sentido de comunicar con celeridad a la entidad bancaria la pérdida o sustracción de la tarjeta, pero en la misma no se indica y sería exagerado el pretender que el titular comprobase cada hora del día si ha extraviado o le ha sido sustraída una tarjeta de crédito, no constando en el caso enjuiciado indicio alguno que haga suponer una demora en la comunicación tras el conocimiento de la pérdida o sustracción y así tras recibir el oportuno extracto men-sual denunció la sustracción y comunicó tal circunstancia a la Caja de Ahorros.(...)"

⁵⁷⁵ Ejercitada la facultad de anulación se exigía un cierto automatismo en la reacción del proveedor. De modo que, previa solicitud del consumidor, el proveedor debía realizar las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono, a la mayor brevedad. Ese carácter automático se infiere, especialmente, de la redacción del derogado artículo 46 de la LOCM que es el antecedente normativo del artículo 12 de la LCDSF y que responde a una formulación similar (aunque, con el añadido del apartado 2 que se transcribe): "1. Cuando el importe de una compra 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. 2. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución reconocido en el artículo 44 y, por tanto, hubiese exigido indebidamente la anulación del correspondiente cargo, aquél quedará obligado frente al vendedor al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la anulación." [Subrayado añadido].

⁵⁷⁶ Sobre el deber de devolución como una rectificación del proveedor léase la Memoria del Servicio de Reclamaciones 2010, Banco de España, Madrid, 2011, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.72.

paña su reconocimiento legal de la atribución al mismo de la carga de la prueba de que la operación ha sido autenticada, registrada con exactitud y contabilizada y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier deficiencia (*vid.* artículo 30 de la LSP). Sin perjuicio del hecho que, el registro por el proveedor de la utilización del instrumento de pago no baste, 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 (esto es, el deber de comunicación sin tardanza injustificada y el deber de custodia del instrumento de pago) como se indica, de forma explícita, en la LSP (*vid.* artículo 27 y 30.2 de la LSP) (primer bloque normativo).

De modo que, si el consumidor niega haber autorizado el pago se presumirá que éste no ha sido autorizado con la consiguiente responsabilidad del proveedor, salvo prueba en contrario por su parte, que – previas las indagaciones oportunas – permita acreditar que la operación sí ha sido autorizada por el consumidor o que éste ha incurrido en negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones. Este planteamiento determina que la jurisprudencia sobre el sistema de responsabilidad aplicable en las relaciones entre el consumidor y el proveedor centre, principalmente, su atención en la cuestión de determinar si el consumidor ha cumplido sus obligaciones de forma diligente^{577 578} para estimar si hay responsabilidad del proveedor.

⁵⁷⁷ Léase, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 200/2006 de 17 de mayo (fundamentos de derecho tercero y cuarto). Literalmente, expone la Audiencia Provincial, en su fundamento de derecho tercero: “(...) Tanto las escasas referencias legislativas nacionales citadas como la normativa comunitaria tienden claramente a proteger los derechos de los usuarios en tal tipo de contratación bancada, al que no hacen responsable de los riesgos en casos de usos de tarjetas sustraídas o perdidas (y podíamos ampliar a duplicadas) cuando el usuario cumple sus obligaciones de forma diligente. Igual conclusión ha de adoptarse analizada la cláusula sexta contractual, pues de la misma se desprende que el titular de la tarjeta es responsable de los cargos provenientes de robo, sustracción, pérdida o falsificación de la tarjeta o por uso de la misma por tercero que conoce el PIN, cuando haya actuado con dolo, culpa o negligencia grave. De no ser así, en tales situaciones no responde de las disposiciones efectuadas con posterioridad y de las anteriores con un límite de 150,28 euros, límite de responsabilidad este último que la sentencia apelada decreta nulo por constituir un pacto abusivo. (...)”

La Audiencia Provincial argumenta, en pro de la responsabilidad de la entidad bancaria, que resulta incuestionable que el sistema genera ventajas a todos los intervinientes y claros beneficios a las entidades emisoras y tras aludir al evidente riesgo de operaciones fraudulentas por parte de terceras personas concluye que, las consecuencias perjudiciales que pueden derivar del riesgo deben ser asumidas, en principio, por las entidades bancarias, pues, son ellas la

Sin perjuicio de lo anterior, valga destacar que la actual regulación sigue presentando ciertas carencias heredadas de la regulación anterior. Por ejemplo, la omisión de un plazo máximo de devolución.

Durante la vigencia de la facultad de anulación (*vid.* el derogado artículo 12 de la LCDSF) se sugirió compensar dicha omisión mediante una interpretación por analogía con otros preceptos⁵⁷⁹. A lo largo de las enmiendas al proyecto de ley se sugirió aplicar los treinta días previstos para las devoluciones de sumas abonadas por el consumidor en caso de desistimiento (*vid.* artículo 6.2 de la Directiva 97/7/CE) (tercer bloque normativo).

parte fuerte o dominante del contrato, las generadoras de la fuente de riesgo y las que marcan las reglas de funcionamiento y seguridad de la propia tarjeta y por último porque controlan y confeccionan los medios tecnológicos desplegados para su efectividad y seguridad. Añade que ello determina la necesidad de examinar las obligaciones del cliente para, conforme a las circunstancias del caso, concretar si incurrió en falta de diligencia en su cumplimiento. A partir de ahí, concluye que corresponde a las entidades bancarias la carga de la prueba de la falta de diligencia o de la concurrencia de negligencia por parte del cliente.

En el caso, la entidad bancaria no acredita la falta de diligencia del cliente y el cliente logra demostrar que las operaciones no habían sido autorizadas, por lo que, se condena a la entidad al reintegro de las correspondientes sumas.

⁵⁷⁸ La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia núm.256/2006 de 25 de abril, estimó que existe negligencia grave del deber de custodia o de utilización, en un caso en el que el titular dejó el bolso con sus tarjetas de pago en un lugar visible y accesible a terceros en una consulta de libre acceso del público, en general (en un supuesto de tarjetas de pago). En el mismo sentido, se pronunció la Audiencia Provincial de Valladolid núm.74/2010 en un supuesto en el que el titular facilitó las claves o contraseñas en un correo electrónico con un enlace falso habiendo sido advertido por la entidad de este tipo de prácticas fraudulentas (*banca on line*). Si bien, en su sentencia núm.572/2008, de 15 de octubre, la Audiencia Provincial de Pontevedra no estima, sorprendentemente, que exista negligencia grave en el hecho de dejar a un desconocido sólo en su vehículo con la tarjeta, aunque, descarta – correctamente, en opinión de esta tesis - que el hecho de la mera sustracción de la tarjeta deba generar, por sí, la responsabilidad del titular.

⁵⁷⁹ REVERTE NAVARRO, A. *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Madrid, Editorial MC Graw Hill, 1999, pág. 586 y siguientes. El autor se refiere a BERCOVITZ quien sugiere una interpretación de la expresión “a la mayor brevedad” por analogía al artículo 6.2 de la Directiva 97/7/CEE que regula la devolución de las sumas abonadas en caso de ejercicio del derecho de desistimiento. Añade el autor que el plazo de treinta días puede ser excesivo y sugiere que este podría asimilarse al de siete días estipulado, a los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento. En ambos casos – indica – se persigue, analógicamente, que el proveedor – vendedor restablezca inmediatamente la preexistente situación de la cuenta asociada a una tarjeta de pago en la que se practicó un cargo indebido.

Esta tesis entiende que dicho plazo no sólo resulta (desde una perspectiva de protección del consumidor) excesivamente, largo considerando las distintas circunstancias que activan la devolución (como la falta de diligencia del proveedor) sino que, además, es susceptible de no responder, eficazmente, a las prioridades del sistema - mitigar en lo posible los daños y perjuicios y evitar conductas indeseables como la falta de un cuidado especial del proveedor en el cumplimiento de sus obligaciones (entre las cuáles, la de seguridad)⁵⁸⁰.

5. CARGA DE LA PRUEBA Y PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN

Otros mecanismos completan la eficacia tuitiva del deber de devolución.

Se trata, en primer lugar, de la atribución al proveedor de la carga de la prueba de que la operación ha sido, debidamente, autorizada (*vid.* artículo 30 de la LSP) (*vid.* disposición 6.2 del anexo de la Recomendación 88/590/CEE y artículo 7.e) de la Recomendación de 30 de julio de 1997)⁵⁸¹. En segundo lugar, del deber de acordar (vía contrac-

⁵⁸⁰ No parece proporcionado que el plazo máximo para realizar las anotaciones sea el mismo que el exigido para proceder a las devoluciones en caso de ejercicio del desistimiento. Desde un prisma de protección de los intereses del consumidor, es asumible un plazo de treinta días para la devolución de las sumas abonadas en los casos en que el consumidor decida – en un acto voluntario - ejercitar el derecho de desistimiento pero la aplicación del mismo plazo no es, igualmente, asumible en sede de pagos no autorizados considerando que el origen de la devolución no se halla en un acto voluntario del consumidor sino en una actuación fraudulenta que escapa de su control. El objetivo en este caso debería ser agilizar el reabono. Lo que actuaría en línea con la prioridad antes mencionada de evitar conductas indeseables o contrarias a los intereses económicos del consumidor por fallos en los sistemas de seguridad de los proveedores.

⁵⁸¹ Sostiene el DCMR, en aplicación de la LSP que, para las operaciones de pago en las que el usuario del servicio no reconozca su autoría en los hechos, ni pueda acreditarse una falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia – como ocurre en los supuestos en los que el reclamante afirma que la tarjeta ha estado siempre en su poder -, el proveedor de servicios de pago ha de proceder al reembolso inmediato del total del importe de las operaciones no autorizadas o ejecutadas incorrectamente. De modo que, la entidad sólo podrá excepcionar el pago en aquellos supuestos en los que pueda acreditar que el ordenante actuó de manera fraudulenta, o incumpliendo, de manera deliberada o por negligencia grave una o varias de las obligaciones que le incumben, en tanto que usuario del servicio de pago como son: (i) utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización y (ii) en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que este designe, en cuanto tenga conocimiento de lo ocurrido. Y todo ello, con independencia de que la entidad pueda, una vez efectuado el reembolso, llevar a cabo las investi-

tual) la forma en que se dará el consentimiento o la autorización de la operación y el procedimiento de notificación del mismo (*vid.* artículo 25.1 de la LSP) (primer y tercer bloques normativos).

El primer mecanismo invierte la carga probatoria, lo que, como la jurisprudencia indica, supone que se considera, legalmente, que una operación de pago no ha sido autorizada cuando lo niegue el titular teniendo el proveedor la carga de probar la autenticación y sin que el uso del servicio baste para presumir la misma (*vid.* artículos 30 y 31 de la LSP)⁵⁸². Sin perjuicio del hecho que, esta presunción de falta de autorización con el consiguiente deber de devolución no se aplique en los casos en que el consumidor,

gaciones pertinentes para comprobar si la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, o si se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.

Al respecto, léase la Memoria del Servicio de Reclamaciones 2010, Banco de España, Madrid, 2011, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.154.

⁵⁸² Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.351/2012 de 18 de septiembre (fundamento de derecho cuarto). En relación con unas transferencias no autorizadas – aunque, en apariencia realizadas desde la dirección de protocolo de internet del titular, en un caso de *phishing* – se expone por la Audiencia Provincial, que: “(...) En definitiva, en caso de operaciones de pago no autorizado, ante un supuesto de fraude cometido y sin que existiera actuación fraudulenta de la empresa ALMACLIP, ni incumplimiento de las obligaciones de seguridad y notificación, deliberado o por negligencia grave, según lo que dispone el art. 31 de la Ley 16/2009, la obligación del Banco era "devolver de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecer en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada", pues como señala la SAP Albacete, Sección 2ª, de 23 de febrero de 2012 "se establece un sistema de responsabilidad cuasi objetiva de la entidad proveedora del servicio de pago... pues en éste ámbito de la contratación electrónica, el prestador del servicio deberá reembolsar el importe de la sustracción a su cliente con el que tuviera contratado el servicio de pago electrónico en operaciones no autorizadas por éste, presumiéndose la falta de autorización si lo niega, con las exclusivas salvedades previstas en el art 32 de la indicada ley: que el cliente haya actuado con negligencia "grave" (no basta la simple o leve falta de diligencia) en sus obligaciones (consistentes exclusivamente en aplicar los "medios razonables de protección" de seguridad personalizados de que vaya provisto, y comunicar el pago no autorizado "en cuanto tenga conocimiento" del mismo, ex art 27) o haya actuado fraudulentamente (claro está), amén de una especie de "franquicia" de 150 euros como máximo para los exclusivos supuestos de extravío o sustracción de los sistemas de acceso (que incluso no se aplicaría en caso de que el expolio haya tenido lugar después de la comunicación o aviso de la falta de autorización a la entidad proveedora) (...).” Añade esta sentencia que “(...) quien resultó engañado o burlado no fue tanto el titular de la cuenta sino la entidad financiera y proveedora del servicio que tenía su custodia y los medios de seguridad para protegerla, por lo que es ésta quien debe responder, salvo en los supuestos específicos legalmente indicados, y más allá de cualquier grado de diligencia mayor o menor de dicha entidad. (...).” [subrayado añadido].

bien, incumpla sus obligaciones con negligencia grave, bien, actúe fraudulentamente⁵⁸³.

El segundo mecanismo ofrece al proveedor la posibilidad de regular la forma en que se dará el consentimiento y el procedimiento de notificación vía condiciones generales de contratación (*vid.* artículo 25.3 de la LSP) (primer bloque normativo) ofreciéndole la ventaja de poder fijar un sistema capaz de generar las pruebas necesarias.

6. RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

6.1. REGLA GENERAL

Como se indicaba, anteriormente, la responsabilidad del proveedor comporta un deber de devolución y la obligación de proceder al pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios a las que pudiera haber lugar. De modo que, el proveedor deberá devolver el importe del pago, supuestamente, no autorizado presumiéndose la falta de autorización salvo negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones del consumidor (titular) o salvo que éste haya actuado fraudulentamente (*vid.* artículos 30, 31 y 32 de la LSP).

⁵⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete núm.61/2012 de 23 de febrero (fundamentos jurídicos segundo y tercero): Tras destacar la atribución al proveedor de la carga de probar la autenticación de la operación de pago – en el caso: unas transferencias – se argumenta, literalmente, que, “(...) se establece un sistema de responsabilidad cuasi objetiva del proveedor del servicio de pago que va más allá del sistema de responsabilidad genérico del artículo 157 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (...) pues en este ámbito de la contratación electrónica, el prestador de servicios deberá reembolsar el importe de la sustracción a su cliente con el que tuviera contratado el servicio de pago electrónico en operaciones no autorizadas por éste, presumiéndose la falta de autorización si lo niega, con las exclusivas salvedades del artículo 32 de la indicada ley (...). Añade que: “(...) No se trata de que actuara con mayor o menor diligencia la entidad recurrente **[en el caso, la entidad financiera demandada]**, y que las transferencias parecieran correctas. De lo que se trata es que el usuario del servicio no debe soportar los defectos o falta de seguridad de un servicio que proporciona la entidad proveedora, especialmente obligada a cerciorarse de los elementos de seguridad y que sólo sea accesible el usuario del sistema de pago (art.28), y que en el caso, a la vista del resultado parece claro que el sistema de seguridad no resultó útil o suficiente (...)” [expresión en negrita añadida]

Dichas obligaciones son las legales de custodia y de comunicación (analizadas, en el apartado 3 anterior). Por lo que, en congruencia con lo comentado, anteriormente, dichas salvedades tratan de evitar, nuevamente, conductas indeseables por parte del consumidor (*vid.* artículo 32 de la LSP) (primer bloque normativo).

6.2. REGLA ESPECIAL

La responsabilidad del consumidor (titular) se reconoce en los siguientes casos especiales.

Si las tarjetas han sido extraviadas o sustraídas, la responsabilidad alcanza hasta un importe máximo de 150 euros respecto de las pérdidas resultantes de operaciones de pago no autorizadas. Aunque, no soportará consecuencia económica alguna por la utilización con posterioridad a la notificación de la tarjeta extraviada o sustraída (*vid.* artículos 27 y 32 de la LSP). Si ha habido una actuación fraudulenta o el incumplimiento deliberado o por negligencia grave de sus deberes de comunicación (*vid.* artículo 27 de la LSP) y de custodia la responsabilidad del consumidor alcanza el importe total de las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas (*vid.* artículo 32 de la LSP).

Se responde, así, a la prioridad de evitar conductas indeseables por parte del consumidor (titular de la tarjeta de pago).

7. VALORACIÓN CRÍTICA

Hasta la promulgación de la LSP, el artículo 12 de la LCDSF ofrecía una regulación sobre pagos a distancia no autorizados que resultaba aplicable a la ejecución de las obligaciones pecuniarias derivadas de contratos a distancia (*vid.* el derogado artículo 12 de la LCDSF) (*vid.* artículo 31 y disposición final novena de la LSP) (primer y tercer bloques normativos).

El carácter automático de la facultad de anulación prevista, en aquel momento, generaba, sin embargo, situaciones de abuso (*vid.* el derogado artículo 12 de la LCDSF)⁵⁸⁴ contrarias a la buena fe. Trata de poner fin a estas situaciones el vigente deber de devolución cuya observancia se acompaña, entre otros extremos, de ciertos mecanismos (*vid.* artículos 30, 31, 33 y 25 de la LSP) (primer bloque normativo).

Por ejemplo, el deber de las partes de acordar la forma en que se dará el consentimiento y el procedimiento de notificación del mismo que puede facilitar la demostración de que la operación ha sido autorizada por el consumidor. Esta es una ventaja que el legislador atribuye al proveedor y que éste no debería desaprovechar. Más aún, considerando que el mero registro de la operación no basta, necesariamente, para demostrar que ésta ha sido, efectivamente, autorizada ni que el titular actuó de manera fraudulenta o que incumplió, deliberadamente o por negligencia grave, las obligaciones que le incumbían (*vid.* artículo 30 de la LSP) (primer bloque normativo). Premisa ésta última que, en consonancia con la jurisprudencia anterior, acota el grado y medida en que la documentación del proveedor puede perjudicar al consumidor que alegue la existencia de un pago no autorizado⁵⁸⁵.

Hasta el momento, la forma en que se presta el consentimiento/autorización y el procedimiento de notificación del mismo es una cuestión que los contratos de adhesión establecen, en algunos casos, por remisión a las especificaciones técnicas establecidas por el banco y el consumidor. A grandes rasgos, se dispone que, en los casos de transacciones que impliquen órdenes por medios telemáticos, no podrá negarse la existencia de estas órdenes por el consumidor cuando la comunicación se realice cumpliendo las citadas especificaciones técnicas y se añade que la citada comunicación tendrá la consideración de firma electrónica, a todos los efectos.

⁵⁸⁴ Acompañaban esta regulación las recomendaciones comunitarias cuyo carácter no vinculante dejaba un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes expresada en los correspondientes contratos de emisión de tarjetas (*vid.* disposiciones 6.3, 4.1 a), 4.1 b) y 4.1 c), 7.1, 7.2, 7.3, 8.2 y 8.3 del anexo de la Recomendación 88/590/CEE y artículos 4, 5 a), 5 b), 6 y 8 de la Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1997, disposición IV.2 de la Recomendación 87/598/CEE).

⁵⁸⁵ Añádase, asimismo, que conforme a la ley, los asientos, registros y papeles privados hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad, de modo que, el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlo en la parte que le perjudiquen (*vid.* artículos 326 y 327 de la LEC) (*vid.* artículo 1228 del Código Civil).

En lo que concierne al riesgo de fraude, el DCMR concluye que no parece equitativo que las entidades eludan, sin más, su responsabilidad considerando que el diseño de las medidas de seguridad entra dentro de su ámbito discrecional, máxime, cuando hay sistemas de autenticación más seguros en el mercado. Por ello, el DCMR considera que la actuación de las entidades en relación con el fraude debe ser analizada teniendo en cuenta los principios de información, de diligencia y de responsabilidad y que el principio de información comporta que las entidades deben asegurarse de (i) que sus clientes conocen la realidad y la magnitud del riesgo que comporta operar a través de la red, especialmente, con el sistema de autenticación ofrecido por la entidad; (ii) que son conscientes de los compromisos que asumen al suscribir el contrato y (iii) que reciben la formación y el asesoramiento necesarios para operar de la manera más “segura”.

Sirva añadir para finalizar que la falta de observancia de un plazo máximo de devolución deja la puerta abierta a su concreción vía condiciones generales de contratación; sin que ello excluya su sujeción a los correspondientes controles de contenido (*vid.* artículo 85.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007)⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ El artículo 85.1 califica de abusivas: “(...) 1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida. (...)” [subrayado añadido]

CAPITULO IX DESISTIMIENTO: FASE DE CONSUMACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Como se ha indicado, en repetidas ocasiones, la comercialización a distancia presenta ciertos riesgos especiales: puede comportar una disminución de información al consumidor a causa de la falta de presencia física y simultánea de las partes (*vid.* considerando 21 de la DCDSF) y de reflexión. Ambos riesgos se agravan por la especial complejidad del mercado y de los servicios financieros.

De ahí, la observancia del derecho de desistimiento que brinda al consumidor la oportunidad de reflexionar y de arrepentirse del contrato durante un determinado plazo de tiempo, sin necesidad de alegar causa alguna. Su objetivo es tutelar la libertad contractual y fortalecer los nuevos canales de distribución.

Es más, visto su contenido regulador, el desistimiento puede actuar como un eficaz mecanismo de presión al proveedor para un adecuado cumplimiento de sus deberes de información y/o de comunicación⁵⁸⁷. En cualquier caso, su ejercicio libera al consumidor del vínculo contractual, sin sujeción a penalización alguna. Lo que constituye un poderoso mecanismo de protección considerando lo fácil y simple que resulta el ejercicio de este derecho (*vid.* artículo 10 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

El objeto del siguiente análisis es medir el impacto real de esta figura y determinar si su regulación, específicamente, aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, ha conllevado o no, un aumento sustancial del nivel de

⁵⁸⁷ La fecha de inicio del cómputo varía en función del cumplimiento o no, de los deberes de información y/o de comunicación. De modo que, ante un retraso en el cumplimiento de los deberes de información y/o de comunicación la fecha de inicio se retrasa al día en que el consumidor recibe la información (*vid.* artículo 10.1 de la LCDSF).

protección del consumidor (*vid.* artículos 10 y 11 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

A tal fin, el análisis responde a la siguiente estructura. Primero, considerando la diversidad terminológica con la que se ha venido designando este derecho en nuestro ordenamiento jurídico, se describe su concepto, sus características y su naturaleza jurídica para determinar las normas que lo regulan⁵⁸⁸. Segundo, se desarrolla un análisis contrastado del régimen jurídico aplicable⁵⁸⁹. Se distingue entre el régimen jurídico aplicable en razón del modo de comercialización (*vid.* artículos 10 y 11 de la LCDSF) (tercer bloque normativo) y el régimen jurídico aplicable en razón de la especial naturaleza del proveedor y/o del servicio afectado (*vid.* artículo 21 de la Ley 2/2009) (*vid.* artículo 83 a) de la LCS⁵⁹⁰) (*vid.* artículo 28 de la nueva LCC) (primer y tercer bloques normativos). A partir de ahí, se constata la existencia de ciertas diferencias.

Tercero, se desarrolla una valoración crítica que incide, principalmente, en las ventajas e inconvenientes de la vigente regulación de la LCDSF con especial consideración de su relación de articulación con las demás normas de su entorno normativo más directo.

⁵⁸⁸ Las cuáles, como se constatará, se localizan en el primer y en el tercer bloque normativo.

⁵⁸⁹ Sobre el derecho de desistimiento léase: ÁLVAREZ LATA, N. *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2004, pág. 83 y siguientes; MIRANDA SERRANO, L.M^a. "Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica". En: ILLESCAS, R.; BOTANA GARCÍA, G. (coord.). Comercio electrónico y protección de los consumidores, Madrid, La Ley, 2001, pág. 575 y siguientes; CARRIAZO PÉREZ DE GUZMÁN, T. "El incumplimiento de los requisitos de información previa en la ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. El desistimiento." En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M.J. (coord.). *Derecho patrimonial y tecnología*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 297 y siguientes; MAYORGA TOLEDANO, M^a.C. "Los derechos de información previa y de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros. Especial referencia a los contratos bancarios.", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 87, noviembre, 2007, pág. 23 y siguientes.

⁵⁹⁰ Con anterioridad a la promulgación de la LCDSF, este mismo artículo regulaba el derecho de resolución aplicable a los seguros de vida contratados a distancia. En su virtud, se establecía un régimen diferenciado en los aspectos considerados esenciales al modo de comercialización, como el sistema de cómputo de plazo. Con motivo de la promulgación de la LCDSF, se incorpora una disposición derogatoria que deroga los correspondientes apartados y/o párrafos del citado artículo para evitar reiteraciones.

2. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA JURÍDICA

Como se ha apuntado, el derecho de desistimiento consiste en la facultad unilateral de desvincularse del contrato⁵⁹¹, sin motivo y en la mayoría de casos, sin penalización alguna⁵⁹². Desde un prisma técnico-jurídico, constituye una forma de ineficacia sobrevenida; así se infiere, de su regulación que se halla dispersa entre normas de diversa índole. Algunas se refieren al citado derecho bajo designaciones distintas (*i.a.* revocación, retractación, denuncia unilateral, resolución), en ocasiones, incorrectas⁵⁹³.

Al margen de la LCDSF, su regulación se localiza en: la LCS⁵⁹⁴, la Ley 4/2012, de 6 de julio de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisi-

⁵⁹¹ Sobre la calificación del derecho de desistimiento como una facultad unilateral de desvincularse del contrato sin justa causa, léase: ÁLVAREZ LATA, N. *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español*. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, 2004. Páginas 83 a 85; ARROYO APARICIO, A. "Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: la Ley de incorporación de la Directiva 2002/65/CE", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2007-2, núm. 14, pág. 53 y 54; PÉREZ BENÍTEZ, J.J. "La nueva ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Ley 22/2007, de 11 de julio.", *Diario La Ley*, núm. 6837, Lunes, 10 de diciembre de 2007, pág. 7; MAYORGA TOLEDANO, M^a.C. "Los derechos de información previa y de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros. Especial referencia a los contratos bancarios.", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 87, noviembre, 2007, pág. 23 a 26; CARRIAZO PÉREZ DE GUZMÁN, T. "El incumplimiento de los requisitos de información previa en la ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. El desistimiento." En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M.J. (coord.), *Derecho patrimonial y tecnología*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 306 y siguientes; MIRANDA SERRANO, L. M^a. "Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica". En: ILLESCAS, R.; BOTANA GARCÍA, G. (coord.). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001, pág. 603 y CLEMENTE MEORO, M. "El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16/2006, Editorial Aranzadi, pág. 163 y siguientes.

⁵⁹² El artículo 9 de la LVPBM observa una excepción cuando contempla la posibilidad de imponer un deber de indemnización por el ejercicio del derecho de desistimiento.

⁵⁹³ Rescisión y resolución son dos formas inadecuadas de designar la figura que se analiza en este apartado; aunque, ambas constituyan una forma de ineficacia sobrevenida. El derecho de rescisión y el de resolución son dos mecanismos jurídicos distintos del desistimiento. Por un lado, el derecho de rescisión ha venido, tradicionalmente, precisando de una lesión; mientras que, el derecho de resolución tampoco constituye una forma libre (sin justa causa) de desvincularse del contrato. Sobre el derecho de resolución y sus diferencias frente al derecho de desistimiento, léase: ÁLVAREZ LATA, N. *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español*, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2004, pág. 111 y siguientes y MIRANDA SERRANO, L. M^a. "Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica". En: ILLESCAS, R.; BOTANA GARCIA, G. (coord.). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001, pág. 604.

⁵⁹⁴ Vid. artículo 83 a) de la LCS.

ción de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio de normas tributarias (en adelante, la LAT)⁵⁹⁵; la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, la LOCM cuyos artículos 39 a 48 en sede de contratación a distancia fueron derogados, en virtud de la Ley 3/2014 [*vid.* disposición derogatoria única de la Ley 3/2014])⁵⁹⁶; la LVPBM⁵⁹⁷; el Real Decreto Legislativo 1/2007⁵⁹⁸; la Ley 2/2009 aplicable a los servicios de intermediación⁵⁹⁹ y la nueva LCC⁶⁰⁰.

Algunas de las citadas normas son susceptibles de ser aplicadas al consumidor de servicios financieros (*vid.* artículo 83 a) de la LCS; artículo 21 de la Ley 2/2009 y artículo 28 de la nueva LCC) (primer y tercer bloques normativos).

En cualquier caso, de la regulación del desistimiento – anteriormente, citada - se infiere que la figura presenta una serie de características comunes siendo las más destacables⁶⁰¹: la gratuidad en su ejercicio, su carácter unilateral y libre, la libertad de forma a título de regla general y el hecho que su ejercicio no excluye la posibilidad de recurrir a otros remedios jurídicos, entre otras. En su mayoría, se aplican al desistimiento previsto en la LCDSF y en otras normas conexas, algunas de carácter reciente (*vid.* artículo 10 de la LCDSF) (*vid.* artículo 83 a) de la LCS; artículo 21 de la Ley 2/2009 y artículo 28 de la nueva LCC) (primer y tercer bloques normativos).

⁵⁹⁵ *Vid.* artículo 12 de la LAT.

⁵⁹⁶ *Vid.* - el derogado - artículo 44 de la LOCM.

⁵⁹⁷ *Vid.* artículo 9 de la LVPBM.

⁵⁹⁸ *Vid.* artículos 68 y siguientes que regulan el régimen general aplicable al desistimiento frente a otras normas especiales que, para ciertos contratos de consumo, observan algunas particularidades llamadas a aplicarse en primer término, de modo que, en su defecto, se aplica el régimen general. Sería el caso, por ejemplo, de la regulación del desistimiento en los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles o en los contratos a distancia (*vid.* artículos 102 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007).

⁵⁹⁹ *Vid.* artículo 21.2 de la Ley 2/2009.

⁶⁰⁰ *Vid.* artículo 28 de la nueva LCC.

⁶⁰¹ La doctrina suele destacar como características del derecho de desistimiento: que éste no requiere la concurrencia de causa alguna para terminar el vínculo contractual; que constituye un derecho gratuito; que suele admitir cualquier forma de ejercicio siempre que se deje constancia fehaciente del mismo; que la comunicación debe realizarse en el plazo fijado; que su ejercicio no cierra la puerta a la posibilidad de que, posteriormente, se utilicen otros remedios jurídicos para impugnar el contrato y que su ejercicio conlleva la ineficacia del contrato - *ex tunc* (desde el momento de la perfección) o *ex nunc*. Sobre las características del derecho de desistimiento, léase: ÁLVAREZ LATA, N. *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2004, pág. 103 a 110.

En cuanto a su naturaleza jurídica, existen dos formas distintas de entender el desistimiento⁶⁰². La primera lo concibe como una causa de ineficacia sobrevenida, de modo que, el contrato del que se desvincula el consumidor es perfecto (a este planteamiento se adhiere la mayoría de la doctrina)⁶⁰³. La segunda presenta una posición opuesta asumiendo que el contrato no es perfecto hasta que haya transcurrido el plazo para desistir.

Esta tesis se inclina por la primera por ser más coherente con los restantes preceptos de la LCDSF (aunque, tal y como subraya ÁLVAREZ LATA, N., ello pueda suponer una desviación al principio del artículo 1256 del Código Civil conforme al cual el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes). Por ejemplo, con la regla de que el consumidor pueda autorizar la ejecución del contrato durante el plazo de desistimiento (*vid.* artículo 10.2.c) de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Lo que tiene sentido desde la asunción de que el contrato a distancia es un contrato perfecto.

3. ÁMBITO Y EXCEPCIONES

En el ámbito específico analizado, el derecho a desistir presenta un alcance general; aunque, no es absoluto y por ello, se halla sujeto a ciertas excepciones que la propia LCDSF identifica (*vid.* artículo 10 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

⁶⁰² Sobre la naturaleza jurídica del derecho de desistimiento en el ámbito del derecho de consumo, léase ÁLVAREZ LATA, N. *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2004, pág. 86 a 91 y MIRANDA SERRANO, L.M^a. “Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica”. En: ILLESCAS, R.; BOTANA GARCÍA, G. (coord.). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001, pág. 602 y siguientes

⁶⁰³ Valga destacar: MARTÍN SALAMANCA, S. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual”. *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm.96, 2009, pág. 97 y CLEMENTE MEORO, M. “Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos electrónicos”. *Noticias de la Unión Europea*, pág.5 y siguientes.

Se trata de servicios a los que el desistimiento no se aplica por distintos motivos (*vid.* artículo 10.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Indica cierta doctrina⁶⁰⁴ - a la que esta tesis se adhiere - que su razón de ser es evitar que el consumidor pueda utilizar el derecho de desistimiento como un instrumento de especulación (lo que sería contrario a la buena fe) o que pueda causar daños irreparables o situaciones injustas al proveedor. Aunque, la razón de la exclusión no es tan evidente en unos casos como en otros, especialmente, respecto de algunos de los seguros privados que la LCDSF eleva a la categoría de excepciones.

Su concreción es esencial para determinar el verdadero impacto tuitivo del derecho de desistimiento. Las excepciones se agrupan en cinco grupos.

El primer grupo abarca servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado que el proveedor no puede controlar y que puedan producirse durante el plazo de ejercicio del derecho (*vid.* artículo 10.2 a) de la LCDSF⁶⁰⁵) (tercer bloque normativo). La LCDSF concreta algunos de los citados servicios mediante un listado de carácter indicativo⁶⁰⁶, el cual se refiere, entre otros, a transacciones sobre: operaciones de cambio de divisas; instrumentos del mercado monetario; valores negociables; participaciones en instituciones de inversión colectiva; contratos financieros de futuros - incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo -; contratos de futuros sobre tipos de interés; 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 anteriores incluidos los

⁶⁰⁴ SIRVENT GARCÍA, J. "El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica." *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm.96, 2009, pág. 81.

⁶⁰⁵ El artículo 10.2 a) de la LCDSF dispone que: "(...) 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 (...)".

⁶⁰⁶ La LCDSF se adhiere al espíritu de la DCDSF que responde al propósito de introducir un listado flexible y general, tal y como, en su día, se propuso por parte del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social. Léase el "Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo." DOCE C 169 de 16 de junio de 1999. Pág. 43 y siguientes.

instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación, en efectivo (quedando incluidas, las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés); contratos referenciados a índices, precios o tipos de interés de mercado y finalmente, contratos vinculados en los que uno de los negocios jurídicos sea una de las transacciones mencionadas, anteriormente.

Este listado es susceptible de completarse conforme al principio de la buena fe⁶⁰⁷ atendiendo al hecho que, en este caso, es evidente que las excepciones tratan de evitar riesgos de especulación o un más difícil funcionamiento de los mercados⁶⁰⁸ (tal y como se puso de manifiesto a lo largo de la tramitación de la DCDSF⁶⁰⁹).

El segundo grupo abarca contratos de seguros (*vid.* el artículo 10.2 *b*) de la LCDSF) (tercer bloque normativo). El listado abarca los seguros 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 (*vid.* artículo 10.2.*b*) 1º de la LCDSF); los seguros de viaje o de equipaje o seguros similares de una duración inferior a un mes (*vid.* artículo 10.2.*b*) 2º de la LCDSF); los seguros cuyos efectos terminen antes del plazo de desistimiento (*vid.* artículo 10.2.*b*) 3º de la LCDSF); los que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador (*vid.* artículo 10.2.*b*) 4º de la LCDSF) y finalmente, los planes de previsión asegurados (*vid.* artículo 10.2.*b*) 5º de la LCDSF).

⁶⁰⁷ ARROYO APARICIO, A. "Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: la Ley de incorporación de la Directiva 2002/65/CE." *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, año 2007-2, núm. 14, pág. 55. Indica la autora respecto de este primer grupo que: "(...) Estos supuestos tienen en común que, al ser susceptibles de variaciones ajenas al control del proveedor, no debe atribuirse al consumidor un derecho respecto de ellos que podrá ser ejercitado para especular en perjuicio de aquel. (...)."

⁶⁰⁸ En este sentido, léase: PÉREZ BENÍTEZ, J.J. "La nueva ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Ley 22/2007, de 11 de julio." *Diario La Ley*, núm. 6837, Lunes, 10 de diciembre de 2007, pág. 7 y SALELLES, J.R. "La contratación a distancia de servicios financieros." *Cuadernos de Derecho Judicial*, V- 2006, pág. 250 y siguientes.

⁶⁰⁹ Léase: la "Propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE." COM (1999) 385 final, Bruselas, 23 de julio de 1999, pág. 7.

Por consiguiente, si se parte de una interpretación literal de la LCDSF, se reconocen - a nivel nacional - más excepciones que las permitidas en la propia DCDSF que es una norma de máximos⁶¹⁰. Conforme a la directiva, sólo son excepciones las pólizas de seguros de viaje o de equipaje o “seguros similares” de duración inferior a un mes (*vid.* del artículo 10.2 b) 2º de la LCDSF) (*vid.* artículo 6.2 b) de la DCDSF) (tercer bloque normativo). De modo que, este concepto – el de “seguros similares” es el que debe ser objeto de concreción⁶¹¹. A lo largo de la tramitación de la DCDSF, se hizo alusión al significado de esta expresión genérica – “seguros similares” – y se concluyó que la relación de similitud existía respecto de seguros privados de ejecución inmediata y de poca importancia⁶¹²: algunas de las excepciones incorporadas en la LCDSF no se adecúan a dicho criterio⁶¹³.

No son, necesariamente, operaciones de ejecución inmediata y de poca importancia: 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 las inversiones asignadas a los mismos (*vid.* artículo 10.2 b) 1º de la LCDSF) (*vid.* artículo 83. a) de la LCS)⁶¹⁴; los contratos de seguros que den cumplimiento a una obligación de

⁶¹⁰ MARTÍN SALAMANCA, S. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual.” *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm.96, 2009, pág. 102 y siguientes.

⁶¹¹ La relación de similitud se exige respecto de los seguros de viaje o de equipaje de una duración inferior a un mes. De modo que, a través de los seguros, anteriormente, indicados (*vid.* artículos 10.2 b) 3º y 10.2 b) 4º de la LCDSF) el legislador nacional pretende concretar, a nivel de derecho interno, el citado concepto.

⁶¹² *Vid.* “Propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.” COM (1999) 385 final, Bruselas, 23 de julio de 1999, pág. 6. De la citada propuesta se infiere que el legislador comunitario quiso aludir a operaciones de ejecución inmediata y de poca importancia (*vid.* artículo 6.2 b) de la DCDSF). Enfoque que no está exento de cierta lógica: la excepción al desistimiento supone una disminución del nivel de protección, no carece de razón de ser que ésta quede limitada a situaciones susceptibles de presentar poca relevancia - especialmente, económica-.

⁶¹³ ARROYO APARICIO, A. “Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: la Ley de incorporación de la Directiva 2002/65/CE.” *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, año 2007-2, núm. 14, pág. 55.

⁶¹⁴ El supuesto se acerca a las transacciones a que se refiere el artículo 10.2 a) de la LCDSF. El motivo de la exclusión sería evitar que el desistimiento se utilice como un instrumento de especulación. Vista la letra de la DCDSF y su condición de norma de máximos, existen argumentos para considerar la observancia de esta excepción en el marco de la LCDSF como una defectuosa transposición de la DCDSF. Si bien, su observancia trata de garantizar un más

aseguramiento del tomador (*vid.* artículo 10.2 b) 4º de la LCDSF) ni mucho menos, los planes de previsión asegurados (*vid.* artículo 10.2 b) 5º de la LCDSF) (primer y tercer bloques normativos)⁶¹⁵.

Respecto de las dos primeras excepciones, su incorporación en una norma como la LCDSF – que dispensa una protección en razón del modo - no es, técnicamente, correcta (*vid.* artículo 10.2 b) 1º de la LCDSF). Ambos supuestos son excepciones al derecho de desistimiento que se contemplan respecto de los seguros de vida – es decir, en razón de la especial naturaleza del servicio afectado – y que se hallan, adecuadamente, localizadas en el artículo 83 a) de la LCS. Así, responden a las directrices del legislador comunitario, en su día, expresadas en el marco de otra norma comunitaria (*vid.* artículo 186 de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) [en adelante, la Directiva 2009/138/CE]) (*vid.* artículo 83 a) de la LCS) (primer y tercer bloques normativos). De modo que, estas excepciones se aplican a los seguros de vida comercializados a distancia en razón de la especial naturaleza del servicio.

La observancia adicional de estas dos excepciones en la LCDSF no es adecuada, a la luz del principio de intervención mínima. No hacía falta su incorporación en la LCDSF (*vid.* artículo 10.2 b) 1º de la LCDSF) considerando que ésta está llamada a regular los aspectos esenciales o necesarios en relación con la comercialización a distancia, por lo que, es bastante, en este sentido, la aplicación cumulativa de las normas sectoriales – en este caso, la LCS - cuando corresponda (*vid.* considerando 14 de la DCDSF) (tercer bloque normativo).

Respecto de los contratos de seguros “(...) cuyos efectos terminen antes del plazo a que se refiere el punto 1.”⁶¹⁶ (*vid.* artículo 10.2 b) 3º de la LCDSF). Este supuesto, tal y

adecuado funcionamiento del mercado, en cuyo marco, la concurrencia de un cierto riesgo es una cualidad inherente a algunos servicios.

⁶¹⁵ MARTÍN SALAMANCA, S. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual.” *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm.96, 2009, pág.103.

como está redactado, puede prestar a confusión con otra excepción: la referida a los contratos que, con el consentimiento del consumidor, se hayan ejecutado, en su totalidad, antes de que éste ejerza su derecho de desistimiento (*vid.* artículo 6.2 c) de la DCDSF) (tercer bloque normativo). Sería conveniente que el artículo explicitara a cuál de los dos plazos del artículo 6.1 de la LCDSF se refiere, aunque, todo apunte que, a falta de concreción, debería interpretarse que la remisión se realiza a favor del plazo general de catorce días. El plazo de catorce días resulta, sin embargo, extremadamente corto, a efectos prácticos. En cualquier caso, su vigente redacción puede generar confusión respecto de si es necesario o no, el consentimiento del consumidor para la ejecución del contrato antes del plazo de desistimiento. Probablemente, el legislador haya querido integrar en esta excepción aquellos contratos de seguros cuyos efectos terminen antes del plazo a que se refiere el punto 1, por ser contratos de ejecución instantánea - en consonancia con la naturaleza del riesgo que se quiera cubrir - (siguiendo, en parte, los motivos expresados a lo largo de la tramitación de la DCDSF al definir “seguros similares” a las pólizas de seguros de viaje o equipaje). Si ese fuera el caso, sería recomendable un cambio de redacción para perfilar, con mayor precisión, los contratos que integrarían esta excepción, de modo que, pudieran adherirse al concepto de “seguros similares” empleado en la DCDSF. Por ejemplo, pólizas de seguros cuya cobertura fuere de una duración inferior a un mes⁶¹⁷.

Asimismo (y sin perjuicio de lo expuesto respecto del hecho que esta no se adhiere a las características, anteriormente, citadas - de ejecución inmediata y de poca importancia - y que, por tanto, puede constituir una incorrecta transposición de la DCDSF) sería razonable un cambio de redacción respecto de la excepción referida a los seguros que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador. Por ejemplo, mediante la identificación del origen legal (que no, contractual) de esa obligación de aseguramiento del tomador y/o mediante la alusión a la norma que regula este tipo de contratos de obligatoria suscripción (*vid.* artículo 10.2 b) 5º de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

⁶¹⁶ En contra de la legalidad de esta excepción, léase, asimismo: MARTÍN SALAMANCA, S. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual.” *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm.96, 2009, pág.103.

⁶¹⁷ Lo que supondría un acercamiento a la redacción del artículo 11.(1) c) del *FSDM Regulations 2004* (Reino Unido) y a la del artículo 12.(1) b) del *DMCFS Regulations 2004*.

En cuanto a la última excepción referida a los planes de previsión asegurado, en principio, la DCDSF excluye la posibilidad de que éstas puedan ser calificadas como excepciones al derecho de desistimiento de la DCDSF cuando la contingencia cubierta es la jubilación (*vid.* artículos 6.1 y 10.2 b) 5º de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Por lo que, su observancia en la LCDSF es – también, en este caso – cuestionable, visto que la DCDSF somete las jubilaciones personales a un plazo de desistimiento de treinta días. En cualquier caso, de la tramitación de la LCDSF se infiere que esta excepción se incorporó por el hecho que los planes de pensiones pueden sufrir fluctuaciones de valoración⁶¹⁸.

A partir de ahí, un análisis de derecho comparado permite constatar que, respecto de los seguros privados - en relación con las cuáles los Estados Miembros disponen de cierto margen de decisión, de conformidad con el artículo 6.2.b) de la DCDSF - algunas de las normas de transposición de la DCDSF analizadas optan por la incorporación de alguna de las excepciones anteriores, si bien, no llegan a igualar el amplio número de excepciones que la LCDSF reconoce.

En el caso de Francia, a la excepción de las pólizas de seguros de viaje o de equipaje se añade las pólizas de seguros similares de duración inferior a un mes y ciertas pólizas de seguro, legalmente, obligatorias⁶¹⁹. En el caso del Reino Unido, a la primera excepción se añade la de las pólizas de seguros de una duración inferior a un mes, así como, ciertos contratos vinculados⁶²⁰. En el caso de Irlanda, a la misma excepción se

⁶¹⁸ REQUEIXO SOUTO, X.M. “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.” *Actualidad Civil*, núm. 13, quincena del 1 al 15 de julio de 2009, pág.1477 y siguientes. Subraya el autor los argumentos que expuso el representante del G.P. Socialista en la votación de las enmiendas en la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso: “(...) Los planes de pensiones pueden sufrir fluctuaciones de valoración en el tiempo transcurrido desde la información recibida por el consumidor o la enviada por el proveedor de servicios que pueden modificar la valoración de esos planes de pensiones, y esa fluctuación es lo que hace necesario, a nuestro entender y a juicio del Gobierno, establecer una excepcionalidad. Es cierto que la Directiva no lo manifiesta así, pero puede entenderse razonable, ante estas fluctuaciones que pueden ir en detrimento de una de las partes, tanto del consumidor como del proveedor, recoger esa excepcionalidad. (...)”.

⁶¹⁹ *Vid.* artículo L.112-2-1 3º y artículo 211-1 del *Code des assurances*.

⁶²⁰ *Vid.* artículo 11.(1) c) del *FSDM Regulations 2004*.

añade la de los seguros cuya cobertura sea de una duración inferior a un mes⁶²¹. En el caso de Bélgica, a la misma excepción se añade la de las pólizas de seguros similares por un plazo inferior a un mes y los seguros de vida vinculados a un fondo de inversión⁶²². Por lo que, salvo en el caso de Francia, cuya ley contempla las pólizas de seguros obligatorias, las excepciones contempladas presentan una mayor proximidad con el concepto de “seguros similares” utilizado por la DCDSF.

El tercer grupo de excepciones se refiere a 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 (*vid.* artículo 10.2 c) de la LCDSF)⁶²³. La carga de la prueba de la petición del consumidor corresponde, en estos casos, al proveedor por aplicación de la inversión de la carga probatoria (*vid.* artículo 17 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)⁶²⁴.

Valga el siguiente inciso, como subraya, acertadamente, SERRA RODRÍGUEZ⁶²⁵, la LCDSF no contempla la prohibición de ejecución prevista en la DCDSF (*vid.* artículo 7 de la DCDSF). A pesar de ello, si el proveedor ejecutara el contrato en su totalidad y sin el consentimiento del consumidor, estará sujeto a la prohibición de exigir pago al-

⁶²¹ *Vid.* artículo 12.(1) b) del *DMCFS Regulations* 2004.

⁶²² *Vid.* artículo 57 de la *Loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*.

⁶²³ Este artículo resulta idéntico a su equivalente en la DCDSF (*vid.* artículo 6.2 c) de la DCDSF). Simplemente, valga remarcar que su redacción inicial resultaba menos tuitiva para el consumidor, en la medida en que, se limitaba a exigir el comienzo de la ejecución del contrato antes de la expiración del plazo de desistimiento, para elevar el supuesto a la condición de excepción. Fue en la propuesta modificada de DCDSF, cuando el legislador comunitario añadió el requisito de que la ejecución del servicio se hubiera realizado, en su totalidad, con el consiguiente efecto de alcanzar un más elevado nivel de protección. Al mismo enfoque responden el artículo 16 a) de la vigente Directiva 2011/83/UE y el artículo 103 a) del Real Decreto Legislativo 1/2007 (que la transpone).

⁶²⁴ La distinción entre consentimiento para la celebración o para la ejecución del contrato queda, claramente, reflejada en el artículo 17 de la LCDSF sobre inversión de la carga probatoria. De modo que, si habiéndose iniciado la ejecución del contrato por el proveedor, éste no se hallara en situación de probar la existencia de una solicitud/consentimiento de ejecución; en ese caso, el proveedor no podría exigir pago alguno al consumidor (*vid.* artículo 11.2 b) de la LCDSF). *A sensu contrario*, si hay consentimiento para la ejecución y ésta se produce, en su totalidad, entonces el consumidor pierde la posibilidad de desistir.

⁶²⁵ SERRA RODRÍGUEZ, A. “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.” *Revista de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 25, 2011, pág. 19 y siguientes.

guno por el servicio prestado, de conformidad con el artículo 11.2 b) de la LCDSF. Esta tesis defiende la idea que, a pesar de su título referido al “Pago del servicio prestado antes del desistimiento”, la prohibición del citado artículo resulta aplicable aún cuando hubiere expirado el plazo de ejercicio del desistimiento y el consumidor no pudiera ejercitar el derecho de desistimiento. Esta interpretación se hallaría en línea con el propio artículo 33.2 de la nueva LCD (en conjunción con el artículo 4 de la misma norma) que declara desleales por agresivas - hallándose sujetas, entre otras, a la acción de cesación o de prohibición de su futura reiteración de la nueva LCD (*vid.* artículo 32 de la nueva LCD) - las prácticas consistentes en exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor o usuario, con la única salvedad de que el bien o servicio en cuestión sea un bien o servicio de “sustitución” suministrado de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con los consumidores y usuarios.

Volviendo al análisis de la excepción, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de este tercer grupo de excepciones - referido a la pérdida del derecho de desistimiento⁶²⁶ - ⁶²⁷. En el marco de la sentencia de 8 de septiembre de 2011, el juez declara el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato de tarjetas cuyo texto dispone, a grandes rasgos, que la utilización de las tarjetas supondrá que el contrato ha sido ejecutado en su totalidad a iniciativa y por expresa voluntad del titular y, por consiguiente, no será de aplicación el derecho de

⁶²⁶ MARTÍN SALAMANCA, S. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual.” *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 96, 2009, pág. 99. Subraya la autora que resulta un tanto confuso el hecho que, por un lado, se establezca el carácter irrenunciable del derecho de desistimiento y que, por otro, se aluda a su pérdida, en determinadas circunstancias – cuando antes de ejercer este derecho se ejecute el contrato en su totalidad -. Afirma que, de forma indirecta, se regula una posible renuncia. Lo que sólo es explicable, en su opinión, asumiendo que la renuncia proscrita por la LCDSF es la renuncia anticipada del derecho, no la renuncia del derecho una vez adquirido.

Esta tesis entiende que la pérdida del derecho de desistimiento no implica, en rigor, una renuncia. El supuesto se limita al caso en que el ejercicio del derecho pierde su sentido. Es decir, en tanto que el contrato ha desplegado todos sus efectos el interés de ambas partes contratantes ha sido ya satisfecho y no es posible el derecho. Por lo que, mientras el contrato se esté ejecutando y no se haya ejecutado en su totalidad, el consumidor sigue conservando ese derecho aun habiendo solicitado, de forma expresa, la ejecución antes de la expiración del plazo (*vid.* artículo 10.2 c) de la LCDSF).

⁶²⁷ *Vid.* apartados 201 a 204 de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011.

desistimiento⁶²⁸. La defensa de la entidad demandada alega que el desistimiento no se configura en la LCDSF como una modalidad de utilización a prueba, por lo que, nada impide que en el contrato se prohíba la utilización del servicio durante el período en que se pueda ejercitar el derecho de desistimiento, sin que ello afecte al contenido y a la finalidad del derecho. El juez incide, como razón de partida, en el carácter imperativo de la LCDSF que elude el margen de autonomía de la voluntad de las partes cuando ello implique una limitación de los derechos de la LCDSF y subraya que, cualquier limitación al derecho de desistimiento, tal y como éste se regula en la LCDSF, determina la nulidad de la cláusula por abusiva, conforme al artículo 86 del Real Decreto Legislativo 1/2007. Por consiguiente, el juez declara abusiva la cláusula, en la medida en que, la LCDSF sí contempla y sí permite la utilización del servicio durante el período en el que se pueda ejercer el derecho de desistimiento sin que ello conlleve la exclusión del derecho de desistimiento del consumidor (prevista en el contrato litigioso). Así se infiere, por un lado, de su artículo 11 que regula el pago del importe proporcional de la parte del servicio prestada para el caso en que el cliente, no obstante, comenzar en el uso del servicio, decida, finalmente, desistir del contrato. Y por otro lado, de su artículo 10.2 c) que contiene la excepción relativa a que el contrato haya sido ejecutado en su totalidad a petición expresa del consumidor. De modo que, la LCDSF sí valora la utilización del servicio durante el plazo de desistimiento, sin que ello determine la exclusión del derecho, si el contrato no ha sido ejecutado en su totalidad. Siguiendo en esta argumentación, el juez se refiere al artículo 10.2 c) para enlazar la excepción en él contemplada con la idea de que, en estos casos, al haber desplegado el contrato todos sus efectos, el interés de los contratantes ya ha sido satisfecho y no resulta posible el desistimiento; la defensa de la entidad demandada alega que, en la

⁶²⁸ *Vid.* apartado 201 de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011. Literalmente, la cláusula analizada dispone: “1.6. (...) El titular conforme la normativa vigente reguladora de la comercialización a distancia de servicios financieros, dispondrá de un plazo de catorce días naturales contados desde la formalización del presente contrato para desistir del mismo. El desistimiento podrá notificarse al Banco, a través de cualquiera de sus oficinas y mediante los Servicios Línea BBVA o de Banca por Internet, si estuviesen operativos para el Titular. El Titular durante el plazo anteriormente indicado, podrá solicitar al Banco que el presente contrato sea ejecutado en su totalidad, en cuyo caso no será de aplicación a favor del Titular el derecho de desistimiento establecido. La utilización de cualquiera de las tarjetas supondrá que el contrato ha sido ejecutado en su totalidad a iniciativa y por expresa voluntad del Titular y, por consiguiente, no será de aplicación el derecho de desistimiento establecido en la normativa vigente. (...)”.

cláusula, el contrato de tarjeta ha sido ejecutado en su integridad. Lo que no se admite, en la medida en que, el contrato de tarjeta es un contrato de trato sucesivo en el que las obligaciones de las partes no se agotan por la utilización de la tarjeta en un período inicial.

Valga enlazar esta última observación con la excepción antes citada, referida (y limitada) a los contratos de seguros cuyos efectos terminen antes del plazo previsto por el artículo 10 (*vid.* artículo 10.2 b) 3º de la LCDSF): como se ha apuntado, muy probablemente, en ese caso, el legislador haya querido someter a la citada excepción los contratos de seguros de ejecución instantánea.

Otra cuestión a plantearse es si sería, legalmente, admisible una cláusula que, directamente, prohibiera la utilización del servicio durante el período en que se pueda ejercitar el derecho de desistimiento. A lo que cabe responder en un sentido negativo por las mismas razones: esa es una posibilidad no admisible, ni a la luz de la letra de la DCDSF (que es una norma de máximos) ni a la luz de la LCDSF – norma imperativa - que permite la ejecución del contrato durante el plazo del derecho de desistimiento a petición expresa del consumidor. Su observancia supondría una limitación de los derechos del consumidor (*vid.* artículo 86 del Real Decreto Legislativo 1/2007)⁶²⁹.

El cuarto grupo de excepciones abarca los créditos inmobiliarios, los créditos hipotecarios y los contratos formalizados ante notario siempre que éste dé fe de que se ha garantizado el derecho de información del consumidor (*vid.* artículos 10.2 d) a 10.2 f) de la LCDSF). Esta excepción es fruto del margen de elección que el legislador comunitario confiere a los Estados Miembros^{630 631} (de modo que, éstos pueden optar entre ele-

⁶²⁹ Recuérdese que, el artículo 6.1 de la DCDSF dispone la posibilidad de suspender la aplicabilidad de los contratos a distancia. Literalmente, el artículo 6.1 de la DCDSF dispone que: los Estados Miembros, además del derecho de rescisión, podrán establecer que se suspenda la aplicabilidad de los contratos a distancia relativos a servicios de inversión durante el plazo previsto en el presente apartado.[subrayado añadido]

⁶³⁰ FERNÁNDEZ PÉREZ, N. “*La contratación electrónica de servicios financieros.*” Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2003, pág. 240 y siguientes. Señala la autora refiriéndose a las excepciones del artículo 6.3 que, en todos los casos, puede hablarse de que existe una importante diversidad en cuanto a la regulación jurídica de los mismos en los distintos Estados Miembros que justifica, en última instancia, esa delegación. Respecto de los sistemas que siguen el modelo anglosajón añade que: “(...) La idea es, ante todo, que los países que siguen el

var o no, los citados servicios a la condición de excepción) (*vid.* artículo 6.3 de la DCDSF) (tercer bloque normativo). El legislador comunitario trata de afrontar, así, las divergencias entre legislaciones internas^{632 633}.

Valga anticipar que la razón de ser de estas excepciones contempladas por la LCDSF puede no encajar con los motivos de las anteriores excepciones. De hecho, respecto de estos servicios, disminuyen, en algunos casos, los eventuales riesgos de que el consumidor pueda adoptar una decisión negocial poco informada y/o poco reflexiona-

último de los sistemas y en los que, básicamente, rige la mera libertad de forma, en los que los notarios no tienen la función de autorizar documentos, carecen de protocolos y sus actas no poseen plena autenticidad (...), en definitiva, Estados que no disponen de un notariado con competencias de certificación y funciones de protección de los consumidores, pueda establecerse el derecho de rescisión.(...)."

⁶³¹ Si, inicialmente, se trató de excluir los contratos de crédito inmobiliario del ámbito de aplicación de la DCDSF, posteriormente, el legislador comunitario optó por la formulación actual - que incorpora los citados contratos al ámbito de aplicación de la norma - y por la consiguiente concesión a los Estados Miembros del margen de acción necesario para que éstos, atendidas las particularidades de cada ordenamiento jurídico nacional, pudieran adoptar la medida de transposición más adecuada, en el sentido de elevarlos o no, a la categoría especial de excepción al derecho de desistimiento. Léase, en este sentido, la "Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE." COM (1999) 385 final, Bruselas, 23 de julio de 1999, pág. 4.

⁶³² A la diversidad de los derechos nacionales en materia de créditos inmobiliarios y a la necesidad de afrontar, convenientemente, las divergencias entre legislaciones nacionales se refiere: la "Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE." COM (1999) 385 final, Bruselas, 23 de julio de 1999, pág. 7 y la "Posición Común (CE) nº 16/2002, de 19 de diciembre de 2001 aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican las Directivas del Consejo 90/619/CEE y 97/7/CE y 98/27/CE". DOCE C 058 de 5 de marzo de 2002, pág. 32 y siguientes.

⁶³³ "Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE." COM (1999) 385 final, Bruselas, 23 de julio de 1999, pág. 7. Respecto de los créditos inmobiliarios, la Comisión indica que: "(...) se establecen las siguientes disposiciones específicas para los créditos inmobiliarios:

- Habida cuenta de la importancia que poseen estos servicios para los consumidores, es importante que estén incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, y que las disposiciones de ésta se apliquen plenamente a este tipo de servicios;
- Habida cuenta de la diversidad de los Derechos nacionales en materia de créditos inmobiliarios, así como de las diferentes formas que pueden adoptar estos últimos, son necesarias diversas disposiciones específicas por lo que se refiere al derecho de retractación: (...)"

da, precisamente, por los requisitos legales previstos en nuestro ordenamiento jurídico y por la necesaria intervención, en algunos casos, de la figura del notario⁶³⁴.

En cualquier caso, a pesar de su notable importancia económica para el patrimonio del consumidor nuestro legislador ha optado por calificar los tres supuestos de excepciones (*vid.* artículos 10.2 d) a 10.2 f) de la LCDSF) (tercer bloque normativo)⁶³⁵.

Así, respecto de los créditos inmobiliarios algún autor justifica su condición de excepción en el hecho que, en este tipo de operaciones, la sucesión de requisitos legales y formales produce una dilación en el tiempo que favorece una decisión reflexionada (*vid.* artículo 10.2 d) de la LCDSF)⁶³⁶.

Respecto de los créditos hipotecarios nuestro ordenamiento jurídico reconoce, en fase de generación, una serie de mecanismos que refuerzan los deberes de información y de documentación y que dotan al consumidor de una oportunidad de reflexión (*vid.* artículo 7 de la LCDSF) (*vid.* artículos 23 y 30 de la Orden EHA/2899/2011) (*vid.* artículos 14 y 16 de la Ley 2/2009). Por lo que, en ese sentido, es cierto que el impacto tuitivo de su calificación como excepción no es tan considerable, al menos, desde un prisma de información al consumidor (*vid.* artículo 10.2 e) de la LCDSF) (primer y tercer bloques normativos)⁶³⁷.

Respecto de la última excepción - referida a 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 de la LCDSF (*vid.* artículo 10.2 f) de la LCDSF) (tercer bloque normativo) - de los antecedentes formales

⁶³⁴ SIRVENT GARCÍA, J. "El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica." *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm.96, 2009, pág. 81 y siguientes.

⁶³⁵ En contra de su calificación como excepciones léase: SIRVENT GARCÍA, J. "El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica." *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm.96, 2009, pág. 81 y siguientes.

⁶³⁶ VIERA GONZÁLEZ, J.A. "La comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores". En: SEQUEIRA, A.; GADEA, E. y SACRISTÁN, F (dir.) *La contratación bancaria*. Editorial Dykinson, pág. 194 y siguientes.

⁶³⁷ DÍAZ FRAILE, J.M^a. *El tratamiento de los préstamos hipotecarios en el proyecto de directiva sobre contratación de servicios financieros a distancia*. En: MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. (dir.). "Homenaje a Don Antonio Hernández Gil". Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pág. 1821 y siguientes.

del artículo, se infiere que esta excepción parte, igualmente, de la distinción entre los sistemas notariales derivados del derecho romano - el llamado “modelo latino” que confiere al notario facultades de certificación, de información y de asesoramiento jurídico, de carácter neutral - y los sistemas notariales del “modelo anglosajón” - en cuyo marco, la intervención del notario es más limitada y se reduce, básicamente, a la legitimación de firmas – (*vid.* artículo 6.3 c) de la DCDSF).

Vistas las funciones del notario en uno y otro modelo, es evidente que la observancia de un derecho de desistimiento es más necesaria (desde una perspectiva de protección del consumidor) respecto de los actos realizados conforme al sistema notarial anglosajón que presenta menos garantías de información⁶³⁸. Valga, sin embargo, subrayar lo siguiente: la observancia de la excepción no encaja con la naturaleza del derecho de desistimiento, en tanto que, facultad ejercitable sin necesidad de justa causa (*vid.* artículo 10.2 f) de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Valga añadir respecto de este cuarto grupo de excepciones que, en línea con la LCDSF, las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica utilizan el margen de decisión que la DCDSF les confiere para excluir el derecho de desistimiento respecto de créditos inmobiliarios y/o hipotecarios (*vid.* artículos 10.3. a) y 10.3. b) de la DCDSF)⁶³⁹.

Finalmente, el quinto grupo lo integran los planes de previsión asegurados (*vid.* artículo 10.2 g) de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Su calificación legal como excepción puede constituir una incorrecta transposición de la DCDSF que no parece admitir la calificación de los planes de pensiones de excepciones al desistimiento si la contin-

⁶³⁸ NOVAL LAMAS, J.J. “La protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros.” *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario, 2014, pág.122. El autor justifica su calificación de excepción en los siguientes términos: “(...) Este supuesto es claro: la fe pública del notario excluye cualquier duda sobre la efectiva voluntad del contratante y de ahí que no sea necesario el período de “retractación”.(...).”

⁶³⁹ Una u otra o ambas categorías de crédito se califican de excepciones al desistimiento, de conformidad con las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica (*vid.* artículo L.121-20-12 de la *Ordonnance núm. 2005-648*) (*vid.* artículo 11.(1) d) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 12.(1) d) del *DMCFs Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-18.(2) c) y d) del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.58.2.3º del *Code du droit économique*).

gencia cubierta es la jubilación. De la tramitación de la LCDSF se infiere que el motivo de su exclusión del derecho de desistimiento fue que los planes de pensiones pueden sufrir fluctuaciones de valoración y esta fluctuación es lo que llevó a establecer su excepcionalidad⁶⁴⁰.

4. EJERCICIO

El ejercicio del desistimiento está sujeto al plazo y al sistema de cómputo previstos. En cuanto al cómputo del plazo, su fecha de inicio varía en función del momento en que el consumidor recibe las condiciones contractuales y la información previa (*vid.* artículo 10.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Por otro lado, el desistimiento debe ejercitarse conforme a las directrices fijadas en torno al momento de la comunicación y a la forma (*vid.* artículo 10.3 de la LCDSF). Su ejercicio activa las consecuencias que la LCDSF dispone con el objetivo de evitar situaciones de enriquecimiento injusto (*vid.* artículos 11.3 y 11.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo) o penalizaciones encubiertas. A continuación, se analizan estas cuestiones.

4.1. PLAZO

El consumidor debe comunicar el desistimiento en los plazos, legalmente, previstos. El plazo general es de catorce días naturales frente al aplicable a los contratos relacionados con seguros de vida que es de treinta días naturales (*vid.* artículo 10.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Por ser, la DCDSF, una norma de máximos, nuestro legislador no observa plazo distinto al previsto en la norma comunitaria, lo que no obsta a las partes de convenir un plazo de desistimiento superior (que no inferior, visto el carácter imperativo de la regulación de la LCDSF) (*vid.* considerando 13 de la DCDSF).

⁶⁴⁰ REQUEIXO SOUTO, X.M. “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.” *Actualidad Civil*, núm.13, quincena de 1 al 15 de julio, 2009, pág. 1477 y siguientes.

En relación con el segundo plazo aplicable a las jubilaciones personales, nuestro legislador omite mención alguna a las mismas, en discordancia con las directrices del legislador comunitario que extiende, de forma expresa, el plazo especial de treinta días a este tipo de operaciones (*vid.* artículo 6.1 de la DCDSF) (tercer bloque normativo). Como ya ha venido indicando algún autor, la omisión constituye una incorrecta transposición de la DCDSF⁶⁴¹.

En cuanto al cómputo del plazo, en línea con la DCDSF, éste empieza “a correr desde el día de la celebración del contrato”, salvo en el caso de los seguros de vida, “en cuyo caso, el plazo comenzará cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado” (*vid.* párrafo tercero del artículo 10.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo) en línea con el sistema de cómputo previsto en la regulación sectorial, específicamente, aplicable a este tipo de servicios⁶⁴². Las normas de transposición de la DCDSF analizadas ofrecen una regulación similar⁶⁴³.

Valga destacar que, en aras a determinar si el día designado queda excluido o no del cómputo del plazo, el artículo 9 de la Directiva 2011/83/UE ofrece una terminología mucho más clara que la propia DCDSF y que la LCDSF cuando indica, a grandes rasgos, que el plazo de desistimiento “(...) concluirá a los 14 días contados a partir de (...)”. Lo que, claramente, comporta que el día en que ocurra el suceso o se realice el acto queda excluido del cómputo del plazo, en clara afinidad al principio de protección del consumidor (*vid.* considerando 41 y artículo 9 de la de la Directiva 2011/83/UE).

Esta tesis entiende vista la terminología empleada por la LCDSF y su distancia con la empleada por la Directiva 2011/83/UE – esto es, “El plazo...empezará a correr desde

⁶⁴¹ ARROYO APARICIO, A. “Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: la Ley de incorporación de la Directiva 2002/65/CE.” *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, año 2007-2, núm. 14, pág. 54.

⁶⁴² *Vid.* artículo 35 de la Directiva 2002/83/CE.

⁶⁴³ Las normas de transposición de la DCDSF en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica siguen el mismo planteamiento en cuanto a la fecha de inicio de cómputo del plazo (*vid.* artículo L.121-20-12.1^o y artículo L.121-20-12.2^o de la *Ordonnance núm. 2005-648*) (*vid.* artículo 10 del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 11.(1) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-18 del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.58.1 del *Code du droit économique*).

el día” y “comenzará cuando se informe al consumidor” - que el día de la celebración y el día en que se informe de la celebración del contrato quedan, literalmente, incluidos en el cómputo del plazo de desistimiento. Así es desde una interpretación literal. De modo que, en ambos casos, la redacción de la LCDSF parece establecer un tratamiento distinto al que, de forma específica, observa el artículo 5 del Código Civil y por consiguiente, excluye la posibilidad de que el cómputo empiece a contar al día siguiente, en los términos que indica el citado artículo.

Al margen de estos dos plazos iniciales, se reconoce una posible extensión en los casos en que, superadas las fechas anteriores, el consumidor no haya recibido las condiciones contractuales y la información previa del artículo 7.1 de la LCDSF⁶⁴⁴. En estas circunstancias, se retrasa el inicio del cómputo que “comenzará a contar el día en que reciba la información y/o las condiciones contractuales” (*vid.* párrafo segundo del artículo 10.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo) en coherencia con el fundamento tuitivo del desistimiento basado en la necesidad de garantizar una adecuada reflexión/comprensión de la información para una mejor formación de la voluntad contractual⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ Dispone el artículo 10.1 de la LCDSF: “1. (...) 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.” [subrayado añadido]

Diferentemente, el artículo 6 de la DCDSF dispone: “(...) El plazo durante el cual podrá ejercerse el derecho de rescisión comenzará a correr: - bien el día de la celebración del contrato, salvo en relación con los mencionados seguros de vida, para los que el plazo comenzará cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado, - bien a partir del día en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información, de conformidad con los apartados 1 y 2 del artículo 5, si ésta es posterior. (...)”.[subrayado añadido]

Existen, por tanto, divergencias entre la LCDSF y la DCDSF, a diferencia de la LCDSF, la DCDSF excluye del cómputo el día en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información.

⁶⁴⁵ MAYORGA TOLEDANO, M^a.C. “Los derechos de información previa y de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros. Especial referencia a los contratos bancarios.” *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 87, noviembre, 2007. Pág. 35 y 36. Por alusión a CARRIAZO PÉREZ GUZMÁN – quien afirma que no empezará la carencia del derecho de desistimiento hasta que el consumidor no esté al corriente de todas las condiciones – la autora realiza una interesante afirmación en torno al momento en que podrá ejercitarse el derecho de desistimiento, si hubiere un incumplimiento total o defectuoso de la información por parte del proveedor. Afirma la autora que no existe ningún obstáculo para admitir la posibilidad

Esta tesis entiende que, en estas circunstancias, el día de la recepción de las condiciones contractuales y de la información no debe quedar excluido del cómputo del plazo. Una interpretación literal de la LCDSF lleva a la misma conclusión. Valga, sin embargo, destacar que este artículo presenta claras divergencias con la DCDSF que dispone que el plazo “comenzará a correr (...) a partir del día en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información”. Vista la proximidad de su redacción con la Directiva 2011/83/UE, la DCDSF sí permite una interpretación favorable a la exclusión del citado día: la concordancia con el sistema de la Directiva 2011/83/UE es clara, en este sentido, puesto que su regulación se remite a expresiones similares como “el plazo (...) concluirá a los (...) contados a partir de (...) el día” (*vid.* artículo 9 de la Directiva 2011/83). Por lo que, la DCDSF, en este sentido, es más protectora que la LCDSF. Vistas las diferencias entre ambas normas cabe concluir que una interpretación literal del artículo 10.1 de la LCDSF llevaría, claramente, a la inclusión del día en que se recibe la información en el cómputo del plazo (siendo ésta, sin embargo, la opción menos tuitiva).

Expuesto lo anterior, valga añadir que cierta doctrina destaca que el retraso en el suministro de la información conlleva en la LCDSF una prórroga ilimitada del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, de modo que, en este sentido, la regulación de la LCDSF es aún más tuitiva que la regulación general aplicable al desistimiento en los contratos de consumo del Real Decreto Legislativo 1/2007 (*vid.* artículos 68 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007)^{646 647 648}.

de que el desistimiento se produzca antes de la recepción de la información; lo contrario comportaría que el proveedor resultaría beneficiado de su propio incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Partiendo de la premisa de que quien puede lo más puede lo menos argumenta que si se puede desistir en un momento posterior al recibo del bien, nada impide que pueda hacerse con anterioridad. Finaliza la autora concluyendo que, si no fuera así, la norma debería haber determinado el plazo máximo en que el consumidor debe esperar la recepción de dicha información.

⁶⁴⁶ SIRVENT GARCÍA, J. “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica.” *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm.96, 2009, pág.75 y siguientes. Partiendo del hecho que el plazo de desistimiento empieza a contar el día en que el consumidor recibe la información el autor concluye a partir de una interpretación a *sensu contrario* 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 suministre dicha información, tendrá sobre sí, (...) la amenaza de la posibilidad de que el cliente pueda

Esta tesis comparte esta opinión, máxime, a la vista del artículo 11 de la DCDSF que, sin limitación temporal alguna, faculta a la observancia de un derecho a rescindir el contrato, “en todo momento”, sin gastos ni penalización alguna⁶⁴⁹.

Indica NOVAL LAMAS que es posible que, en un futuro, se realicen modificaciones en el régimen de los servicios financieros a distancia siguiendo, en parte, la estela marcada por la propia Directiva 2011/83/UE (vid. artículo 10 de la Directiva 2011/83/UE) que da fin a la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre 2001. Caso George Heiningen y Helga Heiningen contra und Vereinsbank AG. Heiningen (en adelante, caso Heiningen)⁶⁵⁰, en cuanto que establece un plazo límite al ejercicio del derecho de revocación en los casos en que el consumidor no ha sido informado sobre el mismo⁶⁵¹.

poner fin al contrato en cualquier momento y, sólo cuando se la entregue podrá librarse de la amenaza del desistimiento (...). 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 14 días. Como puede verse, muy distinta es la situación en el TR (...). A este respecto, debemos reconocer que es mucho más ventajosa la solución legal que se adopta para el consumidor persona física (...).”

⁶⁴⁷ MARTÍN SALAMANCA, S. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual.” *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm.96, 2009, pág.101 y siguientes. Indica la autora que si el proveedor no cumple su obligación de información, el plazo empezará a contar desde el día en que reciba la información. De modo que, no existe aquí un plazo de caducidad residual, por lo que, hay que entender que la sanción que impone la LCDSF es la de la prórroga del plazo de desistimiento hasta que el proveedor decida interrumpirla, suministrando la información y haciendo que comience así el cómputo.

⁶⁴⁸ BELUCHE RINCÓN, I. “Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato.”, *Diario La Ley*, núm.7182, 26 de mayo de 2009, D-191. Interpreta la autora el artículo 10, en el siguiente sentido: que la no recepción de la información y de las condiciones contractuales dará lugar a una prórroga ilimitada del plazo para su ejercicio porque el plazo no empezará a contar mientras el usuario no reciba la indicada información.

⁶⁴⁹ Vid. CAPITULO XIV sobre Conclusiones.

⁶⁵⁰ Léase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre 2001. Caso George Heiningen y Helga Heiningen contra und Vereinsbank AG. Asto. C-481/99. En cuya virtud, el TJUE declara que el artículo 5 de la Directiva 85/577/CEE (sobre derecho de revocación) se opone a que el legislador nacional aplique el plazo límite de un año a partir de la celebración del contrato para poder ejercitar el derecho de revocación cuando el consumidor no haya sido informado sobre su derecho de revocación.

⁶⁵¹ NOVAL LAMAS, J.J. “La protección del consumidor en la contratación a distancia se servicios financieros.”· *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario, 2014, pág. 123.

Es cierto que, como subraya NOVAL LAMAS, el considerando 32 de la Directiva 2011/83/UE declara que, por lo que se refiere a los servicios financieros debe animarse a los Estados Miembros a que se inspiren en la legislación de la Unión vigente en este ámbito cuando legislen “en ámbitos no regulados a escala de la Unión, de tal forma que se garantice una igualdad de condiciones para todos los consumidores y todos los contratos de servicios financieros”. Sin embargo, de ello no cabe inferir, como indica el autor, una futura reforma de la DCDSF con posibilidades de establecer un plazo límite para el ejercicio del derecho de revocación en términos similares al artículo 10 de la Directiva 2011/83/UE. (Esta cuestión se analizará a la luz de la evolución jurisprudencial del TJUE, con especial relevancia del caso Endress).

Nótese que, en línea con la Comunicación de la Comisión sobre la revisión de la DCDSF (2009)⁶⁵² el considerando 32 alude a ámbitos “no regulados a escala de la Unión” lo que sitúa la cuestión, especialmente, en sede de información previa (*vid.* artículo 4.2 de la LCDSF) tal y como evidencia la citada comunicación. La cual, por un lado, descarta la revisión de la DCDSF (sin que ello excluya un nuevo planteamiento de la cuestión en un futuro, a la vista de su impacto en la evolución del mercado)⁶⁵³ y por otro, contempla futuras medidas de estandarización de la información previa respecto de determinados servicios financieros en relación con los cuáles, se han pro-

⁶⁵² “Communication from the Commission to the Council and the European Parliament. Review of the Distance Marketing of Consumer Financial Services Directive (2002/65/EC).” COM (2009) 626 final. Brussels, 20.11.2009.

⁶⁵³ “Communication from the Commission to the Council and the European Parliament. Review of the Distance Marketing of Consumer Financial Services Directive (2002/65/EC).” COM (2009) 626 final. Brussels, 20.11.2009. Pág. 8. En su marco, se concluye: “(...) 31. Language and cultural preferences represent the most significant barrier to consumers engaging in this market. However, the Commission cannot take any measure in this area. In relation to the absence of information on financial product legislation in particular markets, the Commission is undertaking significant steps to improve the quality of information in the area of credits and investments. 32. Should future advances in e-commerce in general fail to be mirrored by similar developments in the area of distance marketing of financial services, the Commission may consider re-examining the case for amending the Directive or taking other relevant initiatives. 33. At this stage, there is no evidence that consumers face problems arising from incorrect implementation of the Directive. Nor is there any evidence which would indicate that the legal diversity resulting from Member States using to a varying extent the options contained in the Directive has a direct impact on the low level of cross-border distance marketing of financial services. 34. In light of the above, the Commission takes the view that at present it is not appropriate to propose any amendments to the Directive. It will continue to monitor developments in the market and the application of the Directive.(...)”

mulgado, posteriormente, ciertas directivas (*i.a.* crédito al consumo, crédito hipotecario...) ⁶⁵⁴.

Valga profundizar en la jurisprudencia del TJUE (en sede de límites temporales aplicados al derecho de revocación) para determinar en qué medida existe o no, la posibilidad de que, en un futuro próximo, se opte por establecer en la DCDSF, un plazo límite a los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los casos en que el consumidor no haya sido, convenientemente, informado sobre el derecho de desistimiento.

Como nota común, las siguientes sentencias analizan si la Directiva 85/577/CEE y/u otras normas comunitarias (que observan un derecho de revocación) se oponen a la adopción de medidas nacionales legislativas tendentes a imponer un plazo límite, a los efectos del ejercicio del derecho de revocación cuando el consumidor no ha sido informado sobre el citado derecho. A grandes rasgos, se constatará que, en las dos primeras sentencias analizadas - por un lado, el caso Heininger y por otro, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre 2013, caso Walter Endress contra Allianz Lebensversicherungs AG. (en adelante, caso Endress) ⁶⁵⁵ - se parte de la idea que el consumidor no puede ejercer el citado derecho, si no ha sido informado en torno al mismo y que la seguridad jurídica que confiere la determinación de un plazo límite no justifica la limitación de los derechos del consumidor: basta, en

⁶⁵⁴ “Communication from the Commission to the Council and the European Parliament. Review of the Distance Marketing of Consumer Financial Services Directive (2002/65/EC).” COM (2009) 626 final. Brussels, 20.11.2009. Pág. 7 y siguientes. Se expone, literalmente: “(...) 27. The most significant demand-side barriers come from differences in language and culture, as well as the absence of available information on cross-border products. The European Commission has already taken steps in order to improve the quality of precontractual information available to consumers, for instance in the Standard European Consumer Credit Information Sheet, annexed to the new Consumer Credit Directive, and in the Key Investor Information document, being tested for the revision of the UCITS Directive. In the area of mortgages, the examination of the European Standard Information Sheet aims to improve the presentation of precontractual information to consumers. The Commission Communication on Packaged Retail Investment Products proposes measures to deliver clear, comparable pre-contractual information to investors of these products. The impact of these measures is to standardise the presentation of pre-contractual information in a way which makes it easier for the consumer to compare the offers of different providers. This reduces the danger of consumers paying more or taking unnecessary risks regarding financial services products. In addition, the Commission is launching a behavioural study on retail investment services. This study will provide a mapping of the key behavioural traits affecting consumers’ choices in this sector. (...)” [subrayado añadido]

⁶⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre 2013. Caso Walter Endress contra Allianz Lebensversicherungs AG. Asto. C-209/12.

este sentido, con que las entidades informen sobre el derecho de desistimiento. En la tercera sentencia analizada – la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril 2008. Caso Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG. (en adelante, caso Hamilton)⁶⁵⁶ - se confirma la posibilidad de establecer un plazo máximo si el contrato ha sido ejecutado en su totalidad, aún cuando no haya sido informado, convenientemente, sobre su derecho de revocación.

Así, la sentencia del TJUE de 13 de diciembre de 2001 - caso Heininger -⁶⁵⁷ surgida en relación con la revocación de un contrato de crédito con garantía real resuelve dos cuestiones prejudiciales en torno a la interpretación de la Directiva 85/577/CEE y de la Directiva 87/102/CEE (en su versión modificada). La ley alemana dispone que el plazo de revocación no empieza a correr hasta el momento en que se proporciona información por escrito sobre el derecho de revocación (justamente, en línea con el planteamiento del artículo 10 de la DCDSF). Analizadas las circunstancias del caso, la sentencia expone que cinco años después de la celebración del contrato litigioso, el Sr. y la Sra. Heininger intentaron revocar el crédito frente a la entidad demandada argumentando que el agente de la propiedad inmobiliaria no les informó de que disponían de un derecho de revocación. Tras argumentar que el contrato litigioso no está sujeto a la norma alemana de transposición de la Directiva 87/102/CEE en materia de crédito al consumo, el TJUE declara aplicable al caso la norma nacional en sede de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles⁶⁵⁸, la cual - subraya - no establece una limitación en el tiempo respecto del ejercicio del derecho a la revocación si no se ha facilitado la información requerida. A la vista de la segunda cuestión prejudicial⁶⁵⁹, el TJUE añade que la Directiva 85/577/CEE se opone a una norma nacional

⁶⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril 2008. Caso Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG. Asto. C-412/06.

⁶⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre 2001. Caso George Heininger y Helga Heininger contra und Vereinsbank AG. Asto. C-481/99.

⁶⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre 2001. Caso George Heininger y Helga Heininger contra und Vereinsbank AG. Asto. C-481/99. (*vid.* apartados 25 a 40).

⁶⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre 2001. Caso George Heininger y Helga Heininger contra und Vereinsbank AG. Asto. C-481/99. (*vid.* apartados 41 a 48). El Bundesgerichtsoff formuló la segunda cuestión prejudicial los siguientes términos: "(...) 2) En caso de que el Tribunal de Justicia responda en sentido afirmativo: ¿Impide la Directiva sobre venta a domicilio que el legislador nacional aplique el plazo para ejercer el derecho de revocación del contrato previsto en el artículo 7, apartado 2, tercera frase, de la

que limite a un año el ejercicio del derecho de revocación por parte “de un consumidor que no ha sido informado de él”⁶⁶⁰; que, conforme a la Directiva 85/577/CEE, el plazo debe empezar a contar desde el momento en que el consumidor sea informado por escrito de este derecho puesto que el consumidor no puede ejercer un derecho si desconoce su existencia⁶⁶¹ y que, a pesar de que la Directiva 85/577/CEE insta a los Estados Miembros a adoptar medidas adecuadas de protección del consumidor, no permite al legislador obligar a que el derecho de revocación se ejerza, en cualquier caso, en el plazo de un año, aún cuando el comerciante no haya informado al consumidor de la existencia de tal derecho^{662 663}. Por último, frente al argumento de que es indispensable limitar el plazo de ejercicio por motivos de seguridad jurídica, expone el TJUE que si estas entidades eligen tales métodos para comercializar sus servicios pueden salvaguardar los intereses de los consumidores y sus exigencias de seguridad jurídica cumpliendo su deber de información⁶⁶⁴.

En la misma línea, se pronuncia la sentencia del mismo tribunal de 19 de diciembre de 2013 en el caso Endress⁶⁶⁵ surgida en relación con la renuncia de un contrato de seguro de vida y en cuyo marco, se resuelve una cuestión prejudicial en torno a la inter-

VerbrKrG en aquellos casos en los que un contrato negociado fuera del establecimiento comercial tiene por objeto un crédito con garantía real, en el sentido del artículo 3, apartado 2, número 2, de la VerbrKrG cuando no se ha facilitado la información contemplada en el artículo 4 de la Directiva?” A lo que responde: “(...) 2) La Directiva 85/577 se opone a que el legislador nacional aplique un plazo de un año a partir de la celebración del contrato para poder ejercitar el derecho de revocación que establece el artículo 5 de dicha Directiva, cuando el consumidor no ha recibido la información prevista en el artículo 4 de la mencionada Directiva.”

⁶⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre 2001. Caso George Heiningen y Helga Heiningen contra und Vereinsbank AG. Asto. C-481/99. (*vid.* apartados 46 a 48).

⁶⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre 2001. Caso George Heiningen y Helga Heiningen contra und Vereinsbank AG. Asto. C-481/99. (*vid.* apartados 45).

⁶⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre 2001. Caso George Heiningen y Helga Heiningen contra und Vereinsbank AG. Asto. C-481/99. (*vid.* apartado 46).

⁶⁶³ Sobre el caso Heiningen léase: EBERS, M. y ARROYO AMAYUELAS, E. ““Heiningen” 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).” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm.9, 2006, pág. 407 y siguientes.

⁶⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre 2001. Caso George Heiningen y Helga Heiningen contra und Vereinsbank AG. Asto. C-481/99. (*vid.* apartado 47).

⁶⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre 2013. Caso Walter Endress contra Allianz Lebensversicherungs AG. Asto. C-209/12.

pretación del artículo 15.1 de la segunda Directiva 90/619/CEE sobre seguros de vida para determinar si el citado artículo se opone a una limitación del plazo de ejercicio del derecho de renuncia u oposición, considerando que el artículo 5 a), apartado 2, cuarta frase de la VVG (norma alemana de transposición de la segunda Directiva 90/619/CEE sobre seguros de vida) dispone que el plazo de renuncia u oposición se extingue a más tardar, al cabo de un año desde el pago de la primera prima. La sentencia expone que unos años después de la celebración del contrato, el Sr. Endress decidió resolver el contrato. Consta que el Sr. Endress sólo recibió las condiciones de seguro y una nota informativa y que Allianz no informó, suficientemente, a éste de los derechos que le garantizaba el artículo 5 a) de la VVG (sobre el derecho de oposición). Posteriormente, el Sr. Endress ejerció su derecho de oposición conforme al citado artículo de la VVG. Considerando que el recurso de casación del Sr. Endress sólo podía ser estimado si el interesado conservaba el derecho de oposición, se planteó la citada cuestión prejudicial con el objetivo de determinar si el artículo 15.1 de la segunda directiva bancaria se opone a una norma como la del artículo 5 a) del VVG, con arreglo a la cual, el derecho de renuncia u oposición se extingue, a más tardar, en el plazo de un año desde el pago de la primera prima aún cuando el tomador no haya sido informado acerca del derecho de renuncia u oposición en los términos del artículo 15 en conjunción con el artículo 31 de la tercera Directiva 92/96/CEE sobre seguros de vida⁶⁶⁶.

El TJUE argumenta que de lo que se trata es de determinar en esta sentencia si las medidas adoptadas por el Estado Miembro garantizan o no, el efecto útil de la segunda y tercera directivas sobre seguros de vida definido, particularmente, en base al considerando 23 y al artículo 31.1 de la tercera directiva sobre seguros de vida puesto en relación con el Anexo II de la misma norma. De los artículos se infiere que, como mínimo, las modalidades de ejercicio del derecho de renuncia debían comunicarse al tomador de seguro antes de la celebración del contrato (máxime, tratándose de un contrato de larga duración, en el que, la necesidad de información es aún más importante).

⁶⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre 2013. Caso Walter Endress contra Allianz Lebensversicherungs AG. Asto. C-209/12. (*vid.* apartados 21 a 23).

Considerando lo anterior el TJUE declara que de los textos comunitarios resulta, claramente, que las disposiciones pertinentes pretenden garantizar que el tomador del seguro recibe una información exacta de su derecho de renuncia⁶⁶⁷; que una disposición nacional como la discutida - que prevé la extinción del derecho del tomador a renunciar al contrato en un momento en el que ese tomador no ha sido informado de ese derecho - es contraria a la realización del citado efecto útil; que el plazo debe empezar a contarse desde el momento en que el consumidor sea informado por escrito de este derecho, puesto que, el consumidor no puede ejercer un derecho si desconoce su existencia⁶⁶⁸; que, el principio de seguridad no puede desvirtuar esa conclusión, dado que, ello implicaría una limitación de los derechos del consumidor y que los riesgos para el consumidor ligados a la celebración de un contrato fuera del establecimiento mercantil son comparables a los riesgos del tomador ligados a la conclusión de un contrato de seguro de vida sin disponer de una información ajustada a las exigencias del artículo 31.1 de la tercera directiva sobre seguros de vida (puesto en relación con su anexo II)⁶⁶⁹ por lo que, se adhiere a las consideraciones expuestas por el tribunal en la sentencia del caso Heininger⁶⁷⁰. En línea con la citada sentencia, el TJUE argumenta que el asegurador no puede invocar motivos de seguridad jurídica para resolver una situación causada por su propia omisión informativa⁶⁷¹. Por todo lo cual, declara que el artículo 15.1 de la segunda directiva sobre seguros de vida puesto en relación con el artículo 31.1 de la tercera directiva sobre seguros de vida “debe interpretarse en el sentido que se opone a una disposición nacional como la discutida en el litigio principal, que sólo reconoce al tomador del seguro un derecho de renuncia durante un

⁶⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre 2013. Caso Walter Endress contra Allianz Lebensversicherungs AG. Asto. C-209/12. (*vid.* apartados 25 y 26).

⁶⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre 2013. Caso Walter Endress contra Allianz Lebensversicherungs AG. Asto. C-209/12. (*vid.* apartado 27).

⁶⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre 2013. Caso Walter Endress contra Allianz Lebensversicherungs AG. Asto. C-209/12. (*vid.* apartados 27 a 29).

⁶⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre 2013. Caso Walter Endress contra Allianz Lebensversicherungs AG. Asto. C-209/12. (*vid.* apartados 30 a 32).

⁶⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre 2013. Caso Walter Endress contra Allianz Lebensversicherungs AG. Asto. C-209/12. (*vid.* apartado 27).

año, a lo sumo, a partir del pago de la primera prima de seguro, cuando ese tomador no ha sido informado de su derecho de renuncia”.

Valga destacar que, a lo largo de la citada sentencia el TJUE descarta la aplicación de la doctrina sentada en base a su sentencia de 10 de abril de 2008 Caso Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG. (en adelante, caso Hamilton⁶⁷²), en cuyo marco, se admite la extinción del derecho de revocación, aún cuando, el consumidor no haya recibido información sobre el derecho de desistimiento. Alega el TJUE que la citada sentencia se refiere a la conformidad con la Directiva 85/577/CEE de una disposición nacional que preveía la extinción del derecho un mes después de la “ejecución completa” por las partes contratantes de las obligaciones derivadas de un contrato.

Finalmente, en el caso Hamilton⁶⁷³, el TJUE trata de resolver dos cuestiones prejudiciales planteadas en torno a la interpretación de los artículos 4 y 5 de la Directiva 85/577/CEE. La ley alemana sobre el derecho de revocación de los contratos de venta a domicilio dispone, en su artículo 2 que “si no se comunica dicha información, el derecho de revocación del consumidor no se extingue hasta un mes después de que ambas partes hayan cumplido la totalidad de sus obligaciones.” El contrato de crédito se celebró para la adquisición de unas participaciones en un fondo; cinco años después de su celebración, los ingresos mensuales del fondo disminuyeron, por lo que, en aras a pagar los intereses adeudados la Sra. Hamilton celebró, en el año 1998, un contrato de vivienda-ahorro. El 16 de mayo de 2002, la Sra. Hamilton revocó el contrato de crédito controvertido sobre la base de la sentencia Heininger e interpuso una demanda instando a la devolución de los intereses abonados y del importe del préstamo controvertido y al pago de una indemnización. El Oberlandesgericht Stuttgart decidió plantear dos cuestiones prejudiciales sobre si la Directiva 85/577/CEE se opone a una norma que imponga un límite temporal al derecho de renuncia consistente en un mes tras el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones del contrato⁶⁷⁴.

⁶⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril 2008. Caso Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG. Asto. C-412/06.

⁶⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril 2008. Caso Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG. Asto. C-412/06.

⁶⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril 2008. Caso Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG. Asto. C-412/06 (*vid.* apartado 20). Se plantea

La Sra. Hamilton alega que no ha sido, correctamente, informada de su derecho de revocación y que no ha adquirido conocimiento del mismo. Subraya, asimismo, que la Directiva 85/577/CEE establece un plazo de siete días a partir del momento en el que el consumidor haya recibido la información sobre el mismo del comerciante. Frente a los argumentos del gobierno alemán⁶⁷⁵ y de la Comisión que distinguen este supuesto del caso *Heininger*⁶⁷⁶, el TJUE declara que de las disposiciones de la Directiva 85/577/CEE se infiere que ésta se opone a la aplicación de un plazo a partir de la celebración del contrato (*vid.* considerando quinto y artículo 5 de la Directiva 85/577/CEE). Por lo que, concluye que la norma comunitaria permite una norma nacional que disponga que el derecho de revocación puede ser ejercitado como máximo durante un mes después de la ejecución completa de un contrato de larga duración, cuando el consumidor ha recibido información errónea sobre el ejercicio de este derecho.

De lo anterior se infiere, volviendo a la cuestión apuntada por NOVAL LAMAS, que muy a pesar de la Directiva 2011/83/UE cuyo artículo 10 dispone un plazo límite al

ron las siguientes cuestiones prejudiciales: “(...)1) ¿Pueden interpretarse los artículos 4, párrafo primero, y 5, apartado 1, de la [Directiva](#) sobre venta a domicilio en el sentido de que el legislador nacional está facultado para establecer un límite temporal al derecho de renuncia contemplado en el artículo 5 de esta Directiva, aunque el consumidor haya sido informado incorrectamente, estipulando que ese derecho se extinga un mes después de que ambas partes hayan cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del contrato? (...) En caso de respuesta negativa del Tribunal de Justicia a la primera cuestión prejudicial: 2) ¿Debe interpretarse la Directiva [sobre venta a domicilio] en el sentido de que el derecho de renuncia del consumidor no puede extinguirse, en particular cuando ya se ha ejecutado el contrato, si no ha sido informado con arreglo al artículo 4, párrafo primero, de esta Directiva?. (...)”

⁶⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril 2008. Caso *Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG*. Asto. C-412/06 (*vid.* apartado 29). El gobierno alemán subraya, por un lado, que al haberse desarrollado de forma correcta, durante casi seis años, la relación contractual controvertida en el litigio principal, el comerciante debe poder considerar, después de ejecutado el contrato y después de expirar el plazo de un mes posterior a dicha ejecución, que esa relación ya no puede ser objeto de impugnación. (...) Además la limitación temporal de este derecho de revocación se contempla también en otras directivas comunitarias.(...)”

⁶⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril 2008. Caso *Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG*. Asto. C-412/06 (*vid.* apartado 31). “(...) La Comisión alega, en esencia, que si bien no es lícito, según la sentencia *Heininger*, antes citada, limitar temporalmente el derecho de revocación, a partir del momento de celebración del contrato, la normativa controvertida en el litigio principal pretende, en cambio, limitar temporalmente ese derecho a partir del momento de la ejecución completa del mismo.(...)”

derecho de desistimiento aplicable, incluso, en el caso en que el consumidor no haya sido informado sobre el mismo, por el momento, el TJUE sigue aplicando la sentencia Heininger, respecto a determinadas normas, entre las que – entiende esta tesis que – cabría incluir el artículo 10 de la DCDSF cuya aplicación literal comporta una prórroga ilimitada del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento. El no abandono, en determinados ámbitos, de la doctrina sentada por la sentencia Heininger viene confirmado por la sentencia de 19 de diciembre de 2013 (posterior a la entrada en vigor de la Directiva 2011/83/UE) que aplica la doctrina Heininger a los seguros de vida basándose en la importancia que el deber legal de informar previamente sobre el derecho de desistimiento tiene en los citados servicios siendo este deber aún más necesario si los servicios son de larga duración (tal y como subraya el TJUE).

Por consiguiente, la promulgación de la Directiva 2011/83/UE – con su artículo 10 - no debe, necesariamente, llevar a la idea de que son muchas las posibilidades de que el legislador comunitario extienda, sin distinción, la solución de la Directiva 2011/83/UE a otros sectores - especialmente, complejos – ni conlleva, necesariamente, el fin de la prórroga ilimitada del artículo 10 de la LCDSF. Máxime, considerando la importancia – ratificada por el TJUE, en el citado caso Endress – que el deber de información previa sobre el derecho de desistimiento tiene en el sector de los servicios financieros siendo éste, especialmente, necesario respecto de contratos y productos de larga duración⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ El artículo 186 de la vigente Directiva 2009/138/CE (que sustituye la Directiva 2002/83/CE establece el mismo sistema de cómputo de plazo. El artículo dispone bajo el título de “Plazo de renuncia”: “1. Los Estados miembros establecerán que el tomador de un contrato de seguro de vida individual disponga de un plazo que oscilará entre 14 y 30 días, a partir del momento en que se informe al tomador de que se ha celebrado el contrato, para renunciar al contrato. La notificación del tomador de que renuncia al contrato liberará a este en lo sucesivo de toda obligación derivada de dicho contrato. Los demás efectos jurídicos y las condiciones de la renuncia se regirán por la legislación aplicable al contrato, en particular en lo que se refiere a las modalidades según las cuales se informará al tomador de que se ha celebrado el contrato. 2. Los Estados miembros podrán no aplicar las disposiciones del apartado 1 en los siguientes casos: a) cuando los contratos tengan una duración igual o inferior a seis meses; b) cuando, en razón de la situación del tomador de seguro o de las condiciones en las cuales se celebre el contrato, el tomador no necesite protección especial. Si los Estados miembros hacen uso de la facultad establecida en el párrafo primero, lo especificarán en su legislación.[subrayado añadido]

4.2.FORMA

La LCDSF dispone, literalmente, que el consumidor debe realizar la comunicación del desistimiento “de conformidad con lo previsto en el contrato” y por un procedimiento que permita dejar constancia de la misma⁶⁷⁸, en cualquier modo admitido en derecho. Aclara, asimismo, que se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo, si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero⁶⁷⁹, disponible y accesible al destinatario y se envía antes de expirar el plazo (*vid.* artículo 10.3 de la LCDSF).

Por lo que, una interpretación literal permite afirmar que, como punto de partida, la LCDSF parte de la aplicación del principio de libertad de forma, salvo que, por vía contractual, se observen ciertos requisitos en el procedimiento de comunicación. La aplicabilidad (de partida) del principio de libertad de forma se infiere de la expresión consistente en que el consumidor debe realizar la comunicación “por un procedimiento que permita dejar constancia de la misma, en cualquier modo admitido en derecho”. Expresión, igualmente, empleada en el marco del Real Decreto Legislativo 1/2007 que establece, sin matiz alguno, que el ejercicio del desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna “bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho” (*vid.* artículo 70 del Real Decreto Legislativo 1/2007)⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ No se admite el ejercicio tácito del desistimiento: la LCDSF exige su constancia. En este sentido, se manifiesta MIRANDA SERRANO, L.M^a. en relación con el derogado artículo 44.2 de la LOCM. Léase MIRANDA SERRANO, L.M^a. “Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica”. En: ILLESCAS, R.; BOTANA GARCÍA, G. (coord.). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001, pág. 611.

⁶⁷⁹ Nótese que la definición de soporte duradero del artículo 6 de la LCDSF se refiere a grandes rasgos, “a todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él (...)” [subrayado añadido]

Por lo que, éste requisito de la definición del artículo 6 debe ser objeto de una interpretación ajustada al objeto y finalidad del artículo 10 de la LCDSF.

⁶⁸⁰ Dispone el artículo 70 del Real Decreto Legislativo 1/2007 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.(...)”

Sin embargo, como se ha puntualizado, el principio de libertad de forma sólo es un punto de partida en el caso de la LCDSF, si se parte de una interpretación literal. De su formulación se infiere que, por la vía contractual, el proveedor puede observar ciertos requisitos y formalidades relativos, esencialmente, al procedimiento de comunicación⁶⁸¹.

Sorprende que la LCDSF - que responde a un nivel de protección, especialmente, alto - establezca una regulación susceptible de ser menos tuitiva que la regulación de alcance general, en sede de desistimiento (*vid.* artículos 69 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007). Dado que, la imposición contractual de formalidades puede ser una vía para obstaculizar al ejercicio del derecho de desistimiento y en ese sentido, la LCDSF deja una puerta abierta a posibles obstáculos. De ahí, precisamente, el control de contenido que el propio Real Decreto Legislativo 1/2007 observa, en estas cuestiones (*vid.* artículo 87.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007)⁶⁸².

⁶⁸¹ Sobre el significado del término “forma” léase LLOBET AGUADO, J. *El deber de información en la formación de contratos*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, pág. 59. El autor subraya que la forma de transmitir la información no equivale a la forma jurídica, en los siguientes términos: “(...) El término “forma de la información” designa el modo en que la información se transmite al consumidor o usuario por el vendedor o fabricante. Por tanto, la forma constituye el o los signos externos, soporte de la información, a través de los que se manifiesta (publica) su contenido. Se distingue, así, claramente, entre la manera en que se comunica la información y la forma jurídica que debe adoptar.(...)”. En coherencia con el concepto de “forma” al que se refiere LLOBET AGUADO, J, esta tesis entiende que la forma del desistimiento a la que se refiere el artículo 10.3 de la LCDSF concierne al modo/medio en que la comunicación del desistimiento se transmite y que abarca cuestiones como: los signos externos, el procedimiento y el soporte de la comunicación.

⁶⁸² Dispone el artículo 87.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que: “Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como, la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.” [subrayado añadido].

Esta aparente contradicción (que ha llevado a tantas discrepancias entre la doctrina al interpretar este artículo⁶⁸³) puede ser resuelta, a partir de un análisis comparativo de la redacción de la LCDSF frente a la de la DCDSF. Si la LCDSF establece la posibilidad de imponer, vía contractual, ciertas formalidades o requisitos en torno al procedimiento de comunicación del desistimiento, no ocurre lo mismo, en el caso de la DCDSF (*vid.* artículo 6.6 de la DCDSF).

Literalmente, la DCDSF dispone que 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 al derecho nacional.

En este caso, la DCDSF no se remite “a los términos previstos en el contrato” sino a un concepto mucho más limitado; alude a las instrucciones sobre el ejercicio del derecho de desistimiento que, con carácter previo, el proveedor debe suministrar al consumidor en sede de información. Son, en definitiva, las mismas instrucciones a las que se refiere el propio Real Decreto Legislativo 1/2007, en su artículo 69, cuando – sin perjuicio del principio de libertad de forma que impone, fundadamente, su artículo 70 - obliga al proveedor a entregar un formulario de desistimiento cuyo contenido se describe de forma detallada en su Anexo II por remisión del artículo 97 (sobre información previa del derecho de desistimiento en los contratos a distancia, en general). Si bien, este artículo 97 no es aplicable - en sede de comercialización a distancia de servicios

⁶⁸³ Si algunos autores entienden que la LCDSF admite la libertad de forma bastando su ejercicio por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación. Otros se inclinan por interpretar lo contrario considerando la remisión a “los términos previstos en el contrato” – en el caso de la LCDSF – o a las instrucciones que se le hayan dado de conformidad con el artículo 3.1.3) *d*) – en el caso de la DCDSF -. A favor de la libertad de forma, léase: BELUCHE RINCÓN, I. “Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato”. *Diario La Ley*, núm. 7182, 26 de mayo de 2009, ref. D-191; MAYORGA TOLEDANO, M^a. C. “Los derechos de información previa y de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros. Especial referencia a los contratos bancarios”. *Revista de la Contratación Electrónica*. Núm. 87. Noviembre, 2007. Pág. 3 y siguientes; RICO CARRILLO, M. *Derecho de los negocios*, núm. 235, abril 2010 y MARTÍN SALAMANCA, S. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual.” *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm.96, 2009, pág.101 y siguientes. En contra, léase, entre otros, SALELLES. J.R. “La contratación a distancia de servicios financieros. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. V – 2006. Pág. 94 y siguientes.

financieros con consumidores - es, ciertamente, ilustrativo del alcance y contenido del concepto de “instrucciones” al que el legislador se refiere⁶⁸⁴.

En esta línea, el legislador comunitario acota el alcance de la expresión a una información práctica dirigida a facilitar el ejercicio del derecho la cual debe distinguirse de las condiciones de ejercicio del derecho. Por otro lado, en buena lógica, tal y como dispone la DCDSF esta información habrá de transmitirse al consumidor en un formato estandarizado – el correspondiente a la información precontractual - de más fácil lectura y conocimiento que el propio contrato y que permite una más fácil comparación con las demás ofertas del contrato; que no, en el propio contrato al que se refiere el mismo artículo 10 de la LCDSF cuya redacción suele dificultar la citada comparación.

Considerando lo anterior, esta tesis entiende que las instrucciones a las que se refiere el artículo 3.1.3) d) de la DCDSF son, simplemente, las informaciones dirigidas a facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento. De modo que, como se ha avanzado, se trata de un concepto, especialmente, acotado en el que nuestra jurisprudencia incide, de forma especial, al tratar la cuestión del documento de revocación cuyo contenido integra las citadas instrucciones⁶⁸⁵. De ahí, que esta tesis defienda la idea que la LCDSF –tal y como ha sido redactada - no concede al consumidor el margen de libertad exigible a la luz de la DCDSF y, en este sentido, es menos tuitiva que la última. Al dejar la puerta abierta al proveedor para someter la comunicación del desistimiento a “los términos previstos en el contrato” la LCDSF permite la observancia de requisitos y de formalidades que pueden exceder – a falta de precisión alguna en la LCDSF - el concepto apuntado de instrucciones prácticas para el ejercicio del derecho de desisti-

⁶⁸⁴ Del artículo 69 y del modelo de formulario de derecho de desistimiento se infiere que bajo la mención de instrucciones se incorpora, básicamente, información necesaria o útil para el ejercicio del derecho de desistimiento como: la persona o empresario a la que debe dirigirse la notificación, la dirección completa del lugar a donde debe dirigirse, las técnicas de comunicación a distancia que se pueden emplear, el nombre y domicilio del consumidor, así como, la conveniencia de indicar el número de contrato y en su caso, la advertencia de que el importe a pagar deberá ser proporcional a la parte del servicio prestada y otras cuestiones referidas, esencialmente, al procedimiento de comunicación.

⁶⁸⁵ Incide en la conexión entre el documento de revocación (con su contenido: nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse, datos de identificación del contrato y de los contratantes a los que se refiere) y la necesidad de que el empresario cuide de facilitar el ejercicio del citado derecho por parte del consumidor la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de junio de 1998 (fundamento jurídico segundo).

miento y que podrían constituir – dependiendo de las circunstancias de cada caso – un obstáculo al ejercicio del derecho de desistimiento.

Por ejemplo, si se parte, exclusivamente, de la redacción de la LCDSF, el consumidor podrá – en ausencia de una regulación contractual al respecto - utilizar la técnica de comunicación a distancia que quiera, siempre y cuando deje constancia de la comunicación en cualquier modo admitido en derecho. Vista la vigente regulación de la LCDSF, cualquier eventual cláusula contractual identificativa de las técnicas de comunicación a distancia que el consumidor pueda utilizar estaría sujeta a los controles de contenido previstos en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de modo que, las técnicas designada/s por la vía contractual deben ser las técnica/s que el consumidor consienta, por aplicación del artículo 14 de la LCDSF y deben ser accesible/s al consumidor. Lo contrario, en este último caso, podría ser interpretado, en determinadas circunstancias, como una cláusula abusiva por limitar un derecho del consumidor o por constituir un obstáculo al ejercicio del derecho de desistimiento (*vid.* artículo 86 del Real Decreto Legislativo 1/2007) (tercer bloque normativo).

En relación con esta cuestión de la técnica de comunicación a distancia a utilizar valga destacar que las normas de transposición de la DCDSF en el Reino Unido y en Irlanda dejan un amplio margen de elección/decisión al consumidor cuando se limitan a identificar, con especial detalle, los medios a través de los cuáles se estima que la comunicación del desistimiento ha sido, correctamente, formulada. Respecto de cada uno de los medios, se identifica a qué dirección del proveedor se debe enviar la comunicación

(última conocida⁶⁸⁶) y en qué fecha se considerará realizada para determinar si ésta se ha enviado dentro del plazo exigido por la DCDSF (*vid.* artículo 6.6 de la DCDSF)⁶⁸⁷.

Valga añadir, asimismo que, a diferencia de la opinión manifestada por BELUCHE RINCÓN⁶⁸⁸, esta tesis entiende que, en el ámbito específico analizado, el proveedor no está obligado a entregar un documento de desistimiento en los términos que establecen las disposiciones comunes aplicables al citado derecho. Técnicamente, existen argumentos a favor de la aplicación subsidiaria del artículo 69 del Real Decreto Legislativo 1/2007 considerando el carácter mínimo de la información previa del artículo 7 de la LCDSF (*vid.* artículo 1 de la LCDSF y artículo 68 del Real Decreto Legislativo 1/2007). Sin embargo, esta tesis entiende que, ese carácter mínimo lo es respecto de la información adicional a la que se refiere el artículo 8 de la misma LCDSF concerniente a la información previa exigible en las normas sectoriales aplicables al servicio financiero objeto del contrato, en coherencia con el carácter de la DCDSF como norma de máximos que sólo admite las salvedades expresamente previstas. En efecto, su

⁶⁸⁶ *Vid.* artículo 9.(4) del *FSDM Regulations 2004* y artículo 10.(3) del *DMCFS Regulations 2004*. Ni una ni otra norma somete, de forma expresa y genérica, el procedimiento de comunicación a los términos previstos en el contrato suscrito entre las partes ni tampoco a las instrucciones del proveedor suministradas durante la fase de generación del contrato. Se dispone que la comunicación podrá ser verbal si el proveedor (en el caso del *FSDM Regulations 2004*) o el contrato lo permite (en el caso del *DMCFS Regulations 2004*) y que ésta deberá enviarse a la dirección del proveedor que deberá coincidir con la última dirección conocida. Por lo que, se parte del principio de libertad de forma y en lo que concierne al procedimiento de comunicación se confiere al proveedor un muy pequeño margen para fijar ciertas instrucciones (vista la detallada regulación que permite al consumidor, de forma explícita, el uso de cualquiera de las técnicas enumeradas).

⁶⁸⁷ Además de la entrega directa a la dirección del proveedor y de la comunicación verbal del desistimiento (si el proveedor la admite) se identifican, a grandes rasgos, los siguientes medios o técnicas de comunicación a distancia, entre otros: correo certificado, fax, correo electrónico y la web del proveedor (previa autorización del último) (*vid.* artículo 9 del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 10 del *DMCFS Regulations 2004*).

⁶⁸⁸ BELUCHE RINCÓN, I. "Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato". *Diario La Ley*, núm. 7182, 26 de mayo de 2009, ref. D-191. Dispone la autora: "(...) la legislación especial no impone al empresario la exigencia de entregar al consumidor un específico documento de desistimiento; este es el caso, (...) y de la más reciente Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. En tales supuestos, a nuestro juicio, aun cuando las disposiciones comunes que regulan el derecho de desistimiento tengan carácter subsidiario (...) a falta de previsión legislativa en contra, debe entrar en juego la regla del art.69 LGDCU, por lo que el empresario contratante deberá entregarle [al usuario] un 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" (...).

considerando 13 dispone que, salvo que la DCDSF indique “expresamente, lo contrario” los Estados miembros no deben poder adoptar más disposiciones que las establecidas en la misma para los ámbitos armonizados por ésta. De lo que esta tesis infiere que, la única excepción, expresamente, prevista en sede de información previa es la dispuesta en el marco del artículo 8 de la LCDSF bajo el título de “Requisitos adicionales de información” que completa el carácter mínimo de la información del artículo 7 de la LCDSF (cuyo equivalente es el artículo 4 de la DCDSF). De ahí, la conclusión de que el proveedor de servicios financieros no está legalmente obligado a entregar el documento de desistimiento, en el ámbito específico analizado.

Aún así, la DCDSF y la LCDSF observan un deber legal del proveedor – expresado en términos genéricos - de informar sobre las instrucciones para ejercer el derecho de desistimiento. Por lo que, el proveedor “podría” obligarse, por la vía contractual, a suministrar al consumidor un formulario de desistimiento con indicación de las instrucciones que abarcan las informaciones prácticas necesarias para el ejercicio del derecho como, la dirección a la que debe dirigirse la notificación y demás datos, comúnmente, integrables en el concepto apuntado - el nombre de la persona a la que debe dirigirse, los datos de identificación del contrato y de los contratantes, entre otros - (*vid.* artículos 3.1.3) *d)* de la DCDSF y artículo 7.1.3) *b)* de la LCDSF).

En cuanto al momento en el que debe de haberse realizado la comunicación, como se ha apuntado al inicio, la LCDSF aclara que “se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte papel u otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario y se envía antes de expirar el plazo” (*vid.* artículos 10.1 y 10.3 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Sorprende el uso exclusivo del término “envío”, puesto que, considerando el momento en el que la comunicación se realiza - una vez celebrado el contrato a distancia – y vista la noción de contrato a distancia (a partir de la cual se configura el ámbito de aplicación material de la LCDSF) - que exige el uso de técnicas de comunicación a distancia incluida la celebración del contrato - esta comunicación podría realizarse, presencialmente. Por lo que, sería conveniente que la LCDSF aclarara esta cuestión, en el sentido que la comunicación también se entenderá realizada en el momento en

que ésta haya sido entregada en la dirección del proveedor⁶⁸⁹ (aún cuando, ésta haya sido una mención omitida en la DCDSF).

El término “enviar” se emplea, en la LCDSF, en el mismo sentido que el de “expedir” – expresión utilizada en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (en adelante, la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas)⁶⁹⁰ -. Lo que implica que la comunicación del desistimiento se tendrá por enviada en el momento en el que ésta salga del sistema de información de la parte que la envía⁶⁹¹ – sea, ésta el titular del derecho de desistimiento; sea, ésta la persona que actúa, en nombre del titular -. No hace falta su recepción por el proveedor, para que ésta produzca los correspondientes efectos legales. Enfoque que, una vez más, ofrece una mejor protección del consumidor.

Una última consideración en torno al citado criterio. ILLESCAS ORTIZ añade que el uso del criterio del envío, en estas circunstancias, evidencia un “distanciamiento” de los criterios legales empleados para determinar el momento de perfeccionamiento (*vid.* disposición adicional cuarta de la LSSICE [que modifica los artículos 1262 y 54 del Código Civil y del Código de Comercio, respectivamente]) (segundo bloque normativo). Se refiere al autor al criterio del conocimiento (de la comunicación), de la imposibilidad de ignorar la remisión de la comunicación sin faltar a la buena fe y finalmente, de la manifestación.

Añade que, si bien, el legislador se remite a esta pluralidad de criterios, el recurso al criterio del envío “(...) implica un cambio radical de criterio en punto a la determinación del momento en que resulta eficaz una notificación negocial efectuada en soporte elec-

⁶⁸⁹ Esa es una posibilidad prevista en las normas de transposición de la DCDSF en Reino Unido e Irlanda (*vid.* artículo 9.(4) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 10.(3) del *DMCFS Regulations 2004*).

⁶⁹⁰ *Vid.* artículo 10.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

⁶⁹¹ ILLESCAS ORTIZ, R. “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*, núm. 84, 2007, pág. 11.

trónico (...)”⁶⁹² y constituye una innovación legal, de modo que, representa “(...) el inicio de un movimiento más amplio en cuya virtud los nuevos criterios habrán de entenderse a toda la C-E en un futuro más próximo que lejano (...)”⁶⁹³.

Esta tesis defiende la idea que los criterios son distintos porque se aplican a situaciones distintas y con objetivos distintos. De modo que, la adopción de un nuevo criterio en la LCDSF no implica, necesariamente, el inicio de una evolución hacia el abandono de los anteriores. Si, en el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros, la observancia de estos criterios responde al objetivo de facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento para elevar el nivel de protección del consumidor; en el ámbito del comercio electrónico (que abarca las relaciones b2b y b2c) la observancia de otros criterios, en sede de perfeccionamiento, responde al objetivo de evitar abusos y de aumentar la confianza en los nuevos medios, así como, la certeza en torno al hecho del efectivo perfeccionamiento⁶⁹⁴. A cada situación se aplica el criterio más adecuado para conseguir los objetivos que el legislador se propone, en cada caso.

⁶⁹² ILLESCAS ORTIZ, R. “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*, núm. 84, 2007, pág. 12 y siguientes.

⁶⁹³ ILLESCAS ORTIZ, R. “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*, núm. 84, 2007, pág. 7.

⁶⁹⁴ Así se infiere de la propia Exposición de Motivos de la LSSICE: “(...) Destaca, por otra parte, en la Ley, su afán por proteger los intereses de los destinatarios de servicios, de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet. Con esta finalidad, la Ley impone a los prestadores de servicios la obligación de facilitar el acceso a sus datos de identificación a cuantos visiten su sitio en Internet; la de informar a los destinatarios sobre los precios que apliquen a sus servicios y la de permitir a éstos visualizar, imprimir y archivar las condiciones generales a que se someta, en su caso, el contrato. Cuando la contratación se efectúe con consumidores, el prestador de servicios deberá además, guiarles durante el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y la forma de corregir posibles errores en la introducción de datos, y confirmar la aceptación realizada una vez recibida. (...)” [subrayado añadido]

5. EFECTOS

El efecto del desistimiento es la ineficacia del contrato, de modo que, el consumidor queda liberado del vínculo contractual⁶⁹⁵.

Las consecuencias legales de su ejercicio son, básicamente, dos. Ambas se inspiran en el principio de la buena fe: la primera es el pago del servicio, efectivamente, prestado y la no imposición al consumidor de penalización ni de indemnización alguna por el mero hecho del ejercicio del desistimiento y la segunda consiste en la recíproca restitución de las prestaciones realizadas.

En cuanto a la primera consecuencia, una vez ejercitado el desistimiento, el consumidor, solamente, está obligado a pagar el servicio financiero, realmente, prestado, hasta el momento del desistimiento (*vid.* artículo 11.1 de la LCDSF), en línea con la regulación en sede de cláusulas abusivas, que califica de abusivas las cláusulas contractuales que impongan el abono de cantidades por servicios que no han sido prestados, de forma efectiva (*vid.* artículo 87.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007) (tercer bloque normativo).

Sin embargo, existen dos reglas especiales que van más allá de la regla de la gratuidad (*vid.* artículos 11.2 a) y 11.2 b) de la LCDSF) (tercer bloque normativo), en su virtud, se libera al consumidor de pagar el servicio financiero, realmente, prestado.

Por un lado, el proveedor no puede exigir el pago de cantidad alguna, en el caso que no demuestre que ha facilitado cierta información referida a la existencia o no, del de-

⁶⁹⁵ Conforme a la doctrina, la ineficacia – en sentido amplio - significa la no producción de los efectos propios de un contrato y puede producirse por varias causas que se distribuyen en dos grupos. Por un lado, la invalidez que abarca supuestos de ineficacia estructural y por otro, la ineficacia, en sentido estricto, que abarca supuestos en los que la ineficacia se produce por circunstancias, de diversa índole, externas al contrato. A esta segunda clasificación corresponde el derecho de desistimiento.

recho de desistimiento y a otras cuestiones en torno al mismo (*vid.* artículo 11.2 a) de la LCDSF). Desde una perspectiva de protección del consumidor, esta regla en conjunción con la prórroga ilimitada del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento (que admite el artículo 10.1 de la LCDSF) resulta más protectora que la formula basada en la imposición de un plazo límite a contar después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial (que dispone el artículo 71 del Real Decreto Legislativo 1/2007). En este caso, el planteamiento de la LCDSF – se halla en línea con la doctrina sentada por la sentencia del caso Heininger y del caso Endress⁶⁹⁶ – en tanto que no admite, por el momento, un plazo límite para el ejercicio del desistimiento cuando el consumidor no haya sido informado sobre el mismo. La solución que plantea la LCDSF puede ser más disuasoria y evitar, con mayor eficacia, futuros incumplimientos al deber de información en aspectos tan esenciales como la existencia de un derecho de desistimiento. El cual, como ha declarado el TJUE, constituye un mecanismo de protección fundamental en contratos complejos y de larga duración (en muchos casos)⁶⁹⁷.

Por otro lado, una segunda regla libera al consumidor de realizar pago alguno cuando el proveedor haya iniciado la ejecución del servicio sin haberlo solicitado el consumidor antes de que expire el periodo de desistimiento (*vid.* artículo 11.2 b) de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Sin embargo, como se ha apuntado, anteriormente⁶⁹⁸, si bien, el artículo 11.2 b) de la LCDSF responde al título de “Pago del servicio prestado antes del desistimiento” la prohibición de exigir el pago prevista en el mismo se extiende al caso en que hubiere expirado el plazo de desistimiento. En efecto, si bien, la LCDSF no contempla, de forma expresa, la prohibición de ejecución sin el consentimiento expreso del consumidor (*vid.* artículo 7 de la DCDSF), esta se halla presente de forma implícita en el artículo 11.2⁶⁹⁹. El cual se halla en línea con el artículo 33.2 de

⁶⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre 2001. Caso George Heininger y Helga Heininger contra und Vereinsbank AG. Asto. C-481/99 y sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre 2013. Caso Walter Endress contra Allianz Lebensversicherungs AG. Asto. C-209/12.

⁶⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre 2013. Caso Walter Endress contra Allianz Lebensversicherungs AG. Asto. C-209/12. (*vid.* apartado 29).

⁶⁹⁸ *Vid.* apartado 3 del presente CAPITULO IX sobre desistimiento.

⁶⁹⁹ Por un lado, el artículo 7.3 de la DCDSF dispone: “(...) 3. El proveedor no podrá exigir pago alguno del consumidor a tenor del apartado 1 a menos que pueda demostrar que el consumidor ha sido debidamente informado del importe adeudado, de conformidad con lo es-

la nueva LCD que declara desleales por agresivas las prácticas consistentes en exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor o usuario, con la “única” salvedad de que el bien o servicio en cuestión sea un bien o servicio de “sustitución” suministrado de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con los consumidores y usuarios.

En cuanto a la segunda consecuencia, ésta es, igualmente, coherente con el principio de buena fe, en tanto que mantiene la reciprocidad entre las partes. Tras el desistimiento, el proveedor debe reembolsar la cantidad que haya percibido del consumidor (previa deducción del importe que el último deba pagar por la parte del servicio, efectivamente, prestado) y, en su caso, el consumidor debe devolver cualquier cantidad que haya percibido del proveedor. En ambos supuestos, a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo máximo de treinta días naturales (*vid.* artículos 11.3 y 11.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)⁷⁰⁰.

Diferentemente del Real Decreto Legislativo 1/2007⁷⁰¹ y de las normas de transposición de la DCDSF en Francia y en Luxemburgo, no se impone en la LCDSF penaliza-

tablecido en la letra a) del punto 3 del apartado 1 del artículo 3. Sin embargo, no podrá en ningún caso exigir dicho pago en caso de que haya iniciado la ejecución del contrato antes de expirar el período de rescisión que establece el apartado 1 del artículo 6 sin que el consumidor lo haya solicitado previamente.(...)” Por otro lado, el artículo 11.2 de la LCDSF dispone: “(...) 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. (...)”.[subrayado añadido]

De la lectura de la DCDSF se infiere que con la expresión “en ningún caso” el legislador comunitario pretende aludir al carácter absoluto de la regla; es decir, la liberación al pago se produce bajo cualesquiera circunstancias. Esta tesis entiende que estas circunstancias no se adecúan a la expiración del plazo de desistimiento. Lo que conlleva que (a pesar del título del artículo) la liberación al pago se aplique, igualmente, en los casos en que habiéndose producido la ejecución de la totalidad del contrato sin la petición expresa del consumidor, el plazo de desistimiento haya expirado.

⁷⁰⁰ Si el reembolso debe realizarlo el proveedor, el plazo empezará a contar desde la recepción de la notificación del desistimiento (*vid.* artículo 11.3 de la LCDSF); si debiera realizarlo el consumidor, el cómputo se iniciará desde la notificación del desistimiento (*vid.* artículo 11.4 de la LCDSF).

⁷⁰¹ El artículo 76 del Real Decreto Legislativo 1/2007 dispone que el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor en un plazo de treinta días y que transcurrido dicho plazo sin que el consumidor haya recuperado la suma adeudada tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que, además, se le indemnicen los daños y per-

ción alguna en caso de excederse el plazo de treinta días en el cumplimiento del deber de devolver las indicadas sumas. En el caso de Francia, la *Ordonnance núm. 2005-648* dispone que, excedidos los treinta días, la cantidad a reembolsar por el proveedor generará intereses al tipo legal del dinero. En el caso de Luxemburgo, el *Code de la consommation* dispone la misma penalización pasados los treinta días; aunque, se aplica tanto al proveedor como al consumidor⁷⁰².

En cualquier caso, esta tesis entiende que, en esta cuestión, sí existen motivos para defender la aplicación subsidiaria del régimen común aplicable al desistimiento en los contratos con consumidores (*vid.* artículo 69 del Real Decreto Legislativo 1/2007) considerando que la DCDSF - norma de máximos – faculta a los Estados Miembros para prever sanciones adecuadas, en caso de incumplimiento por parte del proveedor de las disposiciones nacionales adoptadas para dar cumplimiento a lo establecido en la DCDSF (*vid.* artículo 11 de la DCDSF). En consecuencia, el consumidor podría, en caso de retraso del proveedor en el reembolso de la suma debida, reclamar, fundada-mente, la citada suma duplicada sin perjuicio de que se le indemnizaran los daños y perjuicios causados en lo que excedan de dicha cantidad (*vid.* artículo 76 del Real Decreto Legislativo 1/2007)⁷⁰³.

6. SUPUESTOS ESPECIALES

El legislador observa un derecho de desistimiento en determinados casos especiales de contratos vinculados, de créditos al consumo, de contratos de intermediación y de seguros de vida (*vid.* artículo 10.2. a) 9 de la LCDSF) (*vid.* artículo 28 de la nueva LCC y artículo 21 de la Ley 2/2009) (*vid.* artículo 83 a) de la LCS) (primer y tercer bloques normativos). Con la salvedad de los contratos vinculados, en los tres últimos supues-

juicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad. Sorprende que la LCDSF no disponga lo mismo en el caso de que el proveedor de servicios financieros exceda el citado plazo legal; máxime, considerando que el artículo 11 de la DCDSF concede a los Estados Miembros la facultad de adoptar las sanciones necesarias para garantizar el cumplimiento de sus normas nacionales de transposición.

⁷⁰² *Vid.* artículo L.121-20-13 de la *Ordonnance núm.2005-648* y artículo L.222-19 del *Code de la consommation*.

⁷⁰³ Sobre la aplicación subsidiaria del Real Decreto Legislativo 1/2007 en sede de desistimiento léase: BELUCHE RINCÓN, I. "Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato". *Diario La Ley*, núm. 7182, 26 de mayo de 2009, ref. D-191.

tos, el desistimiento se observa como un mecanismo de protección en razón de la especial naturaleza del servicio - que no, del modo de comercialización -.

Un elemento diferenciador entre unos y otros es que el retraso en el cumplimiento de los requisitos de información y/o de comunicación no siempre comporta un retraso de la fecha de inicio del cómputo del plazo. Por ejemplo, en los contratos de intermediación.

6.1.LOS CONTRATOS VINCULADOS

En sede de desistimiento, la LCDSF contempla un tratamiento especial aplicable al caso de contratos vinculados⁷⁰⁴; en su virtud, la ineficacia por desistimiento del contrato a distancia principal se propaga al contrato a distancia accesorio para alcanzar, así, una eficaz protección de los intereses económicos del consumidor que desiste del contrato a distancia principal.

La figura de los contratos vinculados se define en la LCDSF como negocios jurídicos complejos que reúnen los siguientes requisitos (*vid.* artículo 10.2 a) 9º de la LCDSF)⁷⁰⁵. Básicamente: una pluralidad de contratos (“dos o más negocios jurídicos”⁷⁰⁶

⁷⁰⁴ Sobre el concepto de contratos vinculados en los créditos al consumo, léase ARNAU MOYA, F. “La vinculación contractual en la Ley 7/1995 de crédito al consumo”. En: NIETO CAROL, U. *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Madrid, Editorial Civitas, 1998, pág. 259 a 262.

⁷⁰⁵ En sede de comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, el artículo 10.2 a) 9º de la LCDSF dispone que: “(...) 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 (...)”. El legislador habría sido más preciso si, en lugar de referirse a negocios jurídicos hubiera aludido, en el segundo caso, a “contratos independientes” por hallarse, esta figura en mayor consonancia con el ámbito de aplicación material de la LCDSF (construido desde la noción legal de contrato a distancia).

⁷⁰⁶ En torno a la noción de negocio jurídico y de contrato, léase SERRANO CHAMORRO, M^a.E. y POVEDA BERNAL, M.I. *Nociones de derecho civil empresarial*, Tercera Edición, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2006, pág. 157 y siguientes y O’CALLAGHAN, X. *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones*, Tomo II, Quinta Edición, Madrid, Dijusa, 2008, pág. 211 y siguientes.

⁷⁰⁷” según se indica en la LCDSF) que deben ser, estructuralmente, autónomos y un nexo funcional entre dichos contratos⁷⁰⁸ “de forma que la ejecución de uno dependa de la de todos los demás, ya sea simultánea o sucesivamente”⁷⁰⁹. Si bien, la extensión del derecho de desistimiento al contrato accesorio exige la concurrencia de una relación de colaboración entre el proveedor y la entidad con la que se contrata el servicio financiero accesorio (que, no debe ser, necesariamente, exclusiva ni tampoco ha de mate-

⁷⁰⁷ O'CALLAGHAN, X. *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones*, Tomo II, Quinta Edición, Madrid, Dijusa, 2008, pág. 211. Indica el autor que el concepto más preciso de contrato es el de negocio jurídico bilateral productor de obligaciones. Esta definición precisa ser relacionada con el concepto de negocio jurídico que es, según manifiesta “(...) la declaración de voluntad a la que el Derecho atribuye efectos coincidentes con la misma; por tanto, los sujetos declaran su voluntad de producir obligaciones y efectivamente las producen. Como negocio jurídico es un subtipo del acto jurídico y éste es el hecho jurídico voluntario. (...)”.

⁷⁰⁸ El artículo 13.(1) del *DMCFS Regulations 2004* (Irlanda) aporta una detallada descripción sobre los criterios aplicables a la noción de contratos vinculados y el nexo existente entre los mismos. Entre otros: que el otro contrato se celebre de conformidad con los términos y condiciones del contrato principal; que el contrato principal sea financiado o vaya a ser financiado por el otro contrato; que el consumidor haya celebrado el otro contrato en base a un objetivo relacionado con el primer contrato y que la realización del otro contrato requiera la realización del contrato principal.

⁷⁰⁹ Respecto de productos o instrumentos de cobertura del riesgo del tipo de interés que se encuentren vinculados a una o varias operaciones de financiación dispone el DCMR que la vinculación puede ser establecida: (i) de forma expresa o formal en los propios documentos contractuales; (ii) por reconocimiento de las partes o (iii) porque pueda deducirse de la existencia de plena coincidencia entre elementos esenciales de los contratos. Léase al respecto la Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009, Banco de España, Madrid, 2010, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.117.

Respecto de instrumentos financieros de cobertura de riesgos de tipos de interés o divisa, la CNMV expone, asimismo, una serie de ideas sobre los diferentes supuestos de vinculación de estos productos con uno o varios productos bancarios: (i) que no se exige una contratación simultánea de los dos productos – bancario y derivado vinculado – siendo posible que el segundo se haya contratado a posteriori y durante el plazo de vigencia del producto bancario y (ii) que se exige – para que se pueda hablar de vinculación - que el importe nocional no sea superior al del producto o productos bancarios a cubrir. Añade que el supuesto más claro de ofertarse un servicio de inversión como parte de un producto bancario es el supuesto de vinculación expresa y formal del derivado en relación con el producto bancario o aquel en que las partes reconocen que la oferta y contratación se hizo en ese sentido y por lo tanto, a favor de la dependencia del derivado respecto del producto bancario. Igualmente, se puede hablar de vinculación cuando existe una plena coincidencia en un elemento esencial como es el plazo de vigencia del derivado haciendo coincidir su vigencia con la del producto bancario. Otro supuesto de vinculación sería cuando el derivado contratado por un plazo menor al de duración del préstamo o producto bancario aparece, sin embargo, comercializado, ofertado y vinculado, claramente, a través de los clausulados de ambos productos al producto bancario, aún a pesar de no preverse la cancelación conjunta y simultánea de ambos pero desprendiéndose que no existía ninguna intención de contratar el derivado sino de una manera vinculada a la existencia del préstamo bancario, sin ninguna voluntad de existencia del mismo una vez cancelado el préstamo. Léase al respecto: Atención de reclamaciones y consultas, Memoria 2009, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.31 y 32.

realizarse bajo la forma de un contrato escrito) (*vid.* artículo 10.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

De modo que, la citada definición guarda la debida relación de similitud con la definición sentada por la jurisprudencia - especialmente, en relación con contratos de crédito al consumo⁷¹⁰ y con contratos de arrendamiento financiero – que centra el énfasis en aspectos como, la unidad de causa, la concurrencia de una pluralidad de contratos diferenciados pero conexionados y dependientes entre sí en la obtención de un determinado fin⁷¹¹.

En cualquier caso, el tratamiento especial consiste en la sola extensión del efecto liberalizador del desistimiento al contrato vinculado si este último constituye, igualmente, un contrato a distancia (*vid.* artículo 10.4 de la LCDSF). Este artículo desarrolla el prin-

⁷¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm.199/2004 de 13 de septiembre (fundamento de derecho segundo).

⁷¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm.120/1996 de 26 de febrero (fundamento de derecho sexto). Expone la sentencia que: "(...) 1º. Que el llamado contrato de leasing o arrendamiento financiero que, en el orden o aspecto económico, conjuga o satisface tres distintos intereses subjetivos (el del usuario en acceder al disfrute de unos bienes que no puede o no le conviene adquirir directamente; el del fabricante o proveedor en dar salida en el mercado a sus productos y el de la sociedad de leasing en obtener un rendimiento económico de su capital sin más riesgo que el financiero), en el orden o aspecto jurídico no se configura como un solo negocio jurídico con intervención de tres partes o contratantes, sino que se articula a través de dos contratos netamente diferenciados, aunque conexionados y dependientes entre si por su confluencia en la obtención de la antes referida triple función económica: un contrato de compraventa por el que la sociedad de leasing adquiere del proveedor los bienes previamente seleccionados por el usuario y un arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero, por el que la sociedad de leasing cede durante cierto tiempo la posesión y disfrute de tales bienes al usuario mediante una contraprestación dineraria, con otorgamiento de una opción de compra a su término por el valor residual fijado en el contrato.(...)"

En los mismos términos definen el arrendamiento financiero: la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona núm.99/2010 de 12 de marzo (fundamento de derecho tercero); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (fundamento de derecho octavo) y la sentencia del Tribunal Supremo núm. 451/1999 (fundamento de derecho séptimo).

Asimismo, sobre los contratos vinculados, aunque, aplicada al contrato de consumo es destacable la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm.199/2004 de 13 de septiembre (fundamento de derecho segundo) que incide en la unidad de causa concreta entre los contratos vinculados. Expone la sentencia que, al margen de las iniciativas del legislador comunitario y nacional en el ámbito del consumo "(...) la doctrina científica ha mantenido la viabilidad de la resolución conjunta en el caso de contratos vinculados a través de la doctrina de la causa concreta, en tanto en cuanto las entidades demandadas conocen cual es la finalidad concreta del préstamo, por lo que, al producirse un supuesto de incumplimiento del proveedor se generaría una ausencia sobrevenida de causa, que afectaría al contrato de financiación.(...)"

principio *accessorium sequitur principale* que se ha venido aplicando, desde los primeros antecedentes normativos de esta figura (*vid.* artículo 11 de la Directiva 87/102 sobre crédito al consumo). Sorprende, sin embargo que, en el ámbito específico analizado, se añada que el contrato vinculado debe ser, igualmente, un contrato a distancia, visto el alto nivel de protección que la LCDSF quiere dispensar (*vid.* artículo 10.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Su exigencia resulta discutible⁷¹², desde un prisma conceptual, en tanto que, no casa bien con el principio, anteriormente, dispuesto y obstaculiza el propósito de evitar que la mera concurrencia de un contrato accesorio suponga una merma de los derechos reconocidos al consumidor (en consonancia con el principio de protección del consumidor).

En este sentido, la LCDSF es menos tuitiva que la regulación general de consumo aplicable a los contratos a distancia suscritos con consumidores y usuarios que respecto de los contratos de consumo, en general, regula la figura de los contratos vinculados, sin observar, de forma explícita, la citada exigencia respecto del contrato accesorio de financiación (*vid.* artículos 77 y 101 del Real Decreto Legislativo tras las modificaciones realizadas por la Ley 3/2014) (tercer bloque normativo).

Es posible que el legislador haya considerado que, en las mencionadas circunstancias, los contratos vinculados no se adecúan a las exigencias del ámbito de aplicación material de la LCDSF por entender que si el contrato accesorio es presencial, se produce una presencia física y simultánea de las partes durante la negociación y hasta la celebración del contrato a distancia, contrariamente, a las exigencias de la LCDSF (*vid.* artículo 4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Caben, sin embargo, las siguientes críticas. La primera – ya mencionada - que su observancia comporta la dispensa de un nivel de protección inferior frente al que confiere la regulación de consumo, de alcance general (*vid.* artículo 77 y 101 del Real Decreto Legislativo 1/2007 tras las modificaciones realizadas por la Ley 3/2014) (tercer bloque

⁷¹² De hecho, esta es una exigencia que no se observa, en el marco de la derogada Directiva 97/7/CEE, de la Directiva 2011/83/UE y del Real Decreto Legislativo 1/2007 que contienen la regulación aplicable a los contratos a distancia, en general (*vid.* artículo 6 de la Directiva 97/7/CE; artículo 15 de la Directiva 2011/83/UE y artículos 76 bis y 77 del Real Decreto Legislativo 1/2007).

normativo) - lo que no deja de ser un contrasentido, especialmente, considerando lo complejo que resulta el mercado de los servicios financieros y la relevancia económica de muchos de sus contratos -. La segunda que la exigencia de que el contrato accesorio sea un contrato a distancia no encaja bien con la figura de la ausencia sobrevenida de causa (aplicable a la fase de ejecución del contrato) mantenida por nuestra doctrina⁷¹³ y tratada por nuestra jurisprudencia en sede de resolución contractual para la protección del consumidor. En su virtud, se declara que, en los contratos vinculados, la resolución del contrato principal ha de comportar la resolución del contrato accesorio; lo que se justifica en la unidad de causa con el primero: resuelto el contrato principal, el contrato accesorio carece de razón de ser concluyéndose que lo contrario causaría un déficit de protección al consumidor, de ahí, las iniciativas legislativas existentes en la materia⁷¹⁴.

⁷¹³ Sobre la ausencia sobrevenida de causa, léase: DíEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Sexta Edición. Navarra: Editorial Thomson Civitas, 2007. Pág. 280 y siguientes y MARÍN LÓPEZ, M.J. “La causa del contrato”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil - Mercantil*, núm. 18, 2007.

⁷¹⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm.199/2004 de 13 de septiembre (fundamento de derecho segundo) explica, perfectamente, la razón de ser de la resolución conjunta en los contratos vinculados. En el caso, el contrato principal – la prestación de un servicio – se financiaba a través de un crédito al consumo siendo esta la finalidad del préstamo, a su vez, conocida por ambas entidades codemandadas (el prestador y la entidad financiera). Expone la Audiencia Provincial: “(...) No le ofrece duda al Tribunal que, en el caso que examinamos, nos encontramos ante un supuesto de contratos vinculados, que conforman una realidad económica derivada del desarrollo del mercado crediticio y de la satisfacción de las necesidades de consumo. En efecto, en la sociedad actual, en no pocas ocasiones, se adquieren bienes de consumo sin contar, al tiempo de suscripción de los correspondientes contratos, con la liquidez necesaria para hacer efectivo el importe del bien o servicio que se precisa. En un primer momento, eran los propios vendedores quienes asumían, a tales efectos, la concesión de crédito a sus clientes, acudiendo al mecanismo de la venta a plazos. De esta forma el consumidor obtiene el bien, evitando su abono al contado, mientras que el vendedor aumentaba el volumen de su negocio y contaba además con la garantía de la reserva de dominio. No obstante, el notorio incremento de esta forma de negociación condujo a la financiación externa, y por ende la incorporación de un tercer sujeto: el financiador. Pasamos entonces de una relación contractual exclusivamente bilateral (consumidor-vendedor y prestador de servicio), a otra más compleja constituida por dichos sujetos más el prestamista, naciendo entonces al mundo jurídico los denominados contratos vinculados, caracterizados por la celebración por parte del consumidor de sendos contratos: uno de compraventa o prestación de servicios y otro de préstamo o financiación, pero con una clara vinculación entre ellos, en tanto en cuanto el crédito se concede con la finalidad exclusiva de obtención del bien o servicio deseado. En este caso, los actores celebraron sendos contratos: uno de enseñanza con WSI, en virtud del cual esta entidad se obligaba a facilitar el material necesario, prestar los servicios de enseñanza correspondientes y como ineludible consecuencia contractual mantener abiertos los locales en los que se prestaban los cursos contratados. La financiera por su parte a abonar el importe del curso, y el consumidor a satisfacer los plazos de amortización del préstamo. (...) Es evidente que esta generalizada forma de contratación produce notorios beneficios para el vendedor o prestador

La lógica aplicada por la citada jurisprudencia - consistente en dotar de trascendencia jurídica a la conexión funcional existente entre contratos vinculados, de modo que, la resolución de uno comporte, necesariamente, la del otro – debería ser, vistos los argumentos, extensible al desistimiento de la LCDSF – como causa de ineficacia - cuando los contratos presenten una unidad de causa, por aplicación de la ausencia sobre-

de servicios, en tanto en cuanto por un lado aumenta el volumen de su negocio y, por otra parte, recibe de la financiera la totalidad del precio de una sola vez, máxime además cuando la comisión a abonar a esta última la repercute contractualmente al cliente consumidor, puesto que se fija un importe inferior del curso si se paga al contado con respecto al abonado a plazos. La financiera igualmente obtiene importantes ventajas, puesto que la gestión del préstamo se la hace la entidad vendedora o prestadora de servicios a través de sus propios empleados con el consiguiente ahorro de personal, como ocurre en el caso que examinamos (ver testifical en la vista de la Sra. ..., asesora comercial de WSI), por otro lado a través de la propia actividad de la prestadora de servicios capta nuevos clientes en el mercado, que le remite esta última, a los que vende sus productos financieros, favoreciendo en consecuencia su actividad típica. No obstante, desde la perspectiva del consumidor, tal forma de contratación no le produce beneficios, pues le resulta indiferente abonar los pagos aplazados del precio al comprador o prestador de servicios (academia de inglés), o a la financiera (Banco Pastor), dado que su carga o esfuerzo económico es el mismo en ambos casos; mas resulta notoriamente perjudicado, desde el punto de vista jurídico, pues de no vincular ambos contratos, de considerar que no existe una unidad de causa concreta, el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del prestador de servicios (WSI, que cierra sus locales y deja de prestar el curso de inglés), impediría al consumidor ejercitar frente a la financiera la excepción de contrato incumplido o entablar la acción resolutoria del contrato suscrito, en tanto en cuanto se encontrara con el argumento de la entidad prestamista de que ella cumplió con sus obligaciones convencionales y, por ende, no le afectan las vicisitudes por las que atravesase el iter contractual de tracto sucesivo entre WSI y su cliente. Este déficit de protección en el que se encuentra el consumidor en casos como el presente, que contrasta con su situación jurídica en el supuesto de la compraventa de bienes a plazos, ha motivado, como no podía ser de otra forma, la reacción del legislador nacional y comunitario, a través del establecimiento de mecanismos de tutela de los derechos de aquéllos, tanto en la Ley de Créditos al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo [RCL 1995, 979, 1426] , recientemente reformada por Ley 62/2003, de 30 de diciembre [RCL 2003, 3093 y RCL 2004, 5, 892]), como al margen de tal disposición tuitiva, siendo manifestación de ello lo normado en el art. 44.7 de la Ley 7/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 148, 554) , de Ordenación del Comercio del Minorista, art. 12 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre (RCL 1998, 2916) , sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, o el art. 9.2 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, en los que la resolución del contrato de adquisición afecta al del préstamo destinado a su financiación. Consecuencias resolutorias que la jurisprudencia ha extendido en el caso del contrato de arrendamiento financiero o leasing por la vinculación contractual existente con la compraventa que le sirve de soporte, y en este sentido se ha expresado la STS de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3927) que, con cita de la de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1264) , que señala que «dada la mutua conexión e interdependencia funcional que, existe, en todo contrato de arrendamiento financiero o "leasing", entre éste y el de compraventa que, con anterioridad, o simultaneidad han de celebrar la entidad arrendadora financiera y la proveedora o suministradora de los respectivos bienes de equipo, la resolución ya acordada del contrato de compraventa ha de comportar necesariamente la del arrendamiento financiero, por lo que igualmente procede acordarlo así».(...)» [subrayado añadido]

venida de causa⁷¹⁵. Unidad de causa que, por otro lado, aparece reflejada en la definición de la LCDSF mediante la alusión genérica a un nexo funcional entre contratos (*vid.* artículos 10.2.a) 9º y 10.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

6.2.CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PRÉSTAMO O DE CRÉDITO

Si bien, no se trata, propiamente, de un servicio financiero – simplemente, se intermedia sobre un determinado contrato de préstamo o de crédito - cabe destacar que el consumidor puede desistir del contrato de intermediación dentro de los catorce días naturales siguientes a su formalización, sin necesidad de alegar justa causa y sin penalización alguna (*vid.* artículos 1 y 21 de la Ley 2/2009) (tercer bloque normativo).

Se trata de un supuesto especial que reúne los rasgos esenciales del desistimiento. El objetivo sigue siendo la protección de los intereses económicos del consumidor por la vía de garantizar una adecuada reflexión. Sin embargo, a diferencia de la LCDSF, no se observa una conexión entre el computo del plazo del desistimiento y los deberes de información y de comunicación – en el sentido que, el retraso en su cumplimiento conlleve una extensión del plazo - (*vid.* artículo 21.2 de la Ley 2/2009). Lo que sorprende, considerando que el intermediario está sujeto a unos deberes de información previa de cierta extensión y complejidad (*vid.* artículos 20.1 y 20.2 de la Ley 2/2009) (tercer bloque normativo).

⁷¹⁵ Léase la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm.69/2004 de 4 de febrero (fundamento de derecho tercero) aplicada a dos contratos vinculados – siendo el contrato accesorio un crédito al consumo. La Audiencia Provincial expone que la ineficacia del contrato de compra principal determina la del contrato accesorio destinado a su financiación si concurren los requisitos de los artículos 14 y 15 de la Ley 7/1995 sobre crédito al consumo y que en una [sentencia de 24-12-02 \(PROV 2004, 37945\)](#) de la misma sala se estableció que ni siquiera era necesario acudir al régimen jurídico de los artículos 14 y 15 de la Ley 7/1995 sobre crédito al consumo “ (...) al no haber de hablar de dos contratos autónomos considerando la concurrencia de un ligamen muy estrecho entre ambos, en condiciones tales que sería de aplicación el principio «accessorium sequitur principale». (...)”

6.3.CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO

El consumidor tiene derecho a desistir del contrato de crédito al consumo (*vid.* artículo 28 de la nueva LCC) (tercer bloque normativo). Las condiciones aplicables a su ejercicio son similares a las, específicamente, aplicables al ámbito de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores⁷¹⁶.

Como en los casos anteriores, el desistimiento reúne los rasgos esenciales de esta figura: es un derecho unilateral, libre y gratuito y su ejercicio comporta la liberación del vínculo contractual, así como, la reintegración del importe del crédito o del préstamo, eventualmente, concedido.

El plazo aplicable es de catorce días naturales (*vid.* artículo 28 de la nueva LCC) y la fecha de inicio del cómputo es el día de la suscripción del contrato; aunque, se pospone al día de la recepción de las condiciones contractuales y de la información previa (*vid.* artículo 16 de la nueva LCC) si éste es posterior (*vid.* artículo 28.1 de la nueva LCC) (tercer bloque normativo). Lo que contribuye a reforzar el deber de información/comunicación en pro de una mayor transparencia.

Es más, dispone la nueva LCC que si el consumidor tiene un derecho de desistimiento con arreglo a la misma no se aplicarán los artículos 10 y 11 de la LCDSF ni los artículos correspondientes del Real Decreto Legislativo 1/2007. Lo que, vista la fórmula del artículo 10.5 de la nueva LCDSF – que declara su inaplicabilidad a los contratos resueltos como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento previsto en otras normas⁷¹⁷ - esta tesis interpreta a favor de la aplicación preferente de la nueva LCC en esta sede (*vid.* artículo 28.4 de la nueva LCC) (tercer bloque normativo).

⁷¹⁶ Léase la Exposición de Motivos de la nueva LCC.

⁷¹⁷ Dispone el artículo 10.5 de la LCDSF: "(...)5. 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. (...)".

6.4. SEGUROS DE VIDA

Bajo la inadecuada expresión de “derecho de resolución”⁷¹⁸ se contempla un derecho de desistimiento en los contratos de seguros de vida (*vid.* artículo 83 a) de la LCS) (primer bloque normativo).

Su principal diferencia frente al derecho de desistimiento, específicamente, aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores es que presenta menos excepciones (*vid.* artículo 10 de la LCDSF) (*vid.* artículo 83 a) de la LCS). El plazo aplicable es de treinta días naturales a contar desde la fecha en que el asegurador le entregue la póliza o documento de cobertura provisional (*vid.* artículo 83 a) de la LCS). De modo que, la fecha de inicio del cómputo del plazo es distinta de la prevista en la LCDSF respecto de los contratos de seguros de vida comercializados a distancia (*vid.* artículo 10 de la LCDSF) (primer y tercer bloques normativos).

7. VALORACIÓN CRÍTICA

A la vista de lo anterior, cabe establecer las siguientes conclusiones en torno al derecho de desistimiento (*vid.* artículos 10 y 11 de la LCDSF).

Cabe concluir, en términos generales, que su regulación, específicamente, aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores eleva el nivel de protección al consumidor frente a la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de servicios financieros (*vid.* artículos 10 y 11 de la DCDSF)⁷¹⁹. Entre otros motivos, porque confiere un oportuno plazo de reflexión que,

⁷¹⁸ Su regulación se aplica en razón de la especial naturaleza del servicio. Así, el párrafo primero del apartado 1 del citado artículo reconoce la facultad unilateral del tomador de resolver el contrato de seguro de vida, sin indicación de motivos, ni penalización alguna fijándose, en treinta días, el correspondiente plazo de ejercicio. El artículo añade que el plazo deberá calcularse desde la fecha de entrega de la póliza o del documento de cobertura provisional. Finalmente, dispone que la comunicación deberá realizarse mediante soporte duradero.

⁷¹⁹ El nivel de protección de la regulación sobre ordenación y transparencia se manifiesta inferior en tanto en cuanto los plazos de reflexión no se aplican a todos los servicios financieros, en general. Ello es así por dos motivos, fundamentalmente. En primer lugar, no se confiere una protección en razón del modo que abarque todos los servicios financieros (con

en principio, resulta aplicable a todos los servicios financieros contratados a distancia, sin perjuicio de las excepciones que la LCDSF dispone (*vid.* artículo 10 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Valga puntualizar, sin embargo, lo siguiente respecto del sistema establecido. En primer lugar, la LCDSF no concreta en qué momento el consumidor podrá ejercer el derecho de desistimiento en el supuesto que éste no hubiere recibido las condiciones contractuales y la información previa. La LCDSF, simplemente, dispone que el proveedor no podrá exigir pago alguno por el servicio prestado si hubiere incumplido su deber de información en relación con el derecho de desistimiento (*vid.* artículo 11 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Esta tesis entiende que, en dichas circunstancias, el artículo 10.1 de la LCDSF debe ser interpretado en el sentido que han venido indicando algunos autores como BELUCHE RINCÓN⁷²⁰ y REQUEIXO SOUTO⁷²¹. De modo que, a falta de indicación alguna en la LCDSF, la no recepción de las condiciones contractuales y de la información previa en la fecha de celebración del contrato no debe obstar al ejercicio del derecho y el plazo de ejercicio no debería finalizar hasta transcurridos los plazos legales desde que se recibió la información y las condiciones contractuales reconociéndose, por tanto, una prórroga ilimitada del mismo. Esta tesis entiende que este es el planteamiento de la LCDSF, considerando su artículo 10.1.

excepciones). En segundo lugar, se trata de proteger al cliente; que no, al consumidor. El primero se halla en una posición de menor debilidad si no es consumidor.

⁷²⁰ BELUCHE RINCÓN, I. "Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato". *Diario La Ley*, núm.7182, 26 de mayo 2009, ref. D-191. Indica la autora: "(...) Nótese que, aunque la recepción marque el inicio del cómputo, esto no significa que el usuario deba esperar en todo caso su entrega para ejercitar su facultad: desde que la recepción obligatoria se ha perfeccionado por la aceptación de la oferta, el consumidor podrá desistir, aunque no haya tenido lugar la entrega y el plazo de ejercicio no se haya comenzado a contar todavía. Por lo demás en el supuesto que la entrega se produzca de forma escalonada, o por partes, el plazo comenzará a correr a partir de que se produzca la recepción del último elemento (...)"

⁷²¹ REQUEIXO SOUTO, X.M. "La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores." *Actualidad Civil*, núm. 13, quincena del 1 al 15 de julio de 2009, pág.1477 y siguientes. El autor interpreta, a la vista del artículo 10.1 de la LCDSF, que el plazo de desistimiento para los casos en que la información recibida sea posterior a la fecha de celebración no debe obstar a que éste se ejerza por el consumidor desde el día de la celebración del contrato. De modo que, el plazo no debe finalizar hasta transcurridos los plazos legales desde que se recibió la información.

La vigente regulación general aplicable a los contratos a distancia con consumidores toma distancias frente al planteamiento anterior cuando establece un plazo límite al ejercicio del derecho de desistimiento. Dispone que, en los casos en que el consumidor no hubiere sido informado sobre la existencia o no, de un derecho de desistimiento dispondrá de un plazo de doce meses después de la fecha de expiración del plazo inicial para ejercer el citado derecho (*vid.* artículo 105 del Real Decreto Legislativo 1/2007 tras las modificaciones realizadas, en virtud de la Ley 3/2014) (tercer bloque normativo). Este plazo supone el fin de la doctrina sentada por la sentencia del TJUE en el caso *Heininger* (basada en la idea que no se puede ejercer un derecho de desistimiento si se desconoce su existencia) en el ámbito de la contratación a distancia en general.

Sin embargo, existen argumentos sólidos a favor de la no aplicación o futura extensión de este planteamiento menos tuitivo respecto de los servicios financieros contratados a distancia. Por un lado, la importancia del deber de información previa en un mercado como el analizado que se caracteriza por contratos y productos complejos y por otro, la larga duración de muchos de los citados contratos u operaciones propios del citado mercado que convierten el derecho de desistimiento en un mecanismo de protección esencial.

En segundo lugar, si bien, el impacto de la LCDSF es positivo, el nivel de protección no es el deseable, a resultas de las excesivas excepciones que ésta reconoce al derecho de desistimiento (*vid.* artículo 10.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Algunas de las excepciones analizadas no son admisibles a la luz de la DCDSF. Los planes de previsión asegurados no encajan en la lista de excepciones de la DCDSF si la contingencia cubierta es la jubilación (*vid.* artículo 6.1 de la DCDSF). Por otro lado, debería modificarse la redacción de la excepción prevista en el artículo 10.2 *b)* 3º de la LCDSF para acotar mejor los límites del supuesto de hecho excluido del derecho de desistimiento. Actualmente, sus términos son demasiado amplios. Finalmente, la observancia de las dos excepciones previstas en el artículo 10.2 *b)* 1º no se justifica en la necesidad de conferir una protección en razón del modo de comercialización sino en razón de la especial naturaleza del servicio (*vid.* artículo 83 *a)* de la LCS). No parece

encajar con la DCDSF el artículo 10.2 b) 4º alusivo, de forma genérica, a los contratos de seguros que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento por el proveedor. En caso de mantenerse su observancia, sería recomendable una modificación de los términos de su redacción para acotar mejor los límites del supuesto de hecho. Por ejemplo, por indicación del origen legal de la obligación de aseguramiento, siguiendo el mismo planteamiento que la ley francesa (*vid.* artículo L.112-2-1.1.3º a) del *Code des assurances*) (primer y tercer bloques normativos).

En tercer lugar, en lo que concierne a la forma aplicable al ejercicio del derecho, partiendo de una interpretación literal, la desafortunada redacción de la LCDSF no concede al consumidor el amplio margen de libertad que la DCDSF sí le reconoce. En este sentido, la LCDSF es menos tuitiva que la DCDSF. Al dejar la puerta abierta al proveedor para someter la comunicación del desistimiento a “los términos previstos en el contrato”, la LCDSF permite la observancia de requisitos y de formalidades que pueden exceder - a falta de precisión - el concepto de “instrucciones” – que esta tesis interpreta como informaciones prácticas dirigidas a facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento⁷²² (*vid.* artículo 10.3 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

En este sentido, hubiera sido preferible que la LCDSF no se hubiera remitido a la regulación contractual, sino, simplemente, a las instrucciones del proveedor, en fase de generación, que es un concepto más acotado y limitado (cuyo significado puede integrarse en base a la regulación del Real Decreto Legislativo 1/2007 en sede de desistimiento). En pro de este planteamiento, valga considerar que, al consumidor le conviene, especialmente, conocer de antemano, en un formato estandarizado – es decir, sin necesidad de recurrir a una lectura detallada del contrato y de sus condiciones generales – todas las instrucciones aplicables al ejercicio del derecho que deberían quedar acotadas a las informaciones que contempla el Real Decreto Legislativo en su ar-

⁷²² Del artículo 69 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y del modelo de formulario de derecho de desistimiento se infiere que bajo la mención de instrucciones se incorpora, básicamente, información necesaria o útil para el ejercicio del derecho de desistimiento como, la persona o empresario a la que debe dirigirse la notificación, la dirección completa del lugar a donde debe dirigirse, las técnicas de comunicación a distancia que se pueden emplear, el nombre y domicilio del consumidor, así como, la conveniencia de indicar el número de contrato y en su caso, la advertencia de que el importe a pagar deberá ser proporcional a la parte del servicio prestada y otras cuestiones referidas, esencialmente, al procedimiento de comunicación.

título 69 y en su Anexo II – (tercer bloque normativo). Por esta vía, se conseguiría establecer un planteamiento, plenamente, afín al principio de libertad de forma y, por tanto, más protector del consumidor.

Este es, precisamente, el enfoque por el que optan las normas de transposición de la DCDSF analizadas en esta tesis que reconocen el principio de libertad de forma. Si algunas de las normas analizadas se remiten a las instrucciones del consumidor en fase de generación siguiendo, en este sentido, idéntica redacción que la DCDSF; otras prescinden incluso de su mención y establecen, a través de su regulación, la plena aplicación del principio de libertad de forma.

En cuarto lugar, cabe concluir lo siguiente en torno a la cuestión de la relación de articulación que la LCDSF presenta con otras normas, en sede de desistimiento (*vid.* artículo 10.5 de la LCDSF).

Primero, respecto de la LCC, la relación existente entre la LCDSF y la nueva LCC es cuestionable, a la luz del principio de intervención mínima. Si el artículo 10.5 de la LCDSF dispone que su regulación no se aplica en los casos en que los contratos sean resueltos como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento previsto en otras normas; la nueva LCC prevé que si el consumidor tiene derecho a desistir conforme a la misma, no se aplicará la regulación de la nueva LCDSF (*vid.* artículo 28.4 de la nueva LCC) (tercer bloque normativo).

De modo que, una interpretación literal conduce a dotar de cierta prioridad a la regulación de la nueva LCC; aunque, una aplicación estricta del principio de intervención mínima llevaría a otro planteamiento, en caso de silencio legal. Si la LCDSF establece una protección en razón del modo – de forma que, su regulación sólo observa las especialidades en aquellos aspectos, estrictamente, vinculados a las peculiaridades del modo – debería aplicarse, en determinados aspectos, la regulación de la LCDSF sin que ello fuera obstáculo a que los servicios financieros continuaran sujetos a sus normas sectoriales específicas (*vid.* considerando 14 de la DCDSF). De modo que, aplicando la lógica del citado principio, el planteamiento más adecuado sería que la aplicación de la LCC no excluyera la de la LCDSF en aquellos aspectos que confieran una protección en razón del modo de comercialización.

Obviamente, uno de esos aspectos sería el sistema de cómputo aplicable al plazo, en el sentido que, éste fuera variable en función de la recepción de la información previa - precisamente, en razón de la distancia física existente entre las partes que puede comportar un mayor riesgo de desinformación -. Sin embargo, este sistema de cómputo ya se contempla en la nueva LCC. Probablemente, por ello el legislador haya optado, sencillamente, por aplicar la nueva LCC; dado que, en los restantes aspectos la regulación de ambas normas es muy similar, como se subraya en su Exposición de Motivos.

Segundo, respecto de los seguros de vida, la relación de articulación con la LCDSF es distinta. Vistas las especialidades que la LCDSF reconoce a los seguros de vida contratados a distancia existen motivos para concluir que el legislador prioriza la aplicación de la regulación de la LCDSF con su correspondiente sistema de cómputo aplicable al plazo (*vid.* artículos 10.2. b) 1º y 10.5 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

CAPITULO X RESCISIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La LCDSF vincula dos clases de efectos antes ciertos incumplimientos: los de carácter civil y los de carácter administrativo analizados en el CAPITULO XIII de esta tesis (*vid.* artículos 10 y 18 de la LCDSF). La DCDSF los califica, conjuntamente, de “sanciones” y establece que estas deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias para lograr un adecuado cumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas para dar cumplimiento a lo establecido en la norma comunitaria (*vid.* artículo 11 de la DCDSF) (tercer bloque normativo).

Así, son efectos civiles el desistimiento y la rescisión contemplados en la LCDSF (*vid.* artículos 10 y 18.5 de la LCDSF) y son administrativos los efectos consistentes en la imposición de multas pecuniarias, de amonestaciones (públicas o privadas) o del deber de publicar la correspondiente resolución, entre otros. Los últimos se contemplan en la regulación sobre comercio electrónico (*vid.* artículos 38, 39, 39 *bis*, 40 y siguientes de la LSSICE), en la regulación sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de los servicios financieros (*vid.* artículos 91 y siguientes de la Ley 10/2014) (*vid.* artículos 98 y siguientes de la LMV) (*vid.* artículos 91 y siguientes de la Ley 22/2014 de entidades de capital riesgo y artículos 79 y siguientes de la LIIC) (*vid.* artículos 40 y siguientes de la LOSSP; artículos 190 y siguientes de la futura LOSSP; artículos 35 y siguientes de la LPFP y artículos 55 y 56 de la Ley 26/2006) y en la regulación sobre consumo (*vid.* artículos 49 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007) (*vid.* artículos 18.1, 18.2 y 18.3 de la LCDSF) (primer, segundo y tercer bloques normativos).

Salvo el desistimiento, gran parte de su regulación se localiza en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico. De ahí, la observancia en la LCDSF de distintas formulas de remisión que evitan redundancias y permiten un más claro y fácil encaje de la LCDSF con las demás normas vigentes a las que, simplemente, completa (*vid.* artículo 18 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

2. RESCISIÓN

En el ámbito específico analizado, la LCDSF reconoce al consumidor que contrata servicios financieros a distancia un - mal llamado - derecho a “rescindir” el contrato, en todo momento, sin gastos ni penalización alguna (*vid.* artículo 18.5 de la LCDSF).

Este artículo calca la formulación de la DCDSF que contempla la rescisión como una posible sanción (*vid.* artículo 11 de la DCDSF) sin perjuicio de la regulación, específicamente, aplicable al derecho de rescisión contenida en su artículo 6. Sin embargo, la directiva alude a la rescisión, desde un prisma de derecho comunitario; es decir, con un significado distinto y más amplio al que la figura ha venido, tradicionalmente, ostentando en derecho español (*vid.* artículos 1290 y siguientes del Código Civil). Por lo que, cabe avanzar que, el artículo 18.5 alusivo a la rescisión constituye una incorrecta transposición de la DCDSF, vista la formulación que emplea.

Si, en derecho comunitario, la rescisión se utiliza, en un sentido amplio, como sinónimo de “deshacer”⁷²³ el vínculo contractual (*vid.* artículos 6 y 11 de la DCDSF)^{724 725}; en derecho español ésta presenta un significado más concreto: es una determinada causa de ineficacia sobrevenida originada por fraude o por lesión (*vid.* artículos 1290 del

⁷²³ CASTRO Y BRAVO, F. DE. *El negocio jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1991, pág. 517. Indica el autor en su análisis de los antecedentes respecto de la rescisión que “(...) el término de rescisión se utiliza en un principio con toda la amplitud que permite su significado latino (deshacer, anular), y que será modernamente, al distinguirse y precisarse técnicamente las figuras de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa, cuando se recurre al viejo e indeterminado término de rescisión para designar con él un mecanismo de ineficacia, que no podía incluirse bien en ninguna de aquellas dos figuras.(...)”.

Por consiguiente, el artículo 11 de la DCDSF se refiere a la rescisión en un sentido distinto que el que la figura tiene en derecho español y más amplio dado que puede abarcar distintas formas de ineficacia sobrevenida. Lo demuestra el propio artículo 6 de la DCDSF que bajo el título de “*Derecho de rescisión*” regula las condiciones aplicables al derecho de desistimiento.

⁷²⁴ El legislador comunitario dota a la figura de un sentido más amplio que resulta más acorde con el espíritu y la naturaleza de la directiva en su condición de norma de objetivos.

⁷²⁵ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. “El derecho legal de desistimiento: presente y (posible) futuro.” *Actualidad Civil*, núm.7, quincena del 1 al 15 de abril, pág.757 y siguientes. Alude el autor a la correspondencia entre el derecho de desistimiento contemplado en algunas normas nacionales aplicables a la contratación a distancia y el “derecho de rescisión” contemplado por el legislador comunitario.

Código Civil)⁷²⁶. Considerando las diferencias, su actual observancia en la LCDSF produce una falta de encaje entre la LCDSF y la DCDSF⁷²⁷. Ello es así, en la medida en que no bastaba con calcar el correspondiente artículo de la norma comunitaria para transponer la DCDSF a nuestro ordenamiento jurídico interno. La mención en el marco de la LCDSF al derecho de rescisión es bastante desafortunada, puesto que, no se trata en puridad de un derecho de rescisión tal y como éste aparece regulado en nuestro Código Civil.

Si se parte de una interpretación literal, la consecuencia más destacable del artículo 18.5 de la LCDSF es que, en su virtud, se posibilita el ejercicio por parte del consumidor de la facultad de desvincularse, unilateralmente, del contrato, “en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna”. Su ejercicio, en los términos previstos, puede provocar serios abusos del consumidor, en contravención con el principio de buena fe que informa la regulación de la LCDSF.

Por lo que, esta tesis concluye que el legislador debería, bien, suprimir este artículo 18.5 de la LCDSF; bien, redactarlo en distinta forma, calificando correctamente la naturaleza del derecho que contempla (sin calcar los términos de la DCDSF) y acotando los supuestos de hecho que activan el derecho, así como, su plazo de ejercicio con el objetivo de evitar eventuales abusos por parte del consumidor⁷²⁸.

En esta dirección actúan las normas de transposición de la DCDSF promulgadas en el Reino Unido, en Irlanda y en Bélgica que - más allá del derecho de desistimiento tal y como éste es regulado en el artículo 6 de la DCDSF - establecen las siguientes formulas de ineficacia del contrato bajo el paraguas del artículo 11 de la DCDSF.

⁷²⁶ Conforme a nuestro Código Civil la rescisión constituye una causa excepcional de ineficacia sobrevenida de un contrato, válidamente, celebrado que exige la concurrencia de lesión o de fraude (*vid.* artículos 1290 y siguientes del Código Civil).

⁷²⁷ Las circunstancias que activan la rescisión de un contrato válido en nuestro ordenamiento jurídico interno no encajan con la regulación de la LCDSF. La LCDSF acota sus previsiones a la observancia de ciertos derechos y deberes en el proceso de formación y de perfección de los contratos tratando sólo de aquellos aspectos del citado proceso de formación que deban adaptarse a las peculiaridades del modo de contratación. Límites a los cuáles no se acopla la figura de la rescisión que se aplica en caso de lesión (*vid.* artículo 1290 del Código Civil).

⁷²⁸ *Vid.* Conclusión Décima del CAPITULO XIV de esta tesis.

Primero, conforme a los artículos 11.2 y 11.3 del *FSDM Regulations 2004* (Reino Unido) una determinada excepción al derecho de desistimiento dejará de serlo cuando el proveedor – habiendo cumplido su obligación de información previa en la fase de generación – haya incumplido su obligación de comunicación, en los casos en que ésta deba ser posterior. En estas circunstancias, si al sexto día desde la celebración del contrato el consumidor no hubiere recibido las condiciones contractuales y la información previa, entonces, podrá desistir del contrato durante un plazo cuyo cómputo se inicia el séptimo día y que acaba cuando el consumidor haya recibido la última de las informaciones, en relación con las condiciones contractuales y la información previa a las que se refiere el artículo 8 de la misma norma⁷²⁹.

Segundo, conforme al artículo 9.(5) del *DMCFS Regulations 2004* (Irlanda), no se podrá exigir el cumplimiento del contrato al consumidor, en el caso que, el proveedor hubiere incumplido su deber de comunicación. Se añade, sin embargo, la siguiente salvedad: si un tribunal considerara, por un lado, que no ha habido un incumplimiento deliberado y que no se ha perjudicado al consumidor y por otro lado, que es justo y equitativo dispensar del cumplimiento de este deber al proveedor, entonces, el tribunal podrá decidir que el cumplimiento del contrato sea exigible al consumidor⁷³⁰.

Tercero, conforme al artículo VI.60 del *Code du droit économique* (Bélgica), si el proveedor incumpliera sus obligaciones de información previa y de comunicación, el con-

⁷²⁹ El artículo 11 del *FSDM Regulations 2004* (bajo el título de excepciones al derecho de desistimiento) dispone: "(...) (2) Paragraph (1) does not apply to a distance contract if the supplier has not complied with regulation 8(1), unless - (a) the circumstances fall within regulation 8(1)(b); and (b) the supplier has complied with regulation 7(1) and (2) or, if applicable, regulation 7(4) (b) with and regulation 7(5). Where - (a) the conditions in sub-paragraphs (a) and (b) of paragraph (2) are satisfied in relation to a distance contract falling within paragraph (1), (b) the supplier has not complied with regulation 8(1), and (c) the consumer has not, by the end of the sixth day after the day on which the distance contract is concluded, received all the contractual terms and conditions and the information required under regulation 8(1), the consumer may cancel the contract under regulation 9 during the period beginning on the seventh day after the day on which the distance contract is concluded and ending when he receives the last of the contractual terms and conditions and the information required under regulation 8(1).(...)".

⁷³⁰ El artículo 9.(5) del *DMCFS Regulations 2004* (bajo el título de obligaciones del proveedor en virtud del contrato a distancia de servicios financieros) dispone: "(...) (5). A distance contract for the supply of a financial service is not enforceable against the consumer if the supplier has failed to comply with an obligation imposed on the supplier by this Regulation (...)".

sumidor podrá resolver el contrato - sin gastos ni penalización alguna - mediante carta motivada emitida en un plazo razonable desde que el consumidor haya tenido conocimiento o debía tener conocimiento del incumplimiento de estas obligaciones⁷³¹.

En definitiva, la citada regulación delimita con mayor precisión – que el desafortunado artículo 18.5 de la LCDSF – la naturaleza del derecho y los casos en los que el consumidor podrá desvincularse del contrato – bien, por alusión al tipo de incumplimiento (Reino Unido, Irlanda y Bélgica); bien, por alusión a los contratos u operaciones afectados (Reino Unido); bien, por alusión al plazo en el que el consumidor podrá desvincularse del contrato (Reino Unido y Bélgica) -. En efecto, en el Reino Unido, determinados contratos pierden su condición de excepción al desistimiento cuando hubiere habido un incumplimiento del deber de comunicación posterior fijándose, entonces, un plazo especial de ejercicio del citado derecho de desistimiento, a tal fin. En Irlanda, no cabe exigir el cumplimiento del contrato al consumidor si no se hubiere cumplido el deber de comunicación, con la salvedad de que un tribunal estime – habidas las circunstancias, legalmente, descritas – que cabe dispensar al proveedor del cumplimiento de los citados deberes. En Bélgica, el consumidor podrá resolver el contrato por carta motivada y en un plazo razonable en el caso de incumplimiento de los deberes de información o de comunicación.

3. VALORACIÓN CRÍTICA

En primer lugar, la LCDSF observa la rescisión como un efecto civil. Una interpretación que atienda a su localización en el artículo 18 de la LCDSF sobre sanciones administrativas podría admitir considerar que la rescisión está prevista ante incumplimientos del proveedor constitutivos de infracciones administrativas.

En cualquier caso, su observancia, en los términos analizados, constituye una incorrecta transposición de la DCDSF (*vid.* artículo 18.5 de la LCDSF): el legislador nacio-

⁷³¹ El artículo 60.2 del *Code du droit économique* dispone: “(...) 2.En cas de non-respect des obligations résultant des articles VI.55.1 2^o et 3^o, VI.56 et VI.57, le consommateur peut résilier le contrat sans frais ni pénalités, par lettre recommandée à la poste et motivée, dans un délai raisonnable à partir du moment où il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de ces obligations.(...)”.

nal se ha limitado a calcar la formulación de la DCDSF que contempla la rescisión, en un sentido amplio, es decir, como sinónimo de “deshacer” el vínculo contractual y que no acota los supuestos de hecho y términos aplicables (*vid.* artículo 11 de la DCDSF) (tercer bloque normativo)⁷³². La falta de concreción del artículo 18.5 deja la puerta abierta a abusos por parte del consumidor, en contravención con el principio de buena fe. Por lo que, esta tesis recomienda su supresión o la modificación de su formulación.

⁷³² Por “sanciones” – título al que responde el citado artículo 11 de la DCDSF -, el legislador comunitario entiende las medidas dirigidas a garantizar el cumplimiento de las disposiciones de transposición de las directivas comunitarias, en consonancia con el artículo 4.3 del TUE que establece el principio de cooperación leal entre los Estados Miembros y la Unión Europea.

CAPITULO XI INVALIDEZ DEL CONTRATO

1. NULIDAD

En el ámbito específico analizado, el incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa (*vid.* artículos 7 y 8 de la LCDSF) y/o a la comunicación (*vid.* artículo 9 de la LCDSF) puede dar lugar a la “nulidad” del contrato, de conformidad con la “legislación española” a la que la LCDSF se remite, literalmente (*vid.* artículo 9.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

La formulación de la LCDSF – en este sentido - resulta poco clara y poco explícita: con la expresión de “nulidad” ni se concreta el tipo de sanción por ineficacia⁷³³, ni se identifican sus consecuencias. Como resultado, la interpretación de este artículo ha generado discrepancias doctrinales (*vid.* artículo 9.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)⁷³⁴: si algunos autores - la mayoría - interpretan que la LCDSF se refiere a la acción de anulabilidad; otros entienden que se refiere a la acción de nulidad^{735 736}.

⁷³³ Considerando el texto legal, parece que el legislador opta por la nulidad contractual de pleno derecho cuando alude, literalmente, a la “nulidad” sin ulterior especificación. Sin embargo, el mismo artículo se refiere, a su vez, a la disponibilidad de la acción cuando dispone que el incumplimiento de los requisitos relativos a la información y/o a la comunicación “podrá dar lugar” a la nulidad. Rasgo que la doctrina ha venido, tradicionalmente, vinculando al régimen jurídico de la anulabilidad.

⁷³⁴ Por un lado, PÉREZ BENÍTEZ, VIERA y gran parte de la doctrina identifica la pretensión impugnatoria con la acción de anulabilidad. Lo que, atendidos los rasgos, tradicionalmente, asignados a la citada acción no carece de cierto fundamento. Por otro lado, autores como ARROYO APARICIO y TAPIA HERMIDA se inclinan a pensar que, el artículo 9.4 contempla la acción de nulidad. TAPIA HERMIDA se basa, principalmente, en el carácter imperativo de la LCDSF (*vid.* artículo 3 de la LCDSF) y en la aplicabilidad, a título de regla general, salvo regla especial que establezca un efecto distinto, del artículo 6.3 del Código Civil. Léase TAPIA HERMIDA, A.J. “La Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.107, Año XXVI/julio – septiembre, 2007, Editorial Lex Nova, pág. 285.

⁷³⁵ Existe un elevado consenso doctrinal, en torno a los rasgos vinculables a cada tipo de invalidez. En lo que concierne a la acción de nulidad radical o de pleno derecho: la legitimación activa es amplia (en la medida en que, ésta corresponde a cualquier persona que ostente un interés legítimo); no es posible confirmar o convalidar el contrato; dicha invalidez es apreciable de oficio; el plazo para el ejercicio de la acción es imprescriptible y finalmente, la sentencia es declarativa, en tanto que, se trata de una nulidad de pleno derecho. En cuanto a la acción de anulabilidad: la legitimación activa es restringida (quedando limitada, normalmente, a la parte del contrato que la norma, en cuestión, protege); el contrato puede ser confirmado; la citada invalidez no es apreciable de oficio; el plazo - a los efectos del ejercicio de la acción es de cuatro años – aunque, la jurisprudencia no ha resuelto si este plazo es de caducidad o de

prescripción – y finalmente, la doctrina entiende, mayoritariamente, que la sentencia, en su caso, dictada, es constitutiva.

Sobre la calificación del plazo de cuatro años como una cuestión no resuelta, léase la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm.39/2015 de 11 de febrero (fundamento de derecho tercero).

⁷³⁶ Sobre las diferencias entre la nulidad radical y la anulabilidad o nulidad relativa léase, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid núm.26/2014 de 3 de febrero (fundamento de derecho segundo): "(...). Ciertamente la demanda viene a sustentarse, esencialmente, en la concurrencia de error en el consentimiento, lo que ab initio comportaría la aplicación del plazo de ejercicio de cuatro años que, según expone la mercantil demandada, se habría cumplido al tiempo de interponerse la demanda, pues la acción de nulidad ejercitada en esta litis no viene realmente fundada en la inexistencia de consentimiento (ex artículo 1.261 del Código Civil), lo que efectivamente determinaría el no sometimiento a plazo alguno para su ejercicio, sino en la concurrencia de error en el consentimiento prestado con el argumento de que la actora no tuvo cabal conocimiento del contenido de los contratos suscritos - supuesto más propio de anulabilidad del artículo 1.265 del Código Civil -, respecto del que el artículo 1.301 del Código Civil establece el plazo de cuatro años para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad, plazo que ha de computarse, como el mismo precepto establece, desde la consumación del contrato. Pues bien, a propósito de dicha cuestión la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8008) , entre otras), ha señalado que la ambigüedad terminológica del artículo 1.301 Código Civil al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1.300 Código Civil , al cual se remite implícitamente el artículo 1.301 Código Civil , "concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 ", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales "no hay contrato". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1.261 Código Civil se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el adecuado ejercicio de la acción correspondiente. En todo caso, y aún para el caso de entender, como parece, que estuviéramos ante un supuesto propiamente de anulabilidad (...) conviene señalar que como dispone el artículo 1.301 del Código Civil en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1.969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato, con más precisión por causa de anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error, se produce a partir de la consumación del mismo, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones derivadas del contrato. Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. (...)" [subrayado añadido].

Valga destacar, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 526/2013, de 26 de diciembre que incide en las causas de la ineficacia en uno u otro caso (fundamento de derecho segundo y tercero).

Esta tesis sostiene una interpretación distinta a partir del siguiente análisis que descarta, en primer lugar, la aplicabilidad al caso de ciertas formas de ineficacia sobrevinida⁷³⁷ – esto es, el desistimiento, la resolución (tal y como aparece conceptualizada por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo^{738 739}) y la rescisión - para cons-

⁷³⁷ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Sexta Edición, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2007, pág. 555 y siguientes. En contra de la distinción - entre invalidez e ineficacia, en sentido estricto – se manifiesta el autor: “(...). La distinción entre invalidez e ineficacia no me parece útil. Por un lado, la terminología es indudablemente arbitraria, puesto que el contrato inválido tiene que ser también por hipótesis ineficaz. Por esto habría que hablar, en todo caso, de una ineficacia proveniente de otro tipo de causas o razones. Pero es que, además, las aplicaciones concretas que se hacen de la noción de ineficacia en sentido estricto (producción o frustración de una condición, resolución por incumplimiento, revocación, etc.) no son en rigor casos de ineficacia. Si se produce o se frustra una condición establecida por las partes, puede decirse que a partir de ese momento el contrato deja de desplegar efectos, pero puede decirse también que ello ocurre, precisamente, como un efecto propio del contrato, en la medida que tal hipótesis se encontraba contemplada en él. Del mismo modo, la resolución y la revocación son, precisamente, una consecuencia del despliegue de la eficacia contractual y un medio de defensa, nacido del contrato, para protección de los intereses de uno de los contratantes frente a circunstancias sobrevinidas (v.gr. el incumplimiento, desaparición de la base del negocio, etc.). Por ello, no puede decirse que en tales casos haya verdadera ineficacia, sino cumplida eficacia del contrato, aún cuando ésta no sea la inicialmente prevista o buscada (...).”

⁷³⁸ Sobre la necesaria concurrencia de un incumplimiento esencial que obste el fin normal del contrato frustrando las legítimas expectativas de la parte que resuelve, léase: la sentencia del Tribunal Supremo núm.237/1994, de 21 de marzo; la sentencia del Tribunal Supremo núm.610/2013 de 23 de octubre; la sentencia del Tribunal Supremo núm.305/2012 de 16 de mayo y la sentencia del Tribunal Supremo núm.215/2012 de 12 de abril.

⁷³⁹ La sentencia del Tribunal Supremo núm.305/2012 de 16 de mayo (fundamento de derecho segundo) dispone en relación con las causas de resolución: “(...)38. Para que pueda entrar en juego la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado decididamente por exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la "voluntad deliberadamente rebelde", exigida en etapas anteriores, lo que, como declara la sentencia 1000/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 5806) , "se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 (RCL 1991, 229 y RCL 1996, 2896) (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990), cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.». En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte. (...)”.

tatar, a continuación, que la formulación expuesta no excluye ninguna de las citadas acciones - nulidad y anulabilidad - por tratarse, simplemente, de una norma de remisión (*vid.* artículo 9.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). En efecto, se constatará, a partir del análisis de la formulación de la LCDSF y de sus antecedentes formales, que ésta se refiere, literalmente, a la “nulidad” entendida, en un sentido amplio, que puede abarcar la acción de nulidad y/o la acción de anulabilidad.

En cuanto a la primera cuestión, se descarta la aplicabilidad del desistimiento, de la resolución y de la rescisión porque la formulación analizada se refiere a consecuencias que se derivan, estrictamente, del incumplimiento de los requisitos de información y/o de comunicación previstos en el artículo analizado (*vid.* artículo 9.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo) y que se localizan en el ámbito de la invalidez⁷⁴⁰ del contrato (como se constatará, a partir del análisis de los antecedentes formales del artículo).

Las tres figuras anteriores – desistimiento, rescisión y resolución - se activan por otras causas y en otros supuestos, algunos localizables en el desarrollo posterior del contrato; pero no, en el origen o formación del contrato. En efecto, el desistimiento constituye una facultad unilateral de libre ejercicio que no se halla, necesariamente, vinculada al incumplimiento de los deberes de información y/o de comunicación propios de la fase de generación del contrato visto que puede ejercitarse sin necesidad de justa causa⁷⁴¹. La rescisión se aplica en los casos, expresamente, previstos por la ley y su ejercicio;

⁷⁴⁰ Sobre la distinción entre invalidez e ineficacia léase, asimismo: GARCÍA VICENTE, J.R. *Ley de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1997, pág. 227 y siguientes y O'CALLAGHAN, X. *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones*, Tomo II, Quinta Edición, Madrid, Djusa, 2008, pág. 289 y siguientes.

Partiendo de la distinción aceptada a partir de WINDSCHWEID, O'CALLAGHAN identifica dos grandes grupos de ineficacia que son la invalidez y la ineficacia, en sentido estricto. La invalidez viene dada por una causa intrínseca al contrato por carecer de un elemento esencial (inexistencia) o por infringir una norma imperativa (nulidad) o por defecto de capacidad del sujeto o vicio del consentimiento (anulabilidad): es una ineficacia estructural. La ineficacia *strictu sensu* se produce por causas extrínsecas: es una ineficacia funcional. Por ejemplo, la revocación, la rescisión y la resolución.

⁷⁴¹ Literalmente, el artículo 9.4 vincula la sanción al caso de incumplimiento de los citados deberes. Por ello, el desistimiento – que no precisa de justa causa - es objeto de una regulación específica y separada que se localiza en el artículo 10 de la misma LCDSF. Planteamiento diferenciador que halla su origen en la propia DCDSF que distingue el derecho de desistimiento (*vid.* artículo 6 de la DCDSF) frente a las demás sanciones aplicables (*vid.* artículo 11.1 de la DCDSF).

dado su carácter extraordinario^{742 743}, requiere la concurrencia de una lesión, que no, necesariamente, se produce en el caso previsto (*vid.* artículos 1290 y siguientes del Código Civil). Finalmente, la facultad de resolución se activa por defectos localizables en el desarrollo de la relación contractual, una vez ésta ha sido iniciada, concretamente, en caso de incumplimiento de las obligaciones recíprocas⁷⁴⁴ nacidas del contrato siendo exigible un incumplimiento esencial que prive a la parte perjudicada de lo que, legítimamente, cabía esperar del contrato en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo^{745 746}.

⁷⁴² CASTRO Y BRAVO, F. DE. *El negocio jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1991, pág. 520 y siguientes.

⁷⁴³ Léase la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.418/2014 de 10 de diciembre (fundamento jurídico tercero) que distingue entre el derecho de desistimiento y el derecho de rescisión.

⁷⁴⁴ Precisamente, considerando esa reciprocidad, el derecho de resolución se dirige a proteger a la parte que cumple frente a la parte que no cumple; la cual con su incumplimiento impide que la parte cumplidora obtenga el resultado económico o el interés perseguido con el contrato.

⁷⁴⁵ Cítese la sentencia del Tribunal Supremo núm.237/1994, de 21 de marzo; la sentencia del Tribunal Supremo núm.610/2013 de 23 de octubre; la sentencia del Tribunal Supremo núm.305/2012 de 16 de mayo y la sentencia del Tribunal Supremo núm.215/2012 de 12 de abril.

⁷⁴⁶ Sobre el carácter esencial y grave del incumplimiento en la resolución de contratos, léase: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. A. *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Madrid, Editorial La Ley – Actualidad, S.A., 1998, pág. 13 y siguientes. La autora analiza la resolución desde su condición de efecto especial que se reconoce a la parte contratante cumplidora y que solo es aplicable a las obligaciones contractuales recíprocas y expone, a través de un análisis jurisprudencial y doctrinal, los factores a analizar para determinar si su procedencia es conforme o no, a derecho. Se analiza el concepto y la naturaleza jurídica de la resolución entendida como una facultad no automática que el ordenamiento atribuye a la parte contratante que cumple con el propósito de restablecer el desequilibrio patrimonial derivado del incumplimiento contractual de la parte contraria (siendo necesaria una declaración de voluntad expresada, en forma auténtica, al efecto, según exige la jurisprudencia). Se exponen, asimismo, los presupuestos -; se alude, entre otros, a la reciprocidad de las obligaciones contractuales y a la necesidad de un incumplimiento básico, esencial y grave del contrato. Respecto a éste, la autora se refiere, literalmente, a varias sentencias del Tribunal Supremo: "(...) En el mismo sentido la Sentencia de 17 de noviembre de 1995 (A.C. 122/96...) en la que se establece que sólo hay incumplimiento verdadero cuando se refiere a la esencia de lo pactado y no a prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su entidad, el fin económico del contrato y, lo mismo, la Sentencia de 23 de enero de 1996 (A.C. 312/96 ...), en la que se mantiene que el incumplimiento ha de ser grave y esencial, y que no basta aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias, que no impiden el resultado económico que movió a contratar.(...)." Se destaca, asimismo, cierta doctrina autorizada que, en principio, excluye la resolución por incumplimiento de obligaciones accesorias - si bien, añade - en concordancia con la misma - que, en cada caso, deberá analizarse la importancia que tiene lo que no se hizo y en qué manera afectó al cumplimiento de la obligación principal en congruencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es más, supuesto que el incumplimiento afecte a la obligación principal se puede admitir la resolución incluso en los supuestos

La segunda cuestión a resolver es: si la forma de ineficacia prevista es la acción de nulidad radical y/o de anulabilidad (o nulidad relativa) considerando que el precepto se refiere, de forma imprecisa, a la “nulidad”⁷⁴⁷.

Como se apuntaba, existen discrepancias doctrinales, en parte, provocadas por la falta de claridad⁷⁴⁸ y de precisión de la regulación del Código Civil en materia de nulidad⁷⁴⁹ – a la que el artículo se remite – y, especialmente, por el carácter cerrado de la citada regulación⁷⁵⁰.

de incumplimiento parcial o defectuoso siendo necesario que, en estos casos, se frustren las legítimas expectativas del acreedor, de modo que, éste se vea privado de alcanzar el fin económico perseguido por el contrato.

⁷⁴⁷ MARTÍN BRICEÑO, M^a. R. *La protección de los consumidores a través de la forma del contrato, Aranzadi Civil*, núm. 6/2001, Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A., 2001, pág. 12 y siguientes. Dispone la autora que: “(...) ningún contrato es inválido en abstracto, sino que es nulo o anulable; esto es, nuestro CC no regula la invalidez con carácter general sino la nulidad y la anulabilidad como modalidades de invalidez. En este sentido, hay que señalar qué criterios fundamentales vamos a aplicar para su distinción y es que, a veces el legislador o no indica el régimen de invalidez a aplicar, o utiliza el término “nulidad” de un modo impreciso, por lo que hay que interpretar si cabe la aplicación del régimen jurídico propio de la nulidad de pleno derecho o si, por el contrario, hemos de recurrir al de la anulabilidad.(...)”. [subrayado añadido]

⁷⁴⁸ Sobre el carácter confuso del régimen jurídico aplicable a la invalidez y/o sobre la distinción entre invalidez y nulidad, en sentido estricto, léase: EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A. “Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato”, *Cuadernos de Aranzadi Civil* 4, Navarra, Aranzadi Civil, 1999, pág. 22 y siguientes; DíEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil*, Volumen II, Novena Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2005, pág. 102 y siguientes; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato.” En: DELGADO ECHEVARRÍA, J. (coord.). *Las nulidades de los contratos. Un sistema en evolución*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2007, pág. 59 y siguientes y GARCÍA VICENTE, J.R. *Ley de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1997, pág. 229 y siguientes.

⁷⁴⁹ GRIMALT SERVERA, P. *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código Civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Granada, Editorial Comares, 2008, pág. 5 y siguientes. El autor describe la distinción doctrinal entre contratos radicalmente nulos y contratos anulables y defiende que esta distinción no está plasmada, realmente, en los artículos 1300 y siguientes del Código Civil que, en opinión del autor, sí distingue entre contratos inexistentes y contratos nulos. Previa remisión a los antecedentes históricos del Código Civil, el autor defiende que la distinción doctrinal entre nulidad y anulabilidad es posterior al mismo, de modo que, puede dudarse que el legislador la haya asumido en el articulado de la ley.

⁷⁵⁰ GARCÍA VICENTE, J.R. *Ley de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1997, pág. 231. Indica el autor: “(...) Centrándonos en la invalidez contractual, se constata que los dos tipos clásicos (nulidad y anulabilidad) están contruidos desde sus consecuencias, es decir, como regimenes jurídicos cerrados: legitimación para impugnar, plazo de ejercicio de la pretensión, alcance de las obligaciones restitutorias que nazcan con su ejercicio o posibilidad de convalidación. La doctrina, como veremos, ha elaborado con rigor cada extremo de estos regimenes jurídicos, sin atender en demasía a

Si algunos autores, como PÉREZ BENÍTEZ y VIERA identifican la nulidad (de la LCDSF) con la acción de la anulabilidad^{751 752 753} (lo que no carece de fundamento⁷⁵⁴); otros, como ARROYO APARICIO⁷⁵⁵ y TAPIA HERMIDA⁷⁵⁶ se inclinan a pensar que el artículo 9.4 de la LCDSF contempla la acción de nulidad. Algunos justifican la acción de nulidad en el incumplimiento de la LCDSF - en tanto que, norma imperativa⁷⁵⁷ -

agrupar las causas (o motivos) de uno y otro. Cada tipo es más una disciplina normativa que la sanción de un conjunto de causas congruentes entre sí. (...)

⁷⁵¹ PÉREZ BENÍTEZ, J.J. “La nueva ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Ley 22/2007, de 11 de julio.”, *Diario La Ley*, núm. 6837, Lunes, 10 de diciembre, pág. 1 y siguientes.

⁷⁵² VIERA GONZÁLEZ, J.A. “La comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”. En: SEQUEIRA, A.; GADEA, E. y SACRISTÁN, F (dir.) *La contratación bancaria*. Editorial Dykinson, pág. 194 y siguientes. Indica el autor que los deberes de información son una concreción del deber de buena fe que debe presidir el proceso de formación de los contratos, por lo que, ante un eventual incumplimiento de los mismos debe ponderarse su influencia en la modulación del error y del dolo como causa de anulación del contrato.

⁷⁵³ MARTÍN SALAMANCA, S. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual.” núm. 96, 2009, pág. 99 y siguientes.

⁷⁵⁴ Dicho planteamiento se suele fundar en diversos motivos. Primero, la literalidad del artículo 9.4 que se refiere a una ineficacia disponible y no automática. Segundo, los antecedentes formales de la LCDSF, de los que se infiere que, inicialmente, el legislador quiso referirse a un supuesto de anulabilidad. Tercero, el hecho que la legitimación activa de la citada acción corresponde, únicamente, al consumidor (dotándole de cierta disponibilidad, en torno a la ineficacia del contrato) así como, en el hecho que, este tipo de ineficacia, ofrece al consumidor, la posibilidad de confirmar el contrato.

⁷⁵⁵ ARROYO APARICIO, A. “Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de ley de incorporación de la Directiva 2002/65/CE.” *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 14, año 2007 – 2, pág. 53. Incide la autora en que se observa la posible nulidad para el caso de incumplimiento de las obligaciones apuntadas y añade “(...) nótese que la norma dispone que el incumplimiento “podrá dar lugar” a la nulidad – de forma indeterminada – “de acuerdo con lo previsto en la legislación española” (...). Añade la autora que la decidida imprecisión de los términos legales permiten apreciar algunas diferencias entre la nulidad de la LCDSF y la invalidez prevista por la LCFEM.

⁷⁵⁶ TAPIA HERMIDA, A.J. “La Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 107, Año XXVI/julio – septiembre, 2007, Editorial Lex Nova, pág. 281 y siguientes.

El autor se basa en el carácter imperativo de la norma en la que éste artículo se enmarca y asume la aplicabilidad del artículo 6.3 del Código Civil, a título de regla general.

⁷⁵⁷ Sobre la función del artículo 6.3 del Código Civil como una norma de cierre en casos dudosos, léase: GARCÍA VICENTE, J.R. *Ley de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1997, pág. 227 y siguientes. El autor expone la tesis de JORDANO FRAGA: “(...) Al hilo de esta reflexión el autor emprende un breve excursus sobre la aplicación analógica del régimen de la anulabilidad que termina, en la práctica, por reducir el alcance general de la norma del artículo 6.3 CC y por diluir el supuesto carácter excepcional de los casos de anulabilidad y dice: “la extensión analógica permite dar a casos de invalidez contractual no contemplados, específicamente, como de anulabilidad el mismo régi-

(nulidad radical); otros justifican la acción de anulabilidad en la concurrencia de algún error vicio invalidante por falta de información al consumidor (nulidad relativa o anulabilidad)⁷⁵⁸.

Esta tesis se inclina por el hecho que el artículo no excluye la aplicabilidad de una u otra acción, fundándose, como se ha indicado ya, en su literalidad y en sus antecedentes formales.

En efecto, así se deduce, en primer lugar, de una interpretación literal de la remisión en favor de la “legislación española”: expresión de gran amplitud. De la que se infiere que, la norma aplicable es la que debe concretar la sanción aplicable al caso; de modo que, visto el amplio alcance de la expresión, no cabe excluir ni la acción de nulidad ni la de anulabilidad⁷⁵⁹.

En este sentido, si bien, en sede de error vicio, existe una tendencia jurisprudencial consolidada sobre la posible anulación del contrato por error vicio en determinados casos de incumplimiento de los deberes legales de información previstos por la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia; el incumplimiento de los deberes de información previstos en la LCDSF permite, asimismo, la acción de nulidad radical por

men de los que sí lo están, allí donde existiendo semejanza, el juicio de conveniencia político legislativo que el ordenamiento ha hecho de los segundos sea trasplantable a los primeros”. Con este argumento pierde sentido establecer una regla general-especial, porque para los casos dudosos (no sometidos a una disposición expresa) no se emplea este criterio sino otro bien distinto: el de la semejanza entre finalidades, no parece que sea otra cosa que “finalidad de la norma” lo que este autor llama “juicio de conveniencia político-legislativa”. El análisis del caso dudoso se realizará de este modo: primero debe constatar que el caso carece de una disposición legal expresa; en segundo lugar, averiguar su concreta finalidad o el juicio de conveniencia subyacente; en tercer lugar, examinar si este juicio es semejante a los presentes en el supuesto de anulabilidad; y, por último, si no es así, recurrir a la nulidad que, de forma general, pasaría a ser una norma subsidiaria o de cierre, en defecto de criterios interpretativos integradores (la analogía es uno de ellos).(...).”

⁷⁵⁸ Sin perjuicio del hecho que, por aplicación del artículo 6 de la LCDSF – al que el artículo 9.4 no se refiere - pueda declararse la nulidad radical del contrato por falta de consentimiento, en los casos en que el proveedor no estuviere en condiciones de probar la concurrencia del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato, como de hecho, ocurre en el marco de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm.676/2014 de 28 de noviembre que se analiza más adelante.

⁷⁵⁹ Planteamiento que, se halla en línea con el actual enfoque del artículo 78 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que, respecto de los contratos con consumidores, en general, dispone que la falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad cuando procedan conforme a derecho.

tratarse de una norma de consumo de carácter imperativo. Lo que confiere un más elevado nivel de protección al consumidor que contrata a distancia⁷⁶⁰.

A efectos tuitivos, la diferencia en uno u otro caso es clara. De la jurisprudencia analizada en sede de error vicio⁷⁶¹ se infiere que, el incumplimiento de los deberes legales de información previstos en la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia (que no, de la LCDSF) puede tener una incidencia negativa en la formación de la voluntad contractual e influir en la posible apreciación de un error vicio en el consentimiento susceptible de provocar la anulación del contrato⁷⁶². Diferentemente, el incum-

⁷⁶⁰ Léase la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.106/2013 de 11 de marzo (fundamentos de derecho primero a tercero). El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda presentada por el consumidor por la que se solicita la nulidad de los contratos de asesoramiento de 11, 19 y 26 de septiembre y de 6 de octubre de 2008, invocándose a tal fin, la inhabilidad de la demandada para realizar actividades de asesoramiento financiero, la nulidad por vicios del consentimiento y la nulidad por incumplimiento de la LCDSF. En primera instancia, se dicta sentencia estimatoria al acoger la última de las causas de nulidad. A la vista de las circunstancias aplicables al caso – y considerando que la LCDSF resulta aplicable a los contratos litigiosos y que el demandado no ha probado que ha cumplido con el riguroso régimen de información de la citada norma de carácter imperativo – la Audiencia Provincial mantiene la declaración de nulidad de los contratos por incumplimiento del artículo 9.4 de la LCDSF.

⁷⁶¹ Vid. apartado 4 del CAPITULO V.

⁷⁶² Es más, existe una cierta discrepancia en torno al alcance de esa incidencia, en el sentido de si debe admitirse o no, que el incumplimiento de los citados deberes legales de información comporte la nulidad radical del contrato; si bien, esta es una cuestión discutida, especialmente, en relación con la aplicación de los deberes legales de información previa contemplados en el marco de la LMV.

Es cierto que la jurisprudencia parte de la conveniencia de acomodar las realidades jurídicas civil y administrativa, para impedir que se siga manteniendo la irrelevancia civil de la infracción de una norma administrativa y admite, en este sentido, la necesidad de aplicar las pertinentes consecuencias sobre ineficacia o invalidez del contrato afectado. Sin embargo, no existe, por el momento, unanimidad, entre Audiencias Provinciales sobre las consecuencias que comporta el incumplimiento de las normas de conducta, legalmente, impuestas a las entidades financieras que prestan servicios de inversión.

Así, por un lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.526/2013 de 26 de diciembre declara la inviabilidad de la pretensión de nulidad radical de un contrato por incumplimiento de los citados deberes legales de información. Lo que se motiva en el hecho que el eventual incumplimiento de las normas de conducta, legalmente, impuestas a las entidades que prestan servicios de inversión no produce por sí mismo y sin más la nulidad radical del contrato concertado. Se añade que el incumplimiento, solamente, presenta trascendencia sustancial para valorar el proceso interno de formación de la voluntad del cliente (en el caso, el cliente era una empresa que debía haber sido más diligente). Este planteamiento estaría en línea con la sentencia de 30 de diciembre de 2013 (fundamento jurídico cuarto) y de 4 de julio de 2012, en cuyo marco, la misma Audiencia Provincial reitera que el mero incumplimiento de obligaciones impuestas por la LMV no produce por sí mismo y sin más la nulidad del contrato, aunque, pueda tener trascendencia para valorar la formación del consentimiento.

plimiento de los requisitos de información de la LCDSF, por sí solo, determina la nulidad radical del contrato a distancia por tratarse de un acto suscrito en fraude de la LCDSF en tanto que norma imperativa de consumo (*vid.* artículos 3 y 9.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)⁷⁶³. Ese es el plus de protección que la LCDSF confiere al consumidor que contrata a distancia.

Frente al anterior enfoque, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva núm. 120/2013 de 5 de diciembre destaca, previa declaración del carácter imperativo de la regulación sobre información y transparencia de la LMV, que es clara y abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo a favor de la nulidad radical de actos o contratos que contravienen normas imperativas o prohibitivas aunque la infracción de la norma esté, igualmente, sancionada por una norma administrativa. Se cita: la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010 (sobre las máximas rentas autorizadas en la normativa aplicable por las viviendas de protección oficial), la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2011 (en relación con una norma administrativa que prohíbe la transmisión de una expenduría de tabacos) y la sentencia de 1 de marzo de 2012 (en relación con una norma imperativa sobre los acuerdos corporativos exigibles en determinados casos de adquisiciones derivativas de acciones).

Describe los términos de la citada discrepancia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares núm.8/2014 de 14 de enero aplicable a un caso de incumplimiento del deber legal de informar respecto de una operación de adquisición de participaciones preferentes. Para la parte demandante (cuyo administrador era un ex empleado que había trabajado para el banco durante treinta años) la consecuencia de la infracción de estos deberes debía ser la nulidad radical de la orden de compra de participaciones preferentes por incumplimiento de norma imperativa (en el caso, la LMV). La Audiencia Provincial considera que, en el caso de la LMV, esta consecuencia no aparece, claramente, admitida en las sentencias del Tribunal Supremo. Para una primera corriente doctrinal, la nulidad no se reputa aplicable a supuestos de vulneración de normas de carácter administrativo, aunque, la cuestión de la calificación de la LMV como una norma administrativa no es pacífica. Para una segunda corriente, la infracción directa de una norma administrativa siendo norma imperativa o prohibitiva acarrea la sanción de nulidad que contempla el artículo 6.3 del Código Civil. Sin embargo, la Audiencia Provincial expone que ante la falta de jurisprudencia que establezca, firmemente, que el incumplimiento de las normas de la LMV sobre obligación de transparencia de las entidades financieras produce la nulidad del contrato por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, resulta preferible abordar esta cuestión desde el prisma del error vicio de consentimiento.

Esta tesis, se inclina por esta posición y añade que siendo la sanción de nulidad radical la sanción máxima que nuestro ordenamiento jurídico impone cabe concluir que, en un caso de incumplimiento de los deberes legales de información como el analizado, en el que cabe argumentar, correctamente, la existencia de un error vicio invalidante, resulta preferible abordar la cuestión, desde el prisma del error vicio del consentimiento y atribuir a las normas de la LMV el papel de establecer los estándares que permiten determinar si la información suministrada al inversor ha sido suficiente o no.

⁷⁶³ Es destacable la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.526/2013 de 26 de diciembre (fundamento de derecho primero), en cuyo marco, se expone que la nulidad absoluta o radical puede tener lugar i) porque se hayan traspasado los límites que señala el ordenamiento jurídico de conformidad con el artículo 1255 para el juego de la autonomía de la voluntad de las partes; ii) porque el negocio jurídico carezca de los requisitos esenciales del artículo 1261 del Código Civil; iii) porque el negocio jurídico omita cualquiera de los elementos que su naturaleza o tipo exige; iv) porque el negocio jurídico tenga por objeto cosas fuera del comercio, de conformidad con el artículo 1271 del Código Civil; v) porque el negocio jurídico adolezca de una causa ilícita en el sentido del artículo 1275 del Código Civil y vi) porque el

Así, en sede de error vicio, la doctrina jurisprudencial, hasta el momento, aplicada al mercado de valores y a productos y servicios de inversión de carácter complejo sienta las siguientes consideraciones: primero, el incumplimiento de los deberes legales de información no comporta, necesariamente, la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo⁷⁶⁴; segundo, el error que afecta a los riesgos asociados a la contratación del producto complejo es un error sustancial o esencial que afecta al objeto del contrato⁷⁶⁵; tercero, lo que vicia el consentimiento es la falta de cono-

negocio jurídico carezca de la forma exigida. Añade, la Audiencia Provincial, frente a la alegación de la parte demandante consistente en la nulidad radical del contrato por haber infringido, la parte demandada, normas imperativas de conducta, la inviabilidad de la citada pretensión por las siguientes razones. De los hechos alegados no se incluye ninguno que pueda sugerir que, primero, en la conclusión del contrato se han quebrantado los límites establecidos por el ordenamiento jurídico para el juego de la autonomía de la voluntad; que, el eventual incumplimiento de las normas de conducta no produce sin más la nulidad radical del contrato y que, tercero, la entidad demandante no es un consumidor, lo que determina la inaplicación de la normativa de protección de los consumidores “por lo que es evidente que la omisión de los requisitos o elementos esenciales impuestos por dicha normativa, tampoco puede sustentar la nulidad radical del contrato litigioso”. [subrayado añadido]

⁷⁶⁴ Cítese, entre otras: la sentencia del Tribunal Supremo núm.840/2013, de 20 de enero (fundamento de derecho undécimo); la sentencia del Tribunal Supremo núm. 460/2014, de 10 de septiembre (fundamento de derecho tercero); la sentencia del Tribunal Supremo núm. 384/2014, de 7 de julio (fundamento de derecho quinto) y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 39/2015 de 11 de febrero (fundamento de derecho cuarto).

En la cuestión de cómo incide el incumplimiento en la apreciación del error, es, especialmente, ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca núm.8/2014 de 14 de enero (fundamento jurídico quinto): “(...)En efecto, desde este punto de vista, las normas de la Ley del Mercado de Valores, lo que establecen son los estándares que permiten determinar si la información suministrada al inversor ha sido suficiente o no, de modo que de no alcanzarse tales niveles legales de transparencia, habrá que entender que la información ha sido deficiente y que, por consiguiente, el consentimiento del inversor no se formó con el conocimiento necesario para que el inversionista obtuviese una adecuada representación de la naturaleza y funcionamiento del producto financiero en cuestión. En consecuencia, constatados los incumplimientos de la Ley del Mercado de Valores antes referidos, habremos de entender que el inversor no estaba bien informado, que su consentimiento no estaba bien formado, y que, por tanto, el contrato es nulo por aplicación de lo que establece el artículo 1.301 del Código Civil.(...)”

⁷⁶⁵ Es destacable la aportación realizada por la sentencia del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero (fundamento de derecho noveno). En un caso relativo a la firma de un contrato swap en el que la demandante (que sufre el error) no reúne los requisitos de un inversor profesional; en el que su representante legal no ostenta conocimientos financieros; en el que la única información precontractual que consta son dos e-mails cruzados (en los que no se informa sobre los riesgos de la operación y el swap se presenta como un seguro frente a la inflación) y en el que no existe prueba de que se haya realizado el test de conveniencia o de idoneidad, el Tribunal Supremo expone que la trascendencia que la normativa – en el caso, el artículo 79.bis.3 de la LMV - confiere a la transmisión de información sobre los riesgos muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar, válidamen-

cimiento del producto y de sus riesgos asociados (que describen la esencia del contrato)⁷⁶⁶, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información⁷⁶⁷; cuarto, lo relevante en caso de incumplimiento del deber de información es determinar si el cliente (incluido el consumidor) tiene conocimientos suficientes del producto y de los riesgos asociados al mismo - más concretamente, si bien, la omisión del test no impide considerar que el cliente goza de ese conocimiento y que no ha padecido error, sí permite presumir la falta de conocimiento suficiente del producto y de los riesgos asociados - y quinto, el deber de información que pesa sobre el proveedor incide, directamente, en la excusabilidad⁷⁶⁸ del mismo.

De modo que, la valoración de si el incumplimiento de los requisitos legales de información genera un error vicio invalidante debe realizarse a partir de un análisis de las particularidades del caso y a la luz de los demás criterios sentados por la jurisprudencia a partir de la regulación aplicable (*vid.* artículos 1265 a 1267 del Código Civil)⁷⁶⁹. La

te, su consentimiento contractual. Añade el Tribunal Supremo que, su desconocimiento comporta que el cliente se haga una representación mental equivocada y que este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que motivan la celebración del contrato.

⁷⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca núm.8/2014 de 14 de enero (fundamento jurídico quinto).

⁷⁶⁷ Cítese la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm.39/2015 de 11 de febrero que alude al hecho que lo que “no cabe es considerar que el error vicio constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información” (fundamento de derecho cuarto).

⁷⁶⁸ En este sentido es destacable – junto a otras – la sentencia del Tribunal Supremo núm.384/2014, de 7 de julio (fundamento de derecho quinto) y la sentencia del Tribunal Supremo núm.460/2014 de 10 de septiembre (fundamento de derecho tercero). En relación con este requisito la última expone: “(...) este requisito (...) se deduce de los principios de autorresponsabilidad y de buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. (...). La diligencia exigible ha de valorarse atendiendo a las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. (...)”. [subrayado añadido]

⁷⁶⁹ En muchos de los casos analizados (no sujetos a la LCDSF), como los referidos a contratos *swap*, las omisiones generaban en los clientes que suscribían el contrato, la creencia inexacta de que se trataba de un contrato de seguro, sin riesgos ni costes posibles y que, además, cubría del riesgo de la posible subida de intereses sin que su celebración pudiera ocasionar

cual define el error como una creencia inexacta (o una representación mental equivocada) que sólo invalida el contrato si concurren en él dos requisitos por aplicación del principio “pacta sunt servanda”⁷⁷⁰. Primero, debe ser esencial, en el sentido que, debe proyectarse sobre aquellas presuposiciones que hubieren motivado la celebración del contrato y segundo, debe ser excusable, es decir, no susceptible de ser superado por quien lo sufrió mediando una diligencia media de su parte. Lo que debe contrastarse con el planteamiento de la LCDSF, en cuya virtud, el incumplimiento del deber de información determina, por sí solo, la nulidad radical del contrato.

Hecho este inciso, valga referirse, en segundo lugar, a los antecedentes formales de la LCDSF que refuerzan la interpretación del artículo 9.4 como norma de remisión. Es cierto que, en una etapa inicial del proceso de tramitación, el artículo 10 del Anteproyecto de ley (en su versión para Audiencia Pública de 29 de junio de 2005) observaba la anulabilidad como una penalización por el incumplimiento de los requisitos relativos

nales perjuicio alguno. Concurría, en algunos casos, un error esencial - si se proyectaba sobre las presuposiciones que motivaron la celebración del mismo - que, además, debía ser excusable para invalidar el contrato. Algunas de las circunstancias consideradas para determinar la concurrencia de este segundo requisito es - especialmente, respecto de productos complejos - el incumplimiento de los deberes legales de información a cargo del proveedor y la falta de conocimiento por parte del cliente - no experto en estas materias - del producto contratado y de los riesgos asociados al mismo. Sin perjuicio de que, tal y como ha venido subrayando el Tribunal Supremo, pudiera darse el caso que éste ya conociera esa información (por haber suscrito productos similares en tiempos anteriores, siempre que, a lo largo de la negociación correspondiente se hubiere suministrado la información adecuada) entonces, el error no sería excusable ni invalidante muy a pesar del incumplimiento de las obligaciones legales de información por parte del proveedor. Es destacable, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 840/2013 de 20 de enero (fundamentos de derecho quinto y siguientes).

⁷⁷⁰ Sobre la definición de error y sus requisitos léase la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm.459/2013 de 8 de noviembre (fundamento de derecho cuarto). Expone que: “(...) 1º. El error como vicio del consentimiento, como señala la doctrina es aquel que influye en la determinación interna del contratante de manera que le induce a tomar una decisión que, en otro caso, no hubiera tomado; lo que supone que la voluntad de contratar fue libremente emitida; el error no supone que dicha voluntad no exista, sino que adolece de un defecto. (...) La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en la formación de la voluntad contractual defectuosa a causa de un conocimiento equivocado o un desconocimiento de la realidad; una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. (...) Se ha venido considerando que el error vicio es aquel que constituye una creencia inexacta o una representación mental equivocada, que sirve de presupuesto para la realización de un contrato y determina una voluntad no formada correctamente, porque la contemplación del objeto del contrato estaba distorsionada. Este es el planteamiento del artículo 1266 del Código Civil. En cambio, en el error obstativo hay una falta de voluntad, porque o bien no se quería declarar y se hizo, o bien se produce un lapsus que da lugar a una discrepancia entre la voluntad interna y su declaración (...)”.

a la información previa y a la comunicación. Sin embargo, posteriormente, se sustituyó el término de anulabilidad por el de invalidez, de alcance más amplio, por ser un subtipo de ineficacia susceptible de recoger tanto la acción de anulabilidad como la de nulidad. De modo que, tal y como se apuntaba al inicio, el artículo se ubica en el ámbito más amplio de la invalidez.

Seguidamente, en el marco de las enmiendas al Proyecto de ley⁷⁷¹ se propusieron (por parte del grupo parlamentario IU – ICV) dos variaciones que siguen el mismo planteamiento. Primera, la sustitución del término de invalidez por el de “nulidad” y segunda, la remisión a la “legislación española” en lugar de la “legislación civil”. Lo más importante es que, en la enmienda se destacaba que - en derecho - la “invalidez” es la consecuencia de la nulidad y que la expresión de “legislación española” conllevaba la aplicabilidad de la legislación de consumidores y usuarios y de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación (en adelante, la LCGC) (*vid.* artículos 5, 7, 8, 9 y 12 de la LCGC) (*vid.* artículos 80, 82 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007).

Lo que permite enlazar la remisión analizada con la actual doctrina jurisprudencial sobre control de transparencia y control de abusividad aplicable a las cláusulas en condiciones generales de contratación suscritas en el marco de contratos celebrados entre proveedores y consumidores. En cuya virtud, el proveedor queda obligado a aportar la información para garantizar la comprensibilidad real de la importancia de una cláusula referida al objeto del contrato en el desarrollo razonable del mismo, de modo que, el consumidor comprenda los aspectos básicos del contrato y particularmente, la carga económica y jurídica que está asumiendo al celebrarlo. Por ser bastante reveladora de los términos de este deber de información, valga analizar la jurisprudencia sobre nulidad de cláusulas suelo abusivas en contratos de préstamo hipotecario a interés variable⁷⁷².

⁷⁷¹ Enmiendas e índice de enmiendas al articulado de la ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (121/000097). Pág. 18.

⁷⁷² La sentencia del Tribunal Supremo núm.241/2013 de 9 de mayo incide en la idea que el hecho que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato (como ocurre en las cláusulas suelo) no es obstáculo para que sea calificada de condición general de contratación considerando que ésta se define por el proceso seguido para su inclusión al contrato (funda-

Esta desarrolla, a grandes rasgos, las siguientes consideraciones: primero, dispone la Directiva 93/13/CEE que cuando una cláusula se refiere al objeto del contrato escapa al control de abusividad, siempre que, sea clara y comprensible en su redacción (*vid.* artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE) lo que permite una interpretación *a contrario sensu*⁷⁷³; segundo, a efectos de transparencia, al control de incorporación se superpone un “control adicional de transparencia”⁷⁷⁴ en los contratos con condiciones generales celebrados con consumidores⁷⁷⁵ (*vid.* artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007); tercero, la transparencia de una cláusula suficiente a efectos del control de incorporación (*vid.* artículos 5 y 7 de la LCGC) es insuficiente para eludir el examen de su contenido y en concreto para impedir el control de abusividad (*vid.* artículos 82 y

mento de derecho séptimo). En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm.111/2015 de 17 de abril (fundamento jurídico tercero) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.183/2014 de 26 de septiembre (fundamento jurídico primero).

⁷⁷³ En este sentido, son destacables: la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.145/2015 de 12 de mayo (fundamento jurídico quinto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm.111/2015 de 17 de abril (fundamento jurídico segundo); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm.1311/2014 de 30 de septiembre (fundamento de derecho segundo) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm.164/2014 de 8 de octubre (fundamento de derecho tercero).

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm.111/2015 de 17 de abril expone en su fundamento jurídico segundo: “(...) Lo anterior supone someter al juicio de abusividad o control de contenido de las condiciones generales, no sólo a aquellas que no se refieren a elementos esenciales del contrato, que son las condiciones de carácter normativo, sino también a las condiciones que regulan los aspectos económicos del contrato pero que no han sido objeto de negociación individual. Este era el propósito de la Directiva 93/13 (...) sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores cuando su artículo 4.2 excluía de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas aquellas referidas a la definición del objeto principal o a la adecuación entre precio y retribución, por un parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Lo que, entendido en sentido positivo, significa que aquellas cláusulas no redactadas de manera clara y transparente no están excluidas del control de abusividad.(...)”

⁷⁷⁴ Sobre el control adicional de transparencia léase la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm.121/2015 de 3 de marzo (fundamento de derecho tercero).

⁷⁷⁵ En este sentido, son destacables la sentencia del Tribunal Supremo núm.241/2013 de 9 de mayo que, de forma explícita, se refiere al artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (fundamento de derecho decimosegundo); la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm.111/2015 de 17 de abril (fundamento jurídico segundo); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 183/2014 de 26 de septiembre (fundamentos jurídicos primero y tercero); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm.1311/2014 de 30 de septiembre (fundamentos de derecho tercero y cuarto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm.15/2015 de 15 de enero (fundamento de derecho cuarto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm.121/2015 de 3 de marzo (fundamento de derecho tercero) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete núm.80/2015 de 15 de abril (fundamentos de derecho cuarto y quinto).

siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007)⁷⁷⁶; cuarto, el “control adicional de transparencia” en los contratos celebrados con consumidores incluye el control de “comprensibilidad real de la importancia de una cláusula en el desarrollo razonable del contrato”⁷⁷⁷ lo que supone la transmisión de una serie de informaciones, de modo que, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato (como es el caso de la cláusula suelo) tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto, la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado - esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener - como la “carga jurídica” del mismo - es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado como, en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo -⁷⁷⁸; quinto, respecto de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios, el citado nivel de transparencia exige que exista información, suficientemente, clara de que la cláusula es un elemento definitorio del objeto principal del contrato; exige que existan simulaciones de escenarios diversos relacio-

⁷⁷⁶ Léase la sentencia del Tribunal Supremo núm.241/2013 de 9 de mayo (fundamento de derecho decimosegundo); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 323/2014 de 22 de octubre (fundamento de derecho cuarto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.145/2015 de 12 de mayo (fundamento jurídico quinto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería núm.136/2015 de 14 de abril (fundamento de derecho vigésimo cuarto); el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.183/2014 de 26 de septiembre (fundamento jurídico tercero); la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 499/2014 de 14 de noviembre (fundamento de derecho tercero) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm.164/2014 de 8 de octubre (fundamento de derecho tercero).

⁷⁷⁷ Léase la sentencia del Tribunal Supremo núm.241/2013 de 9 de mayo (fundamento de derecho decimosegundo); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 323/2014 de 22 de octubre (fundamento de derecho cuarto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.145/2015 de 12 de mayo (fundamento jurídico quinto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería núm.136/2015 de 14 de abril (fundamento de derecho vigésimo quinto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.285/2014 de 7 de noviembre (fundamento de derecho tercero); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm.164/2014 de 8 de octubre (fundamento de derecho tercero); el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.183/2014 de 26 de septiembre (fundamento jurídico tercero) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm.499/2014 de 14 de noviembre (fundamento de derecho tercero).

⁷⁷⁸ Léase la sentencia del Tribunal Supremo núm.241/2013 de 9 de mayo (fundamento de derecho decimosegundo); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 323/2014 de 22 de octubre (fundamento de derecho cuarto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.145/2015 de 12 de mayo (fundamento jurídico quinto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería núm.136/2015 de 14 de abril (fundamento vigésimo quinto); sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm.164/2014 de 8 de octubre (fundamento de derecho tercero) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm.499/2014 de 14 de noviembre (fundamento de derecho cuarto).

nados con el comportamiento, razonablemente, previsible del tipo de interés en el momento de contratar; exige que exista información sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o la advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le oferta este tipo de producto; exige que la cláusula no se inserte, de forma conjunta, con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas y que no se ubiquen entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queden enmascaradas y que diluyan la atención del cliente⁷⁷⁹. En el análisis de abusividad, si bien las cláusulas suelo son lícitas *per se*⁷⁸⁰ existe un desequilibrio – cuando de forma previsible para el proveedor - dan cobertura, exclusivamente, a los riesgos de la entidad y frustran - de forma inesperada para el consumidor - sus expectativas de abaratamiento del crédito, de modo que, convierte el tipo “nominalmente” variable al alza y a la baja en un tipo fijo, exclusivamente, variable al alza, siendo, en ese sentido, abusivas por falta de transparencia⁷⁸¹. A partir de ahí, las sentencias es-

⁷⁷⁹ Aluden a estos criterios, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm.323/2014 de 22 de octubre (fundamento de derecho cuarto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.145/2015 de 12 de mayo (fundamento de derecho quinto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm.111/2015 de 17 de abril (fundamento jurídico segundo); el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.183/2014 de 26 de septiembre (fundamento jurídico tercero); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm.164/2014 de 8 de octubre (fundamento de derecho tercero), la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm.588/2014 de 27 de octubre (fundamento de derecho segundo); la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada núm.89/2015 de 5 de marzo (fundamento de derecho tercero) y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga núm.1311/2014 de 30 de septiembre (fundamento de derecho cuarto).

Léase, especialmente, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.183/2014 de 26 de septiembre, en cuyo marco, se expone que tales indicios o supuestos - no taxativos - permiten concluir la falta de transparencia en el contenido del contrato. Se añade que la concurrencia de uno solo o varios de estos indicios o circunstancias no supone, necesariamente, que la cláusula sea abusiva pero puede bastar con uno de ellos, según el Auto de aclaración de esta sentencia, de 3 de junio de 2013 (fundamento jurídico tercero).

⁷⁸⁰ Sobre la licitud de las cláusulas suelo léase la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería núm.136/2015 de 14 de abril (fundamento de derecho vigésimo tercero).

⁷⁸¹ Léase la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.145/2015 de 12 de mayo (fundamento jurídico sexto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete núm.80/2015 de 15 de abril (fundamento de derecho cuarto); la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm.111/2015 de 17 de abril (fundamento jurídico segundo) y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada núm.89/2015 de 5 de marzo (fundamento de derecho cuarto).

Valga destacar, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm.164/2014 de 8 de octubre que expone, en el marco de su fundamento de derecho tercero: “(...) el Tribunal Supremo considera nulas por abusivas las cláusulas suelo de los contratos que analiza porque, al beneficiar exclusivamente a la entidad financiera, provocan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que resulta contrario a la buena fe ya que no se informa de manera clara y comprensible sobre este extremo al consumidor y éste suscribe el

timatorias analizadas declaran la nulidad de la cláusula afectada por aplicación del principio de conservación del negocio jurídico; lo que constituye un remedio, especialmente, tuitivo para el consumidor que no desea la ineficacia plena del contrato.

Lo expuesto permite constatar la importancia del hecho que la información sobre características principales del servicio, precio y riesgos que la LCDSF contempla, se transmita de una forma clara y comprensible si se quiere evitar la nulidad de la cláusula o cláusulas afectadas que no hayan sido negociadas individualmente.

De lo expuesto, cabe concluir, asimismo, que por aplicación del artículo 9.4 de la LCDSF el incumplimiento de los deberes de información previa produce consecuencias jurídicas en varios y distintos niveles. De ahí que, su dicción no excluya el recurso a una u otra acción dependiendo de las circunstancias del caso.

En cualquier caso, un análisis jurisprudencial permite constatar que, en aplicación del citado artículo 9.4, las Audiencias Provinciales han venido declarando la nulidad radical del contrato - que no, sólo, de determinadas cláusulas consideradas abusivas, en sede de condiciones generales de contratación⁷⁸² - por tratarse de un acto suscrito en fraude de una norma de consumo, de carácter imperativo siendo éste el *plus* de protección del que goza el consumidor que contrata a distancia frente al cliente de servicios financieros (*vid.* artículos 3 y 9.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

contrato creyendo que la carga económica es otra, más beneficiosa para él, que la que realmente está contratando. (...).”

⁷⁸² Léase la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011 (apartados 241 y siguientes). Se subraya que, de conformidad con el artículo 10 de la LCGC la nulidad de una o de varias cláusulas del contrato no determina la nulidad de todo el contrato si este puede subsistir sin tales cláusulas, en consonancia con el principio básico de conservación del negocio jurídico. Se añade que, así ocurre, en el caso analizado. Las cláusulas declaradas nulas no afectan al objeto o causa del contrato ni vician el consentimiento negocial prestado, por lo que, se mantiene la vigencia del contrato integrando la parte del contrato afectada por la declaración de nulidad. Así, en lo que concierne a la LCDSF, las cláusulas afectadas se referían a la comunicación de las condiciones contractuales en el contrato de servicios telemáticos. El juez declara respecto de las mismas (condiciones específicas de la contratación telefónica) que se incorpore un deber de comunicación previa de las condiciones contractuales: de modo que, la entidad deberá facilitar, previamente, al usuario las condiciones, sin que la aceptación de las condiciones contractuales suponga conformidad con el hecho que éstas se hayan recibido, previamente.

En los casos analizados, la nulidad se funda, esencialmente, en el incumplimiento de la LCDSF, en tanto que, norma imperativa – particularmente, de sus artículos 7⁷⁸³ y/o 9⁷⁸⁴ - (*vid.* artículo 6.3 del Código Civil) y en algún caso, en la ausencia del requisito esencial del consentimiento (*vid.* artículo 1261 del Código Civil) por incumplimiento del artículo 6 de la misma norma. En muchos de los casos, el incumplimiento se declara por falta de prueba del proveedor sin que baste la declaración contractual consistente en que el consumidor ha sido, adecuadamente, informado; en este sentido, la inversión de la carga probatoria ha demostrado ser un mecanismo de protección muy eficaz. Sin embargo, la mayoría de las normas de transposición analizadas no observan este mecanismo.

⁷⁸³ En sede de incumplimiento del deber de información de la LCDSF son destacables: la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm.320/2012 de 18 de septiembre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.704/2012, de 28 de diciembre y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.106/2013 de 11 de marzo. Respecto de la primera, se alega, en el marco del recurso de apelación, que el contrato de crédito es nulo por incumplimiento de los requisitos de información exigidos por la LCDSF. No se informó sobre la identidad y actividad principal del proveedor ni sobre la existencia o no de derecho de desistimiento. Escuchadas las grabaciones, se constata que, se había informado sobre el derecho de desistimiento y que tenía perfecto conocimiento de la identidad y actividad principal del proveedor, así como, de la finalidad comercial de la llamada. No se estima la nulidad del contrato. Respecto de la segunda, se alega un incumplimiento de los requisitos de información. La parte demandada invoca la nulidad del contrato de préstamo por falta de información sobre el número de registro del proveedor, los datos de autorización, el precio total, los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos y el coste del seguro de vida vinculado. La Audiencia Provincial concluye que, aun cuando se hubieren incumplido los deberes de información de la LCDSF, la demandada viene obligada a la devolución de las cuotas pendientes del préstamo. Respecto de la tercera, la demandante insta a que se declare la nulidad de los contratos de asesoramiento financiero por incumplimiento del deber de información de la LCDSF. La sentencia del Juzgado Primera Instancia estima la nulidad por incumplimiento de la LCDSF. La entidad demandada interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial argumenta que no queda probado que se haya cumplido con el deber de información y mantiene la declaración de nulidad de los cuatro contratos firmados e insta a la devolución de un determinado importe por los cobros realizados por servicios de asesoramiento financiero que no llegaron a materializarse.

⁷⁸⁴ En sede de incumplimiento de los requisitos de comunicación son destacables: la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm.320/2012 de 18 de septiembre y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.704/2012, de 28 de diciembre. Respecto de la primera, la parte demandada apelante alega, entre otros, que el contrato de crédito al consumo es nulo, en tanto que, no se le comunicaron, previamente, las condiciones contractuales, en soporte papel o soporte duradero. Respecto de la segunda, la parte demandada alega la nulidad del contrato por incumplimiento de los requisitos de la LCDSF – entre los cuáles – la falta de envío de las condiciones contractuales en soporte papel antes de que la parte demandada asumiese las obligaciones impuestas, unilateralmente, por la actora. La Audiencia Provincial declara que aún cuando se acreditase el incumplimiento la demandada viene obligada al pago de las cuotas pendientes del capital recibido.

Así, se invoca la nulidad del contrato, en el marco de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm.676/2014 de 28 de noviembre, de la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm.320/2012 de 18 de septiembre, de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.704/2012 de 28 de diciembre, de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.106/2013 de 11 de marzo y finalmente, de la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm.370/2013 de 22 de octubre; sin perjuicio de las particularidades de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra^{785 786}.

En la línea apuntada, en el marco de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid⁷⁸⁷ la falta de acreditación, por parte del proveedor, del cumplimiento de los citados requisitos determina la nulidad del contrato, por aplicación del artículo 9.4 de la LCDSF, en conjunción con la inversión de la carga probatoria del artículo 17 de la misma norma. Por el contrario, en el marco de las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia se declara demostrado, oídas las oportunas conversaciones telefónicas, que el demandado tenía perfecto conocimiento de la información supuestamente omitida⁷⁸⁸ y que se había cumplido el deber de información en los términos exigidos por el artículo 7.3 de la LCDSF (por lo que no procede la nulidad)⁷⁸⁹.

La nulidad radical, en el marco de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, presenta distinta causa: se declara la nulidad por falta de consentimiento en las

⁷⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm.676/2014 de 28 de noviembre (fundamento de derecho tercero).

⁷⁸⁶ No se declara la nulidad del contrato por incumplimiento de la LCDSF en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.704/2012 de 28 de diciembre ni en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm.370/2013 de 22 de octubre. En la primera, la Audiencia Provincial de Barcelona declara que, aún cuando se acreditara el incumplimiento de los deberes de información y de comunicación previstos en la LCDSF, la parte demandada viene obligada a la devolución de las cuotas pendientes del capital recibido y del saldo de la cuenta de ahorro. En la segunda, la Audiencia Provincial de Murcia se aprecia - una vez oída, la grabación telefónica de la operación - que se ha cumplido el deber de información previa del artículo 7.3 de la LCDSF, por lo que, concluye que no es posible pretender la nulidad del contrato.

⁷⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.106/2013 de 11 de marzo (fundamento de derecho tercero).

⁷⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm.320/2012 de 18 de septiembre (fundamento de derecho segundo).

⁷⁸⁹ En el marco de la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm.370/2013 de 22 de octubre (fundamento de derecho segundo).

operaciones de suscripción de las participaciones preferentes (además del incumplimiento de los deberes de información y/o de comunicación). En este caso se incumple el artículo 6.1 de la LCDSF que exige la constancia de la oferta y de la celebración del contrato en soporte duradero. La entidad demandada no acredita las órdenes de compra respecto de la adquisición de ciertas participaciones preferentes en nombre de la parte demandante, por lo que, considerando, el carácter imperativo de la LCDSF y la inversión de la carga probatoria, la Audiencia Provincial declara la nulidad radical de la compra de valores por falta de consentimiento (*vid.* artículo 1261 del Código Civil).

2. VALORACIÓN CRÍTICA

El incumplimiento de los deberes de información previa puede producir consecuencias jurídicas en varios y distintos niveles, de conformidad con el artículo 9.4 de la LCDSF: su dicción no excluye el recurso a una u otra acción dependiendo de las circunstancias del caso.

El artículo 9.4 ejerce un papel de norma de remisión, de ahí, la amplitud de sus términos. Por un lado, se remite a la “legislación española” y por otro, observa la posible “nulidad”, en un sentido amplio, de modo que, no excluye la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad o de anulabilidad, dependiendo de las circunstancias del caso y de lo que disponga la norma aplicable (*vid.* artículo 9.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Esta interpretación es coherente con el principio de intervención mínima y permite un buen encaje de la LCDSF con las demás normas de su contexto.

A partir de ahí, si bien, existe una tendencia jurisprudencial consolidada en sede de error vicio que – en determinadas circunstancias - admite la posible anulación del contrato por incumplimiento de los deberes legales de información previstos por la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia, el mero incumplimiento de los deberes de información previstos en la LCDSF permite la acción de nulidad radical por tratarse de una norma de consumo de carácter imperativo. En ese sentido, la LCDSF confiere un más elevado nivel de protección al consumidor que contrata a distancia (*vid.* artículo 3 de la LCDSF).

La diferencia a efectos tuitivos es clara. De la jurisprudencia analizada en sede de error vicio se infiere que, el incumplimiento de los deberes legales de información previstos en la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia “puede” tener una incidencia negativa en la formación de la voluntad contractual: lo que exige una valoración del caso a la luz de los criterios sentados por la jurisprudencia a partir de la regulación aplicable (*vid.* artículos 1265 a 1267 del Código Civil)⁷⁹⁰. Sin embargo, el incumplimiento de los deberes legales de información de la LCDSF comporta, por sí solo, la nulidad radical de contrato: ese es el plus de protección que la LCDSF confiere.

En cualquier caso, valga destacar que la jurisprudencia define el error como una creencia inexacta que sólo invalida el contrato si concurren en él dos requisitos – esencial y excusable -. A pesar de ello, algunos autores entienden que el artículo 9.4 de la LCDSF observa la acción de anulabilidad por error vicio y que admite la nulidad del contrato ante el incumplimiento de “cualquiera de los requisitos de información a los que el artículo se remite”, de forma que, en su opinión, la mera omisión de cualquiera de las informaciones exigidas puede conllevar el resultado de la nulidad por error vicio. Según esta interpretación, el artículo 9.4 habría convertido en “esenciales” informaciones que, de no ser por tal mención, no tendrían tal carácter de cara a la formación del consentimiento del consumidor. Lo que esta tesis no comparte, en tanto que, no encaja ni con la regulación del Código Civil ni con la jurisprudencia, anterior-

⁷⁹⁰ En muchos de los casos analizados referidos a productos complejos, como los contratos *swap*, las omisiones generaban en los clientes que suscribían el contrato, la creencia inexacta de que se trataba de un contrato de seguro, sin riesgos ni costes posibles y que, además, cubría del riesgo de la posible subida de intereses sin que su celebración pudiera ocasionarles perjuicio alguno. Concurría, en algunos casos, un error esencial - si se proyectaba sobre las presuposiciones que motivaron la celebración del mismo - que, además, debía ser excusable para invalidar el contrato. Entre otras, las circunstancias consideradas para determinar la concurrencia de este segundo requisito son el incumplimiento del deber legal de información en la fase de generación del contrato y la falta de conocimiento por parte del cliente - no experto en estas materias - del producto contratado y de los riesgos asociados al mismo. Sin perjuicio de que, tal y como ha venido subrayando el Tribunal Supremo, pudiera darse el caso que éste ya conociera esa información (por haber suscrito productos similares en tiempos anteriores, circunstancia susceptible de consideración) entonces, el error no sería excusable ni invalidante muy a pesar del incumplimiento de las obligaciones legales de información por parte del proveedor. Es destacable, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo núm.840/2013 de 20 de enero (fundamentos de derecho quinto y siguientes).

mente, descrita, claramente, basada en el principio *pacta sunt servanda* y de seguridad jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha constatado que la remisión del artículo 9.4 de la LCDSF a favor de la “legislación española” puede abarcar, asimismo, los casos de cláusulas insertas en condiciones generales declaradas abusivas por falta de transparencia. En estos casos, la omisión de ciertas informaciones puede comportar la nulidad de la correspondiente cláusula; que no, necesariamente, del contrato en su totalidad. Lo que, de alguna forma, permite superar la objeción de algunos autores consistente en que la anulación del contrato por error vicio prevista en la LCDSF puede ocasionar al consumidor un perjuicio mayor que su mantenimiento.

CAPITULO XII ESPECIALIDADES EN MATERIA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años, se ha venido constatando la existencia de una serie de barreras al derecho de acceso del consumidor a la justicia que han venido generando una especial situación de crisis en torno al mismo.

Son barreras a nivel de derecho interno: los procedimientos judiciales costosos, lentos, poco eficaces y excesivamente, complejos y las especiales dificultades que el consumidor debe afrontar para probar ciertos hechos o circunstancias. Su efecto es disuadir al consumidor de reclamar ante las autoridades judiciales. Lo que se produce con especial frecuencia en el ámbito del consumo, considerando que el objeto litigioso suele presentar un valor bastante bajo. A nivel transfronterizo, las barreras se agravan a resultas de la mayor lentitud, de los costes judiciales y de la especial complejidad normativa a la que debe enfrentarse el consumidor que inicia un procedimiento judicial.

Para facilitar el acceso del consumidor a la justicia, se han venido promulgando nuevas formulas procesales⁷⁹¹ por parte del legislador comunitario y del legislador nacional.

Desde un prisma de derecho comunitario, se ha procedido: a la armonización de la regulación aplicable a la acción de cesación (para lograr la libre circulación de estas acciones) (*vid.* artículo 13 de la DCDSF y artículo 15 de la LCDSF); a la expansión de la inversión de la carga de la prueba (*vid.* artículo 15 de la DCDSF y artículo 17 de la

⁷⁹¹ Ya en el marco del Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, de 16 de noviembre de 1993 y en otros documentos posteriores, se anticipaba la necesidad de contemplar ciertos procedimientos adecuados ante determinadas carencias que afectaban a la tutela judicial efectiva del consumidor.

LCDSF) y al fomento de la cooperación entre mecanismos extrajudiciales - integrados, en la red FIN-NET en el ámbito específico de la comercialización de servicios financieros - (*vid.* artículo 14 de la DCDSF y artículo 16 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)⁷⁹². Medidas cuya aplicación se extiende al ámbito de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores.

Desde un prisma de derecho interno, se han incorporado las siguientes formulas procesales, asimismo, aplicables al ámbito analizado: unos procedimientos judiciales más rápidos (*vid.* artículos 250.12.1º y 15.4 de la LEC); la acción colectiva y preventiva de cesación – especialmente, idónea en el ámbito específico analizado - (*vid.* artículo 15 de la LCDSF); la atribución de legitimación activa a ciertas entidades para interponer la citada acción (*vid.* artículo 11 de la LEC y artículo 15.3 de la LCDSF); ciertas especialidades en sede de intervención y de publicidad aplicables a la acción de cesación (*vid.* artículos 15.4 y 221.2 de la LEC y artículo 15.3 de la LCDSF); la inversión de la carga de la prueba y finalmente, la promoción del recurso a los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos (integrables, en la red FIN-NET) (*vid.* artículos 16 y 17 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

El análisis siguiente incide en el propósito y contenido del régimen jurídico aplicable con el objetivo de desarrollar, posteriormente, a título de conclusión, una valoración crítica sobre el nivel de protección, efectivamente, alcanzado en esta sede (*vid.* artículos 15, 16 y 17 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

2. LA ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN

En el ámbito específico de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, se puede interponer la acción colectiva de cesación “contra conductas

⁷⁹² La red FIN-NET fue creada en virtud del Memorándum de acuerdo sobre una red de denuncias transfronterizas extrajudiciales en el ámbito de los servicios financieros en el Espacio Económico Europeo (en adelante, el Memorándum) (febrero, 2001). Tras su creación, se constató en el marco del Informe de evaluación de la red FIN – NET realizado por el Centre for Strategy & Evaluation Services (CSES) (junio, 2009) (en adelante, el informe de evaluación) que esta presentaba ciertas carencias en su funcionamiento que se describen a lo largo del apartado 4 de este CAPITULO.

contrarias a la LCDSF que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios” (*vid.* artículo 15.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)⁷⁹³.

Se trata de una acción, especialmente, idónea para su aplicación al ámbito de la comercialización a distancia de servicios financieros, por varios motivos como: la relevancia colectiva de los intereses afectados⁷⁹⁴, la legitimación activa de la acción a ciertas entidades colectivas que permite reducir los costes de la defensa y finalmente, el contenido de sus pretensiones que la convierten en una acción, especialmente, eficaz, en el ámbito de la comercialización a distancia⁷⁹⁵.

Primero, en cuanto a la relevancia colectiva de los intereses afectados (*vid.* artículo 15.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo), por su carácter masivo, la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores es susceptible de generar consecuencias antijurídicas, de carácter pluriofensivo⁷⁹⁶.

⁷⁹³ El precepto utiliza la terminología de intereses colectivos y difusos que la doctrina ha venido vinculando (no, de forma unánime) al criterio de la mayor o menor determinabilidad de la pluralidad de sujetos afectados, en consonancia con el artículo 11 de la LEC. Algunos autores, como BUJOSA VADELL, recurren a otros criterios complementarios. Léase al respecto BUJOSA VADELL, L.M. “La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España”. En: GIMENO SENDRA, V. (dir.); CABEZUDO BAJO, M^a. J. (coord.). *El Tribunal Supremo su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*, Madrid, Lustel, 2007, pág. 609 y siguientes.

⁷⁹⁴ ARIZA COLMENAREJO, M.J. *La acción de cesación como medio para la protección de los consumidores y Usuarios*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2012, pág. 23 y siguientes. La autora afirma que no existe una correspondencia entre la referencia procesal a los intereses colectivos y la calificación de la acción de cesación como una acción colectiva.

⁷⁹⁵ GONZÁLEZ GRANDA, P. “De la legitimación y otras cuestiones procedimentales para la tutela de la acción de cesación en materia de consumo”. *Revista de Derecho Procesal*, 2003, núm. 1 – 3, pág. 211 y siguientes. Subraya la autora que respecto de actuaciones ilícitas que no se agotan en un solo acto sino que consisten en actos continuados que tienden a repetirse en el tiempo y que pueden afectar, de manera directa o indirecta, a colectivos de consumidores y usuarios, una declaración de ilicitud del acto o una condena a la indemnización de los daños y perjuicios no satisface la tutela de los consumidores y usuarios. En estos casos, la protección más efectiva se obtiene con una tutela preventiva, es decir, mediante el ejercicio de pretensiones dirigidas a la cesación de realizar actividades, potencialmente, peligrosas.

⁷⁹⁶ BUJOSA VADELL, L.M. “La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España”. En GIMENO SENDRA, V. (dir.); CABEZUDO BAJO, M^a.J. (coord.). *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*, Madrid, Lustel, 2007, pág. 599 y siguientes.

Se distingue entre los efectos negativos que repercuten, de modo directo e inmediato, en la esfera personal y patrimonial de los consumidores – sería el caso de los intereses individuales, de relevancia colectiva^{797 798} – y los que repercuten, de forma indirecta, afectando al consumidor en tanto que miembro de un grupo – sería el caso de los intereses colectivos, en sentido estricto y de los intereses difusos -. Todos ellos conforman los intereses de grupo^{799 800} o intereses supraindividuales⁸⁰¹ utilizando la terminología empleada por cierta doctrina. Intereses que, por otro lado, algunos autores

⁷⁹⁷ Atendiendo al criterio objetivo de la naturaleza del bien, derecho o situación objeto de interés, los primeros se refieren a casos, en los que, el bien, derecho o situación objeto de interés es susceptible de uso y disfrute exclusivo por el individuo. Se trata de intereses que son titularidad de un individuo, aunque, de contenido coincidente con los de otros consumidores quienes – conscientes de su posición de debilidad frente al empresario – pueden unirse, en la defensa judicial de los mismos, ejercitando, a tal fin, una acción colectiva. En estos casos, el consumidor puede optar por defender sus derechos, vía individual o vía colectiva. Diferentemente, los segundos constituyen intereses cuyo objeto no es susceptible de uso y disfrute individual sino indivisible. En estos casos, la titularidad corresponde a la colectividad e indirectamente, al consumidor, en tanto que, miembro de una colectividad. Consiguientemente, la defensa y ejercicio de estos derechos deberá ser, necesariamente, colectiva.

⁷⁹⁸ GARNICA MARTÍN, J.F. “Las acciones de grupo en la LEC”. *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Tomo 6, 2001, pág. 1451 y 1452. Indica el autor que la distinción entre intereses difusos e intereses colectivos puede hacerse desde dos perspectivas: desde la correspondiente al carácter de los grupos y desde la correspondiente al carácter de los intereses. En el primer caso, sus componentes pueden estar determinados o ser determinables o, por el contrario, no estar ni ser determinables. Desde la perspectiva de los intereses en litigio, estos pueden ser propiamente colectivos siendo referibles al sujeto como miembro de una colectividad o bien ser simplemente intereses individuales homogéneos cuya tutela puede hacerse desde una perspectiva individual pero que son referibles a una pluralidad de personas.

⁷⁹⁹ La doctrina vincula la noción de intereses de grupo o de intereses supraindividuales a dos elementos considerados esenciales para su definición. Un primer elemento subjetivo que se caracteriza por su carácter plural y colectivo. Un segundo elemento objetivo referido a la aptitud del bien para ser disfrutado por un grupo de personas. Este segundo elemento presenta ciertas objeciones respecto de los intereses individuales de relevancia colectiva que se ejercen colectivamente por razones económicas o de mayor fuerza ante la contraparte procesal.

⁸⁰⁰ BUJOSA VADELL, L.M. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Editorial Bosch, 1995, pág. 65 y siguientes. Combinando un criterio objetivo y subjetivo, el autor define los intereses de grupo, en un sentido amplio: “(...) Teniendo en cuenta estas complejidades podemos intentar una definición aproximativa del concepto de interés de grupo, entendiendo que tal interés se refiere a la relación por la que un grupo más o menos determinado de personas pretende la evitación de un perjuicio o la consecución de un beneficio en relación con un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva pero cualitativamente idénticos.(...)”.

⁸⁰¹ Sobre los intereses supraindividuales léase GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P. *La tutela Jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Navarra, Editorial Aranzadi, 1999, pág. 68 y siguientes.

sitúan en una categoría intermedia entre los intereses individuales y los intereses generales o públicos^{802 803}.

Segundo, el reconocimiento de legitimación activa a entidades colectivas permite reducir los costes de defensa del consumidor en el ámbito analizado. Por lo que, la tendencia debería ser el recurso creciente a este tipo de acciones, si se quiere facilitar el acceso del consumidor a la justicia. Subraya ARIZA COLMENAREJO que, por el momento, no parece que algunas de dichas entidades hayan hecho uso habitual de su legitimación activa (refiriéndose al Instituto Nacional de Consumo y a las entidades de otros Estados Miembros constituidas para su protección y habilitadas a tal fin)⁸⁰⁴.

Tercero, en cuanto a sus pretensiones, el carácter preventivo de la acción permite que ésta despliegue sus efectos en el mercado de forma, especialmente, eficiente. Lo que resulta esencial, considerando la gran eficacia expansiva de determinadas técnicas de comunicación a distancia. La acción de cesación, no sólo, se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en su conducta si no a prohibir una futura reiteración de la misma (cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción) si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración, de modo inmediato⁸⁰⁵ (*vid.* artículo 15.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

⁸⁰² BUJOSA VADELL, L.M. “La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España”. En GIMENO SENDRA, V. (dir.); CABEZUDO BAJO, M.J. (coord.). *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*, Madrid, Iustel, 2007, pág. 602.

⁸⁰³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Navarra, Editorial Aranzadi, 1999, pág. 83 y siguientes. El autor argumenta que son intereses privados que se desarrollan en un nivel intermedio entre lo público y lo privado puesto que tienen una dimensión social (en consonancia con los cuerpos sociales que son sus naturales portadores).

⁸⁰⁴ ARIZA COLMENAREJO, M.J. *La acción de cesación como medio para la protección de los consumidores y usuarios*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2012, pág. 86 y siguientes. Expone la autora la conveniencia de obtener una participación activa por parte del Ministerio Fiscal en procesos en que se ven afectados los derechos generales y sociales de los consumidores y usuarios. Añade que, en este sentido, actúa la Ley 29/2009, conforme a la cual, éste será parte en los procesos cuando el interés general lo justifique. En su virtud, el tribunal tiene la obligación de darle a conocer la interposición de acciones de este tipo, para que el fiscal valore la posibilidad de constituirse en parte o no (*vid.* art.15.1.2º LEC).

⁸⁰⁵ La cesación y la prohibición de futura reiteración es una de las varias pretensiones que pueden ejercitarse, de forma colectiva. Como subraya GONZÁLEZ GRANDA, en la mayoría de los casos, una defensa eficaz de los intereses de los consumidores, exige que la acción de cesación vaya acompañada del ejercicio de una previa pretensión mero-declarativa de la

Ese carácter preventivo la convierte en una acción, especialmente, adecuada para afrontar actuaciones ilícitas que tiendan a repetirse⁸⁰⁶ y/o a expandirse con rapidez y facilidad en el mercado, como ocurre, en el ámbito específico analizado⁸⁰⁷.

Este último aspecto (de la eficacia expansiva) lleva a la cuestión de la necesidad de buscar formulas dirigidas a promover la celeridad del proceso. De ahí, que la acción de cesación se sustancie a través del juicio verbal y de ahí, que se observe una excepción a la publicidad, en torno al hecho del inicio del proceso (*vid.* artículo 15.4 de la LEC).

2.1.LEGITIMACIÓN ACTIVA E INTERVENCIÓN

La regulación sobre legitimación activa e intervención facilita el acceso del consumidor a la justicia permitiéndole afrontar algunas de las barreras existentes (*i.a.* costes excesivos del proceso, dificultades del consumidor para afrontar ciertos niveles de complejidad normativa...).

En efecto, se dota de legitimación activa a entidades que se hallan en mejor posición para la defensa del consumidor por haber sido concebidas y preparadas para la realización del citado objetivo^{808 809 810}: el Instituto Nacional de Consumo – actualmente, la

ilicitud de la conducta afectada. En estos casos, la declaración de ilicitud del acto debería acompañarse y actuar como presupuesto a la condena a cesar en la conducta que se está realizando. Léase al respecto GONZÁLEZ GRANDA, P. “De la legitimación y otras cuestiones procedimentales para la tutela de la acción de cesación en materia de consumo”. *Revista de Derecho Procesal*, 2003, núm. 1 – 3, pág. 211 a 214.

⁸⁰⁶ GONZÁLEZ GRANDA, P. “De la legitimación y otras cuestiones procedimentales para la tutela de la acción de cesación en materia de consumo”, *Revista de Derecho Procesal*, 2003, núm. 1 – 3, pág. 211 y siguientes.

⁸⁰⁷ Ambas notas – el carácter repetitivo y la facilidad de expansión - caracterizan los actos de comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores que la LCDSF contempla. Por un lado, son actos repetidos, en tanto que, se integran en un sistema de venta y de prestación a distancia de servicios financieros desarrollado a título profesional (*vid.* artículo 4.1 de la LCDSF). Por otro lado, son actos con remarcables efectos expansivos siempre que se utilicen determinadas técnicas de comunicación a distancia (*vid.* artículo 4 de la LCDSF).

⁸⁰⁸ *Vid.* considerandos 9 y 10 y artículo 3 de la Directiva 98/27/CE. Los cuáles acotan la concesión de legitimación activa, a favor, solamente, de organismos públicos independientes o de organizaciones caracterizadas por el hecho notorio que, bien, se encargan, específicamen-

Agencia Española de Consumo, de Seguridad Alimentaria y de Nutrición⁸¹¹ - y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes, en materia de defensa de consumidores y usuarios; las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la ley; el Ministerio Fiscal y 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 y habilitadas, a tal fin, mediante su incorporación en la lista publicada en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas” (*vid.* artículo 15 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

te, bien, han sido legalmente, constituidos para proteger los intereses de los consumidores y usuarios.

⁸⁰⁹ ARIZA COLMENAREJO, M.J. *La acción de cesación como medio para la protección de los consumidores y usuarios*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2012, pág. 86 y siguientes. Subraya la autora respecto de las entidades con legitimación activa para interponer la acción de cesación que “(...). El denominador común es el hecho que no son entes directamente afectados, sino que se configuran como instituciones cualificadas en la defensa de intereses colectivos o difusos. Varían desde instituciones públicas, hasta privadas, pero entre sus objetivos están precisamente cuestiones relacionadas con los consumidores. (...)”

⁸¹⁰ A las asociaciones se les asigna, legalmente, la finalidad de defender los derechos e intereses de los consumidores (*vid.* artículo 23.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007); al Instituto Nacional de Consumo se le reconoce una serie de funciones tuitivas respecto de los derechos de los consumidores (*vid.* artículo 3 del Real Decreto 19/2014, de 17 de enero se refunden los organismos autónomos Instituto Nacional de Consumo y la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición en un nuevo organismo autónomo denominado Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición y se aprueba su estatuto [en adelante, el Real Decreto 19/2014] y artículo 4 del Estatuto de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición); a las entidades, legalmente, constituidas se les atribuye una función de protección (como se infiere de su propia regulación interna) y finalmente, al Ministerio Fiscal, se le reconoce una función de protección de un interés público o social (*vid.* artículo 3 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre sobre el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). De modo que, la estructura y funciones, legalmente, asignadas a estas entidades permite afrontar, con mayor facilidad, los costes del procedimiento y la complejidad normativa existente, así como, superar algunas de las barreras al acceso a la justicia.

⁸¹¹ En virtud del Real Decreto 19/2014 se refunden el Instituto Nacional de Consumo y la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición en un nuevo organismo denominado Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición y se aprueba su estatuto. Se asigna a la nueva agencia la capacidad jurídica y de obrar plena (*vid.* artículo 2 del Real Decreto 19/2014) y las funciones que con anterioridad correspondían al Instituto Nacional de Consumo y a la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (*vid.* artículo 3 del Real Decreto 19/2014). Conforme a su Estatuto, uno de sus objetivos es promover y fomentar los derechos de los consumidores y usuarios. A tal fin se le asignan parte de las funciones descritas en su artículo 4.

Sin embargo, en este ámbito de la comercialización a distancia con consumidores, no se atribuye legitimación activa colectiva a las personas físicas con un derecho o interés legítimo (*vid.* artículo 18 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)^{812 813}.

Por otro lado, el mismo impacto positivo (de facilitar el acceso de la justicia) tiene el reconocimiento a estas entidades de la facultad de personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan (*vid.* artículo 15.3 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)⁸¹⁴. Mediante esta fórmula de la intervención se eleva el grado de contradicción en el proceso y se compensa, en cierta medida, el perjuicio causado por la criticada⁸¹⁵ excepción de publicidad sobre el inicio del proceso. Precisamente, reconocida para garantizar la rapidez y agilidad en el proceso (*vid.* artículo 15.4 de la LEC) (*vid.* Exposición de Motivos de la Ley 39/2002).

⁸¹² A diferencia del artículo 32 de la LSSICE y del artículo 33 de la nueva LCD, entre otras normas.

⁸¹³ GONZÁLEZ GRANDA, P. “De la legitimación y otras cuestiones procedimentales para la tutela de la acción de cesación en materia de consumo”, *Revista de Derecho Procesal*, 2003, núm. 1 – 3, pág. 231 y siguientes. Indica la autora que, dada la naturaleza colectiva de la acción de cesación, no se atribuye, en principio, legitimación activa a las personas físicas y añade “(...) En la LEC, los intereses de consumidores y usuarios derivados de hechos dañosos en el ámbito general del consumo de bienes y servicios, encuentran tres vías de tutela procesal, existiendo casos en los que caben las tres vías y casos en los que, en aras de la seguridad jurídica de la necesidad de evitar comportamientos fraudulentos, se prohíbe el ejercicio individual de intereses supraindividuales, así como la actuación del grupo de afectados, optándose por asociaciones o entidades representativas y en cuyos fines estatutarios esté la defensa de dicho interés. (...)”.

⁸¹⁴ Se completa, así, el régimen de la LEC. Ya que, esta figura se añade al reconocimiento de la intervención a favor de los consumidores (*vid.* artículo 13 de la LEC).

⁸¹⁵ El artículo tercero de la Ley 39/2002 incorpora un nuevo apartado 4 al artículo 15 de la LEC en cuya virtud se excluye la acción de cesación del régimen de publicidad del artículo 15 de la LEC. Como indica cierta doctrina, el artículo no excluye la posibilidad de intervenir sino el llamamiento público previsto en los apartados anteriores del mismo artículo. Todo ello con el objetivo de facilitar una mayor celeridad en el curso del proceso. Exclusión que ha sido criticada por la doctrina por no permitir un equilibrio adecuado entre el objetivo de garantizar una tutela judicial efectiva a los consumidores individuales y la necesidad de evitar dilaciones indebidas. Concretamente, se alega que la excepción reduce, considerablemente, la posibilidad de intervención, precisamente, porque no se llega a difundir la existencia del inicio del proceso. Lo que, en principio, afectaría tanto a los consumidores (*vid.* artículo 13 de la LEC) como a las entidades del artículo 15.3 de la LCDSF.

2.2.EL DEBER DE LOS PROVEEDORES DE PONER FIN A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ALCANCE SUBJETIVO DE LA SENTENCIA

Los proveedores de técnicas de comunicación a distancia están obligados a poner fin a la prestación del servicio de comunicación a distancia que esté siendo utilizado, indebidamente, si han sido requeridos, judicialmente, al efecto (*vid.* artículo 15.4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Algunos autores, como PÉREZ BENÍTEZ, subrayan que esta norma resulta redundante, en la medida en que, simplemente, contempla el obvio deber del proveedor de técnicas de comunicación a distancia de actuar conforme a la resolución judicial dictada⁸¹⁶.

Sin embargo, en su virtud, se incide en el alcance subjetivo de la sentencia estimatoria de la acción de cesación: cuestión que presenta especial relevancia, en estos casos. Una sentencia estimatoria de una acción de cesación merece el reconocimiento de ciertas particularidades cuando se enmarca en un proceso dirigido a la tutela judicial de los intereses colectivos o difusos. Ya no basta con que ésta se limite a resolver el debate entre actor y demandado⁸¹⁷ sino que puede desarrollar sus efectos procesales más allá de las partes en el proceso.

De ahí que el artículo 15.4 de la LCDSF deba interpretarse a la luz de la regla segunda del artículo 221.1 de la LEC que se refiere al alcance subjetivo de la sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios^{818 819}. Tal y como defiende GONZÁLEZ GRANDA, el artículo 221.1 de la

⁸¹⁶ PÉREZ BENÍTEZ, F.J. “La nueva Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Ley 22/2007, de 11 de julio.” *Diario La Ley*, núm. 6837, Lunes, 10 de diciembre de 2007, pág. 10.

⁸¹⁷ ARIZA COLMENAREJO, M.J. *La acción de cesación como medio para la protección de los consumidores y usuarios*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2012, pág. 170 y siguientes.

⁸¹⁸ LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. DE. *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de los consumidores y usuarios*, Madrid, Editorial Edisofer, S.L., 2005, pág. 126 y siguientes. Afirma la autora que el citado artículo 221 de la LEC “olvida” extender su alcance a otros legitimados además de las asociaciones de consumidores y usuarios. Añade que la rúbrica del artículo es

LEC es aplicable a la sentencia estimatoria de una acción de cesación⁸²⁰, en la medida en que la declaración de ilicitud a la que dicha regla se refiere, actúa como presupuesto de la pretensión de cesación⁸²¹. Ello determina que la sentencia estimatoria deba concretar si “conforme a la legislación de protección de los consumidores y usuarios” la declaración debe surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso (*vid.* artículo 221 de la LEC). (Sin perjuicio de lo conveniente que pueda resultar la solicitud de tal pronunciamiento, en la propia demanda).

Pues bien, el artículo 15.4 de la LCDSF (tercer bloque normativo) es la norma de consumo que deja la puerta abierta a que, entre los pronunciamientos del juez, figure el de requerir a los proveedores de técnicas de comunicación a distancia al cese de la actividad⁸²². De ahí que, el artículo aluda a la posibilidad de extender los efectos de la sentencia a los “proveedores de técnicas de comunicación a distancia” que sean re-

errónea y que lo previsto en él es aplicable a las sentencias dictadas en procesos promovidos por otras entidades con legitimación activa conforme al artículo 11 de la LEC.

⁸¹⁹ MORENO CATENA, V. “Sentencias dictadas en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”. En: GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.) *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Madrid, Editorial Tecnos, 2010, pág. 121 y siguientes. El autor extiende el ámbito de aplicación del artículo 221 de la LEC a los procesos promovidos por entidades legalmente constituidas y por grupos de afectados en defensa de intereses generales de los consumidores. Afirma que la regla segunda del artículo 221.1 está pensada para procesos en que se ventilan intereses supraindividuales y argumenta: “(...) El motivo es que las mismas razones que justifican la aplicación de tales reglas especiales a las sentencias estimatorias obtenidas por las asociaciones de consumidores y usuarios concurren cuando el proceso haya sido promovido por otras entidades legalmente constituidas o por grupos de afectados en los términos previstos en los arts. 11.2 y 15.2 de la LEC. Y lo cierto es que, sin la aplicación de tales reglas en estos casos, carece de sentido que se les atribuya legitimación a estos entes, porque los afectados no litigantes no se podrán beneficiar de la sentencia estimatoria que se obtenga, que es lo que, en definitiva se persigue con el reconocimiento legal de esta legitimación colectiva: reforzar la posición de los afectados frente al empresario responsable del hecho dañoso y obtener una sentencia que beneficie a todos los damnificados.(...)”.

⁸²⁰ GONZÁLEZ GRANDA, P. “De la legitimación y otras cuestiones procedimentales para la tutela de la acción de cesación en materia de consumo”, *Revista de Derecho Procesal*, 2003, núm. 1 – 3, pág. 260.

⁸²¹ Bajo el título “Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios”, la regla segunda del artículo 221 de la LEC dispone: “(...) 2ª. Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el correspondiente proceso.(...)” [Subrayado añadido]

⁸²² GARNICA MARTÍN, J.F. “Las acciones de grupo en la LEC.” *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Tomo 6, 2001, pág. 1463 y siguientes.

queridos judicialmente a “poner fin” al servicio, de conformidad con la LCDSF (en línea con las pretensiones de la acción de cesación).

De la LCDSF no se infiere la necesidad de que los proveedores de técnicas de comunicación a distancia deban figurar como demandados, desde un inicio: lo determinante es demandar al proveedor de servicios financieros, aunque, sea conveniente compeler a la cesación a los proveedores de técnicas de comunicación a distancia⁸²³.

Por consiguiente, cabe concluir que ambos artículos – considerados, conjuntamente – inciden en el hecho que la sentencia estimatoria de la acción de cesación incorporará, en su caso, un pronunciamiento que irá más allá de las partes le compelan⁸²⁴.

2.3. VALORACIÓN CRÍTICA

Visto lo anterior, se puede concluir que la regulación de la acción de cesación puede tener un impacto positivo en el sentido de facilitar el acceso del consumidor a la justicia (*vid.* artículo 15 de la LCDSF y artículos 13, 15 y 221 de la LEC) (tercer bloque normativo)⁸²⁵.

⁸²³ ARIZA COLMENAREJO, M.J. *La acción de cesación como medio para la protección de los consumidores y usuarios*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2012, pág. 126 y 127. Respecto de la necesidad de demandar a estas entidades de manera aislada o conjuntamente con los proveedores de servicios financieros indica la autora: “(...)Lo determinante es dirigir la pretensión contra estos últimos, con independencia de que también se pueda compeler a una condena a los prestadores de técnicas de comunicación. (...). Por lo tanto, entre los pronunciamientos del juez, se encontraría éste, sin perjuicio de la conveniencia de solicitarlo en la demanda (...)”

⁸²⁴ GARNICA MARTÍN, J.F. “Las acciones de grupo en la LEC.” *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Tomo 6, 2001, pág. 1463. A la vista de la regla segunda del artículo 221.1 de la LEC, interpreta el autor que el alcance de la sentencia estimatoria dictada en el marco de una acción de cesación es extensible a otros que se hallen, potencialmente, en condiciones de llevar a cabo la actividad o conducta que ha sido declarada ilícita o no conforme a la ley.

⁸²⁵ La regulación interna de la acción de cesación se distribuye entre la LCDSF y la LEC – siendo la última, de aplicación subsidiaria -. Con motivo de la incorporación de la Directiva 98/27/CE sobre la acción de cesación, la regulación de la LEC fue objeto de ciertas reformas (*vid.* artículo primero de la Ley 39/2002). La Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias, en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios es la norma que introduce la acción de cesación en nuestro ordenamiento jurídico, a través de una regulación que, por un lado, incorpora la acción de cesación, en determinados ámbitos sustantivos de consumo y que, por otro, modifica la nueva LEC en lo necesario, para hacer posible y eficaz dicha acción, en nuestro

Sin embargo, la eficacia práctica de su regulación dependerá de la actuación y del nivel de iniciativa de las entidades colectivas a las que la ley reconoce legitimación activa. En sus manos queda, el hecho de alcanzar un más eficaz levantamiento de algunas de las barreras al acceso a la justicia (como los costes y la celeridad del proceso).

Una actuación insuficiente por su parte dejaría abierta la cuestión de hasta qué punto puede ser recomendable extender la legitimación activa al consumidor, es decir, a la persona física con un interés legítimo. Planteamiento que se hallaría en línea con otras normas que reconocen legitimación activa (para la tutela de intereses supraindividuales) a personas físicas o jurídicas con un derecho o interés legítimo. Por ejemplo, la LSSICE y la nueva LCD que aspiran a ejercer un elevado control en la actuación de los proveedores (*vid.* artículo 31 de la LSSICE) (*vid.* artículos 29, 32 y 33 de la nueva LCD) (segundo bloque normativo).

Indica MORENO CATENA que el ejercicio por un particular de una acción judicial para la defensa de intereses supraindividuales no sea, quizás, la forma más idónea de instaurar la tutela de estos intereses, en la medida en que, los entes colectivos mencionados anteriormente, poseen, en principio, mejores medios y mejor posición para la defensa⁸²⁶ pero, ello no, necesariamente, debería suponer la exclusión de la legitimación individual.

La oportunidad de dicho reconocimiento, desde un punto de vista procesal, y el análisis de cuáles deberían ser las garantías procesales (que lo deberían acompañar) es una cuestión que excede los límites del objeto de esta tesis. Baste con apuntar la rele-

derecho procesal interno. Así, el artículo 15 de la LCDSF contempla las especialidades aplicables a la citada acción frente a la regulación de alcance general de la LEC. Su texto coincide, en su mayor parte, con el de varias normas de consumo que comparten un mismo papel - el del reconocimiento expreso de la aplicabilidad de la acción de cesación, en su correspondiente ámbito -

⁸²⁶ MORENO CATENA, V. "Sentencias dictadas en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios". En: GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.). *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Madrid, Editorial Tecnos, 2010, pág. 135.

vancia que ello podría tener en el caso de que la actuación e iniciativa de los entes colectivos se revele insuficiente con el tiempo.

3. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En el ámbito específico analizado, la LCDSF atribuye al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumben a su amparo, en materia de información al consumidor y del consentimiento para la celebración y cuando proceda para la ejecución del contrato (*vid.* artículo 17 de la LCDSF). Vista la formulación de la LCDSF, se puede afirmar que se trata de una inversión legal y directa⁸²⁷ de la carga probatoria⁸²⁸ (*vid.* artículo 17 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

La carga de la prueba es uno de los pocos aspectos en los que la DCDSF cede cierto margen de decisión a los Estados Miembros (*vid.* artículo 15 de la DCDSF) (*vid.* considerando 13 de la DCDSF). Ello explica las diferencias existentes entre las distintas normas de transposición. De las normas de transposición que se han analizado, únicamente, las vigentes en Luxemburgo y en Bélgica atribuyen al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de todo o parte de las obligaciones previstas a su cargo⁸²⁹. Las restantes normas se limitan a calificar de abusivas las cláusulas, en cuya virtud, se atribuya al consumidor la carga de la prueba del cumplimiento de todo o parte de las

⁸²⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Madrid, Editorial La Ley, 2006, pág. 124 y siguientes. Indica la autora que la inversión puede realizarse por vía legal, judicial y convencional y analiza las tres formas de inversión para subrayar que la legal puede ser directa o a través de presunciones legales. La primera se desarrolla por aquellas normas que, de forma expresa y directa, establecen una distribución especial de la carga de la prueba en determinadas relaciones jurídicas. Mientras que, en el segundo caso, la inversión se produce, de forma indirecta, a través de presunciones.

⁸²⁸ Vista la diversidad de nociones doctrinales existentes en torno a la figura de la inversión de la carga probatoria, valga puntualizar que este análisis parte de una noción amplia de la misma entendida como la que tiene por efecto desmarcarse de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba previstas en el artículo 217 de la LEC.

⁸²⁹ Por un lado, de conformidad con el artículo L.221-2(3) del *Code de la consommation* (Luxemburgo) al proveedor le corresponde la carga de la prueba del cumplimiento de sus obligaciones de información. Por otro lado, de conformidad con el artículo VI.62 del *Code du droit économique* (Bélgica) al proveedor le corresponde la carga de la prueba del cumplimiento de sus obligaciones de información; del respeto de los plazos aplicables y de la emisión del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y del consentimiento para su ejecución durante el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento.

obligaciones que corresponden al proveedor⁸³⁰. Aspecto éste último, respecto del cual, la DCDSF no cede margen de decisión alguno a los Estados Miembros (*vid.* artículo 15 de la DCDSF).

Sin embargo, su observancia en la LCDSF está más que justificada considerando las especiales dificultades que el consumidor debe afrontar para probar ciertas actuaciones del proveedor – especialmente, las de naturaleza omisiva - y la evidente facilidad del proveedor para probar esas mismas actuaciones⁸³¹. Como parte que organiza el sistema de comercialización a distancia, el proveedor goza de una especial proximidad a las fuentes de prueba por hallarse en su ámbito de poder⁸³². De ahí, la aplicación del consolidado principio jurisprudencial de facilidad probatoria⁸³³ - del cual es concreción

⁸³⁰ Se califican de abusivas en virtud de las normas de transposición de la DCDSF vigentes en Francia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo y Bélgica (*vid.* artículo R.132-2-1 del *Décret núm.2005-1450*) (*vid.* artículo 24.(3) del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 9.(6) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-22 del *Code de la consommation*) (*vid.* artículo VI.63 del *Code du droit économique*).

⁸³¹ Antes de la promulgación de la LCDSF, la jurisprudencia hacía recaer, en otros ámbitos, las consecuencias de la falta de prueba a la parte con más facilidad o con mayor disponibilidad o proximidad a las fuentes de prueba, apreciándose tal situación, concretamente, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en el litigio (en base a la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso [*vid.* artículo 118 de la CE]); cuando desde la posición prevalente de una parte se debieran haber ofrecido explicaciones convenientes de los hechos; cuando por su actuación, de carácter profesional, una de las partes se halle en una posición más favorable para conseguir su prueba. Sobre esta cuestión, léase: la sentencia del Tribunal Supremo núm.1288/2002, de 23 de diciembre; la sentencia del Tribunal Supremo núm.213/2004, de 26 de marzo; la sentencia del Tribunal Supremo núm.995/2004, de 27 de octubre; la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1989 y la sentencia del Tribunal Supremo núm.1167/2003, de 2 de diciembre.

⁸³² GETE-ALONSO Y CALERA. M. del C. "Valoración y carga de la prueba en el procedimiento arbitral de consumo (reclamaciones en el ámbito de la telefonía)." *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 2000, pág. 47 y 48. Subraya la autora respecto del criterio de la facilidad de probar: "(...) Con éste se atiende al grado de dificultad respecto a la posibilidad de las partes de probar. Se toman en consideración diferentes datos: la gran dificultad que representa para una parte frente a la facilidad de la otra; la mejor disponibilidad de probar; el conocimiento o tenencia del medio de prueba; la cercanía o proximidad de la misma y de sus fuentes. (...)"

⁸³³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Madrid, Editorial La Ley, 2006, pág. 124. Subraya la autora a propósito de los principios de facilidad y de disponibilidad probatoria, en tanto que, criterios correctores respecto de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba, que: "(...) Estos criterios correctores, tantas veces aludidos, obligan a realizar una búsqueda constante de mecanismos a través de los cuáles se eviten situaciones procesales en las que una de las partes se enfrente a una *probatio diabolica*, de modo que, se le impida ejercitar su derecho de defensa por corresponderle, según la regla general de distribución del *onus probandi*, la acreditación, bien, de hechos de muy difícil o imposible prueba, bien, de hechos cuya prueba resulta más asequible para la contraparte.(...)"

el principio de proximidad probatoria⁸³⁴ -. Ambos principios fundamentan la inversión de las reglas generales sobre distribución de la carga probatoria para una más eficaz defensa del consumidor.

En efecto, la inversión comporta la aplicación de criterios especiales frente a las reglas generales de distribución de la carga probatoria que parten del criterio jurisprudencial de la clasificación de los hechos⁸³⁵ (*vid.* artículos 217.2, 217.3 y 217.6 de la LEC 1/2000). Lo que resulta, técnicamente, posible, en la medida en que, las últimas son susceptibles de una interpretación flexible⁸³⁶ en los casos en que ésta sea necesaria, para alcanzar una eficaz defensa de los derechos del consumidor (*vid.* artículo 24 de la CE).

De modo que, si por regla general corresponde al actor la carga de la prueba de los hechos que constituyen el presupuesto fáctico de sus pretensiones, en el ámbito específico de la LCDSF, corresponderá al proveedor la carga de probar que ha habido un adecuado cumplimiento de los deberes o prohibiciones que la LCDSF contempla a su cargo (*vid.* artículo 17 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Así se ha constatado a partir del análisis de las sentencias dictadas en aplicación de la LCDSF. Es más, la citada inversión constituye un mecanismo común en el mercado de los servicios financieros – en ámbitos conexos a la LCDSF – en los que el proveedor se halla sometido a un deber de información, explícito o implícito frente al cliente. En

⁸³⁴ Sobre el principio de facilidad probatoria léase, asimismo, CABAÑAS GARCÍA, J.C. “Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil.” *Revista Actualidad Civil*, núm. 15. 8 a 14 de abril de 1996, pág. 349 y siguientes.

⁸³⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Madrid, Editorial La Ley, 2006, pág. 88 y siguientes. Sobre el origen del criterio, destaca la autora que ante la insuficiencia de las máximas romanas y la carencia de una regla general capaz de explicar la distribución de la carga de la prueba, la doctrina científica y la jurisprudencia se ocuparon de buscar un criterio de aplicación en la mayor parte de casos posibles. La mayoría abogó por el que distingue entre los hechos constitutivos, los modificativos, los extintivos y los excluyentes para determinar qué hechos ha de probar cada parte.

⁸³⁶ Sobre la interpretación flexible de tales reglas, léase FERNANDEZ LOPEZ, M. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Madrid, Editorial La Ley, 2006, pág. 85 y siguientes y pág. 142 a 146; VALLESPÍN PÉREZ, D. “Análisis de los aspectos problemáticos de la carga de la prueba en el proceso civil español.” *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 2, 1999, pág. 297 y siguientes y CABAÑAS GARCÍA, M. “Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil.” *Revista Actualidad Civil*, núm. 15. 8 – 14 abril 1996, pág. 361 y siguientes.

estos casos, la inversión halla su fundamento en el mismo principio de facilidad y de proximidad probatoria y tiene por objetivo preservar un comportamiento profesional leal y transparente por parte del proveedor en sus relaciones con sus clientes.

Así, la doctrina jurisprudencial en sede de error vicio atribuye al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información que le impone la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de servicios financieros⁸³⁷. A grandes rasgos, del análisis de la citada jurisprudencia se extrae que – salvo prueba en contrario por parte del proveedor – se apreciará que al cliente no le fue facilitada la información legalmente exigible. De modo que, ante ciertas omisiones informativas del proveedor, el solo texto del contrato expresado de forma genérica e indeterminada y la declaración de los empleados del banco (conforme se cumplió con el deber de información) no serán suficientes para acreditar que se transmitió la información suficiente al cliente. Por ejemplo, cuando no se haya definido, convenientemente, el perfil del cliente; cuando se haya omitido cierta información relevante sobre las características del producto (sobre su funcionamiento y riesgos) y del mercado (escenarios posibles y/o comportamiento futuro del activo o valor subyacente); cuando no se haya redactado el resto de la documentación adjunta con la suficiente claridad y/o cuando no se haya entregado una copia del contrato con la suficiente antelación.

⁸³⁷ Son destacables, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.664/2012 de 28 de diciembre (fundamentos jurídicos cuarto, séptimo y noveno); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.509/2012 de 12 de noviembre (fundamento de derecho segundo); la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva núm.120/2013 de 5 de diciembre (fundamentos de derecho tercero y cuarto) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.402/2012 de 14 de septiembre (fundamento jurídico tercero).

Por lo explícita que resulta valga destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva núm.120/2013 de 5 de diciembre que, previa remisión a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005, atribuye la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información al proveedor. En su marco, la Audiencia Provincial expone que, en cuanto a la legislación general de aplicación, el artículo 217 de la LEC impone la carga de la prueba a la demandada (proveedor), al ser quien pretende enervar la eficacia jurídica del hecho narrado en la demanda relativo a que no se entregó la documentación explicativa del producto contratado ni se comunicó la información suficiente. Pero es que, además, destaca la Audiencia Provincial que, en virtud de la aplicación del principio de cercanía y de facilidad probatoria es el demandado (proveedor) el único que podría probar, de ser cierto, la entrega de dichos documentos e información, no así la actora (cliente) que nunca podría probar el hecho negativo (lo que sería una auténtica prueba diabólica) de no haber recibido dicho documento ni información (fundamento de derecho cuarto).

En línea con el planteamiento anterior, la doctrina jurisprudencial en sede de nulidad de cláusulas abusivas por falta de transparencia, atribuye, asimismo, al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información que comporta el “control adicional de transparencia” aplicable a contratos con condiciones generales de contratación suscritos con consumidores⁸³⁸.

Del análisis de la citada jurisprudencia (cláusulas suelo) se extrae, a grandes rasgos, que la mera constancia de la cláusula litigiosa (aún cuando ésta sea, gramaticalmente, clara) en la oferta comercial y en la escritura no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información del proveedor, cuando, a la vista de las circunstancias del caso – especialmente, de la concurrencia de una serie de omisiones informativas por parte del proveedor - se pueda concluir que el proveedor ha creado una apariencia de contrato de préstamo a interés variable siendo cierto que la evolución previsible del índice de referencia lo convierta, en el corto plazo, en un préstamo a interés fijo mínimo sólo variable al alza. De modo que, aún cuando el texto de la cláusula no sea fragoroso, esa apariencia se crea, por ejemplo, cuando la cláusula se incorpore, sin realce alguno, entre un marasma de cláusulas; cuando no se advierta que se refiere al objeto del contrato; cuando haya oscuridades y referencias continuadas a otros conceptos o datos que contribuyan a que el consumidor dote de una importancia secundaria a la cuestión de la limitación al tipo de interés variable. Situación que, en definitiva, tiene por resultado obstaculizar la posibilidad efectiva del cliente de conocer las consecuencias económicas de la citada cláusula.

Añade la citada doctrina jurisprudencial que no son suficientes a efectos del cumplimiento del “control adicional de transparencia” la incorporación en la correspondiente escritura de cláusulas de estilo sobre conocimiento y aceptación o el hecho que la correspondiente escritura se haya leído en la notaría (vista la complejidad y extensión de

⁸³⁸ Entre otras, léase la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm.588/2014 de 27 de octubre (fundamento de derecho segundo); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.285/2014 de 7 de noviembre (fundamento de derecho cuarto) y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga núm.1311/2014 de 30 de septiembre (fundamentos de derecho tercero y quinto).

las cláusulas y que la intervención del notario se hace de palabra y en un momento que no es propicio para que el consumidor se replantee su decisión)⁸³⁹.

A partir de ahí, valga exponer las cuestiones que el siguiente análisis trata de responder en relación con la inversión de la carga probatoria prevista en la LCDSF. ¿Cuál es el alcance de la inversión prevista en la LCDSF? Considerando que la inversión puede ser de origen judicial o convencional, ¿qué aporta el reconocimiento legal de la misma, en este ámbito? ¿La nueva regulación en sede de cláusulas abusivas es, realmente, necesaria? (*vid.* disposición adicional primera de la LCDSF) (tercer bloque normativo). En su virtud, se califican de abusivas las cláusulas que atribuyen al consumidor la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones que, específicamente, corresponden al proveedor que comercializa servicios financieros a distancia⁸⁴⁰. Esta última es una cuestión de especial interés considerando que la naturaleza de norma procesal de la inversión excluye la posibilidad de pactos en contrario por tratarse de una materia de *ius cogens*.

3.1. EN MATERIA DE INFORMACIÓN

En cuanto a su alcance, dos son las áreas cubiertas por la inversión de la carga probatoria (*vid.* artículo 17 de la LCDSF). La primera concierne a los deberes del proveedor en materia de información (*vid.* artículos 7 a 9 de la LCDSF). La segunda se refiere al consentimiento del consumidor para la celebración y para la ejecución del contrato (*vid.* artículos 11.2 *b*), 10.2 *c*), 13, 14 y el derogado artículo 12 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

En materia de información, la inversión afecta, fundamentalmente: la constancia de la oferta en soporte duradero (*vid.* artículo 6 de la LCDSF); la información previa (*vid.*

⁸³⁹ Léase al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm.588/2012 de 27 de octubre (fundamento de derecho segundo); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.285/2014 de 7 de noviembre (fundamento de derecho tercero); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm.164/2014 de 8 de octubre (fundamento de derecho tercero) y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga núm.1311/2014 de 30 de septiembre (fundamento de derecho tercero), entre otras.

⁸⁴⁰ *Vid.* artículo 88.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007.

artículos 7 y 8 de la LCDSF)⁸⁴¹; la comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa (*vid.* artículos 9.1 y 9.2 de la LCDSF); el deber de aportar al consumidor un ejemplar del contrato, en soporte papel, previa solicitud por su parte (*vid.* artículo 9.3 de la LCDSF) y el deber de informar sobre el precio aplicable (*vid.* artículo 11.2 a) de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

De modo que, la inversión refuerza, en lo procesal, la eficacia de la protección que la LCDSF confiere. Así ocurre, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de marzo de 2012, en cuyo marco, se declara no acreditado el cumplimiento del deber de información que la LCDSF contempla por muchas que fueran las llamadas telefónicas realizadas por la entidad demandada al demandante⁸⁴² y en la sentencia (de la misma Audiencia Provincial) de 11 de marzo de 2013 en la que se declara no acreditado el cumplimiento del riguroso deber de información que la LCDSF contempla por la mera transmisión de la propuesta de contrato que, a su vez, no se transmite con la suficiente antelación⁸⁴³.

⁸⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.217/2012 de 26 de marzo y sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.106/2013 de 11 de marzo que se analizan a continuación.

⁸⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.217/2012 de 26 de marzo. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, en virtud de la cual, se condena al pago de la cantidad correspondiente a los honorarios satisfechos por operaciones que nunca llegaron a materializarse y a los que hacen referencia los contratos de 10 y 13 de agosto de 2009. La Audiencia Provincial argumenta que, por muchas que fuesen las llamadas que llegaron a realizarse por los empleados de la entidad demandada, no queda acreditado que ésta haya cumplido el deber de información que, legalmente, le incumbe.

⁸⁴³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm.106/2013 de 11 de marzo. En la demanda se interesaba se declarase la nulidad de cuatro contratos de asesoramiento financiero a distancia invocando, a tal efecto, la nulidad por vicios del consentimiento y la nulidad por incumplimiento de la LCDSF. El Juzgado de Primera Instancia estima la nulidad por incumplimiento de la LCDSF, concretamente, concluye que la entidad demandada había incumplido la obligación de información no habiendo, tampoco, probado que la información se transmitiera con la suficiente antelación. En su recurso de apelación la entidad demandada argumenta que los contratos reúnen los requisitos de información del artículo 7 y que consta como realizada la información con antelación a la firma de los contratos ya que “además de remitirse en el mismo día o con antelación los documentos, la perfección no se produce hasta que el cliente los devuelve firmados”. Tras aludir al carácter riguroso del sistema de información de la LCDSF, la Audiencia Provincial declara que no ha practicado la entidad demandada prueba alguna de la que pueda desprenderse que se llevó a cabo la información del artículo 7 y que, la información contenida en el contrato no puede suponer el cumplimiento de la citada obligación, toda vez que, conforme al artículo 7.1 de la LCDSF la información debe ser suministrada “con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia”. De modo que, la sentencia de la Audiencia Provincial confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

Por lo que, en el caso del artículo 7 de la LCDSF se exige un especial rigor que, en lo que concierne a la cuestión de si la falta de información puede subsanarse a través del contrato, puede ir más allá, de lo exigido por la jurisprudencia analizada en sede de error vicio y de cláusulas abusivas por falta de transparencia. Jurisprudencia que, valga señalar, no descarta la posibilidad de que la falta de cierta información previa pueda subsanarse, en determinadas circunstancias, a través del contrato/cláusulas siempre que su redacción responda a determinadas exigencias⁸⁴⁴ (y se transmita con la

⁸⁴⁴ En este sentido, en sede de error vicio, destáquese la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.509/2012 de 12 de noviembre, en cuyo marco, se expone que al cliente se le ofreció un *swap* como si se tratara de una especie de seguro o de garantía contra la subida de los tipos de interés (el cliente había concertado un préstamo hipotecario a interés variable). La Audiencia Provincial argumenta que el proveedor no acreditó el tipo de información precontractual que dio al cliente acerca de las características y comportamiento del citado producto complejo. Se añade, asimismo, entre otras circunstancias, que no consta que se hiciesen a la demandante ni antes ni en el momento de contratar ni tan siquiera unas simulaciones de los diferentes escenarios que podían producirse en las futuras liquidaciones y que la falta de información no se subsanó con la que se ofrecía en el propio contrato. En el contrato se expresaba, de forma genérica e indeterminada, en qué consistía el riesgo. Por lo que, atendida la falta de información, concluye la Audiencia Provincial que el cliente no pudo valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco satisfacía o no su interés. En la misma línea, confirman que el contenido del contrato es uno de los factores que se tienen en cuenta en la apreciación de si hubo error vicio: la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm.664/2012 de 28 de diciembre (fundamento jurídico séptimo), la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.402/2012 de 14 de septiembre (fundamento jurídico tercero) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm.170/2011 de 19 de mayo (fundamento jurídico quinto).

Por otro lado, en sede de control adicional de transparencia aplicable a contratos con condiciones generales de contratación celebrados con consumidores es destacable la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm.285/2014 de 7 de noviembre que incide en la idea apuntada que la redacción de la cláusula afectada es uno de los factores a considerar para determinar si faltó o no, la debida transparencia. Se expone, en el marco de su fundamento de derecho tercero, en relación con la cláusula suelo: "(...) Evidentemente sobre la entidad demandada recaía la carga de la prueba de las informaciones previas y coetáneas con el contrato de préstamo, de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...). Si bien es cierto que el texto individualizado de la cláusula suelo no es farragoso, como parece apuntar la resolución, no puede ocultarse sin embargo que está redactada en el marco de una primera estipulación donde se recoge la novación modificativa y condiciones financieras con una extensión de veinte páginas, en las que sí existen oscuridades y referencias continuadas al "tipo de interés inicial", "variación del tipo de interés inicial", "adición, en todo caso, de un determinado margen", "tipo de interés de referencia", "tasa de bonificación a y tasa de bonificación b", "revisión del tipo de interés pactado" para diversos periodos (...) que, a falta de acreditarse informaciones sobre ella para que el consumidor alcanzase a captar su trascendencia y consecuencias económicas, es manifiesto que debe concluirse con que faltó la transparencia imprescindible exigible por la doctrina del Tribunal Supremo en aquella sentencia de 9 de mayo de 2013 (...)." [subrayado añadido]

suficiente antelación a la firma del contrato, especialmente, en productos complejos del mercado de valores [en sede de error vicio]⁸⁴⁵).

3.2. EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO

La segunda área concierne al consentimiento del consumidor para la celebración y para la ejecución del contrato (*vid.* artículo 17 de la LCDSF). Por un lado, en cuanto al consentimiento para la celebración del contrato, la inversión de la carga probatoria tiene por efecto reforzar la eficacia de la regulación sobre servicios financieros no solidados (*vid.* artículo 13 de la LCDSF) y la exigencia en torno a la necesaria constancia de la celebración del contrato (*vid.* artículo 6 de la LCDSF). Por otro lado, en cuanto al consentimiento para la ejecución del contrato, la inversión de la carga probatoria tiene

⁸⁴⁵ En sede de error vicio, destáquese la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva núm.120/2013 de 5 de diciembre en la que se declara que, en aplicación del artículo 217 de la LEC, debe considerarse acreditado que al demandante (cliente) no le fue ofrecido ningún tipo de información. Expone la Audiencia Provincial que, de la falta de experiencia no sólo del demandante sino de la persona que ofertaba el producto en nombre del demandado (proveedor) cabe deducir que ha existido una total y falta absoluta de información. Declara que consta acreditado (sin que el proveedor haya aportado prueba alguna que desvirtúe tales afirmaciones) que, entre otras circunstancias: el demandado (proveedor) tuvo la iniciativa de contratar y prestó asesoramiento al respecto; la demandante no tenía experiencia previa en *swaps*; los empleados de la demandada (proveedor) que intervinieron no disponían de la formación necesaria ni conocían la preparación y formación del demandante (cliente); sólo consta la firma de la oferta (que no, de la confirmación); no se entregaron los documentos contractuales con la antelación suficiente – no constan firmados en todas sus hojas y se entregaron el mismo día de la firma –; no se aportaron ejemplos sobre distintos escenarios posibles ni se aportaron estudios sobre la evolución razonada y razonable del subyacente de la operación (Euribor). De modo que, faltó la información necesaria para que el demandante (cliente) tuviera un conocimiento preciso de las características del *swap* y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y riesgos que asumía. [subrayado añadido] Léase, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm. 664/2012 de 28 de diciembre (fundamento de derecho séptimo) a favor de la entrega del contrato (*swap*) con la suficiente antelación.

En sede de cláusulas suelo abusivas por falta de transparencia destáquese la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga núm.1311/2014 de 30 de septiembre, en cuyo marco, se subraya que la intervención del notario conforme a los términos que se indican en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 no acredita una información en los términos que exige el control adicional de transparencia. Difícilmente, la información prevista puede superar el control adicional de transparencia “teniendo en cuenta por un lado que esta información se habría dado de palabra y en el mismo momento de la escritura (acto prácticamente formal en un momento en que la voluntad de contratar ya se ha conformado). El Juzgado de lo Mercantil subraya el carácter exiguo de los deberes de información que contempla la Orden de 5 de mayo de 1994 que “en la práctica se sustancian en la oferta vinculante y en una advertencia de la existencia de la cláusula suelo en el mismo momento conclusivo del contrato, momento que no es propicio para que el consumidor se replantee una decisión previamente adoptada a partir de una información incompleta.” (fundamento de derecho tercero) [subrayado añadido]

por efecto reforzar la prohibición – no, explícitamente, prevista en la LCDSF - de ejecutar el contrato sin el consentimiento del consumidor. Prohibición que se halla implícitamente presente en algunos de los artículos de la LCDSF ya apuntados al inicio (*vid.* artículos 11.2 b), 10.2 c) de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

3.2.1. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO PARA LA CELEBRACIÓN

Al proveedor que comercializa servicios financieros a distancia con consumidores corresponde la carga de la prueba de la existencia del consentimiento contractual. Una primera aproximación permite concluir que la inversión tiene por efecto reforzar la exigencia de la constancia de la celebración del contrato a distancia⁸⁴⁶ y la prohibición de prestación de servicios financieros no solicitados (*vid.* artículos 6 y 13 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

De forma que, en su caso, corresponderá al proveedor demostrar la concurrencia de ese consentimiento expreso (*vid.* artículos 6 y 13 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). Así lo confirma, la Audiencia Provincial de Pontevedra declara no acreditada por el proveedor la constancia de la celebración de una compra de participaciones preferentes por falta de aportación de las correspondientes órdenes de compra (que corresponde a la entidad demandada por aplicación del artículo 6.1 de la LCDSF)⁸⁴⁷. De mo-

⁸⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm.676/2014 de 28 de noviembre y sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas núm.112/2014 de 14 de marzo.

⁸⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm.676/2014 de 28 de noviembre. Se ejercita una acción de nulidad radical de adquisición de participaciones preferentes por no concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 1261 del Código Civil, concretamente, se alega la inexistencia de consentimiento. Se declara por la Audiencia Provincial que resulta acreditado que se realizaron diligencias preliminares ante el Juzgado de Primera Instancia en las que la demandante solicitó la documentación relativa a la adquisición de los valores indicados y que la entidad demandada contestó que no había podido localizar esa documentación. De modo que, no se aporta por la entidad demandada las concretas órdenes de compra de las participaciones litigiosas. Previa referencia al artículo 1259 del Código Civil y al artículo 79 de la LMV, la Audiencia Provincial argumenta que, conforme al artículo 6.1 de la LCDSF, debe quedar constancia de la celebración del contrato en soporte duradero. La Audiencia Provincial indica que corresponde a la entidad demandada acreditar que los cargos efectuados en la cuenta de la demandante responden a órdenes efectivas de ésta o que el encargo de gestión conferido comprende la contratación de los productos litigiosos. Nada de esto se acredita, por lo que, la falta de sustento documental del cumplimiento de las obligacio-

do que, por aplicación del artículo 17 de la LCDSF decreta la nulidad radical de la contratación de participaciones preferentes efectuada en nombre de la parte demandante.

A la prueba de la constancia de la celebración del contrato se refiere, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 14 de marzo de 2014. El juez no admitió, en primera instancia, la prueba solicitada consistente en que se requiera a la entidad demandante para que aporte al procedimiento las grabaciones telefónicas en aras a acreditar que se había contratado el seguro de protección de pagos para el caso de desempleo de la demandada el cual cubría el abono de las cuotas del préstamo que el proveedor demandante reclamaba ante el Juzgado de Primera Instancia. No se aportó al procedimiento la citada grabación en la que el comercial convencía a la demandada apelante de las ventajas de suscribir un contrato de seguro que ya le estaban cargando. Alega la demandada apelante que la prueba era fundamental, sin embargo, no pide la práctica de prueba en el recurso de apelación razón por la cual la Audiencia Provincial rechaza la alegación de indefensión. No obstante, vistos los contratos aportados al procedimiento por el proveedor demandante, el tribunal considera probada la existencia del seguro de protección de pagos⁸⁴⁸.

nes indicadas determina que la Audiencia Provincial decrete la nulidad radical de la contratación de participaciones preferentes efectuadas en nombre de la demandante.

⁸⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas núm.112/2014 de 14 de marzo. La parte demandada interpone recurso de apelación y alega que corresponde a la entidad demandante la carga de probar la existencia del consentimiento para la celebración del contrato de seguro de protección de pagos que fue aceptado por teléfono. Solicitó la demandada, en primera instancia, la aportación al procedimiento como medio probatorio de las grabaciones telefónicas con el objetivo acreditar la contratación del citado seguro; lo que no fue admitido. La Audiencia Provincial rechazó la alegación de indefensión de la demandada por no haber solicitado la nulidad de las actuaciones practicadas ni haber pedido, nuevamente, la práctica de la prueba. Si bien, tras examinar las restantes pruebas y visionar el soporte audiovisual en el que figura grabado el acto de juicio celebrado en primera instancia, la Audiencia Provincial discrepa, parcialmente, de la valoración de la prueba efectuada en primera instancia. Vistos los contratos aportados al procedimiento, el tribunal considera probada la existencia del seguro de protección de pagos y el acaecimiento del riesgo cubierto y estima probada la conducta desleal y contraria a la buena fe de la entidad demandante. La Audiencia Provincial considera que la entidad incumplió las obligaciones previstas en la Ley 22/2007 puesto que, nunca proporcionó el contrato de seguro a la parte demandada (a pesar de sus requerimientos) ni la grabación respecto de la emisión del consentimiento y que su conducta fue desleal y en incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Por lo que, estima, parcialmente, el recurso de apelación.

ILLESCAS⁸⁴⁹ dota de especial alcance a la inversión (*vid.* artículo 17 de la LCDSF) (tercer bloque normativo). En su opinión, la expresión de consentimiento “para la celebración” – empleada en la LCDSF – puede abarcar situaciones concernientes a la propia existencia del contrato lo que es susceptible de generar ciertos abusos. Sostiene el autor que el consumidor podría interponer demandas por incumplimiento de contratos que no han llegado a celebrarse colocándose al proveedor en la difícil situación de tener que demostrar un hecho negativo: a él correspondería demostrar que el contrato no ha sido celebrado. Lo que supondría la imposición de una prueba diabólica.

Esta tesis entiende que la inversión de la carga afecta a los requisitos, obligaciones y prohibiciones que la LCDSF contempla, de forma específica, porque – como se ha avanzado - refuerza en lo procesal la protección que la LCDSF brinda (*vid.* artículo 88.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007). Considerando la exigencia de la constancia de la celebración podría ocurrir que - ante una eventual demanda en el sentido expuesto por el autor - el proveedor se viera obligado a probar la no existencia del contrato⁸⁵⁰ (*vid.* artículo 6 de la LCDSF): lo que exigiría una adecuada prueba de la efica-

⁸⁴⁹ ILLESCAS ORTIZ, R. “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*, núm. 84, 2007, pág. 22. Expone el autor: “(...) La norma transcrita llega demasiado lejos cuando impone la carga de la prueba de la existencia del contrato convenido a distancia solo a una de sus partes – el proveedor u ofertante de SF -: su contraparte, un consumidor, por tanto, podría abusivamente ejercitar y reclamar ante los tribunales todos los derechos derivados para su persona de un contrato que nunca ha celebrado y cuya existencia y contenido pudiera conocer íntegramente en virtud de la obligación de información con la que la propia ley carga al proveedor en su artículo 9.1 y 2 ya analizado. En estas circunstancias el proveedor habrá de probar que el contrato no se ha celebrado para quedar exento de obligación alguna: prueba negativa y, como casi siempre, diabólica. (...)”.

⁸⁵⁰ Un supuesto distinto sería aquel en el que el cliente invocara – en calidad de demandante - la inexistencia de consentimiento en un contrato que fue, efectivamente, firmado. Así ocurre en el caso analizado en el marco de la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm.459/2013 de 8 de noviembre dictada en un supuesto de contratación presencial, que atribuye la carga de la prueba de la inexistencia del consentimiento “en un contrato que fue efectivamente firmado” a la parte que lo alega basándose en el hecho de no haber sido consciente de que firmaba un contrato, a resultas de la falta de transparencia y de diligencia de la entidad.

En su marco, la parte demandante alega, en relación con la firma de un contrato de permuta de intereses, que no incurrió en un error en el consentimiento (anulabilidad) porque se equivocase al otorgar el contrato sino que se trata de un supuesto de ausencia de consentimiento (nulidad absoluta, inexistencia del contrato por carencia del consentimiento, conforme al artículo 1262 del Código Civil) porque nunca quiso contratar: plasmó su firma ignorando qué estaba firmando. No es que consintiese con una voluntad afectada por error es que nunca tuvo intención de consentir. Atendida la presunción *iuris tantum* que la voluntad contractual es libre,

cia, seguridad, nivel técnico, fiabilidad y rigor del sistema de contratación organizado por el proveedor. Al juez correspondería, atendiendo a las circunstancias de cada caso, valorar si - visto el sistema de venta y de prestación de servicios - existe, técnicamente, la posibilidad de que el contrato se haya celebrado sin que quede rastro alguno del mismo (*vid.* artículo 4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo)⁸⁵¹

3.2.2. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN

La inversión, asimismo, afecta a la prueba del consentimiento para la ejecución del contrato con el objetivo de dotar de eficacia a la regla implícitamente presente, en sede de desistimiento, de que el proveedor no debe ejecutar el contrato, sin el previo consentimiento del consumidor (*vid.* artículo 7.1 de la DCDSF). Con anterioridad a la entrada en vigor de la LSP, la inversión afectaba, igualmente, al proveedor, en sede de pagos a distancia no autorizados (*vid.* el derogado artículo 12 de la LCDSF). Planteamiento que, posteriormente, tras la promulgación de la LSP, se mantiene en su regulación, aunque, sujeto a las salvedades que la LSP dispone, de forma explícita (*vid.* artículos 30 y 32 de la LSP)^{852 853 854}.

consciente y espontáneamente manifestada, la Audiencia Provincial expone que no se puede sostener que - ante la mera alegación de la parte demandante - sea la parte contraria la que haya de acreditar que nos encontramos ante un supuesto normal en el cual el consentimiento resulta prestado, de forma libre y voluntaria con una adecuada representación de sus consecuencias.

⁸⁵¹ Determinadas cláusulas – comunes en contratos multicanal - pueden favorecer, en cierta medida, una imagen de rigor, de eficacia y de seguridad del sistema de contratación. Por ejemplo, las cláusulas sobre la necesaria activación de un determinado canal a través de los procedimientos que el proveedor tenga establecidos como exigencia previa al acceso al mismo; las cláusulas sobre los procedimientos previstos por el proveedor a los efectos de la aceptación de las ofertas realizadas a través de un determinado canal y sobre el registro en soporte magnético de todas las operaciones realizadas y de todas las conversaciones mantenidas a través del servicio a distancia.

⁸⁵² El vigente artículo 30 de la LSP relativo a la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago dispone: "(...) 1. Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá a su proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia. 2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, el registro por el proveedor de servicios de la utilización del instrumento de pago no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago 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 con arreglo al artículo 27."

Así, en sede de desistimiento, la regla sobre el consentimiento para la ejecución se halla implícita en las siguientes fórmulas. Primero, el proveedor no podrá exigir pago alguno al consumidor, si inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor antes de que expire el plazo de desistimiento (*vid.* artículo 11.2 *b*) de la LCDSF). Segundo, es excepción al desistimiento el caso de contratos ejecutados en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor, antes de que éste ejerza el derecho de desistimiento (*vid.* artículo 10.2 *c*) de la LCDSF) (tercer bloque normativo). En ambos casos, se atribuye al proveedor la carga de probar que ha habido un consentimiento para la ejecución.

Finalmente, la regla del consentimiento para la ejecución se halla implícita también en la regulación sobre restricciones al uso de determinadas técnicas de comunicación a distancia siempre que las comunicaciones en cuestión sean una forma de ejecución del contrato (*vid.* artículos 17 y 14 de la LCDSF). Por ejemplo, si en el marco de un determinado contrato, se acuerda la ejecución de ciertas comunicaciones contractuales, a través de un determinado medio de comunicación a distancia y en la práctica, la comunicación se acaba realizando a través de una técnica cuyo uso no ha sido consentido por el consumidor. En dichas circunstancias, corresponderá al proveedor la carga de la prueba del consentimiento a los efectos del uso de esas otras técnicas que

⁸⁵³ De modo que, como se ha indicado ya una operación de pago se considera no autorizada cuando lo niegue el titular teniendo el proveedor la carga de probar la autenticación y sin que el mero hecho del uso del servicio baste para presumir la autorización de la misma (*vid.* artículos 30 y 31 de la LSP). Ello es, sin perjuicio de la responsabilidad del consumidor, cuando incumpla sus obligaciones con negligencia grave o cuando actúe fraudulentamente.

Léase, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete núm. 61/2012 de 23 de febrero (fundamento jurídico segundo). En su marco, tras destacar la atribución al proveedor de la carga de probar la autenticación de la operación de pago – en el caso: unas transferencias – la Audiencia Provincial argumenta, literalmente “(...) se establece un sistema de responsabilidad cuasi objetiva del proveedor (...) pues, en este ámbito de la contratación electrónica, el prestador de servicios deberá reembolsar el importe de la sustracción a su cliente con el que tuviera contratado el servicio de pago electrónico en operaciones no autorizadas por éste, presumiéndose la falta de autorización si lo niega, con las exclusivas salvedades del artículo 32 de la indicada ley: que el cliente haya actuado con negligencia grave (...) en sus obligaciones (...) o haya actuado fraudulentamente (claro está) amén de una especie de “franquicia” de 150 euros como máximo para los exclusivos supuestos de extravío o de sustracción (...).”

⁸⁵⁴ *Vid.* apartado 4 del CAPITULO VIII de esta tesis.

no sean las previstas y consentidas en el contrato (*vid.* artículo 14 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

3.3. VALORACIÓN CRÍTICA

A la vista de lo anterior, cabe ratificar el impacto positivo de la inversión de la carga probatoria por los siguientes motivos.

Primero, a la cuestión de qué aporta el reconocimiento legal - que no, convencional ni judicial - de la inversión de la carga probatoria cabe responder que éste tiene por efecto aumentar la confianza del consumidor en los nuevos medios, en línea, con los objetivos sentados, en el marco del Consejo Europeo de Lisboa⁸⁵⁵.

Segundo, no es innecesaria la calificación de abusivas de las cláusulas que atribuyan al consumidor la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones que, específicamente, corresponden al proveedor que comercializa servicios financieros a distancia (*vid.* disposición adicional primera de la LCDSF).

Dicha fórmula tiene por efecto cerrar la posibilidad de que mediante cláusulas contractuales predispuestas, dirigidas a la variación de los supuestos de hecho, realmente, acontecidos a lo largo del proceso de formación del contrato, se pueda afectar la distribución de la carga probatoria con el consiguiente resultado de mermar los intereses económicos del consumidor⁸⁵⁶. Por ejemplo, vía presunciones o declaraciones (contractuales) del consumidor previstas en cláusulas que merecen la consideración de condiciones generales de contratación⁸⁵⁷. Un caso sería el de cláusulas consistentes

⁸⁵⁵ *Vid.* “Consejo Europeo celebrado en Lisboa 23 y 24 de marzo de 2000. Conclusiones de la Presidencia.” Puntos 10 y 11.

⁸⁵⁶ Sobre las posibilidades de una alteración convencional de la carga probatoria léase CABAÑAS GARCÍA, M. “Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil.” *Actualidad Civil*, núm. 15. 8 – 14 abril 1996, pág. 357 y 358.

⁸⁵⁷ Un claro ejemplo se halla en las cláusulas que ciertos proveedores solían incorporar en sus contratos de adhesión con el objetivo de evitar la extensión de la ineficacia del contrato principal de prestación de servicios al contrato accesorio: se trataba de cláusulas que creaban la apariencia de la inexistencia de una relación de exclusividad entre la entidad financiera y el proveedor. Léase al respecto: la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm.

en el reconocimiento de que ha habido un contacto presencial entre las partes en algún momento de la negociación del contrato (*vid.* artículo 4 de la LCDSF) (tercer bloque normativo) o de cláusulas, en cuya virtud, se declare que la aceptación del contrato a través de un determinado canal supondrá que el consumidor ha recibido las condiciones contractuales, de conformidad con el artículo 9 de la LCDSF⁸⁵⁸.

Tercero, la inversión de la carga probatoria⁸⁵⁹ (*vid.* artículo 384.3 de la LEC) (*vid.* artículos 6 y 17 de la LCDSF) obliga al proveedor a actuar con cierta anticipación y planificación en lo que concierne a la formación de la prueba; lo que exige un mayor rigor, en la organización y puesta en marcha de su sistema de contratación a distancia y en el desarrollo de sus actuaciones. Es más, vista la posibilidad de que un consumidor

50/2005 de 5 de abril 2005 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 22 de diciembre de 2003.

⁸⁵⁸ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011. Apartados 152 y siguientes. Respecto del canal telefónico, una determinada cláusula no prevé la remisión por escrito de las condiciones particulares con carácter previo a la aceptación de la oferta y establece la presunción de que la aceptación supone la recepción de las citadas condiciones particulares. Por lo que, el juez argumenta que "(...) la cláusula resulta abusiva pues mediante la contratación del servicio impone al consumidor la declaración de conformidad con la recepción de unas condiciones generales cuya entrega previa a diferencia de lo previsto en el caso anterior no se establece lo que resulta igualmente abusivo al amparo del art.89.1, invirtiendo la carga de la prueba que corresponde a la entidad bancaria en torno al cumplimiento del deber de información previsto en el artículo 17 de la misma Ley 22/2007, lo que, igualmente, resultaría abusivo al amparo del artículo 88.2 del TRLCU.(...)".

⁸⁵⁹ Asimismo, obligan a actuar con rigor las reglas sobre valoración de la prueba, concretamente, las reglas de la sana crítica, en su caso, aplicables en la valoración del soporte duradero como medio de prueba. A pesar de que el artículo 24 de la LSSICE - que atribuye el valor de prueba documental al contrato electrónico - excluya, en principio, la aplicación de las reglas de la sana crítica a los citados contratos.

En efecto, la LEC 1/2000 admite la condición de medios de prueba a las fuentes resultantes del uso de nuevas técnicas. En virtud del artículo 384.3 de la LEC la valoración de los "nuevos medios" se somete a las reglas de la sana crítica, lo que supone la denegación del reconocimiento de plena fuerza probatoria respecto a los citados medios. Sin embargo, el artículo 24 de la LSSICE - con un claro propósito de incentivar el comercio electrónico - dispone que los contratos electrónicos serán admisibles en juicio como prueba documental lo que supone que harán prueba plena en el proceso, salvo que su autenticidad fuere objeto de impugnación y que ésta no se pudiese deducir (de conformidad con el artículo 326 de la LEC), en cuyo caso, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

Sobre la valoración de la prueba, léase: CRUZ RIVERO, D. *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2006, pág. 278 y siguientes y GETE-ALONSO Y CALERA, M. del C. "Valoración y carga de la prueba en el procedimiento arbitral de consumo (reclamaciones en el ámbito de la telefonía)." *Estudios sobre Consumo*, núm. 52, 2000, pág. 45 y siguientes y ASENSIO MELLADO, J.M^a. "La prueba en la contratación electrónica. Otro ejemplo de desatención del consumidor." *Práctica de Tribunales*, núm.68, febrero 2010.

demande por un contrato inexistente, al proveedor corresponde instaurar un sistema de venta y de prestación que, por sus características y condiciones técnicas y de seguridad, pueda ser considerado como un sistema fiable y adecuado para generar las pruebas necesarias en función de los hechos y circunstancias acaecidos en cada caso.

4. MECANISMOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

4.1. INTRODUCCIÓN

La LCDSF dispone que el proveedor y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante la adhesión de aquellos 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 respeten los principios establecidos por la normativa comunitaria, así como, a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros (*vid.* artículo 16 de la LCDSF). Es más, se insta a los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos a que cooperen entre ellos a través de la red FIN-NET o de cualquier otro sistema habilitado al efecto (*vid.* artículo 16.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Algunos autores han calificado la regulación adoptada, en esta sede, de redundante. Sin embargo, un análisis del contexto y del momento en el que ésta se adopta permite confirmar que ésta tiene su razón de ser: afrontar algunas de las carencias que, a lo largo de los últimos años, han venido afectando el funcionamiento de la red FIN – NET.

Las carencias se identifican a lo largo del Informe de evaluación de la red FIN-NET realizado por el “*Centre for Strategy & Evaluation Services*” en junio de 2009 (en adelante, el informe de evaluación [2009]). Se constata, a la vista de la experiencia adquirida en la red FIN-NET (creada, en virtud del Memorándum de acuerdo sobre una red de denuncias transfronterizas extrajudiciales en el ámbito de los servicios financieros en el Espacio Económico Europeo [en adelante, el Memorándum]) que ésta carece de un funcionamiento eficiente por falta de cobertura en distintos niveles: el de los pro-

veedores y el de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos (*vid.* artículo 16 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

De ahí, la observancia de las dos siguientes formulas que instan a la cooperación en ambos niveles (*vid.* artículo 16 de la LCDSF). En el nivel de los proveedores, se contempla la - ya citada - posibilidad de proveedores y de consumidores de someter eventuales conflictos ante el sistema arbitral de consumo u otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos (que figuren en la lista publicada por la Comisión y que cumplan los principios comunitarios aplicables) así como, ante los mecanismos previstos por la legislación sectorial sobre protección de los clientes de servicios financieros (*vid.* artículo 16.1 de la LCDSF, artículo 31 de la Ley 2/2011 y artículo 30 de la Ley 44/2002) (primer y tercer bloques normativos).

Mientras que, en el nivel de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, se insta – como se ha indicado al inicio - a que éstos cooperen entre ellos, a través de la red FIN-NET o de cualquier otro sistema habilitado al efecto (*vid.* artículo 16.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

4.2. CONTENIDO BÁSICO

Así, el legislador trata de fomentar una mayor cobertura de la red disponiendo la posibilidad de los proveedores de adherirse a la misma (*vid.* artículo 16.1 de la LCDSF) e instando a los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos a que cooperen entre ellos a través de la red (*vid.* artículos 16.1 y 16.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Ambas fórmulas redundan en un mejor funcionamiento de la misma y por tanto, en un mejor acceso del consumidor a la justicia. Lo que, en su día, constituyó una prioridad.

4.3. VALORACIÓN CRÍTICA

Por consiguiente, mediante las dos fórmulas analizadas, el legislador nacional trata de superar algunas de las flaquezas de la red FIN-NET (*vid.* artículo 16 de la LCDSF). Que el impacto de esta regulación sea positivo depende de circunstancias ajenas a la

LCDSF, entre las cuáles, la efectiva concienciación de los diversos agentes sobre la importancia de adherirse a la red FIN-NET para facilitar el acceso del consumidor a la justicia y para fomentar la confianza en los nuevos medios.

Ciertas iniciativas legislativas sobre códigos de conducta y sellos de calidad han venido actuando en esta dirección tratando de fomentar la adhesión de los proveedores a determinados mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos como el Tribunal Arbitral de Consumo (*vid.* artículos 4 y 7 del Real Decreto 1163/2005 de 30 de septiembre que regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como, los requisitos y el procedimiento de concesión) (*vid.* artículo 16.1 de la LCDSF) (segundo y tercer bloques normativos).

En cualquier caso, dos motivos pueden explicar la denunciada falta de cobertura de la red FIN-NET. La aplicabilidad de uno u otro depende de las particularidades de cada Estado Miembro.

En el caso de España, un primer motivo podría ser que los conflictos transfronterizos entre proveedores y consumidores sean pocos por falta de iniciativa del consumidor que se abstiene de reclamar. Un segundo motivo, que los mecanismos nacionales de resolución de conflictos no cumplan con los principios de la normativa comunitaria (*vid.* principios I a VII de la Recomendación 98/257/CE)⁸⁶⁰. No es éste el caso del sistema arbitral de consumo; ni tampoco, el del Jurado de la Publicidad de Autocontrol: dos instituciones cada vez más observadas en los correspondientes códigos de conducta. Recuérdesse que las reformas legislativas realizadas, a lo largo de los últimos años, colocan al sistema arbitral de consumo en situación de cumplimiento (entre otros) de los consolidados principios de independencia, de transparencia, de contradicción, de legalidad y de libertad a los que el Memorándum se remite (*vid.* artículos 16 y siguientes, 22, 48 y 49 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero que regula el sistema arbitral de consumo [en adelante, el Real Decreto 231/2008]).

⁸⁶⁰ Esencialmente: el principio de independencia, de transparencia, de eficacia, de contradicción, de legalidad, de representación y de libertad.

Por lo que, en el caso de España, muy probablemente, la razón sea la falta de iniciativa del consumidor. De ahí, la importancia del fomento de la confianza y de la concienciación social en torno a lo necesario que resulta alcanzar un buen funcionamiento de la red para mejorar el acceso a la justicia: objetivo al que aspiran los artículos analizados que presentan un marcado carácter programático. De ahí, asimismo, la importancia del reconocimiento de legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación a otros sujetos al margen del consumidor para suplir esa falta de iniciativa.

CAPITULO XIII CONTROL REGULATORIO

1. SUPERVISIÓN DE CONDUCTAS EN LOS MERCADOS DE SERVICIOS FINANCIEROS

El papel esencial que el sector financiero juega en la economía ha comportado una regulación e intervención pública mayor que la que existe en otros sectores⁸⁶¹. Su eficacia depende, en parte, de un adecuado desarrollo de la función supervisora por parte de las autoridades competentes mediante el recurso a herramientas como la potestad inspectora y la potestad sancionadora, así como, a diversas técnicas de control consistentes en la captación de información con el fin de comprobar que el comportamiento de las entidades cumple lo establecido por las normas (*i.a.* autorizaciones administrativas, registros, comunicaciones...)⁸⁶².

Así, el sector bancario juega un papel económico esencial, en tanto que, transforma el ahorro en financiación para empresas, familias y administraciones públicas, a través de la mediación de las entidades de crédito. Éstas captan los recursos financieros del público - esto es, un amplio grupo de personas que, en muchos casos, carecen de la

⁸⁶¹ La supervisión contribuye a la generación de confianza en las instituciones por parte del público ahorrador y comporta una serie de beneficios a favor de las entidades implicadas que encuentran un cauce regulador sano y prudente para el desarrollo de su negocio; a favor del público que puede adoptar sus decisiones en un entorno de mayor confianza y a favor de la sociedad, en general, que dispone de un sistema financiero sano y eficiente.

⁸⁶² RIVERO ORTEGA, R. *Derecho administrativo económico*. Sexta Edición, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Editorial Marcial Pons, 2013, pág. 155 y siguientes. Partiendo del concepto de policía administrativa, el autor se remite a otras formas de designar la misma realidad que considera más expresivas de todo su alcance - como la "actividad administrativa de limitación y de control" -. La cual se aplica a todos los sectores económicos regulados y se traduce en herramientas como las potestades inspectora y sancionadora y otras técnicas policiales de "control" que remiten al manejo de información con el fin de que la administración pueda comprobar que el comportamiento de las entidades se adecúa a lo establecido por las normas. Entre estas técnicas policiales, destaca el autor, las autorizaciones administrativas para el desarrollo de ciertas actividades económicas (las cuáles consisten en el levantamiento de una prohibición de llevar a cabo determinadas empresas sin un título habilitante) y otras actividades de recogida de información como los registros (dirigidos a controlar actividades que comportan ciertos riesgos) y la obligación de comunicar ciertas actividades (como técnica sustitutiva de las licencias y autorizaciones más permisiva) que garantiza que la administración se mantiene informada sobre el número de empresas que desarrollan una determinada actividad en un sector concreto, así como, de las condiciones de ejercicio de la actividad en cuestión.

información y de los conocimientos necesarios para valorar la solvencia de las entidades y las características y riesgos de las operaciones que se le ofrecen - y los vinculan a la concesión de crédito por cuenta propia. De modo que, como subraya la doctrina, para el buen funcionamiento del mercado se hace necesario compensar esas carencias y facilitar la confianza de los clientes en las entidades de crédito⁸⁶³. Ello determina la aparición de normas de disciplina y de control aplicables a las entidades y de normas de conducta aplicables a las relaciones de dichas entidades con sus clientes que se acompañan la citada labor de supervisión por parte del Banco de España (en adelante, el BE). Supervisión que, como se constatará, abarca el desarrollo de una supervisión prudencial o financiera y de una supervisión de conductas – ésta última a través del DCMR, en el caso específico del mercado bancario - (*vid.* artículos 4, 5, 50 y siguientes de la Ley 20/2014).

Una y otra función supervisoras se distinguen, de forma clara y explícita, en el marco de la Memoria de la supervisión bancaria en España (2014) y como se constatará, más adelante, en el marco de la futura LOSSP. De hecho, a la vista del creciente impacto y relevancia de las relaciones entre entidades y clientes, se asigna al DCMR⁸⁶⁴ - de reciente creación - la función de supervisión de las conductas (frente a la Dirección General de Supervisión⁸⁶⁵).

La misma función esencial de asignación del ahorro a las necesidades de financiación desarrolla el mercado de valores. Si bien, en este caso, los suministradores de fondos se ponen en contacto con las personas o entidades necesitadas de financiación en el propio mercado de valores – principal mecanismo a través del cual se cumple la función de asignar el ahorro a la inversión – siendo necesario, a tal fin, la realización de

⁸⁶³ LUCIANO PAREJO, A y PALOMAR OLMEDA, A. “El sistema financiero”. En: LUCIANO PAREJO, A. (dir.). *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden Económico y sectores de referencia*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2014, pág. 880.

⁸⁶⁴ En el año 2014, el BE creó una División de Supervisión de Conductas de Entidades dependiente de la Secretaría General para reforzar la supervisión de esta área y separarla organizativamente de la Dirección General de Supervisión lo que permitiría aplicar enfoques supervisores más apropiados a los objetivos perseguidos. En el marco de la Memoria de la supervisión bancaria en España (2014), se ratifica que la protección de los consumidores es un área no traspasada al Mecanismo Único de Supervisión (MUS). Léase la Memoria de la supervisión bancaria en España, 2014. ISSN: 1695-4351 (edición electrónica), Madrid, 2015, pág. 33 y siguientes.

⁸⁶⁵ www.bde.es/bde/es/secciones/sobreelbanco/organizacion/organigrama.

negocios sobre valores (a distinguir entre negocios del mercado primario o de emisión y negocios del mercado secundario). El mercado primario permite a las empresas ponerse en contacto con los ahorradores para captar recursos financieros, mientras que, el mercado secundario permite a los ahorradores ponerse en contacto entre sí para realizar transacciones sobre valores (se proporciona, así, liquidez respecto de los valores previamente emitidos y adquiridos en el mercado primario). En este sector, la seguridad y eficacia se garantiza, entre otros aspectos, mediante la regulación de las conductas de los profesionales que prestan servicios de inversión. De modo que, una vez más, a la regulación del estatuto profesional se añade la de las normas de conducta aplicables a las relaciones entre las empresas de servicios de inversión y los clientes, especialmente, los clientes minoristas. La labor de supervisión de la CNMV se extiende a la verificación del cumplimiento de los deberes impuestos en virtud de ambas categorías de normas y abarca las facultades que su ejercicio requiere (*vid.* artículos 13 y 85 de la LMV).

Subraya ZUNZUNEGUI que, desde un punto de vista económico, el seguro es, asimismo, un mecanismo que permite asignar el ahorro a la inversión⁸⁶⁶. La actividad aseguradora supone el intercambio de una prestación presente y cierta - la prima - por una prestación futura e incierta - la indemnización -. Lo que exige garantizar, entre otros extremos, que cuando se produzca el siniestro que motive el pago de la indemnización la entidad aseguradora estará en posición de poder hacer frente a las obligaciones asumidas frente al cliente. Al igual que en los sectores anteriores, a la regulación del estatuto profesional se añade la de las normas de transparencia y de protección al cliente. De modo que, la labor de supervisión de la DGSFP comprende la supervisión financiera y la supervisión de conductas (*vid.* artículos 6 u) y 6 z) del Real Decreto 345/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y competitividad tras las modificaciones realizadas por el Real Decreto 672/2014, de 1 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica

⁸⁶⁶ ZUNZUNEGUI, F. *Derecho del Mercado Financiero*. Tercera Edición. Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2005, pág. 26.

de los departamentos ministeriales y el Real Decreto 345/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del ministerio de Economía y Competitividad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales [en adelante, el Real Decreto 672/2014]).

Como se avanzaba, esta distinción conceptual se halla claramente reflejada en el marco de la futura LOSSP que distingue el contenido de la “supervisión de conductas de mercado” por alusión a su función consistente en velar por la transparencia y el desarrollo ordenado del mercado de seguros, la libertad de los tomadores para decidir la contratación de los seguros y la aseguradora con la que contratan y, en general, la protección de tomadores, asegurados y beneficiarios promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines, de conformidad con lo dispuesto en la citada ley y en sus normas de desarrollo (*vid.* artículo 118 de la futura LOSSP). De modo que, la supervisión de conductas abarcaría la verificación, entre otros aspectos, del cumplimiento de la regulación que se localiza bajo el novedoso título de “conductas del mercado” (*vid.* Capítulo VII de su Título III) dedicado a la regulación de: las pólizas y tarifas (*vid.* artículos 94 y 95 de la futura LOSSP); el deber general de información al tomador (*vid.* artículo 96 de la futura LOSSP); los mecanismos de solución de conflictos (*vid.* artículo 97 de la futura LOSSP); la publicidad (*vid.* artículo 98 de la futura LOSSP) y la protección de datos de carácter personal (*vid.* artículo 99 de la futura LOSSP).

Expuesto lo anterior es en el nivel de relaciones entre proveedores y clientes en el que se desarrolla la labor de supervisión de las conductas de mercado. Su objetivo: la vigilancia en el cumplimiento de las correspondientes normas de transparencia y de protección del cliente - entre las cuáles, la LCDSF - y en general, la protección del cliente (*vid.* artículo 118 de la futura LOSSP)⁸⁶⁷.

⁸⁶⁷ Diferentemente la supervisión financiera en el sector de los seguros privados, comprendería, por un lado, la comprobación del sistema de gobierno, de la solvencia, de la constitución de provisiones técnicas, de los activos y de los fondos propios admisibles con arreglo a las normas que resulten de aplicación y por otro, la verificación del cumplimiento de las restantes obligaciones impuestas en la ley (en cuestión) y en sus normas de desarrollo de conformidad con la formulación de la futura LOSSP (*vid.* artículo 117 de la futura LOSSP). Formulación

No obstante, si bien, ambas modalidades de supervisión deben ser, conceptualmente, distinguidas atendiendo a su contenido, no ocurre lo mismo desde un punto de vista procedimental. La supervisión de conductas de mercado abarca el mismo tipo de actuaciones que la supervisión financiera (*vid.* artículo 71 de la LOSSP) o prudencial (*vid.* artículo 50 de la Ley 10/2014) (*vid.* artículo 85 de la LMV): el seguimiento a distancia, las visitas *in situ* (tanto a los servicios centrales de la entidad como a su red de oficinas) y, en su caso, la adopción de medidas correctoras cuando ello se considere necesario (como las recomendaciones, los requerimientos o las propuestas de incoación de expedientes sancionadores)⁸⁶⁸.

Existe una conexión funcional entre las reclamaciones presentadas por los clientes frente a los servicios competentes de las autoridades supervisoras y esta labor de supervisión: de los informes anuales de los correspondientes servicios de reclamaciones se infiere que la información obtenida de las reclamaciones presentadas por los clientes sirve de base para algunas de las actuaciones de supervisión en el ámbito específico de la supervisión de las conductas en el mercado⁸⁶⁹.

De ahí, en parte, la importancia que el legislador confiere al buen desarrollo en la atención y resolución de las quejas y reclamaciones de los clientes y que queda evidenciada en la propia configuración de algunas infracciones administrativas dirigidas a garantizar que los correspondientes departamentos y servicios de atención al cliente actúen como filtro eficiente ante los servicios de reclamaciones de las autoridades supervisoras, dando así, satisfacción a las legítimas pretensiones de los clientes⁸⁷⁰. Se

que, en parte, sigue la estela, inicialmente, marcada por la LOSSP (*vid.* artículo 71.2 de la LOSSP).

⁸⁶⁸ Sobre la potestad sancionadora y la potestad inspectora y sus principios léase RIVERO ORTEGA, R. *Derecho administrativo económico*. Sexta Edición, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Editorial Marcial Pons, 2013. Pág. 155 y siguientes.

⁸⁶⁹ Léase la Memoria de la supervisión bancaria en España, 2014. ISSN:1695-4351 (edición electrónica), Madrid, 2015, pág. 64 y 65.

⁸⁷⁰ En el ámbito de la protección al tomador, asegurado y beneficiario, la eficacia de la protección administrativa (*vid.* artículo 119 de la futura LOSSP) depende, en gran medida, - como ocurre en los demás sectores del mercado de servicios financieros - del grado de eficacia y de eficiencia alcanzado en la labor realizada por los servicios de atención al cliente y en su caso, por el defensor de cliente. De ahí, en parte, las medidas legislativas estratégicas adoptadas, hasta el momento, por algunos de los distintos órganos supervisores.

trata, básicamente, de infracciones dirigidas a reforzar una mayor eficiencia en la resolución de conflictos por parte de las instancias de las entidades afectadas.

En esta línea, son destacables algunas de las infracciones tipificadas en la Ley 20/2014 y en la LMV como la ausencia del servicio o departamento de atención al cliente (*vid.* artículo 99 *z septies* de la LMV) y su mal funcionamiento (*vid.* artículo 93 *s*) de la Ley 20/2014) (*vid.* artículo 100 *z quinquies* de la LMV). Asimismo, la futura LOSSP incorpora, por vez primera, en su listado de infracciones graves, la ausencia o el mal funcionamiento de los departamentos o servicios de atención al cliente, una vez que, transcurrido el plazo concedido al efecto por la DGSFP, no se haya procedido a la subsanación de las deficiencias detectadas por ésta (*vid.* artículo 195.18 de la futura LOSSP) y – dando un paso más - califica de leve el incumplimiento de la decisión emitida por el defensor del cliente de una entidad aseguradora cuando sea favorable a la

En este sentido, en el marco del informe anual de supervisión bancaria del BE, 2014, se describe la estrategia supervisora de las conductas de mercado que abarca, entre otras líneas de actuación, el control de un adecuado funcionamiento de los servicios de atención al cliente y/o defensores del cliente con el objeto de que actúen como filtro eficiente dando satisfacción a las legítimas pretensiones de los clientes. Léase la Memoria de la supervisión bancaria en España, 2014. ISSN: 1694-4351 (edición impresa), Madrid, 2015, pág.64.

La misma línea de actuación sigue la DGSFP. Desde el año 2010, el SRDGSFP viene aplicando una fórmula de seguimiento a distancia consistente, básicamente, en la obtención de información mediante un documento modelo en el que se solicitan datos sobre la actividad de los departamentos o servicios de atención al cliente y los defensores del cliente. Se pretende con ello que la información obtenida contribuya a mejorar el estudio de la actividad desarrollada por las distintas instancias encargadas de la atención y resolución de quejas y reclamaciones y a alcanzar un mejor conocimiento del grado de satisfacción de la clientela de las entidades aseguradoras.

Léase al respecto, Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2010, Madrid, 2011, pág.55. En el informe se hace constar que, frente al total de reclamaciones presentadas, la entidad aseguradora no emitió - en un 16,06% de las reclamaciones - pronunciamiento expreso que estimara o desestimara la pretensión del reclamante por diferentes causas (desistimiento del reclamante, firma de un finiquito, tribunales y trámite pericial del artículo 38 de la LCS). Los porcentajes de reclamaciones estimadas y no estimadas se mantienen, en el 2010, bastante igualados.

En años posteriores, la distancia entre las citadas cifras aumenta, de forma progresiva, con una cifra inferior de reclamaciones estimatorias de las pretensiones del reclamante. Sin embargo, en lo que concierne a la cifra de reclamaciones no resueltas, se mantienen porcentajes cercanos al anterior (16%) basándose en los mismos motivos. Léase: Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2011, Madrid, 2012, pág.45 y siguientes y Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2013, Madrid, 2014, pág.47 y siguientes.

reclamación planteada por el tomador, el asegurado, el beneficiario o el tercero perjudicado (*vid.* artículo 196.11 de la futura LOSSP).

2. EL PAPEL DEL DCMR, DE LA OAI (CNMV) Y DEL SRDGSFP: PRINCIPALES RECLAMACIONES DETECTADAS EN EL ÁMBITO DE LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS CON CONSUMIDORES

Tal y como se destaca en el marco de la Memoria de la supervisión bancaria en España (2014), uno de los aspectos claves para el desempeño de la labor de supervisión de conducta es la determinación y actualización del perfil de conducta de las entidades. Dicho perfil sirve de base - junto con otras informaciones disponibles - para la adopción de las correspondientes actuaciones supervisoras. Informaciones que provienen, entre otras fuentes: de los estados periódicos remitidos por las entidades, de las reuniones mantenidas con los representantes de la entidad y finalmente, del análisis de las reclamaciones presentadas ante el BE.

Como se ha apuntado – y ello es extensible a los tres sectores del mercado de servicios financieros -, la información extraída de las quejas y reclamaciones presentadas ante el órgano supervisor se halla en el origen de algunas actuaciones supervisoras como el seguimiento a distancia y la inspección *in situ*⁸⁷¹. De lo que cabe inferir la estrecha conexión funcional (a la que se aludía anteriormente) existente entre la labor de supervisión de las conductas del mercado y la de atención y resolución de las quejas y reclamaciones presentadas por los clientes ante el organismo supervisor (*vid.* artículos 30 y 31 de la Ley 44/2002 y artículo 31 de la Ley de economía sostenible) (*vid.* artículo 62 de la LOSSP y artículo 119 de la futura LOSSP).

⁸⁷¹ El SRDGSFP constata, en sus informes anuales, que la actividad por él desarrollada constituye una fuente de información para la supervisión de conductas de mercado de las entidades. De modo que, una vez detectadas ciertas prácticas, se comunican a los órganos correspondientes de los servicios de inspección. Léase al respecto: Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2010, Madrid, 2011, pág.111; Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2011, Madrid, 2012, pág.84 y siguientes y Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2013, Madrid, 2014, pág.83.

Valga, a partir de ahí, descender este análisis al estudio de las principales cuestiones planteadas en el marco de las reclamaciones recibidas en torno al cumplimiento de la LCDSF por parte de las entidades financieras.

A partir de los informes anuales de los servicios de reclamaciones (BE, CNMV y DGSFP) se constata que, las principales prácticas objeto de reclamación y/o de queja por contrarias a la LCDSF conciernen, mayoritariamente, al deber de información, a la carga de la prueba (en materia de información y de consentimiento para la celebración) y a la constancia de la celebración del contrato (*vid.* artículos 6, 7 y 17 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Así, respecto del mercado bancario, consta la emisión de tres informes por parte del - entonces - SRBE, en los que se pone de manifiesto la existencia de una deficiente comercialización de contratos de permuta financiera a través del canal de banca a distancia. En el primer supuesto, el producto se ofrece al cliente mediante un mensaje SMS a su teléfono móvil. Cuando el reclamante se dirige - al día siguiente - a la oficina bancaria le indican que ya ha contratado el producto por dicho canal con lo que, el cliente no estuvo de acuerdo exigiendo la inmediata cancelación a lo que la entidad responde exigiéndole un pago de 1.515 euros. El SRBE concluye apreciando una mala práctica bancaria consistente en ofertar el producto y posibilitar su inmediata contratación, sin haber cumplido los requisitos de información previa previstos en la LCDSF y no dejando constancia de la oferta del contrato y de su celebración en soporte duradero, tal y como exige la citada norma⁸⁷².

En el segundo supuesto, se reclama la cancelación unilateral de un contrato de permuta financiera por parte de la entidad con motivo de la novación de un préstamo y de la concesión de un segundo crédito. Se ofrece un segundo contrato de permuta financiera, sin embargo, cambian las tendencias alcistas del tipo de interés y el cliente solicita la cancelación del producto. El SRBE aprecia mala práctica bancaria, no sólo, por la cancelación unilateral y sin previo aviso del primer contrato, sino, también, en el proceso de comercialización del segundo contrato. En primer lugar, porque de las graba-

⁸⁷² Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009, Banco de España, Madrid, 2010, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.163 y 164. Número de expediente: 2009030508.

ciones telefónicas se desprende que, en todo momento, la entidad mostró al cliente un único escenario de tipos de interés alcista o moderadamente alcista; en segundo lugar, porque con posterioridad a la contratación telefónica no se hizo llegar al cliente el correspondiente documento contractual, tal y como exige la LCDSF⁸⁷³.

En el tercer supuesto, se comercializa un contrato de permuta financiera a través del servicio de banca a distancia y el cliente reclama la falta de información, de claridad y de transparencia sobre las condiciones del producto del que sólo le facilitaron un extracto con las condiciones particulares. El SRBE opina de forma desfavorable para la entidad basándose en el hecho que la LCDSF exige la constancia de la oferta, de la información previa y de la celebración del contrato. En el caso, no se acredita ninguno de estos tres aspectos, por lo que, se concluye que el comportamiento del banco no se ha ajustado a las buenas prácticas bancarias⁸⁷⁴.

Respecto del mercado de valores, la OAI destaca en su informe anual que varias de las reclamaciones planteadas conciernen a supuestos de contratación telefónica de permutas financieras y aplica los siguientes criterios en su resolución. La OAI resuelve asumiendo la validez operativa de la contratación telefónica, en la medida en que se haya advertido al cliente de que la conversación es, en sí misma, un acto de contratación que vincula a las partes y de que ésta va a quedar grabada. Sin embargo, estima que, en muchos de los supuestos analizados, faltan algunos elementos informativos importantes como son: la carencia de un derecho de desistimiento (contemplado en la LCDSF)⁸⁷⁵, la referencia específica a los posibles riesgos asociados al contrato y la existencia de la posibilidad o no de solicitar la cancelación anticipada del producto⁸⁷⁶.

Finalmente, respecto del mercado de seguros privados consta la existencia de un expediente de reclamación en relación con el cobro de ciertos gastos por desistimiento

⁸⁷³ Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009, Banco de España, Madrid, 2010, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.164 y 165. Número de expediente: 200905841.

⁸⁷⁴ Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009, Banco de España, Madrid, 2010, ISSN: 1695-4599 (edición impresa), pág.165 y 166. Número de expediente: 200905464.

⁸⁷⁵ Atención de reclamaciones y consultas, Memoria 2010, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.24.

⁸⁷⁶ Atención de reclamaciones y consultas, Memoria 2010, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, ISSN: 1889-0393 (edición impresa), pág.40 y 41.

en un contrato a distancia (2012). Por otro lado, el SRDGSFP confirma, de forma explícita, a partir de un análisis de datos estadísticos, que el tercer principal motivo de reclamación en el ramo de vida se origina, principalmente, en la fase de generación, concretamente, en la solicitud y proposición del seguro siendo este tipo de reclamación, especialmente, habitual en los seguros comercializados a distancia. Subraya el SRDGSFP que, básicamente, los reclamantes denuncian que no prestaron su consentimiento definitivo al contrato ofertado vía telefónica o vía telemática y añaden que sólo cuando reciben toda la documentación contractual pueden prestar, válidamente, su consentimiento al contrato propuesto. El SRDGSFP concluye, en relación con esta casuística, que la LCDSF impone a la entidad aseguradora la carga de la prueba del cumplimiento de sus obligaciones de información previa, así como, del consentimiento prestado para la celebración del contrato (2010)⁸⁷⁷.

3. POTESTAD SANCIONADORA: INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE ORDENACIÓN SECTORIAL Y TRANSPARENCIA

La potestad sancionadora constituye el elemento de cierre de la actividad supervisora puesto que, la eficacia de las normas de ordenación y transparencia depende de la existencia de unas facultades coercitivas suficientes, en manos de las autoridades supervisoras. El sistema de sanciones es el mecanismo a través del cual se garantiza el cumplimiento de la citada normativa incluida, la LCDSF.

Valga avanzar que, en sede de sanciones administrativas, la LCDSF, simplemente, se remite al sistema sancionador de la LSSICE, de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia o, en su caso, de la normativa sobre consumo, según corresponda (*vid.* artículo 18 de la LCDSF)⁸⁷⁸. De modo que, el incumplimiento de los deberes que la LCDSF dispone se hallará sujeto a las sanciones por infracción de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia o de la normativa de consumo, dependien-

⁸⁷⁷ Seguros y Fondos de Pensiones. Informe anual del Servicio de Reclamaciones 2009, Madrid, 2010, pág.26 y 27.

⁸⁷⁸ En efecto, la aplicación cumulativa de estas normas en el ámbito específico analizado es una manifestación más del principio de intervención mínima: basta someter los incumplimientos de la LCDSF a las sanciones administrativas previstas en dichas normas preexistentes, en lugar de promulgar una nueva regulación para sancionar las mismas conductas contrarias al principio de transparencia (*vid.* artículo 18 de la LCDSF).

do de si el proveedor es o no, una entidad financiera sujeta a la supervisión de las autoridades competentes del mercado de servicios financieros - Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Dirección General de Seguros Privados – (vid. artículos 18.2 y 18.3 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Si el proveedor es una entidad financiera sujeta a la supervisión de las autoridades competentes del mercado de servicios financieros (conforme al artículo 2.1 de la LCDSF), el incumplimiento de los siguientes deberes - por parte de las entidades descritas en el artículo 2.1 de la LCDSF - constituirá una infracción de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia. Fundamentalmente: el deber de dejar constancia de la oferta y de la celebración del contrato en soporte duradero; el deber de información previa; el deber de comunicación de la información previa y de las condiciones contractuales en fase de generación del contrato y la prohibición en materia de servicios financieros no solicitados (vid. artículo 18.2 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

En este sentido, dispone la LCDSF que las disposiciones que observan las citadas obligaciones se considerarán normas de ordenación y de transparencia (vid. artículo 18.2 de la LCDSF)⁸⁷⁹. Lo que comporta que su incumplimiento quedará sujeto al sistema sancionador de la normativa sectorial sobre ordenación y transparencia (vid. artículo 18.2 de la LCDSF) (vid. artículos 92 f), 92 x), 93 d), 93 f) y siguientes de la Ley 10/2014) (vid. artículos 100 q) y 101.2 b) de la LMV) (vid. 93 o), 94 a), 94 e), 94 i), 94 y), 94 j) y 95 c) y siguientes de la Ley 22/2014 de entidades de capital riesgo; artículos 80 u), 80 z *septies*), 81 a), 81 f), 81 l), 81 z) *quinquies*) y 82 b) de la LIIC) (vid. artículos 40.3 b), 40.4 b) de la LOSSP; artículos 35.3 ñ), 35.3 r), 35.4 ñ) y 35.4 u) de la LPFP; artículos 55.2 c), 55.2 k), 55.3 a), 55.3 e), 55.3 g) y 55.4 de la Ley 26/2006) (primer y tercer bloques normativos).

⁸⁷⁹ El artículo dispone que: "(...) En el caso de proveedores de servicios financieros incluidos en el artículo 2.1 de la presente Ley ,se considerarán normas de ordenación y de disciplina las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la obligación de dejar constancia de las ofertas y de 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. (...)."

Una infracción sectorial bastante común y con especial incidencia en el ámbito específico analizado es la realización de operaciones o de actos prohibidos por normas de ordenación y de disciplina con rango de ley o con incumplimiento de los requisitos previstos en las mismas. A la anterior infracción se añaden otras por incumplimiento de ciertos deberes de información en fase de generación; por prácticas consistentes en el cargo de comisiones por servicios que no hayan sido, efectivamente, prestados y por incumplimiento de normas de protección del cliente (por ejemplo, normas de conducta o, en general, normas de protección de los legítimos intereses de los clientes – en sede de transparencia, de información precontractual o de especialidades en la contratación electrónica o a distancia...) (*vid.* artículo 93 *f*) de la Ley 10/2014 y artículo 100 *t*) de la LMV).

El carácter reiterado de la conducta observada es uno de los factores considerados e influye en la calificación de las infracciones como muy graves, graves o leves (*vid.* artículos 92 *f*), 92 *y*), 93 *d*) y 93 *u*) de la Ley 10/2014) (*vid.* artículos 99 *z*), 100 *t*) y 101.2 *b*) de la LMV) (*vid.* artículos 40.3 *b*) y 40.4 *b*) de la LOSSP⁸⁸⁰; artículo 35.3 *r*) de la LPFP y artículos 55.2 *c*) y 55.3 *a*) de la Ley 26/2006) (primer bloque normativo). Junto con este factor, suele considerarse, obviamente, el carácter ocasional o aislado de la actuación e incluso el hecho de haber incurrido en la misma infracción durante un determinado plazo de tiempo anterior (*vid.* artículos 92 *f*), 92 *y*), 93 *d*) y 93 *u*) de la Ley 10/2014) (*vid.* artículos 99 *z*), 100 *q*) y 100 *t*) de la LMV) (*vid.* artículos 40.3 *b*), 40.3 *p*), 40.4 *b*) y 40.4 *p*) de la LOSSP; artículo 35.3.*r*) de la LPFP; artículos 55.2 *c*), 55.2 *g*),

⁸⁸⁰ Como novedades más destacables, la futura LOSSP incide, de forma especial, en infracciones contrarias a la normativa sobre transparencia y protección de los derechos de los usuarios, en coherencia con el contenido y objetivos de la supervisión de conductas (*vid.* artículo 118 de la futura LOSSP). Se califica de infracción muy grave los comportamientos consistentes en actos u operaciones contrarios a las normas de transparencia de mercado y de protección de los derechos de los usuarios en el ámbito de los seguros, siempre que, por el número de afectados, la reiteración de la conducta o los efectos sobre la confianza de la clientela y la estabilidad del sistema financiero, tales incumplimientos puedan estimarse como, especialmente, relevantes (*vid.* artículo 194.17 de la futura LOSSP). La misma práctica se incorpora en el listado de infracciones graves mereciendo tal calificación, siempre y cuando su realización no suponga la comisión de una infracción muy grave. Lo que viene determinado por la falta de concurrencia de las circunstancias, explícitamente, previstas en el artículo 194.17 (*vid.* artículo 195.16 de la futura LOSSP). La misma práctica se califica de leve siempre y cuando no constituya una infracción grave o muy grave (*vid.* artículo 196.9 de la futura LOSSP).

55.3 a) y 55.3 e) de la Ley 26/2006) - frecuentemente, de cinco o de dos años coincidiendo con algunos plazos de prescripción de infracciones – (*vid.* artículo 95 de la Ley 10/2014) (*vid.* artículo 101.*bis* de la LMV) (*vid.* artículo 45 de la LOSSP y artículo 58 de la Ley 26/2006).

Por consiguiente, asumiendo que el carácter reiterado de una determinada práctica constituye un elemento determinante de la tipificación de las infracciones sectoriales sorprende que, respecto de determinadas categorías de servicios, la LCDSF se limite a observar como infracciones relevantes las que merezcan la calificación de graves omitiendo mención alguna a las infracciones muy graves, algunas de las cuáles podrían ser relevantes a efectos de la LCDSF (*vid.* artículo 18.2 a) y 18.2 b) de la LCDSF). Por ejemplo, las que consisten en infracciones graves que por haber sido realizadas, de forma reiterada, en un determinado plazo de tiempo merezcan la calificación de muy graves⁸⁸¹ (*vid.* artículos 18.2 a) y 18.2 b) de la LCDSF) (*vid.* artículo 92 y) de la Ley 10/2014). Por otro lado, la LCDSF omite, asimismo, la consideración de infracciones leves. Lo que, posiblemente, se deba a la asunción de la idea que las infracciones a la LCDSF responden a actuaciones habituales y reiteradas dado que se enmarcan en un sistema de venta o de prestación de servicios financieros a distancia (*vid.* artículos 18.2 a), 18.2 b), 18.2 c), 18.2 d), 18.2 e) y 4.1 de la LCDSF) (tercer bloque normativo) organizado por el proveedor que actúa a título profesional: lo que implica actos habituales y reiterados.

En lo que concierne a las entidades sujetas al ejercicio de la potestad sancionadora se aplica, fundamentalmente, lo previsto en el marco de la Ley 10/2014, de la LMV y de la

⁸⁸¹ Los artículos 18.2 a) y 18.2 b) de la LCDSF se remiten, simplemente, a las infracciones graves de la Ley 10/2014 y de la LMV cuando algunas de las infracciones muy graves previstas en una u otra norma pueden constituir incumplimientos relevantes a los efectos de la LCDSF (*vid.* artículo 92 f) de la Ley 10/2014) (*vid.* artículo 99 z) de la LMV). En este sentido, es destacable la infracción muy grave prevista en la Ley 10/2014 consistente en la realización de actos u operaciones prohibidos por normas de ordenación y de disciplina con rango de ley o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, salvo que tengan un carácter meramente ocasional o aislado (*vid.* artículo 92 f) de la Ley 10/2014); así como, la infracción grave – prevista en la LMV – en los casos en que, durante los cinco años anteriores a su comisión, hubiera sido impuesta al infractor sanción por el mismo tipo de infracción que merece la calificación de muy grave a la vista de su carácter reiterado (*vid.* artículo 99 z) de la LMV).

LOSSP⁸⁸². De modo que, a grandes rasgos, la potestad sancionadora se proyecta sobre el conjunto de sujetos y mercados sometidos a la supervisión del BE, de la CNMV y de la DGSFP (*vid.* artículos 56 y 89 de la Ley 10/2014) (*vid.* artículo 84 de la LMV) (*vid.* artículos 40 y 42 de la LOSSP y artículos 190 y 192 de la futura LOSSP⁸⁸³)⁸⁸⁴.

En cualquier caso, vista la existencia de diversas autoridades supervisoras, las labores de supervisión y de sanción deberán realizarse de forma coordinada para evitar solapamientos y duplicidades.

⁸⁸² Respecto del mercado bancario, ello incluye, no sólo, las entidades de crédito y otras entidades sujetas al control e inspección del BE sino, también, a sus administradores y directivos - a quienes es posible sancionar por la comisión de infracciones muy graves o graves cuando estas sean imputables a su conducta dolosa o negligente – y a los titulares de participaciones significativas de las entidades de crédito. Es más, la potestad sancionadora se extiende, asimismo, a personas y entidades que pretendan irrumpir en el mercado sin haber cumplido las condiciones de acceso dispuestas en la Ley 10/2014 (*vid.* artículo 89 de la Ley 10/2014).

Respecto del mercado de valores, ello incluye, por un lado, aquellos sujetos cuyo régimen jurídico se establece en la propia LMV y cuya actuación se encuentra sometida, de forma plena, a la supervisión de la CNMV (entre otros, las sociedades rectoras de mercados secundarios oficiales, sociedad de sistemas, la sociedad de bolsas, las empresas de servicios de inversión españolas y las no comunitarias que operen en España) y por otro lado, aquellos sujetos no regulados por la LMV cuya supervisión por parte de la CNMV se halle limitada a sus actuaciones relacionadas con el mercado de valores (entre otros, sucursales en España de entidades de crédito autorizadas en otro Estado Miembro, empresas de servicios de inversión comunitarias que operen en España) (*vid.* artículo 84 de la LMV). Igualmente, la responsabilidad administrativa sancionable será extensible a quienes ostenten de hecho o de derecho cargos de administración o de dirección de las entidades sujetas a la LMV (*vid.* artículos 84 y 95 de la LMV).

Finalmente, respecto del mercado de seguros, ello incluye las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, incluidas las actividades que realicen en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios y las entidades que se listan en el artículo 40 de la LOSSP (*vid.* artículos 71 y 40 de la LOSSP).

⁸⁸³ La futura LOSSP somete a supervisión de la DGSFP las entidades aseguradoras y reaseguradoras autorizadas para operar en España incluidas las actividades que realicen a través de sucursales y en régimen de libre prestación de servicios (*vid.* artículo 109 de la futura LOSSP) y atribuye la condición de sujetos infractores a los que incurren en acciones u omisiones tipificadas como infracción de la citada ley (*vid.* artículo 190 de la futura LOSSP).

⁸⁸⁴ Sobre la supervisión y sanción en los mercados de valores y bancario, léase: DÍEZ DE LOS RÍOS FLORES, M. “La supervisión, inspección y sanción de los intervinientes en el mercado de valores”. En: CAMPUZANO, A.B.; CONLLEDO LANTERO, F. y PALOMO ZURDO, R.J. (dir.). *Los mercados financieros*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, pág. 397 y siguientes y MELÉNDEZ HUELIN, O. “La supervisión, inspección y sanción de las entidades de crédito”. En: CAMPUZANO, A.B.; CONLLEDO LANTERO, F. y PALOMO ZURDO, R.J. (dir.). *Los mercados financieros*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, pág. 251 y siguientes.

A tal fin, se observan, por un lado, deberes recíprocos de cooperación entre autoridades en el ejercicio de las funciones asignadas (por ejemplo, mediante el intercambio de información, la asistencia y colaboración en actividades de investigación, los colegios supervisores)⁸⁸⁵. Y por otro, se adecúan las competencias a los principios del Estado Miembro de origen y de reconocimiento mutuo para un adecuado reparto de las mismas entre las autoridades supervisoras de los Estados Miembros. La aplicación de ambos principios comporta que (i) la autorización obtenida en un Estado Miembro sea válida respecto de los demás Estados Miembros de la Unión Europea sin que la entidad en cuestión deba obtener una nueva autorización para operar en el territorio de otro Estado Miembro y que (ii) el control del cumplimiento de las normas prudenciales corresponda al Estado Miembro de origen.

Es más, por regla general, corresponde el control de las normas prudenciales (dirigidas a garantizar su solvencia y viabilidad) a la autoridad del Estado Miembro de origen de la entidad, mientras que, el cumplimiento de las normas de conducta se ha venido atribuyendo al Estado miembro de acogida en la medida en que el interés general de la defensa de los consumidores pueda justificar, en determinadas circunstancias y/o con determinadas exigencias, la aplicación de las normas de conducta del Estado Miembro de acogida. Sin embargo, tal y como subraya ZUNZUNEGUI, se tiende hacia la aplicación de las normas de conducta por parte del Estado Miembro de origen. Esta tendencia se produce forma progresiva a medida que se va avanzando en la labor legislativa de convergencia de normas de conducta y sobre información precontractual^{886 887}.

⁸⁸⁵ DÍEZ DE LOS RÍOS FLORES, M. “La supervisión, inspección y sanción de los intervinientes en el mercado de valores”. En: CAMPUZANO, A.B.; CONLLEDO LANTERO, F. y PALOMO ZURDO, R.J. (dir.). *Los mercados financieros*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, pág. 397 y siguientes. Subraya el autor que, en relación con las autoridades competentes de los terceros Estados se reconoce la posibilidad de celebrar acuerdos de cooperación que prevean el intercambio de información, si bien con mayores restricciones, destinadas, principalmente, a garantizar el secreto profesional y un uso adecuado de la información revelada o con base en el principio de reciprocidad.

⁸⁸⁶ En lo que concierne a la provisión en línea de servicios financieros *on line* la DCE anuncia futuras iniciativas en el campo de los servicios financieros, en particular, en relación con la futura armonización de normas de conducta en este terreno. Lo que se pretende con ello es que el principio del país de origen se aplique en la práctica y comprenda todos los servicios financieros y técnicas de venta a distancia (*vid.* considerando 27 de la DCE).

Este planteamiento del Estado Miembro de origen (salvo excepciones) es el que se aplica en el ámbito de la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores siguiéndose un enfoque que está en línea con el de la DCE y de la LSSICE⁸⁸⁸ (*vid.* artículo 2.4 de la LCDSF) (*vid.* considerandos 5, 6, 10, 19, 22, 24, 27⁸⁸⁹ y artículos 2 c), 3⁸⁹⁰, 4 y 19 de la DCE) (*vid.* artículos 2, 3, 7, 8 y 11 de la LSSICE): en ambos casos se parte de la premisa que el control de los servicios en línea o a distan-

⁸⁸⁷ ZUNZUNEGUI, F. *Derecho del Mercado Financiero*. Tercera Edición, Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2005, pág. 82 y 83.

⁸⁸⁸ La Exposición de motivos de la LSSICE dispone: "(...) El lugar de establecimiento del prestador de servicios es un elemento esencial en la Ley, porque de él depende el ámbito de aplicación no sólo de esta Ley (...). Asimismo, el lugar de establecimiento del prestador determina la ley y las autoridades competentes para el control de su cumplimiento, de acuerdo con el principio de la aplicación de la ley del país de origen que inspira la Directiva 2000/31/CE. Por lo demás, sólo se permite restringir la libre prestación en España de servicios de la sociedad de la información procedentes de otros países pertenecientes al Espacio Económico Europeo en los supuestos previstos en la Directiva 2000/31/CE, que consisten en la producción de un daño o peligro graves contra ciertos valores fundamentales como el orden público, la salud pública o la protección de los menores. Igualmente, podrá restringirse la libre prestación de servicios provenientes de dichos Estados cuando afecten a algunas de las materias excluidas del principio de país de origen, que la Ley concreta en su artículo 3, y se incumplan las disposiciones de la normativa española que, en su caso, resulte aplicable a las mismas. (...)" [subrayado añadido]

⁸⁸⁹ Los considerandos 22, 24 y 27 de la DCE son bastante claros. El considerando 22 establece que el control de los servicios de la sociedad de la información debe realizarse en el origen de la actividad para garantizar que se protege, de forma eficaz, los intereses generales. Se añade que es indispensable precisar con claridad la responsabilidad del Estado Miembro de origen para mejorar la confianza mutua entre Estados Miembros. El considerando 24 añade que pese a la regla del control en el origen resulta legítimo que, en las condiciones establecidas (por la DCE), los Estados Miembros puedan adoptar medidas dirigidas a restringir la libre circulación de servicios de la sociedad de la información. El considerando 27 puntualiza que la posibilidad de restringir la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información a fin de proteger a los consumidores abarca, también, medidas en el ámbito de los servicios financieros, en particular, medidas de protección de los inversores y que la DCE junto con la DCDSF crean un marco jurídico para la provisión en línea de servicios financieros. Se añade que la DCE no impide la futura adopción de medidas, en el ámbito de los servicios financieros, en particular, la armonización de normas de conducta en este terreno.

⁸⁹⁰ La DCE pretende garantizar la libre prestación de servicios de la sociedad de la información. A tal fin, se parte de la regla general que (i) los Estados Miembros no pueden restringir la libre prestación de servicios, es decir, no pueden adoptar medidas que obstaculicen o que hagan menos atractiva la prestación de servicios desde otros Estados Miembros y que (ii) estas restricciones, únicamente, son justificables si se contemplan en algunas de las excepciones recogidas en el Anexo a la DCE o si son notificadas por un Estado Miembro con arreglo al artículo 3. De modo que, conforme a este enfoque, por aplicación del artículo 2 de la LCDSF y en su caso, del artículo 3 de la LSSICE, España, en tanto que Estado Miembro de acogida sólo puede restringir la libre prestación de servicios, en los casos y en la medida en que así lo admitan las excepciones al planteamiento del mercado interior.

cia puede realizarse, de forma más rápida y eficaz, en el Estado Miembro en el que esté establecido el prestador⁸⁹¹.

De ahí que, el artículo 2.1 de la LCDSF disponga bajo el título de “Ámbito subjetivo de aplicación”, que ésta se aplica a los contratos de servicios financieros prestados a distancia (entre otros) por las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las sociedades 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 que figuren inscritas en algunos de los registros de entidades a cargo del BE, de la CNMV y de la DGSFP⁸⁹². Así como, a los servicios financieros prestados por proveedores (distintos a los anteriores) establecidos en España y a los servicios que se ofrezcan en a través de un establecimiento permanente en España.

4. OTROS ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS

Como se ha apuntado al inicio, los incumplimientos de la LCDSF pueden quedar sometidos a las sanciones previstas en la LSSICE, en la regulación sobre ordenación y transparencia aplicable al mercado de servicios financieros y/o en algunas normas de

⁸⁹¹ La aplicación del principio del Estado Miembro de origen exige que el Estado en el cual se reciba el servicio confiará en las medidas adoptadas por el primero. De ahí, la importancia de la confianza y la cooperación entre Estados Miembros que apunta el propio artículo 19 de la DCE. El cual no sólo obliga a un control eficaz por parte del Estado Miembro de origen sino que reconoce al Estado Miembro donde se reciba el servicio el derecho a obtener cualquier información necesaria.

⁸⁹² Esta regla general se acompaña de una regla especial. En su virtud, la LCDSF se aplica, asimismo, a otras entidades no españolas – concretamente, a los proveedores de servicios establecidos en otro Estado Miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo – cuando el destinatario radique en España y resulten afectadas las siguientes materias: (i) emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva; (ii) actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios; (iii) obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas que tengan la condición de consumidores; (iv) régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato; (v) licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitada (*vid.* artículo 2.3 de la LCDSF) (*vid.* artículo 3.1 de la LSSICE).

consumo, de conformidad con las correspondientes fórmulas de remisión de la LCDSF (*vid.* artículo 18 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Así, si la modalidad de contratación a distancia utilizada es el comercio electrónico, las infracciones por incumplimiento de algunos de los deberes de transparencia previstos en la LCDSF estarán sujetas a la aplicación de las correspondientes sanciones de la LSSICE para dotar al consumidor de una protección, especialmente, adaptada a las peculiaridades de la modalidad de contratación a distancia (*vid.* artículo 18.1 de la LCDSF) (*vid.* artículos 38 y siguientes de la LSSICE) (segundo y tercer bloques normativos).

Ello, sin perjuicio del hecho que, la aplicación de la LSSICE y/o de la LCDSF – que confieren una protección por razón de la modalidad de contratación a distancia y/o del modo de comercialización, respectivamente – no es obstáculo a la aplicación cumulativa de las sanciones administrativas previstas en las normas de carácter sectorial o en las normas de consumo.

4.1. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Como se ha apuntado, el incumplimiento de determinados requisitos contemplados en la LCDSF se halla sujeto, en su caso, al sistema sancionador de la LSSICE. El artículo 18.1 dispone que las sanciones de la LCDSF se aplican, de forma subsidiaria, a las previstas en la LSSICE. Subsidiariedad que, por otro lado, encaja con la idea apuntada en el marco de la Exposición de motivos de la LSSICE consistente en que su regulación parte de la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan. De modo que, la LSSICE se ocupa, tan sólo, de aquellos aspectos que, por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por dicha regulación.

A partir de ahí, el área de convergencia entre una y otra norma determina que sea el incumplimiento de los siguientes requisitos el que active las sanciones de la LSSICE. Básicamente: las restricciones al envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente; el deber de informa-

ción previa y el deber de poner a disposición las condiciones generales que se incorporan al contrato (*vid.* artículos 7, 9 y 13 de la LCDSF) (*vid.* artículos 10, 21 y 27 de la LSSICE) (segundo y tercer bloques normativos).

Las infracciones se clasifican en muy graves, graves o leves. Si bien, en el ámbito específico analizado, el incumplimiento de los citados deberes da lugar, básicamente, a infracciones graves o leves.

Se califican como graves, ciertas infracciones en las que, bien, concurre una nota de habitualidad; bien, el incumplimiento es susceptible de ser considerado “significativo” a la vista de las circunstancias concurrentes (*vid.* artículos 38.3 *b*), 38.3 *c*), 38.3 *d*), 38.3 *e*), 38.3 *f*), 38.3 *h*) y 38.3 *i*) de la LSSICE). Por ejemplo, el envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 alusivo a la solicitud o autorización previas por parte del destinatario (*vid.* artículo 38.3 *c*) de la LSSICE)⁸⁹³ y determinados incumplimientos “significativos” en relación con el deber de información consistentes en la omisión de ciertas informaciones (*vid.* artículos 38.3 *b*) de la LSSICE) como: el nombre o denominación social del proveedor; 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 (*vid.* artículo 10.1 *a*) de la LSSICE) o el precio indicándose, si se incluyen o no, los impuestos aplicables y en su caso, los gastos de envío (*vid.* artículo 10.1 *f*) de la LSSICE). Finalmente, el hecho de no poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, se sujete el contrato en la forma prevista en el artículo 27 de la LSSICE (*vid.* artículo 38.3 *e*) de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

⁸⁹³ Este artículo tal y como está, actualmente, redactado plantea dificultades de interpretación en torno al concepto de envío masivo. Resulta difícil concretar qué número de comunicaciones deben haber sido realizadas y en qué plazo de tiempo para considerar que ha habido un envío masivo. Aspectos que la LSSICE resolvía y concretaba en su redacción anterior, en cuyo marco, se equiparaba el envío masivo al realizado en el plazo de un año y consistente en más de tres comunicaciones comerciales dirigidas a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 21 de la LSSICE.

Se califican como leves algunas de las siguientes infracciones que carecen de la nota de habitualidad o del carácter significativo del incumplimiento propias de algunas infracciones graves (*vid.* artículos 38.4 *b*), 38.4 *d*) y 38.4 *e*) de la LSSICE). Básicamente, no informar en la forma prescrita en el artículo 10 sobre los siguientes aspectos, entre otros: los datos de inscripción en el Registro Mercantil o aquel otro registro en el que estuvieren inscritos para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad (*vid.* artículo 10.1 *b*) de la LSSICE); en su caso, los datos de la autorización administrativa previa y/o los datos del órgano competente encargado de su supervisión (*vid.* artículo 10.1 *c*) de la LSSICE); los datos exigibles en los casos en que el proveedor ejerza una profesión regulada (*vid.* artículo 10.1 *d*) de la LSSICE); el número de identificación fiscal (*vid.* artículo 10.1 *e*) de la LSSICE) y los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente (*vid.* artículo 10.1 *g*) de la LSSICE). Así como, la omisión del nombre o la denominación social del proveedor; 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 (*vid.* artículo 10.1 *a*) de la LSSICE) o el precio indicándose, si se incluyen o no, los impuestos aplicables y en su caso, los gastos de envío (*vid.* artículo 10.1 *f*) de la LSSICE), en los casos en que dicha omisión no constituya una infracción grave (*vid.* artículo 38.3 *b*) de la LCDSF) (segundo bloque normativo).

A las anteriores infracciones se aplican las siguientes sanciones que abarcan desde la imposición de multas de mayor o menor cuantía en función de la calificación de la infracción (*vid.* artículo 39.1 de la LSSICE) a la exigencia de la publicación de la resolución en distintos medios, en caso de infracciones graves (y previa consideración de la repercusión social de la infracción cometida - por el número de usuarios o de contratos afectados y la gravedad del ilícito -) (*vid.* artículo 39.2 de la LSSICE) y finalmente, la imposición de cierta colaboración a los prestadores de servicios de intermediación en el sentido de impedir el acceso desde España a los servicios de la sociedad de la información - por un plazo de un año en las infracciones graves o de seis meses en las infracciones leves – cuando las infracciones hubieren sido realizadas por prestadores de servicios establecidos en Estados que no sean miembros de la Unión Europea o

del Espacio Económico Europeo (*vid.* artículos 11 y 39.3 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

De lo anterior se infiere que las sanciones de la LSSICE pueden dotar al consumidor de una protección más adaptada a las peculiaridades del medio, particularmente, a la globalidad de Internet (*vid.* artículos 11 y 39.3 de la LSSICE) y a su elevada capacidad de expansión (*vid.* artículo 39.2 de la LSSICE) (segundo bloque normativo).

En lo que concierne a las entidades sujetas al ejercicio de la potestad sancionadora, la LSSICE dispone que los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos al régimen sancionador previsto en la misma “cuando la presente Ley les sea de aplicación” (*vid.* artículo 37 de la LSSICE) (segundo bloque normativo). Lo que se determina atendiendo al lugar de establecimiento.

En efecto, el artículo 2 extiende su ámbito de aplicación a los prestadores que se hallen establecidos en España (y a los servicios prestados por ellos) y a los servicios que se ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España.

Respecto de los primeros, concreta la LSSICE que, el prestador se halla establecido en España cuando su residencia habitual o domicilio social coincidan con el lugar en que, efectivamente, esté centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios, añadiéndose que, en otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección (*vid.* artículo 2.1 de la LSSICE). Es más, la determinación del lugar de establecimiento se completa a través de una presunción a favor del prestador o de algunas de sus sucursales inscritas en el Registro Mercantil o en otro registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica. Se añade que la utilización de medios tecnológicos localizados en España no servirá para determinar, por sí solo, el establecimiento del prestador en España (*vid.* artículo 2.3 de la LSSICE). Respecto de los segundos, dispone la LSSICE su aplicación a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores o residentes domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente en España. Concepto que se asocia al hecho que el prestador disponga en España, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice

todo o parte de su actividad (*vid.* artículo 2.2 de la LSSICE) (segundo bloque normativo)⁸⁹⁴.

De este artículo 2.2 debe inferirse, lo que ya en su día aclaró la Comisión Europea: cuando los servicios de la sociedad de la información son proporcionados por una sucursal de un Estado Miembro, el Estado Miembro donde esté situada la sucursal es el “país de origen” de los servicios prestados y es, por lo tanto, el Estado miembro cuyas normas deberá respetar la sucursal en la prestación de los servicios de la sociedad de la información (*vid.* artículo 2.2 de la LSSICE) (segundo bloque normativo). Sin que ello afecte ni altere la transferencia de competencias del país de acogida al país de origen ya realizadas en materia de supervisión de sucursales que sigue siendo válida. De modo que, según dispuso la Comisión Europea, la DCE no altera las disposiciones

⁸⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm.144/2013 de 4 de marzo (fundamentos de derecho primero, segundo, tercero y cuarto). El actor interpone demanda de protección de su honor contra Google Inc. cuyo domicilio social se halla en Estados Unidos y contra su director ejecutivo. La conducta que se les imputaba era permitir el enlace a una serie de contenidos informativos en los que se hacía referencia al actor como imputado en la Operación Malaya. El actor se puso en contacto, en reiteradas ocasiones, con Google Inc. solicitando la retirada de los contenidos, sin embargo, esta no los retiró. La Audiencia Provincial al igual que el Juzgado de primera instancia confirmó la aplicación de la exoneración de responsabilidad de Google al considerar (i) que la entidad se limitaba a facilitar enlaces a contenidos y (ii) que no había actuado de forma negligente al no retirar los contenidos, visto el contenido de las comunicaciones de la demandante: que simplemente solicitaba a Google la retirada y sólo, en uno de los casos, informó sobre la existencia de un procedimiento judicial sin que constara la remisión de una copia de la resolución dictada (hecho que la Audiencia consideró como suficiente para entender cumplido la falta de requisito de un “conocimiento efectivo” del carácter ilícito de la información [*vid.* artículo 17 de la LSSICE]). Por otro lado, y en lo que concierne al concepto de establecimiento permanente del artículo 2 de la LSSICE, la demandante plantea su discrepancia con la aplicación territorial de la LSSICE al caso. Entiende la sentencia de instancia que la LSSICE se aplica al caso en tanto que la demandada – Google Inc. – opera en España a través de una oficina de ventas permanente situada en Madrid. Extremo que la demandante no considera acreditado a través de la prueba practicada, en concreto de la declaración de la representante legal de la demandada que niega ostentar la representación de Google Inc. Concluye el Tribunal Supremo que la aplicación de la LSSICE al caso es correcta al constar acreditado en el procedimiento que Google Inc. dispone, conforme al artículo 2 de la LSSICE, de una oficina de ventas en España, según su propia información corporativa disponible, concepto que ha de encuadrarse en el supuesto de domicilio fuera de España, pero con disponibilidad de forma continuada o habitual de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice todo o parte de su actividad.

vigentes en materia de supervisión prudencial de las entidades de servicios financieros⁸⁹⁵.

Por otro lado, respecto de los prestadores de servicios establecidos en Estados no miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, la LSSICE dispone que les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 7.2 y 11.2 de la LSSICE. El artículo 7.2 establece que la aplicación de la libre prestación de servicios a los prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo se atenderá a los acuerdos internacionales que resulten de aplicación (*vid.* artículo 7.2 de la LSSICE). Mientras que, el artículo 11.2 observa la posibilidad de impedir el acceso desde España a determinados servicios o contenidos procedentes de los citados prestadores ordenando a los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados, respectivamente. Mecanismo al que el órgano competente podrá recurrir si lo estimara necesario para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción del servicio o la retirada de contenidos procedentes de un prestador establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo.

Finalmente, la potestad sancionadora corresponde al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información en el caso de infracciones graves o leves (*vid.* artículo 43 de la LSSICE).

4.2. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE CONSUMO

El incumplimiento de ciertas disposiciones de la LCDSF constituye infracción en sede de consumo, si es realizado por un proveedor que no se halle sometido a la supervisión de las autoridades competentes del mercado de los servicios financieros quedando sujeto a lo previsto en el Título IV del Libro Primero del Real Decreto Legislativo

⁸⁹⁵ “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre comercio electrónico y servicios de la sociedad de la información”. 7 de febrero de 2001, COM (2001) 66 final, pág.19.

1/2007 (*vid.* artículos 7, 9, 13, 14 y 18.3 de la LCDSF) (*vid.* artículos 48 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007) (tercer bloque normativo).

Así lo dispone, el artículo 18.3 de la LCDSF aplicable a los proveedores de servicios financieros distintos de los contemplados en el artículo 2.1 de la LCDSF. Lo que incluye, entre otros, a los profesionales en las actividades de concesión de créditos al consumo (*vid.* artículos 2 y 34.1 de la nueva LCC), de préstamos o de créditos hipotecarios y de servicios de intermediación de préstamos (*vid.* artículos 1 y 9.1 de la Ley 2/2009)⁸⁹⁶. De ahí que, tanto la nueva LCC como la Ley 2/2009 dispongan que el incumplimiento de los correspondientes deberes será sancionado como infracción en materia de consumo aplicándose lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2007 (*vid.* artículos 46 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007) (tercer bloque normativo).

Partiendo de la zona de convergencia entre una y otra norma, las infracciones consisten, básicamente, en el incumplimiento de los deberes de información y de documentación (*vid.* artículo 49.2 *b*) del Real Decreto Legislativo 1/2007); en el envío con pretensión de cobro de servicios no solicitados (*vid.* artículo 49.2 *b*) del Real Decreto Legislativo 1/2007) y en el incumplimiento de la regla del consentimiento en el uso de técnicas de comunicación a distancia que requieran dicho consentimiento. Las citadas infracciones podrán calificarse por las autoridades competentes como muy graves, graves o leves atendiendo, entre otros criterios, a la posición de mercado del infractor, a la cuantía del beneficio obtenido, al grado de intencionalidad y a la alteración social producida (*vid.* artículo 50 del Real Decreto Legislativo 1/2007) (tercer bloque normativo).

⁸⁹⁶ Léase la Exposición de motivos de la Ley 2/2009. Tras aludir al vertiginoso crecimiento del crédito hipotecario vinculado al incremento de la demanda en el mercado inmobiliario, se incide en que en el ordenamiento español esta actividad no está reservada a las entidades de crédito – que cuentan con una regulación sectorial específica al respecto –. Cuando dicha actividad es desarrollada por otro tipo de empresas queda sometida, únicamente, a la legislación general de protección de los consumidores sin otras exigencias particulares ni un marco específico de garantías exigible por quienes contratan préstamos o créditos hipotecarios con esas empresas. En la misma línea, se incide en la proliferación de actividades de intermediación de préstamos que se hallan, igualmente, sometidas, de forma exclusiva, a la legislación mercantil y civil y a las normas generales de protección de los consumidores y usuarios.

De hecho, las infracciones señaladas merecerán, en todo caso, la calificación de muy graves cuando exista reincidencia o el volumen de facturación alcanzado a que se refiere la infracción sea superior a la cuantía de 601.012,10 euros (*vid.* artículo 50.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007) (tercer bloque normativo).

A las citadas infracciones se aplican las siguientes sanciones que abarcan desde la imposición de multas de mayor o menor cuantía en función de la calificación de la infracción (*vid.* artículo 51.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007) a la posibilidad por parte de las autoridades competentes de acordar, en el caso de infracciones muy graves, el cierre temporal del establecimiento por un plazo máximo de cinco años (*vid.* artículo 51.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007) incluida, en su caso, (a título de sanción accesoria) la publicidad de las sanciones impuestas (cuando hayan adquirido firmeza en vía administrativa), así como, los nombres, apellidos, denominación o razón social de las personas naturales o jurídicas responsables y la índole y naturaleza de las infracciones, siempre que, concurra reincidencia en infracciones de naturaleza análoga o acreditada intencionalidad en la infracción (*vid.* artículo 52 del Real Decreto Legislativo 1/2007).

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL OMISIVA DE LAS AUTORIDADES SUPERVISORAS

5.1. INTRODUCCIÓN

Este apartado centra su análisis en la responsabilidad patrimonial de la administración por omisión en el deber de vigilancia y en el ejercicio de las potestades atribuidas a las autoridades supervisoras del mercado de servicios financieros (*i.a.* información, inspección, sanción...).

Si se traslada esta figura al ámbito específico analizado a lo largo de esta tesis, la cuestión que se plantea es: bajo qué criterios y circunstancias podría un consumidor de servicios financieros reclamar una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la actuación omisiva de la administración en su labor de vigilancia, así como, en el ejercicio de las potestades legalmente reconocidas, de conformidad con el

artículo 139 de la LRJPAC y de la jurisprudencia que lo desarrolla. FUERTES describe algunas de las posibles reclamaciones de clientes o de inversores por alusión a supuestos de desaparición o de insolvencia de entidades financieras que originan grandes pérdidas. Lo que, como destaca la autora, puede dirigir la mirada de los clientes o inversores a las autoridades supervisoras preguntando por qué no actuaron antes, dónde quedaron sus funciones de investigación, qué fue de la supervisión que ejercen o qué se hicieron de las facultades de control. Esta tesis añade la siguiente cuestión: hasta qué punto su actuación por omisión veló por la protección de los clientes o inversores que es una de sus principales funciones (*vid.* artículo 5 de la Ley 10/2014) (*vid.* artículo 13 de la LMV) (*vid.* artículo 6 del Real Decreto 345/2012, de 10 de febrero, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio, modificado por Real Decreto 672/2014, de 1 de agosto).

En cualquier caso, valga anticipar que, si bien, este apartado sitúa su análisis en la responsabilidad por inactividad u omisión de la administración en el desarrollo de los deberes legales de supervisión, control e inspección de los mercados financieros, así como, en el ejercicio de sus consiguientes facultades (*i.a.* información, inspección, sanción e intervención) no debe obviarse la esencial premisa que no toda omisión comporta una responsabilidad de la administración. Lo contrario, llevaría a un desbordamiento del sistema. Idea que el propio Tribunal Supremo confirma en sus sentencias.

Sirva una primera aproximación de alcance general a la figura de la responsabilidad patrimonial de la administración. Tal y como destacan algunos autores, la responsabilidad de la administración constituye una de las piezas fundamentales de cierre de la cláusula del Estado de Derecho y comporta el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños ocasionados a resultas de su funcionamiento (*vid.* artículo 103.1 de la Constitución Española y artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común [en adelante, la LRJPAC]) (*vid.* artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público [en adelante,

la Ley 40/2015])⁸⁹⁷. Se trata de una responsabilidad de carácter objetivo que surge por el funcionamiento de la administración, con independencia de que se trate de un funcionamiento normal o anormal. Lo que como subraya la doctrina, no impide admitir que, en determinados supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión de ciertos deberes generales en la labor de vigilancia o de policía de la administración, adquiera cierta importancia el análisis de la actuación de la administración atendiendo a criterios de rendimiento, de eficacia y de diligencia, para determinar si procede o no una indemnización. Así se constata a lo largo del siguiente análisis.

Considerando las distintas manifestaciones que el concepto de inactividad (de la administración) presenta⁸⁹⁸ valga puntualizar, en primer lugar, que este análisis se centra, principalmente, en la responsabilidad por inactividad material de la administración en los casos en que hay un cierto grado de actuación pero este no es, jurídicamente, suficiente para cumplir con las obligaciones de actuar que establece nuestro ordenamiento jurídico, desde un prisma de eficacia. La jurisprudencia que se analiza en relación con el mercado de servicios financieros trata, principalmente, este tipo de supuestos en los que la demora, la falta de eficacia o de una actuación material suficiente comporta la superación de un determinado nivel de riesgo que queda materializado en el daño sufrido en la protección de los clientes e inversores. Subraya, acertadamente, AGUADO I CUDOLÀ que, en estos casos, más que hablar, propiamente, de inactividad sería conveniente aludir a la ausencia de una actividad, jurídicamente, relevante.

⁸⁹⁷ El 2 de octubre de 2016 entran en vigor la Ley 40/2015 y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, la Ley 39/2015). De modo que, la nueva regulación aplicable a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas se sitúa en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015. Valga, simplemente, destacar que su redacción mantiene intactos los elementos esenciales de la responsabilidad patrimonial.

⁸⁹⁸ Destaca AGUADO I CUDOLÀ que en los supuestos de inactividad material puede producirse una inactividad total o sencillamente hay una cierta actividad por parte de la administración pero ésta resulta insuficiente (para cumplir con las obligaciones de actuar) o ineficaz (por ejemplo, a resultas de la demora en el desarrollo de las funciones supervisoras o de sanción) siendo, éstos últimos, los casos más frecuentes.

Léase al respecto: AGUADO I CUDOLÀ, V. y NETTEL BARRERA, A. "La responsabilidad patrimonial por inactividad de la administración". En: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (Coord.) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo I, pág. 297 y siguientes.

En segundo lugar, como se constatará, la jurisprudencia recurre a criterios de rendimiento y de eficacia de la administración en su labor de vigilancia para determinar si procede o no, la indemnización. En estos casos, el desarrollo jurisprudencial de los estándares de eficacia exigibles a la actuación de la administración se convierte en algo, especialmente, necesario ante la insuficiente precisión normativa al respecto. A lo largo del apartado 5.3 se profundiza en esta cuestión.

5.2.ELEMENTOS ESENCIALES

Doctrina y jurisprudencia coinciden en que los elementos que han de concurrir para originar la responsabilidad patrimonial omisiva de las administraciones públicas son: la lesión patrimonial; la actuación omisiva del poder público ante un deber jurídico de actuar y finalmente, el vínculo o relación de causalidad entre el resultado dañoso y dicha actuación por parte de la administración (*vid.* artículos 139 y siguientes de la LRJPAC) (*vid.* artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015).

En primer lugar, respecto de la lesión patrimonial, se parte de la idea que no toda actividad provoca, necesariamente, una lesión indemnizable siendo necesario que el daño reúna los siguientes requisitos.

El primero de los requisitos es que sea antijurídico en el sentido que el particular no tenga el deber jurídico de soportar ese daño (*vid.* artículo 141.1 LRJPAC) (*vid.* artículo 32.1 de la Ley 40/2015)⁸⁹⁹. Destaca FUERTES respecto de este primer requisito, que

⁸⁹⁹ Concreta GÓMEZ PUENTE que, en los casos de actuación por omisión no existe obligación de soportar el daño en tanto que la administración tiene el deber de evitarlo: es decir, tiene un deber legal de actuar. Esta posición ha sido objeto de discrepancias doctrinales. AGUADO I CUDOLÀ se manifiesta a favor de la idea que las diversas manifestaciones que presenta la inactividad de la administración no deben tener siempre un tratamiento uniforme y unitario en los casos de inactividad de la administración y añade que, en general, en los casos de inactividad material cuando la responsabilidad patrimonial se fundamente en deberes tan amplios como las funciones de control, vigilancia o inspección sobre hechos de terceros puede cobrar especial relevancia examinar si la conducta ha sido diligente o no para evitar un desbordamiento del sistema.

Léase al respecto: AGUADO I CUDOLÀ, V. y NETTEL BARRERA, A. "La responsabilidad patrimonial por inactividad de la administración". En: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (Coord.) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo I, pág. 306 y siguientes y GÓMEZ PUENTE,

la antijuridicidad permite dibujar una frontera en la que quedan excluidos diversos daños, entre los cuáles, los que se derivan del propio funcionamiento de los mercados o de los riesgos inherentes a la actividad financiera (por ejemplo, por los perjuicios ocasionados por fluctuaciones, por las pérdidas del depositante en caso de cierre de la entidad a resultas de la revocación de su autorización, por los perjuicios sufridos a resultas de las inadecuadas decisiones de gestión tomadas por los directivos...) ⁹⁰⁰. De hecho, el requisito de la antijuridicidad del daño explica que, en ocasiones, no se haya estimado la responsabilidad por existir una decisión libremente tomada por el inversor que debe ser consciente de ciertos riesgos. Indica la autora que, en determinadas circunstancias, se puede asumir que, a resultas de dicho acto voluntario, existe un deber de soportar el daño jurídico ⁹⁰¹.

M. *La inactividad de la administración*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 1997, pág. 767 y siguientes.

⁹⁰⁰ FUERTES, M. “¿Ha de responder también la Administración de las pérdidas financieras?”. En: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (Coord.) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo II, pág. 1169 y siguientes. Destaca la autora los informes del Consejo de Estado de 1 de julio de 1999 y de 1 de julio de 2000 que transcribe parcialmente: “(...) en una economía de mercado dicha actuación supervisora no se dirige a eliminar la propia noción de riesgo implícita en toda actividad mercantil y muy especialmente en la empresa bancaria, ni sustrae a esta de los efectos de la competencia, en virtud de la cual las empresas menos competitivas pueden ver amenazada su supervivencia. Por otro lado, la supervisión en modo alguno sustituye una adecuada gestión de los administradores de las mismas, puesto que la actividad supervisora no decide las operaciones que se realizan o que se dejan de realizar, o cómo se emplean los recursos de la misma; en definitiva, el supervisor no administra y gestiona las entidades supervisadas ni es un tutor de menores o incapacitados. En cuanto al alcance de la supervisión también debe ponerse de manifiesto, que la citada normativa sectorial no garantiza que todos y cada uno de los bancos deban ser siempre solventes, como resulta del hecho que los mismos se encuentran plenamente sometidos a la legislación concursal con las especialidades previstas al efecto. En este sentido, la función de la supervisión consiste en velar por la solvencia del sistema financiero en su conjunto, en aras del buen funcionamiento del sistema de pagos y de la economía nacional, pero no en garantizar la solvencia de todas y cada una de las empresas bancarias. En definitiva, si bien el ordenamiento jurídico atribuye al Banco de España la supervisión e inspección del sector crediticio, lo cierto es que el cumplimiento de todas las normas que integran la disciplina del sector es algo que depende en última instancia de la propia actuación de las entidades de crédito y de sus administradores (...). [subrayado añadido]

⁹⁰¹ FUERTES, M. “¿Ha de responder también la Administración de las pérdidas financieras?”. En: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo II, pág. 1169 y siguientes. Destaca la autora que muchos son los informes del Consejo de Estado que insisten en esta idea. Transcribe parcialmente los informes de 3 de diciembre de 1998, de 20 de enero de 2000 y de 1 noviembre de 2000: “(...) los reclamantes tienen el deber jurídico de soportar el daño sufrido. Pues fueron ellos quienes eligieron una concreta Agencia de Valores y quienes invirtieron en ella parte de su patrimonio, suscribiendo los oportunos contratos de gestión de cartera, en los que deferían al criterio profesional de la empresa las inver-

Al factor de la libre decisión de invertir se refieren la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988 (caso Sofico) y la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 2003 (caso Ava). En su marco, se destaca la idea que, junto al pretendido funcionamiento anormal de la administración, aparecen actuaciones voluntarias del perjudicado (y de terceros) que no, necesariamente, excluyen la existencia de un nexo causal respecto de la actuación de la administración. Partiendo de este enfoque, se procede, en ambos casos, a un análisis de las causas concurrentes y se concluye a favor de la falta de nexo causal del daño con la actuación omisiva de la administración denegándose, por consiguiente, la responsabilidad de la administración⁹⁰².

En el marco de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1998 (caso Sofico), los reclamantes pretenden ligar, causalmente, la decisión de invertir con la confianza creada por una apariencia de legalidad en un caso de falta de sanción por actos de publicidad no autorizados que fueron difundidos por televisión. El Tribunal Supremo argumenta que ligar, causalmente, la decisión de invertir con la confianza en la existencia de un respaldo administrativo de la legalidad de la actuación de las empresas que emitieron la publicidad resulta excesivo y añade que el carácter personal que tiene la decisión de invertir implica la asunción personal de ciertos riesgos⁹⁰³. El Tribunal

siones a realizar y en los que la dispensaban de consultar cada una de las decisiones adoptadas (...). [subrayado añadido]

⁹⁰² Sobre las diversas teorías aplicables al nexo causal léase: AGUADO I CUDOLÀ, V. y NETTEL BARRERA, A. "La responsabilidad patrimonial por inactividad de la administración". En: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (Coord.) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo I, pág. 322 y siguientes. Subrayan los autores en relación con la transformación jurisprudencial de las teorías del nexo causal: "(...). La primera concepción corresponde a la teoría de la causalidad exclusiva que exigía que la responsabilidad sólo se podía declarar cuando no concurriera ninguna causa extraña a la actividad administrativa. Posteriormente, la teoría de la equivalencia de las condiciones determina que todas las causas que concurren en la producción del daño (y que en su ausencia éste no se hubiera producido) permiten atribuir responsabilidad a cualquiera de los sujetos causantes con carácter solidario que, entre ellos, tendrán el derecho de repetición. Y, por último, la teoría de la causalidad adecuada distingue de entre las causas concurrentes la que tenga más relevancia en la producción de la lesión. De esta forma, permite ponderar, por ejemplo, la indemnización correspondiente cuando concurren para la producción del daño no sólo la inactividad administrativa sino también la acción de terceros o de la propia víctima.(...)"

⁹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1998 (caso Sofico) (fundamentos de derecho quinto, sexto y séptimo). El grupo de empresas Sofico realizó una publicidad masiva de negocios con fines de captación de capitales sin obtener la previa autorización de la Di-

Supremo concluye, atendidas las circunstancias, que la causa directa e inmediata del daño sufrido por los demandantes es la situación de insolvencia en la que incurre el grupo de empresas Sofico y que ningún nexo causal puede deducirse entre esta situación y el funcionamiento de los servicios públicos (entendidos, en un sentido amplio⁹⁰⁴). De modo que, la falta de sanción al hecho de emitir una publicidad no autorizada no es suficiente para generar la confianza en que la administración reconoce como legal una determinada publicidad: a la administración le resulta imposible sancionar de oficio todas las infracciones administrativas que se producen⁹⁰⁵. En el marco de la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 2003 (caso Ava), se concluye, entre otros extremos, que el resultado lesivo viene determinado por la imposibilidad de recuperar unos valores que se encontraban pignorados. Argumentaba la Audiencia Nacional que, no habiendo sido comunicada a la CNMV la situación jurídica de los citados valores hasta 25 de noviembre de 1997, ni tampoco, la situación de crisis patrimonial de la entidad bancaria que había financiado su adquisición hasta febrero de 1998 ambas situaciones se constituyen hasta tal fecha en un hecho ajeno al control de la CNMV. De modo que, no se aprecia nexo causal alguno entre la actuación omisiva de la administración y el daño a los clientes de la citada agencia, considerando que la CNMV no estaba sujeta a un deber de realizar una determinada actuación⁹⁰⁶.

rección General de Política Financiera y sin incluir en el texto la mención a la correspondiente autorización. Tales infracciones no fueron objeto de sanción; lo cual, en el sentir de la demandante, produjo una apariencia de legalidad para la mencionada actuación publicitaria.

⁹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 (caso Gescartera) (fundamento de derecho primero). Se excluye el concepto de servicio público, en un sentido estricto, entendido como la actividad de prestación de un servicio a los particulares pues la responsabilidad de la administración no se circunscribe al concreto ámbito de la actividad de prestación. De modo que, el concepto de servicio público debe ser entendido como actividad o inactividad administrativa en el ámbito de potestades públicas.

⁹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1998 (caso Sofico) (fundamento de derecho séptimo).

⁹⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 2003 (caso Ava) (fundamento jurídico quinto). Previa alusión del principio de habilitación normativa se expone que: "(...) toda circunstancia que escape a su conocimiento tras ejercer todas las facultades de investigación que el ordenamiento jurídico le otorga, se configura como un hecho ajeno a su ámbito competencial y por ello también ajeno a su actividad – ya sea positiva, acción, o negativa, omisión. No existe actuación posible fuera de las competencias expresamente otorgadas, y por tanto, no puede existir acción u omisión a la que anudar causalmente un resultado. No existe en tales casos el elemento de la acción u omisión que constituye la base de la responsabilidad patrimonial.(...)"

La relevancia del factor de la libre decisión se determina en base a la idea que el inversor debe saber que, en el mundo de los negocios, no todo son éxitos o beneficios sino que también existen los fracasos y las pérdidas. De modo que, la labor de vigilancia de las autoridades supervisoras no excluye esos riesgos ni sitúa a las citadas autoridades en la posición de asumir las responsabilidades propias de los operadores del mercado. En coherencia con este planteamiento, la asunción de riesgos por la libre decisión de los inversores opera, especialmente, cuando las propias autoridades supervisoras advierten al mercado, en general, sobre los riesgos de contratar con entidades no autorizadas⁹⁰⁷.

El segundo de los requisitos aplicables al daño es que éste sea efectivo - no siendo efectivos los daños potenciales o futuros -. El tercero, que sea evaluable económicamente. Finalmente, el cuarto, que sea individualizable – es decir, que se trate de daños causados en relación con una persona o grupo de personas determinados -.

En segundo lugar, para que la omisión pueda generar la responsabilidad de la administración se exige como presupuesto un deber de actuar reconocido por nuestro ordenamiento jurídico. De modo que, el derecho a la reparación surge cuando la omisión de la administración constituye un incumplimiento a un concreto deber legal de actuar.

Sobre el deber de actuar tratan las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en torno al caso Forum Filatélico – Afinsa que fue objeto de varios recursos. En su marco, el Tribunal Supremo no reconoce la existencia de un deber de las autoridades supervisoras del mercado de servicios financieros (mercado bancario y de valores) de supervisar y de controlar las actividades de compra venta de sellos desarrolladas por ambas

⁹⁰⁷ Piénsese, por ejemplo, en la advertencia que, desde su página web, el BE formula en relación con las ofertas de servicios bancarios ofrecidos en Internet. La cual responde a los siguientes términos (en fecha de 8 de noviembre de 2015): “El Banco de España alerta sobre ciertos servicios bancarios que ofrecen en Internet entidades que se presentan como autorizadas para realizar la actividad bancaria en España. Normalmente, estas entidades se presentan con direcciones incompletas o inexistentes y ofrecen como contacto números de móviles, números de teléfono inexistentes, o números que no se corresponden con los prefijos españoles. Pues bien, el Banco de España considera necesario recordar que en el territorio español el ejercicio de las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito requiere la preceptiva autorización y su inscripción en el Registro de Entidades del Banco de España. Por ello, en caso de duda sobre la autenticidad de alguna entidad, recomienda consultar en el Registro de Entidades.”

empresas por considerarlas actividades, netamente, mercantiles⁹⁰⁸ – que no, financieras -⁹⁰⁹. A partir de ahí, considerando que dichas actividades no se hallan sujetas al ámbito competencial de las autoridades supervisoras entiende el Tribunal que no cabe la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado, dado que, fuera del ámbito competencial, no existe un deber de actuar respecto del cual pueda producirse una omisión jurídicamente relevante⁹¹⁰. Se añade que, vista la naturaleza mercantil de

⁹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2012 (caso Forum Filatélico – Afinsa) (fundamento de derecho primero): “(...) Inicialmente debemos sostener, en relación con la actividad desarrollada por Forum y Afinsa, que la comercialización de sellos como bienes tangibles con un compromiso cierto de revalorización, se enmarca dentro de la legislación mercantil, y los contratos suscritos en el ámbito de dicha actividad se regulan por dicha legislación y por las disposiciones contractuales convenidas por las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad; siendo también de aplicación a dicha actividad la legislación general de consumidores y usuarios que en la materia que nos ocupa fue objeto de desarrollo complementario sectorial mediante la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, derogada y sustituida posteriormente por la Ley 43/2007, que versa precisamente sobre la protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución(...). Ahora bien, sentado lo anterior en una primera aproximación al contenido concreto de los contratos suscritos por Forum y Afinsa, podría estimarse que subyace en los referidos contratos una causa financiera, al referirse a un producto de ahorro/inversión en sentido económico, dada la revalorización cierta comprometida, sin que, no obstante, ello implique necesariamente que estemos ante un producto financiero en sentido estricto, en función del derecho positivo que rige los productos y mercados financieros y de valores, como más adelante analizaremos(...).”[subrayado añadido]

En el mismo sentido, en relación con el caso Forum Filatélico-Afinsa, léase, asimismo: la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2012 (fundamento de derecho primero); la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (fundamento de derecho primero); la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2011 (fundamento de derecho primero); la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 (fundamento de derecho tercero) y la sentencia de 13 de diciembre de 2010 (fundamento de derecho primero), entre otras.

⁹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2012 (caso Forum Filatélico – Afinsa) (fundamentos de derecho primero y tercero). Indica el Tribunal Supremo que la sentencia de la Audiencia Nacional acertó al calificar la actividad de Afinsa y de Forum Filatélico de mercantil y como una actividad no incluida en la actividad financiera propia del mercado de valores o de las entidades de crédito o de inversión colectiva. En el marco de la sentencia recurrida, la Audiencia Nacional fundaba su posición en la premisa (entre otras) que los sellos que se comercializaban no tenían la condición de valores y que las sociedades que con ellos comerciaban no eran entidades de inversión colectiva sino individual, puesto que, el rendimiento de sus clientes no se establecía en función de los resultados colectivos sino de los obtenidos por cada uno de los partícipes.

⁹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2012 (caso Forum Filatélico – Afinsa) (fundamento de derecho tercero): “(...) Pues bien esas operaciones no encajan en las propias en el mercado de valores porque los sellos no tienen esa condición ni las sociedades que con ellos comerciaban eran entidades de inversión colectiva sino individual y, que además tenían un neto carácter de contrato mercantil. En consecuencia, como la actividad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores viene determinada por su competencia, es claro que la misma sólo le era exigible en relación con las actividades que consistieran en la captación de ahorro a través de alguno de los instrumentos previstos en la legislación del mercado de valores. (...)” [subrayado añadido]

las citadas actividades, tampoco cabe deducir la existencia de un deber de control por infracción a la reserva de actividad aplicable en ambos mercados, dado que ni Forum Filatélico ni Afinsa realizaban actividades cuyo objeto directo fuera la captación de fondos reembolsables del público o las operaciones propias del mercado de valores⁹¹¹.

En cualquier caso, como se ha avanzado al inicio, ese deber de actuar puede infringirse, también, mediante la vulneración de ciertos estándares de eficacia que comporten una dejación de funciones. Este es el supuesto que se resuelve en el marco de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 (caso Ava) en relación con la cual se emite el voto particular de uno de los magistrados que argumenta la concurrencia de una dejación de funciones en base a la idea que los daños hubieran sido menores si la CNMV hubiera actuado antes y ejerciendo en plenitud las facultades que el orde-

En el mismo sentido, en relación con el caso Forum Filatélico-Afinsa, léase, asimismo: la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2012 (fundamento de derecho tercero); la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (fundamento de derecho octavo); la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2011 (fundamento de derecho tercero) y la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 (fundamento de derecho quinto), entre otras.

⁹¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2012 (caso Forum Filatélico – Afinsa) (fundamentos de derecho primero y tercero). Indica el Tribunal Supremo por referencia a la sentencia de la Audiencia Nacional: “(...) En el supuesto enjuiciado Forum y Afinsa sólo estaban sujetas a las facultades de control que ostentan el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España, en la medida en que hubieran infringido la reserva de actividad legalmente establecida a favor de las entidades de crédito. Sin embargo, las mismas actuaban en el mercado de bienes tangibles a través de un entramado de diversos contratos cuyo objeto principal venía constituido por las recíprocas prestaciones de sello y precio, añadiendo una especie de pacto de recompra, sin que el objeto directo de los contratos que constituían su oferta fuera la captación de fondos reembolsables del público, siendo obligado recordar, en este punto, que los contratos mercantiles han de interpretarse según sus propios términos y conforme a las exigencias de la buena fe, por lo que era razonable entender que tales empresas desarrollaban en el mercado una actuación comercial sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes, definida por el legislador como mercantil y totalmente ajena a la legislación financiera.(...).Y ello porque los contratos suscritos entre las empresas y sus clientes no consistían en operaciones financieras de activo o pasivo o la prestación de servicios financieros. Ni se trataba de operaciones activas en las que las empresas llevaran a cabo préstamos, descuentos, anticipos, apertura de créditos y, por tanto realizando entregas de dinero a sus clientes bien con garantía o sin ellas, ni pasivas en las que las empresas recibiesen de sus clientes depósitos con los que pudieran a su vez realizar otras operaciones sin perjuicio del compromiso de su devolución y en su caso con interés. (...).”

En la misma línea, en relación con el caso Forum Filatélico – Afinsa, léase: la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2012 (fundamento de derecho tercero); la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (fundamento de derecho primero); la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2011 (fundamento de derecho tercero) y la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2010 (fundamento de derecho tercero), entre otras.

namiento le confiere. Se profundiza sobre esta cuestión a lo largo del apartado 5.3 sobre los estándares de eficacia exigibles en la actuación de la administración.

Valga, por el momento, partir de la idea que, conforme a la jurisprudencia, la valoración de la actuación omisiva debe realizarse, entre otros aspectos, considerando las potestades legales de la autoridad supervisora y sus limitaciones. Es destacable, en este sentido, la sentencia de 27 de enero de 2009 (caso Gescartera), en cuyo marco, el Tribunal Supremo concluye – tras un análisis de las potestades legales de la CNMV⁹¹² y mediante remisión a la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 2003 (caso Ava) - que toda circunstancia que escape del conocimiento de la CNMV tras ejercer dichas potestades (con las limitaciones inherentes a su naturaleza) es ajena a su ámbito competencial y por tanto, a su actividad⁹¹³. Lo que lleva a la idea apuntada: la relevancia jurídica de la omisión debe medirse a la luz de las potestades legales reconocidas y ejercidas (y de sus limitaciones).

En tercer y último lugar, respecto de la relación de causalidad entre la omisión y el daño producido la jurisprudencia admite la teoría del concurso de causas sin que sea indispensable que la actuación de la administración haya sido la causa directa e inmediata. Se parte de que la concepción de causalidad que interesa es la que explica el daño⁹¹⁴, de modo que, se admite la concurrencia de causas pero se exige que la omisión haya contribuido, aún en medida mínima, a la producción del resultado dañoso. En cualquier caso, tal y como destaca, muy acertadamente, FUERTES resulta difícil atribuir una responsabilidad directa e inmediata a las autoridades de supervisión cuan-

⁹¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 (caso Gescartera) (fundamento de derecho quinto). En relación con el artículo 85 de la LMV, el Tribunal Supremo confirma que la potestad inspectora de la CNMV no incluye facultades coercitivas de investigación y que la labor de la CNMV no quedó limitada a la mera recepción pasiva de la información remitida considerando que hubo una razonable utilización de los medios disponibles.

⁹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 (caso Gescartera) (fundamento de derecho primero).

⁹¹⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 2003 (caso Ava) (fundamento jurídico quinto) y sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997 (fundamento jurídico cuarto).

do en este mercado son varios los operadores que participan en los hechos previos a la producción del daño⁹¹⁵.

Incide en este matiz la (ya citada) sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1998 (caso Sofico) en la que, habiéndose descartado la existencia de un nexo causal entre la actuación omisiva de la administración – por falta de sanción a un tercero - y el daño, el Tribunal Supremo sitúa la reparación en el terreno de las relaciones entre los reclamantes y las sociedades de Sofico y sus directivos. En su marco, tras incidir en la dificultad que entraña la determinación de la concurrencia de un nexo causal se expone que, junto a la actividad de la administración, en la que se pretende ver el origen del daño se interponen dos tipos de actuaciones voluntarias (i) la decisión de los demandantes de invertir en las sociedades del grupo Sofico y (ii) la gestión desarrollada por los directivos de aquélla. Si bien, los reclamantes pretendieron ligar la decisión de invertir con la confianza en la existencia de un respaldo administrativo de la legalidad de la actuación de las empresas⁹¹⁶, el Tribunal Supremo identifica la causa directa e

⁹¹⁵ FUERTES, M. “¿Ha de responder también la Administración de las pérdidas financieras?”. En: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo II, pág. 1169 y siguientes. Destaca la autora que, antes de llamar a la puerta de la administración habrá que llamar a la de todos y cada uno de los empresarios que intervinieron de manera directa en la gestión de los intereses privados o que participaron con su asesoramiento en el análisis de sus cuentas anuales, en la calificación de sus productos, en las negociaciones bursátiles. En la mayoría de los casos – subraya la autora – las pérdidas se producen a raíz de contratos con las entidades bancarias o bursátiles. Habrá que dirigirse, en primer término, a la entidad en la que se ha confiado pues su actuación o negligencia serán las causas más inmediatas del origen de los perjuicios. Añade la autora que hay también la responsabilidad de los consejeros y directivos responsables de las estrategias que tantas pérdidas pueden haber ocasionado. Además, el ámbito financiero se caracteriza por la intervención de otros empresarios que tratan de ofrecer ciertas garantías de seguridad en el negocio mercantil como auditores, empresas de servicios de inversión, empresas de calificación de solvencia... En su opinión otra consideración a tener en cuenta antes de reclamar a la administración: hay que analizar la conducta de los mismos perjudicados. Indica que, en la mayoría de las ocasiones, éstos han suscrito contratos voluntarios, de modo que, contratan de manera voluntaria y, en principio, consciente, lo que conduce a que deban asumir los riesgos de su decisión, máxime, cuando desatienden los consejos básicos, advertencias y anuncios que difunden las autoridades financieras.

⁹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988 (caso Sofico) (fundamento de derecho sexto). Expone el Tribunal Supremo que la ausencia de un control administrativo en la publicidad de las empresas afectadas era clara (dado que no concurría la mención de la autorización de la CNMV) y que, por tanto, no podía generar en el inversor la confianza que se estaba produciendo en la legalidad. Se añade que, la mera inexistencia de sanciones no es suficiente para generar la confianza en la legalidad dado que “(...) no le resulta posible a la Administración sancionar de oficio todas las infracciones administrativas que se producen (...)”.

inmediata de la lesión sufrida en la suspensión de pagos (partiendo de la literalidad de las alegaciones de la reclamante que, en una incorrecta percepción sobre el contenido y alcance de la función de supervisión⁹¹⁷, hace responsable a la administración del desastre económico del grupo de empresas Sofico).

5.3.CRITERIOS O ESTÁNDARES DE EFICACIA APLICABLES A LA ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES SUPERVISORAS

Se afirmaba que el concepto de inactividad abarca, no sólo, actuaciones basadas en una pasividad total por parte de la administración; sino también actuaciones en las que la administración realiza algún tipo de actividad pero esta no es, jurídicamente, suficiente para cumplir con eficacia las obligaciones de actuar que dispone el ordenamiento jurídico (*vid.* artículo 103 de la CE). Como se ha avanzado, en estos casos, los reclamantes alegan dejación de funciones por parte de las autoridades supervisoras.

Respecto de esta segunda tipología de casos por omisión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo suele centrar su análisis en el elemento del nexo causal con el objetivo de determinar si hubo la actuación necesaria o suficiente para evitar el menoscabo. Según el criterio del Tribunal Supremo ello exige atender (i) al contenido de las obligaciones legales aplicables y (ii) a la valoración del rendimiento o de la eficacia exigibles, de conformidad con el principio de eficacia que la CE impone a toda actuación administrativa (*vid.* artículo 103.1 de la CE)⁹¹⁸.

⁹¹⁷ Recuérdese que conforme a los informes del Consejo de Estado de 1 de julio de 1999 y de 1 de julio de 2000: “(...) la función de la supervisión consiste en velar por la solvencia del sistema financiero en su conjunto, en aras del buen funcionamiento del sistema de pagos y de la economía nacional, pero no en garantizar la solvencia de todas y cada una de las empresas bancarias. (...)” [subrayado añadido]

⁹¹⁸ Es destacable, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997, en cuyo marco, el Tribunal concluye que, a la luz de la función legal de policía que corresponde a la administración (en materia de prevención de inundaciones), ésta ha infringido elementales normas de cuidado y de diligencia pues “conociendo” determinadas circunstancias no adoptó las medidas “necesarias” para evitar los daños. A partir del análisis de esta sentencia, se constata lo que se avanzaba al inicio de este apartado 5: en el ámbito de la responsabilidad por omisión la jurisprudencia recurre, cada vez más, a criterios subjetivos para determinar la procedencia o no de la indemnización.

Léase al respecto: AGUADO I CUDOLÀ, V. y NETTEL BARRERA, A. “La responsabilidad patrimonial por inactividad de la administración”. En: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y

Sin embargo, la determinación de los niveles de conducta y de eficacia exigibles a las autoridades supervisoras en el desarrollo de su labor de vigilancia o de control sobre terceros no es tarea fácil. A falta de precisión normativa, la jurisprudencia ha venido fijando una serie de principios o criterios (*i.a.* razonabilidad, prudencia, ponderación de los intereses en conflicto....) para delimitar un determinado nivel de conducta en las autoridades supervisoras.

La jurisprudencia analizada en relación con el mercado de valores sienta las siguientes premisas (que son extensibles al mercado de servicios financieros). Primera, el reconocimiento de una responsabilidad patrimonial por omisión exige la concurrencia de un deber jurídico de actuar. De modo que: donde no hay deber jurídico, no puede haber responsabilidad patrimonial por omisión o inactividad. Segunda, dicho deber puede ser un deber general o un deber claro y preciso (de ejercitar unas determinadas actuaciones) dependiendo del contenido de la obligación legal impuesta a la administración⁹¹⁹.

Tercera, atendiendo al citado deber – más concretamente, a su carácter general o preciso - se dota de cierto margen de apreciación a la autoridad supervisora que debe evaluar, en cada caso, según su propia experiencia y sus propios conocimientos técni-

CASARES MARCOS, A. (Coord.) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo I, pág. 296.

⁹¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 (caso Ava) (fundamento de derecho octavo). Expone el Tribunal Supremo lo siguiente en torno a la conexión existente entre el presupuesto esencial de la existencia de un deber jurídico y el nexo causal: "(...) Sin duda alguna, desde un punto de vista puramente lógico, es cierto que la mencionada pérdida patrimonial no se habría producido si la CNMV hubiese ejercido todas sus potestades frente a Ava desde el momento en que tuvo noticia de irregularidades en la actuación de dicha agencia de valores. Pero ya se ha visto que la CNMV no tenía entonces un deber jurídico de realizar unas determinadas actuaciones, tales como divulgar toda la información que iba adquiriendo, incoar un procedimiento sancionador, o incluso acordar la intervención de los cargos de dirección y administración de Ava. Un deber jurídico, claro y preciso de llevar a cabo una determinada actuación sólo surgió, como se ha comprobado, el 25 de noviembre de 1997. Este extremo es de crucial importancia para el análisis jurídico del presente caso y, más en general, para la adecuada comprensión del significado del nexo causal en los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión. En efecto, aún cuando el hecho de que la CNMV no ejerciese todas sus potestades desde el primer momento sea una de las causas en sentido lógico de la pérdida patrimonial sufrida por los recurrentes, ello no significa, por sí solo, que quepa hacer a la CNMV jurídicamente responsable de dicha pérdida patrimonial. La razón es que la CNMV no tenía un deber jurídico de realizar una determinada actuación. De aquí que no se le pueda objetivamente imputar un resultado lesivo que no estaba obligada a evitar. (...)" [subrayado añadido]

cos. Cuarta, se asume que (i) dentro de ese margen de actuación, las autoridades supervisoras deben actuar bajo los criterios de razonabilidad y de prudencia (entre otros) y que (ii) el nivel de conducta exigible a las autoridades está en relación con la información disponible en cada momento (obtenida de conformidad con las potestades, legalmente, reconocidas, lo que implica la consideración de su naturaleza con sus correspondientes limitaciones).

Quinto, el nivel de conducta exigible a las autoridades supervisoras en el cumplimiento de sus deberes se define - siguiendo a NAVARRO MUNUERA – mediante un examen del nivel real de funcionamiento de la administración en términos de calidad y de eficacia para deducir por comparación con un deseable estándar ideal de prestación de los servicios públicos (en un sentido amplio), si aquella actuación administrativa tuvo alguna incidencia en el proceso causal de producción de la lesión. Ese ejercicio que, muy acertadamente, describe el citado autor comporta la ponderación de los diversos intereses públicos y privados afectados debiendo primar los primeros en caso de conflicto, así como, la consideración - entre otros factores y circunstancias – de: la intensidad de la actividad de control, efectivamente, desarrollada (si ha habido o no, una continua actividad de control exigiendo la regularización de las irregularidades detectadas, así como, un seguimiento sobre tal regularización); el momento en que la administración empieza a actuar – bien, instruyendo un expediente sancionador, bien, transmitiendo cierta información relevante al mercado, bien, adoptando las medidas oportunas a la vista de las circunstancias del caso – considerando sus conocimientos reales de la situación (en función de la información obtenida en el ejercicio de sus facultades)⁹²⁰; los plazos de tiempo aplicados en el ejercicio de sus deberes (en orden a determinar si ha habido o no demora); la naturaleza más o menos restrictiva de las medidas al al-

⁹²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997 (fundamento de derecho quinto).

Léase, asimismo, el voto particular del magistrado Don Agustín Puente Prieto en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 (caso Ava) que incide en que el hecho determinante de la lesión patrimonial fue conocido por la administración un año antes de instruir el correspondiente expediente sancionador y que las citadas irregularidades eran sustancialmente coincidentes con las que determinaron la instrucción del expediente sancionador en febrero de 1998 y tenían la suficiente relevancia como para haber exigido del órgano de control una actuación concreta tanto en la instrucción del expediente sancionador como en la suspensión cautelar del ejercicio de las funciones de los consejeros de la entidad, la facilitación de información al público o bien – aunque, como solución más grave – la intervención de la empresa a la que hace referencia.

cance de la administración - desde la instrucción del expediente sancionador pasando por la información al mercado, la suspensión temporal de los consejeros de la entidad u otras medidas como la intervención de la entidad que se caracteriza por ser, especialmente, restrictiva - la cual conforme al Tribunal Supremo debe adoptarse en los casos en que sea muy evidente que no cabe adoptar ninguna otra medida alternativa⁹²¹ -).

De la jurisprudencia analizada, se infiere que, medir la actuación de las entidades supervisoras en términos de eficacia y/o de calidad lleva a la consideración de ciertas circunstancias como el hecho que la administración haya tenido conocimiento con cierta anticipación de las irregularidades que - por el transcurso del tiempo y por el devenir de los hechos - causen daños a los inversores y consumidores. Es destacable, en este sentido, la - anteriormente, citada - sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 que, considerando el carácter general del deber de actuar de la CNMV en términos de supervisión, inspección y sanción resuelve la cuestión reconociendo un cierto margen de apreciación a su favor. Sin embargo, el voto particular emitido en relación con la citada sentencia destaca la relevancia del momento en que la autoridad tuvo conocimiento de las graves irregularidades - 24 de enero de 1997 - para determinar si hubo dejación de funciones - a la vista de los plazos transcurridos hasta que ésta instruye el expediente sancionador y/o adopta otras medidas -. Se añade y este es un dato importante, que la autoridad podría haber informado antes al público de las graves irregularidades (y consiguientes riesgos) que afectaban a la agencia de valores y que con ello se habría disminuido los daños a los inversores por la obvia razón de que éstos habrían prescindido de realizar ciertas inversiones (máxime, considerando que las inversiones de los reclamantes fueron posteriores al 24 de enero de 1997).

Esta tesis entiende que la posición del Tribunal Supremo en el caso analizado es, técnicamente, correcta: se parte de que los deberes de actuación son generales - en sede de inspección, de sanción y de intervención - y se reconoce, en consecuencia, un cierto margen de apreciación que reduce las posibilidades de una indemnización si la actuación de la administración puede ser considerada suficiente, a la luz de las cir-

⁹²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 (caso Ava) (fundamento de derecho séptimo).

cunstances concurrentes⁹²². De modo que, esa suficiencia no implica velar por la solvencia de las entidades supervisadas⁹²³.

⁹²² Lo que, en cierta medida, está en línea con la posición expresada por el Consejo de Estado que limita la función de supervisión a la labor de velar por la solvencia del sistema financiero en su conjunto pero no en garantizar la solvencia de todas y cada una de las empresas bancarias. Sin que la aplicación del principio del artículo 38 de la CE – sobre libertad de empresa – ni del principio del artículo 51 - que encarga a los poderes públicos la garantía de una eficaz defensa de los consumidores - deba conllevar la asunción por la autoridad supervisora de los riesgos inherentes a la actividad económica.

Léase en este sentido, FUERTES, M. “¿Ha de responder también la Administración de las pérdidas financieras?”. En: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo II, pág. 1169 y 1170. Transcribe la autora, el contenido de los informes del Consejo de Estado de 1 de julio de 1999 y de 1 de julio de 2000 “(...) la función de supervisión consiste en velar por la solvencia del sistema financiero en su conjunto, en aras del buen funcionamiento de los sistemas de pagos y de la economía nacional, pero no en garantizar la solvencia de todas y cada una de las empresas bancarias. En definitiva, si bien el ordenamiento jurídico atribuye al Banco de España la supervisión e inspección del sector crediticio, lo cierto es que el cumplimiento de todas las normas que integran la disciplina del sector es algo que depende en última instancia de la propia actuación de las entidades de crédito y de sus administradores. (...)”

⁹²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 (fundamentos de derecho tercero, sexto y séptimo). Respecto de la potestad sancionadora indica el Tribunal Supremo que no pesa sobre la CNMV un deber de incoar procedimiento sancionador siempre que tenga indicios de que se ha producido una infracción, ni menos aún un deber jurídico de hacerlo inmediatamente:“(...). Cosa distinta es que los recurrentes entiendan que la CNMV tiene un deber jurídico de incoar un procedimiento sancionador siempre que exista algún indicio de que se ha producido una de las infracciones tipificadas por la LMV y que, además, tiene el deber jurídico de hacerlo desde el primer momento en que recibe alguna noticia al respecto. (...). Y no es ocioso observar que ni en la LMV ni en la legislación administrativa general hay norma alguna, semejante a la establecida para el proceso penal en el art.105 de la LECr., que imponga un deber jurídico de perseguir en todo caso y desde el primer momento todas las posibles infracciones administrativas.(...)” [subrayado añadido]

Respecto de la medida consistente en la suspensión temporal de los consejeros de la entidad, ésta está configurada como una medida cautelar que puede ser adoptada en el curso de un procedimiento sancionador. Por lo que, el Tribunal Supremo expone: “(...). Si no hay un deber jurídico de incoar un procedimiento sancionador, no puede haberlo de adoptar una medida cautelar propia del mismo. (...)”.

Respecto de la medida de intervención concluye el Tribunal Supremo que: “(...) la única interpretación plausible es que el art. 107 de la LMV en relación con el art.31 de la LDIECr. sólo impone un deber jurídico de intervenir a la CNMV en aquellos casos en que sea absolutamente evidente que no cabe adoptar ninguna otra medida alternativa.(...)”.

Finalmente, respecto de la publicidad de la información pesa sobre la CNMV un deber claro y preciso: “(...) a diferencia de lo que ocurre con las potestades de la CNMV en materia de sanciones y de intervención, con respecto a cuyo ejercicio dicho ente público goza de un notable margen de apreciación, en materia de publicidad de la información pesa sobre la CNMV un deber jurídico más claro y preciso. Ello no sólo se desprende del tenor literal del arriba transcrito art.89 LMV, que está redactado en términos inequívocamente imperativos sino que se desprende también de otro dato: según el art.13 LMV, velar por la transparencia de los mercados de valores es, junto con la supervisión e inspección de los mismos, la gran función de la CNMV. (...)” [subrayado añadido]

Ahora bien, un uso “razonable” de las potestades conferidas puede comportar que la autoridad supervisora utilice los medios a su alcance sin demora alguna – desde que adquiere conocimiento de ciertas irregularidades - para proteger a los inversores y consumidores que es una de las funciones principales de la CNMV (*vid.* artículo 13 de la LMV). Esa es la posición que, en las circunstancias del caso, defiende el voto particular en relación con la indicada sentencia de 16 de mayo de 2008 (caso Ava): desde el momento en que la CNMV obtuvo conocimiento de las irregularidades que afectaban a la agencia de valores existía una obligación de actuar en términos de razonabilidad (sin que, en su opinión, la CNMV pudiera alegar motivos de prudencia considerando que estaba en juego la seguridad de los inversores)⁹²⁴. Momento que el Tribunal Supremo sitúa en febrero de 1998, es decir, un año después⁹²⁵.

Frente a esta posición, esta tesis entiende que, al menos, en relación con la medida de información al público – una de las menos restrictivas al alcance de la CNMV –, la posición del Tribunal Supremo es discutible. Expone el Tribunal que, en el momento en que se obtuvo conocimiento de las irregularidades éstas no constituían riesgos y que su adopción hubiera resultado ineficaz puesto que, hasta entonces no se había detectado la existencia de una doble prenda. Sin embargo, posteriormente, añade que ha habido una omisión de un deber jurídico de actuar al no informar pero excluye la res-

⁹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 (voto particular). Destaca que si la CNMV hubiera adoptado una serie de medidas y hubiere informado al público sobre las irregularidades detectadas en octubre de 1997 – momento en el que tuvo conocimiento de las mismas - los daños a los inversores habrían disminuido dado que muchos inversores no habrían invertido. Frente a esta posición el Tribunal Supremo expone que el hecho determinante de la lesión patrimonial fue conocido por la CNMV el 25 de noviembre de 1997 y en esas fechas las medidas que hubiera podido tomar la CNMV no resultaban eficaces, puesto que, hasta entonces había simplemente irregularidades (que no riesgos): no se había detectado la existencia de una doble prenda sobre los valores (fundamento de derecho séptimo).

⁹²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 (voto particular): “(...) Como la sentencia en su propio texto reconoce, la pérdida patrimonial no se hubiera producido si la Comisión hubiera ejercido todas sus potestades frente a Ava desde el momento en que tuvo noticia de esas irregularidades que, contrariamente, al criterio mayoritario, a mi entender, se produjo en enero de 1997, desde cuya fecha los actores, como hemos venido repitiendo, realizaron sus inversiones en la Agencia, hecho que hubiera podido evitarse si la Comisión no hubiera hecho dejación de sus funciones y hubiera cumplido al menos, con la obligación de información que le confiere la Ley para la protección de los inversores que, como expresó el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la comparecencia antes citada, constituye “la más sagrada de las funciones que la Ley del Mercado de Valores encomienda a la Comisión”.(...)”

ponsabilidad por falta de concurrencia del nexo causal bajo la idea que “(...) el 25 de noviembre los valores estaban ya pignorados y los recurrentes no habrían ya podido hacer nada para evitar las consecuencias de la doble prenda”.

Cierto es que, como argumenta el Tribunal Supremo, se toman decisiones en función de la información disponible en cada momento, sin embargo, situaciones como las que se tratan en el marco de la citada sentencia llevan a plantear la conveniencia de garantizar, por otras vías adicionales (que no, sólo la judicial) un mayor nivel de eficacia y de calidad en la actuación de la administración⁹²⁶.

La pregunta a resolver es cómo aumentar la calidad y eficacia en la actuación de las autoridades supervisoras para disminuir los riesgos de futuros daños en aras a una mayor protección de los clientes e inversores. Si el objetivo es, precisamente, el de aumentar la calidad y eficacia para disminuir futuros riesgos de daños a clientes e inversores puede no resultar suficiente con la aplicación jurisprudencial de la figura de la responsabilidad administrativa omisiva. En este sentido, se pronuncia AGUADO I CUDOLÀ que destaca que la principal función de la institución de la responsabilidad administrativa es compensatoria o resarcitoria, así como, que resulta difícil que, a través de esta figura se pueda desarrollar, de forma efectiva, una función de control diri-

⁹²⁶ AGUADO I CUDOLÀ, V. y NETTEL BARRERA, A. “La responsabilidad patrimonial por inactividad de la administración.” En: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.). *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo I, pág. 362 y 363. Sobre el necesario y posible de control de la responsabilidad patrimonial de la administración, indican los autores: “(...) Sin embargo, la responsabilidad patrimonial no tiene como función la de ser un remedio destinado a garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales que el ordenamiento atribuye a la Administración, sino que su función básica y esencial es la de reparar los posibles daños que se produzcan como consecuencia de este funcionamiento anormal de la Administración. (...). Con todo, la responsabilidad patrimonial de la Administración podría jugar un papel relevante como instrumento de control de la inactividad administrativa. De esta forma, permitiría prevenir que en el futuro se repitieran esos comportamientos patológicos e ilegales. Para ello, deben tenerse en cuenta no sólo la producción del daño sino la conducta del autor o del responsable del daño. (...) Debe advertirse, cómo la jurisprudencia, pese a proclamar enfáticamente el dogma del carácter objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial tiene cada vez más en cuenta aspectos relativos a la conducta del autor o responsable del daño, especialmente, en el ámbito de la inactividad material de la Administración. (...) Debe advertirse, sin embargo, que la ausencia de estándares normativos de cómo debe actuar la Administración pueden derivar en un excesivo decisionismo judicial. Tal situación puede provocar incerteza e inseguridad jurídica y, por tanto, frustrar esta necesaria función de control sobre una de las patologías más extendidas pero al mismo tiempo más preocupantes. (...)” [subrayado añadido]

gida a mejorar la eficacia y la calidad en la actuación de las administraciones públicas, dada la diversidad de criterios con que los tribunales valoran la eficacia y calidad de los servicios públicos.

De ahí que, autores como AGUADO I CUDOLÀ, NAVARRO MUNUERA y MIR PUIGPELAT propongan la vía normativa para alcanzar un efectivo aumento de los estándares de calidad y de eficacia, especialmente, en casos de inactividad material de la administración⁹²⁷. Así, la actuación normativa del legislador complementada con

⁹²⁷ En aras a evitar que se produzcan situaciones similares de inactividad, AGUADO I CUDOLÀ sugiere el establecimiento (por los órganos o unidades administrativos que hayan ocasionado el daño) de protocolos de actuación u órdenes de servicio que permitan corregir las disfuncionalidades detectadas por los órganos encargados de resolver y de tramitar los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la administración. Léase al respecto: AGUADO I CUDOLÀ, V. y NETTEL BARRERA, A. "La responsabilidad patrimonial por inactividad de la administración." En: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.). *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo I, pág. 302 y 303.

NAVARRO MUNUERA se inclina, asimismo, por la conveniencia que las pautas legales que condicionen la actuación de la administración vengan establecidas por la propia administración o por el legislador y añade que: "(...). En este punto el legislador y la propia administración tienen una tarea pendiente que resulta imprescindible: la codificación de las regulaciones relativas a la garantía de una mínima calidad en el desarrollo de la actividad administrativa allá donde ya existen, aunque, de manera dispersa, incompleta y demasiado genérica; y la reglamentación *ex novo* en los sectores respecto a los que todavía no se ha legislado. (...)." Asimismo, el autor apunta la importancia de las cartas de servicios públicos instrumentadas con la finalidad de precisar los compromisos de calidad y de eficacia en la prestación directa de sus servicios. Las cuáles se aplican, básicamente, a supuestos en los que la propia administración es quien presta el servicio, de modo que, actúa como autora del daño. No se trata, en estos casos, de una inactividad referida al deber de vigilancia o de control de la administración sobre la actuación de terceros operadores en el mercado.

Hecha esta distinción, valga destacar, por un lado, la vigente carta de servicios (2015-2018) de la DGSFP centrada, básicamente, en la identificación de los fines, de los servicios prestados a los fines de la protección del asegurado y del partícipe, de los compromisos de calidad y finalmente, de los indicadores de seguimiento y de evaluación de la calidad. Y por otro lado, la vigente carta de servicios (2015-2018) de la DGSFP en materia de mediación centrada, asimismo, en la identificación de los fines, de los servicios prestados y finalmente, de los compromisos asumidos para mejorar la calidad en su prestación.

Léase al respecto: NAVARRO MUNUERA, A. "El papel de la jurisdicción contencioso-administrativa en la garantía de la eficacia en el funcionamiento de los servicios públicos a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la administración." En: MONTORO CHINER, M^a.J. (coord.). *La justicia administrativa. Libro Homenaje al prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*. Barcelona, Atelier, 2003, pág. 628 y siguientes.

MIR PUIGPELAT opta, igualmente, por el establecimiento de concretos estándares normativos de diligencia por parte del legislador y la administración para evitar los problemas de seguridad jurídica y de eficiencia que suscita la fijación judicial del nivel de diligencia exigible añadiendo que su utilidad es, especialmente, importante en relación con la responsabilidad por omisión. Añade el autor que existen estándares de diligencia en multitud de normas legales y

la actividad regulatoria de las autoridades supervisoras - bajo la forma de circulares internas⁹²⁸ y protocolos, entre otros instrumentos – es la vía para identificar los criterios exigibles a la actuación de las autoridades (evitándose problemas de inseguridad jurídica).

Un ejemplo, en este sentido, es el ejercicio de precisión normativa que suponen la Ley 40/2015 y la Ley 39/2015⁹²⁹ cuya entrada en vigor se producirá el 2 de octubre de 2016. Concretamente, el artículo 3.1 de la Ley 40/2015 aporta una regulación más precisa en torno a los principios generales aplicables a la actuación de las administraciones públicas. De modo que, enumera una serie de principios, entre los cuáles, cabe destacar los siguientes, por su relevancia en el mercado de servicios financieros: (i) servicio efectivo a los ciudadanos; (ii) racionalización y agilidad de los procedimientos

reglamentarias, de cartas de servicios, de protocolos de actuación, de pliegos de cláusulas contractuales, sin embargo, incide en que su expresa consideración en la normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial potenciaría su proliferación sistemática.

Léase al respecto: MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la administración*. Madrid, Edisofer, S.L., 2012, pág. 327 y siguientes.

⁹²⁸ Respecto del mercado bancario, cítese como ejemplo la Circular interna 2/2013 de procedimientos aplicados por la Dirección General de Supervisión. Algunos de los contenidos más relevantes son: (i) la formalización del seguimiento *in situ* y “a distancia” en un informe periódico con el objetivo que de todas las actuaciones supervisoras resulten escritos de recomendaciones o requerimientos a las entidades (ii) el deber de entregar un escrito – resumen de las situaciones observadas por parte del jefe de grupo de los equipos de inspección para conseguir una mayor agilidad de las actuaciones supervisoras y (iii) un seguimiento “a distancia” simplificado respecto de las entidades que no sean de depósito con el fin de utilizar de manera más eficaz los recursos disponibles.

⁹²⁹ Aunque, fuera de los límites de la inactividad material en los que se enmarca el análisis de este apartado, el artículo 129 de la Ley 39/2015 precisa los principios de buena regulación aplicables al ejercicio de la iniciativa legislativa y a la potestad reglamentaria. A grandes rasgos, el artículo enumera y aclara el sentido de los principios de necesidad, de eficacia, de proporcionalidad, de seguridad jurídica, de transparencia y de eficiencia. De modo que, en esencia, éstos mantienen una relación de coherencia con el objetivo de promover un funcionamiento de la administración pública de calidad y eficaz.

Como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2015: “(...) Sin embargo, es necesario contar con una nueva regulación que, terminando con la dispersión normativa existente, refuerce la participación ciudadana, la seguridad jurídica y la revisión del ordenamiento. Con estos objetivos, se establecen por primera vez en una ley las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación (...). Con esta regulación se siguen las recomendaciones que en esta materia ha formulado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su informe emitido en 2014 «Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement». (...)”

administrativos; (iii) buena fe, confianza legítima y lealtad constitucional; (iii) eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados; (iv) responsabilidad por la gestión pública; (v) economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales y (vi) eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos⁹³⁰. Asimismo, es destacable su artículo 4 en sede de principios de intervención de las administraciones públicas (para el desarrollo de una actividad) que añade, como novedad, el deber de las administraciones públicas de “(...) evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos (...)”, en línea con la exigencia de una cierta constancia e intensidad en el desarrollo de las actividades de inspección que es, precisamente, uno de los criterios utilizados por el Tribunal Supremo.

Algunos de estos principios son acordes con los criterios de eficacia que la doctrina ha venido identificando por remisión a la jurisprudencia: los parámetros normativos vigentes (obviamente, en primer término y con valor prioritario), los principios de proporcionalidad y razonabilidad (comúnmente utilizados en el mercado de los servicios financieros); criterios científico-técnicos que implican la obligación de adaptación continua de la actividad pública a las innovaciones científicas y técnicas; limitaciones económicas y financieras dado que la determinación de un determinado nivel de calidad no puede prescindir de la cuestión de su financiación (igualmente, un criterio considerado en el desarrollo de la labor de supervisión, así como, en el desarrollo de la labor de inspección del mercado de servicios financieros) y finalmente, las valoraciones sociales medias del momento (a falta de parámetros normativos).

Esta tesis entiende que este último criterio presenta cierta vinculación con los criterios legales de servicio efectivo a los ciudadanos y con el de responsabilidad por la gestión pública (*vid.* artículo 3 de la Ley 40/2015). Esta tesis entiende que un posible instrumento al servicio de concreción de las valoraciones sociales medias podría ser la información obtenida de los correspondientes servicios de reclamaciones de las autoridades supervisoras en relación con las reclamaciones y consultas recibidas⁹³¹.

⁹³⁰ Uno de los criterios utilizados por la Circular interna 2/2013 se basa, precisamente, en la necesidad de mejorar la asignación de recursos. Principio que halla su reflejo también en las más recientes memorias del BE sobre supervisión bancaria.

⁹³¹ Recuérdese que, desde el año 2010, la DGSFP utiliza un modelo de escrito dirigido a la obtención de información sobre las actuaciones desarrolladas por los citados departamen-

En cualquier caso, debe mantenerse presente la idea apuntada por NAVARRO MUNUERA: la presencia de estos criterios en los diferentes supuestos de análisis de la responsabilidad patrimonial es desigual debiendo primar una consideración del caso concreto y de las circunstancias concurrentes en el mismo (a pesar de las críticas doctrinales a la diversidad de criterios de la jurisprudencia)⁹³². De ahí que, esta tesis haya centrado su análisis, principalmente, en la jurisprudencia sobre la inactividad de la administración por funcionamiento anormal de la labor de vigilancia de los mercados financieros.

6. VALORACIÓN CRÍTICA

En relación con el control regulatorio valga destacar las siguientes conclusiones. En primer lugar, el creciente impacto y relevancia social de la relación de las entidades con los clientes ha comportado la adopción de una serie de medidas legislativas y de iniciativas en sede de supervisión de conductas del mercado.

En este sentido, el hecho que la información obtenida de los departamentos o servicios de atención al cliente, así como, que las reclamaciones o quejas presentadas ante los servicios de reclamaciones de las autoridades supervisoras sirvan de base para la supervisión de las conductas que las entidades desarrollan en el mercado permite

tos o servicios para un mejor análisis de su funcionamiento. Posteriormente, la futura LOSSP incorpora en su listado de infracciones – al igual que la Ley 10/2014 y que la LMV - la inexistencia o el mal funcionamiento de los departamentos o servicios de atención al cliente. Planteamiento que puede presentar cierta conexión con el hecho que la conformidad mostrada por los clientes respecto de la gestión encomendada (a una entidad gestora) y/o la falta de denuncias sobre la gestión patrimonial encomendada haya sido considerada por el Tribunal Supremo como una de las circunstancias a tener en cuenta para descartar las alegaciones de los reclamantes en torno a la existencia de una actitud pasiva de la CNMV. Añade el Tribunal Supremo, la idea que, en el caso, no se proporcionaron por parte de los clientes, datos o elementos que justificasen una actuación distinta por parte del órgano supervisor. Léase al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 (caso Gescartera) (fundamento de derecho quinto).

⁹³² NAVARRO MUNUERA, A. “El papel de la jurisdicción contencioso-administrativa en la garantía de la eficacia en el funcionamiento de los servicios públicos a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la administración.” En: MONTORO CHINER, M^a.J. (coord.). *La justicia administrativa. Libro Homenaje al prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*. Barcelona, Atelier, 2003, pág. 646 y 647.

constatar la existencia de una conexión funcional entre el deber de atender y de resolver las reclamaciones y quejas de los clientes, inversores y asegurados a cargo de las entidades y el desarrollo de la supervisión de conductas por parte de las autoridades.

Son varias las iniciativas dirigidas a promover una más eficaz actuación de los departamentos y servicios de atención al cliente, entre otras, la tipificación de infracciones alusivas a la inexistencia o al mal funcionamiento de los departamentos o servicios de atención al cliente. Se pretende con ello que los citados departamentos y servicios cumplan eficazmente su función de “filtro” frente a las reclamaciones presentadas por sus clientes. Actualmente, esta es una de las principales líneas estratégicas de la supervisión de conductas.

A partir del análisis de los informes anuales de las autoridades de supervisión se ha podido comprobar que las principales prácticas objeto de reclamación por contrarias a la LCDSF conciernen, en gran medida, al incumplimiento del deber de información, a la carga de la prueba – especialmente, en materia de consentimiento - y a la constancia de la celebración del contrato.

En segundo lugar, en lo que concierne al sistema de sanciones, la LCDSF reúne sanciones administrativas de diversa índole y actúa como una norma de confluencia - uniendo a través de las correspondientes formulas de remisión tres bloques normativos distintos -. Lo que resulta posible gracias el desarrollo común del principio de transparencia.

Así, considerando la normativa sobre ordenación y transparencia, las conductas con mayor incidencia en el ámbito específico analizado conciernen al incumplimiento del deber de dejar constancia de la oferta y de la celebración del contrato en soporte duradero; del deber de información previa; del deber de comunicación de la información previa y de las condiciones contractuales y de la prohibición en materia de servicios no solicitados.

Considerando la LSSICE, las conductas con especial incidencia en el ámbito específico analizado conciernen, básicamente, a las restricciones al envío de comunicaciones comerciales; al deber de información previa y al deber de poner a disposición las con-

diciones generales que se incorporen al contrato. Finalmente, considerando la regulación de consumo de alcance general, las conductas con mayor incidencia en el ámbito específico analizados conciernen al incumplimiento de los deberes de información y de documentación, a la pretensión de cobro por servicios no solicitados y al incumplimiento de la regla del consentimiento en el uso de técnicas de comunicación a distancia que requieran dicho consentimiento cuando no concurra dicha circunstancia. Estas conductas quedan tipificadas mediante una serie de infracciones específicas.

En cualquier caso, la potestad sancionadora se proyecta, esencialmente, sobre el conjunto de sujetos y mercados sometidos a las autoridades supervisoras. El reparto de competencias entre autoridades supervisoras tiende hacia la aplicación de las normas de conducta por parte del Estado Miembro de origen lo que exige una tarea de convergencia en sede de normas de conducta y de información precontractual.

En tercer lugar, en sede de responsabilidad patrimonial omisiva de la administración, vista la jurisprudencia del Tribunal Supremo, su apreciación a favor de los clientes, inversores o consumidores depende de las circunstancias concurrentes en cada caso. La doctrina jurisprudencial sobre los elementos esenciales que deben concurrir en materia de responsabilidad patrimonial omisiva de la administración deja la puerta abierta a la posibilidad de que la omisión de las autoridades supervisoras en el cumplimiento de sus deberes de supervisión, de inspección y de sanción pueda generar un deber de indemnizar al consumidor; máxime, a la vista de la función de protección de clientes e inversores atribuida a las citadas autoridades. Sin embargo, se concede un cierto margen de apreciación a las autoridades supervisoras en el momento de actuar, (en función de la formulación legal del citado deber). La jurisprudencia tiende a localizar la respuesta a la cuestión en el análisis de la concurrencia del nexo causal entre la omisión y el resultado dañoso sin que ello deba conllevar la anulación del importante factor de la libre decisión del inversor (y de eventuales actuaciones por parte de terceros).

En cualquier caso, de la jurisprudencia analizada se infiere que la apreciación de la responsabilidad patrimonial omisiva por dejación de funciones (incluidos los casos de demora) exige la consideración y ponderación de una gran diversidad de circunstancias a la luz de los criterios jurisprudenciales de: razonabilidad, eficacia, prudencia,

suficiencia y adecuación de los medios a los fines perseguidos. Otro criterio que ha sido destacado por la doctrina es el las valoraciones sociales medias del momento. Esta tesis entiende que éste último podría presentar cierta vinculación con los criterios legales de servicio efectivo a los ciudadanos y de responsabilidad por la gestión pública (*vid.* artículo 3 de la Ley 40/2015) y que un posible instrumento al servicio de su aplicación podría ser la información obtenida de los correspondientes servicios de reclamaciones de las autoridades supervisoras en relación a las reclamaciones recibidas. Recuérdese que, en el marco de la sentencia de 27 de enero de 2009 (caso Ges-cartera) la ausencia de denuncias presentadas por parte de los clientes, así como, su conformidad a la gestión encomendada fue una de las circunstancias consideradas por el Tribunal Supremo para determinar si la actuación de la CNMV había sido o no suficiente dado que no se habían aportado datos o elementos que justificasen una actuación distinta.

Como ha venido destacando la doctrina, la aplicación de la figura de la responsabilidad patrimonial omisiva - vía jurisprudencial - no permite implantar, de forma efectiva, determinados niveles de calidad y de eficacia en la actuación de la administración: el artículo 3.1 de la Ley 40/2015 constituye una buena iniciativa en este sentido.

CAPITULO XIV CONCLUSIONES

PRIMERA:

El objeto de la LCDSF determina su relación de articulación con las normas de su entorno. En tanto que confiere una protección por razón del modo, la LCDSF está llamada a regular los aspectos esenciales de la comercialización a distancia con consumidores, en consonancia con el principio de intervención mínima.

Por consiguiente, su papel es completar la protección que nuestro ordenamiento jurídico ya dispensa al cliente de servicios financieros, al destinatario de servicios de la sociedad de la información y al consumidor. Bien, se trate de una protección en razón de la especial naturaleza del proveedor o del servicio; bien, de una protección en razón de la especial modalidad de contratación a distancia; bien, de una protección en razón de la especial vulnerabilidad del consumidor en sus relaciones comerciales con el proveedor (primer, segundo y tercer bloques normativos).

De ahí, su relación de articulación – de naturaleza, mayoritariamente, cumulativa - con las demás normas de su entorno normativo que esta tesis distribuye en tres bloques normativos integrados, básicamente, por: las normas sectoriales sobre ordenación y transparencia aplicables al mercado de los servicios financieros (primer bloque normativo), las normas generales aplicables a la comercialización a distancia de servicios financieros (entre las cuáles, la LSSICE) (segundo bloque normativo) y las correspondientes normas de consumo (tercer bloque normativo). De ahí, asimismo, que el impacto de la LCDSF se haga notar, principalmente, en éstas tres áreas, tal y como se constata a lo largo de los CAPITULOS V y siguientes de esta tesis.

SEGUNDA:

A partir del análisis de la regulación aplicable se ha constatado que las modificaciones legislativas realizadas a lo largo de los últimos años, se dirigen a la consecución, entre otras, de dos prioridades fundamentales.

Por un lado, la protección del cliente de servicios financieros, del destinatario de servicios de la sociedad de la información y del consumidor y por otro, la consolidación del uso de las nuevas tecnologías en el mercado. En uno y/u otro sentido, la LCDSF y la LSSICE desarrollan un papel determinante y se hallan en los comienzos de algunas tendencias legislativas que han venido dominando al sector (primer, segundo y tercer bloques normativos).

En la consecución de ambas prioridades, las tendencias legislativas más destacables consisten en proteger al cliente, al destinatario y al consumidor mediante una regulación basada en el principio de transparencia, por un lado y en consolidar el uso de las nuevas técnicas de comunicación a distancia mediante una regulación inspirada, en especial medida, en los principios aplicables al comercio electrónico, por otro lado. El resultado es una regulación que fomenta la confianza (primer, segundo y tercer bloques normativos).

En lo que concierne a los principios, son destacables: el principio de equivalencia funcional, el de intervención mínima, el de neutralidad tecnológica y el de buena fe que dota de contenido a la exigencia al proveedor de actuar con un nivel de competencia y cuidados especiales – presente, en la cláusula general de la nueva LCD - (*vid.* artículo 4 de la nueva LCD). Ya, en su día, en el marco de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo sobre comercio electrónico, se anticipaba la idea de que parte de los citados principios podrían aplicarse a otras técnicas de comunicación a distancia; que no, sólo, los medios electrónicos.

Estos principios se desarrollan, con mayor o menor fortuna, en la regulación de la LSSICE y de la LCDSF y en algunas de las normas de su entorno normativo: las más avanzadas. Se garantiza así una coherencia entre las mismas. Su formulación normativa se evidencia, en parte, mediante la incorporación de determinados conceptos jurí-

dicos – como el de “soporte duradero” – que actúa a modo de concreción del principio de equivalencia funcional y mediante la observancia de ciertas formulas abiertas al definir el ámbito de aplicación y/o el alcance de su regulación, que resultan afines al principio de neutralidad tecnológica. Unos y otras se inspiran en la Ley Modelo sobre comercio electrónico cuya influencia es indiscutible (primer, segundo y tercer bloques normativos).

TERCERA:

En mayor o menor medida, las normas analizadas tienen el denominador común de proteger la libertad contractual del cliente, del destinatario o del consumidor por la vía de garantizar una voluntad libre, consciente y con conocimiento de causa (primer, segundo y tercer bloques normativos).

De ahí, el recurso a mecanismos basados en el principio de transparencia, como: la información previa, la comunicación en soporte duradero de la información previa o de las condiciones contractuales, la constancia de la oferta o del contrato suscrito, algunos plazos de reflexión (para valorar y analizar) la información (o la oferta). Todos ellos son, conceptualmente, adecuados para garantizar un consentimiento libre y con conocimiento de causa (primer, segundo y tercer bloques normativos).

Sin embargo, es distinto el peso (y nivel de prioridad) que cada norma confiere a la protección del citado interés frente a los demás intereses, eventualmente, protegidos (por ejemplo: la protección del mercado, el interés de conservación del contrato [para una mayor seguridad en el tráfico], el principio de autorresponsabilidad, la protección del cliente, del destinatario o del consumidor...). El equilibrio entre los intereses afectados se realiza, en cada caso, considerando los objetivos y la naturaleza de cada norma. De ahí, las diferencias en el régimen jurídico aplicable a cada uno de estos mecanismos, conceptualmente, equivalentes (primer, segundo y tercer bloques normativos).

Dichas diferencias vienen determinadas, especialmente, por factores como el grado de asimetrías informativas existente entre las partes (que halla su mayor expresión en las relaciones entre proveedores y consumidores) y por el tipo de protección que se dis-

pensa distinguiéndose entre la protección en razón del modo de comercialización (a distancia con consumidores), en razón de la modalidad de contratación a distancia (por medios electrónicos) y en razón de la especial naturaleza del proveedor o del servicio (vista la idiosincrasia del mercado y la especial complejidad de determinados servicios financieros) (primer, segundo y tercer bloques normativos).

CUARTA:

En cualquier caso, la regulación analizada tiende a recurrir a unos u otros mecanismos dependiendo de la fase del proceso de comercialización que regula. Si bien, es cierto que determinados mecanismos - como las especialidades en materia de resolución de conflictos - son aplicables a distintas fases (en función de las circunstancias del caso) (primer, segundo y tercer bloques normativos).

Se asocia cada fase a la consecución de unos objetivos tuitivos (*i.a.* información, reflexión, certeza, constancia y acceso a la justicia) que sirven al desarrollo de la doble prioridad anunciada de proteger y de consolidar el uso de las nuevas tecnologías en el mercado. A partir de ahí, se pueden definir unas tendencias legislativas comunes en el mercado.

Así, en fase de generación, se potencia la información (entendida, en un sentido amplio), la constancia de la información y la reflexión (primer, segundo y tercer bloques normativos).

En fase de perfeccionamiento, se promueve la certeza del perfeccionamiento del contrato, en aquellos casos en que se dispensa una protección en razón del modo de comercialización a distancia (tercer bloque normativo).

Finalmente, en fase de consumación, se fomenta la constancia de cierta información y del hecho del efectivo perfeccionamiento del contrato; se reconoce - en algunos casos - una oportunidad de reflexión, especialmente, en el nivel de relaciones entre proveedor y consumidor y se garantiza un mejor acceso a la justicia (primer, segundo y tercer bloques normativos).

Estas son las grandes líneas de actuación del legislador.

QUINTA:

En fase de generación, se dota al requisito de la información previa de un papel preponderante para compensar las asimetrías informativas existentes que, por distintos motivos, afectan al cliente de servicios financieros, al destinatario de servicios de la sociedad de la información y al consumidor (primer, segundo y tercer bloques normativos).

No obstante, para garantizar un consentimiento con el debido conocimiento de causa, la información se acompaña de otros mecanismos dirigidos a potenciar su comprensión y su reflexión como: los requisitos formales aplicables a la misma; la comunicación de la información y/o de la oferta en soporte duradero (que permite la constancia en iguales condiciones que el soporte papel); los plazos de validez de la información o – en su caso - de vigencia de la oferta (que favorecen la reflexión) y otros plazos de reflexión previos al perfeccionamiento del contrato (primer, segundo y tercer bloques normativos).

Por un lado, la información y la reflexión tratan de compensar la falta de negociación y de tratos preliminares que suele caracterizar la fase de generación en el ámbito analizado y que llevan a la situación de que el consumidor sólo pueda aceptar o rechazar la oferta y las condiciones contractuales impuestas por el proveedor con la consiguiente merma a su libertad contractual. Por otro lado, la reflexión y la constancia dotan al consumidor de una oportunidad para afrontar, en mejores condiciones de asimilación, la creciente tendencia a observar una información que cada vez resulta más exhaustiva, más compleja y más completa. Hecho que, como ha venido subrayando alguna doctrina, conlleva un cierto riesgo de “desinformación” en detrimento, una vez más, de la libertad contractual (primer, segundo y tercer bloques normativos).

De modo que, se puede concluir que las principales contribuciones tienden a elevar el nivel de transparencia para aumentar la protección del cliente, del destinatario y del consumidor y a incorporar el uso de las nuevas técnicas de comunicación a distancia

en esta fase de generación (en línea con las prioridades apuntadas al inicio) (primer, segundo y tercer bloques normativos).

SEXTA:

En fase de perfeccionamiento, el régimen jurídico aplicable por razón del modo de comercialización a distancia opta por soluciones que aumentan la certeza en torno al hecho del efectivo perfeccionamiento del contrato a distancia – especialmente, en lo que concierne al momento y al lugar de perfeccionamiento del contrato - (*vid.* disposición adicional cuarta, artículo 29 de la LSSICE y artículos 6 y 13 de la LCDSF) (segundo y tercer bloques normativos).

En primer lugar, en cuanto al momento de perfeccionamiento, se promueve la certeza mediante la aplicación de la teoría del conocimiento atemperada por la buena fe, la cual evita abusos dirigidos a ignorar la aceptación o a retrasar el perfeccionamiento del contrato a distancia. Asimismo, se promueve la certeza mediante la teoría de la emisión que transfiere el riesgo de la transmisión de la aceptación al oferente, en el caso especial de los contratos a distancia suscritos mediante dispositivos automáticos (segundo bloque normativo).

En segundo lugar, en cuanto al lugar de perfeccionamiento, se promueve la certeza mediante la implantación de soluciones claras y simples (necesarias, en un mercado global) a los efectos de determinar el lugar de perfeccionamiento que promueven el recurso al criterio del lugar de residencia habitual del consumidor en los contratos a distancia constitutivos de un servicio de la sociedad de la información (*vid.* artículo 29 de la LSSICE) (segundo bloque normativos).

En tercer lugar, en torno al hecho del efectivo perfeccionamiento, se aumenta la certeza mediante: la exigencia de la constancia de la celebración del contrato a distancia de servicios financieros con consumidores; la exclusión de la posibilidad de un consentimiento tácito respecto de servicios financieros a distancia no solicitados y la inversión de la carga probatoria que atribuye al proveedor la carga de probar el consentimiento para la celebración del contrato a distancia con consumidores (con independencia de si el proveedor es oferente o aceptante) (*vid.* artículos 6, 13 y 17 de la LCDSF) (tercer

bloque normativo). Si bien, aplicable a la fase de consumación, valga añadir que, en la misma línea, actúa el deber de confirmar la aceptación en los contratos a distancia constitutivos de un servicio de la sociedad de la información (segundo bloque normativo).

Sin embargo, los mecanismos anteriores no solo aumentan la certeza en torno al hecho del efectivo perfeccionamiento del contrato si no que, asimismo, tienen por efecto aumentar la confianza en los nuevos medios. Primero, la constancia de la celebración facilita la aplicación de la teoría del conocimiento. Segundo, la constancia de la celebración del contrato permite concretar la fecha de inicio del cómputo del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento (con la excepción de los seguros de vida). Tercero, la inversión de la carga probatoria impide que el incumplimiento del deber de confirmación de la recepción de la aceptación (en el caso de los servicios de la sociedad de la información) pueda dificultar el acceso del consumidor a la justicia por falta de prueba en torno a la celebración del contrato (segundo y tercer bloques normativos).

A la vista de lo anterior, se puede concluir que, en esta fase, la principal diferencia entre la LSSICE y la LCDSF, desde un punto de vista de sus contribuciones en el ámbito analizado, es la siguiente. Si la primera realiza los ajustes necesarios para eliminar la inseguridad y los obstáculos jurídicos a la celebración de contratos electrónicos; la segunda trata de evitar ciertas actuaciones del proveedor que puedan mermar los intereses económicos del consumidor, por ejemplo, en sede de servicios financieros no solicitados (segundo y tercer bloques normativos).

En cualquier caso, como se apuntaba al inicio, ambas normas protegen al destinatario y/o al consumidor y promueven el uso de las nuevas tecnologías en el mercado, en especial consonancia con las prioridades apuntadas al inicio (segundo y tercer bloques normativos).

SÉPTIMA:

En fase de consumación, se fomenta la constancia, la reflexión y el acceso del consumidor a la justicia. Los principales mecanismos son el deber de comunicación en soporte duradero o en soporte papel (de las condiciones contractuales, de la información

previa, del contrato celebrado y de cierta información relacionada con el perfeccionamiento del contrato o con la consumación del contrato), el derecho de desistimiento y la acción de cesación acompañada, entre otros, de la inversión legal de la carga probatoria (primer, segundo y tercer bloques normativos).

En primer lugar, los deberes de comunicación tienen por objetivo promover la constancia y se observan en razón del modo de comercialización, de la modalidad de contratación a distancia y/o de la especial naturaleza del proveedor o del servicio financiero afectado. Los términos aplicables son distintos en uno u otro caso (primer, segundo y tercer bloques normativos).

Así, en razón del modo de comercialización, se admite el retraso de la comunicación (de la información previa y de las condiciones contractuales) con el objetivo de permitir el uso de técnicas de comunicación a distancia sujetas a especiales limitaciones de tiempo y de espacio en fase de generación (en afinidad al principio de neutralidad tecnológica) sin que ello conlleve una disminución del nivel de transparencia (primer y tercer bloques normativos).

Vista la formulación de la LCDSF cabe concluir, primero, que el retraso es admisible si se recurre al uso este tipo de técnicas por voluntad del consumidor. Segundo, no se libera al proveedor del deber de comunicar, solamente, se retrasa la información prevista (entendida, en un sentido amplio): ni se reduce ni se abrevia. Tercero, el retraso no excluye, en su caso, el posible ejercicio del derecho de desistimiento o la eventual facultad de interponer la acción de nulidad o de anulabilidad del contrato. Es más, el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento no empieza a contar hasta el día en que recibe la correspondiente información (primer y tercer bloques normativos).

De ahí, la importancia de que la existencia o no de un eventual derecho de desistimiento (en el caso concreto) figure entre los datos exigibles (en sede información previa) durante la fase de generación, sea cual fuere la técnica de comunicación a distancia empleada (*vid.* artículo 7 y artículo 11.2 a) de la LCDSF): difícilmente ejercitará el consumidor un derecho que desconoce (caso Heininger y caso Endress). Por otro lado, el acceso a esta información en un momento inicial del proceso de formación del contrato influirá, positivamente, en la decisión del consumidor. Puesto que, más difí-

cilmente, elegirá el consumidor una técnica que implique un retraso en la comunicación de la información, si sabe que los servicios en cuestión constituyen excepciones al derecho de desistimiento (tercer bloque normativo).

Probablemente, este sea el motivo del vigente artículo 11.(2) del *FSDM Regulations* 2004 (Reino Unido) que dispone la no aplicación de las excepciones al desistimiento, si el proveedor (habiendo cumplido con sus deberes de información) no cumple con su deber de comunicación posterior. En dichas circunstancias, el consumidor podrá desistir del contrato en un plazo que se inicia el séptimo día desde la celebración del contrato y que acaba al recibir la última de las informaciones y condiciones contractuales.

En razón de la especial modalidad de contratación a distancia, la confirmación de la recepción de la aceptación tras el perfeccionamiento del contrato dota al destinatario de certeza en torno al hecho de su efectivo perfeccionamiento, como se ha avanzado a lo largo de la conclusión sexta (segundo bloque normativo).

En razón de la especial naturaleza del proveedor o del servicio afectado, el deber de comunicación garantiza al cliente la constancia del contrato y/o de cierta información relacionada con o generada a lo largo de la fase de consumación (primer y tercer bloques normativos).

En segundo lugar, el derecho de desistimiento aporta al cliente - consumidor un plazo de reflexión para analizar y comprender la información (en sentido amplio) recibida durante la fase de generación o, en su caso, durante la fase de consumación. Y, a su vez, le confiere la facultad de desvincularse del contrato sin necesidad de alegar causa alguna (primer y tercer bloques normativos). Actualmente, el citado derecho se puede ejercitar en cualquier momento tras la celebración del contrato si no se ha recibido la información previa y las condiciones contractuales y su ejercicio no está sujeto a límite temporal máximo alguno. A pesar de la sentencia del TJUE en el caso Hamilton, no es previsible que, en un futuro próximo, se observe un tope temporal máximo para su ejercicio a partir de la celebración del contrato. (Uno de los motivos radicaría en el hecho que la información previa sobre el derecho de desistimiento es un factor esencial en el ámbito específico analizado, tal y como permite constatar el artículo 7.3 de la

DCDSF). En este sentido, el planteamiento de la LCDSF mantiene sus diferencias con el del Real Decreto Legislativo 1/2007 que no resulta tan tuitivo.

En tercer lugar, se facilita el acceso del consumidor a la justicia mediante la acción de cesación, la inversión de la carga probatoria y el fomento del recurso a mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. En este último sentido, desarrollan un papel crucial los códigos de conducta y ciertas iniciativas legislativas que tienen por efecto consolidar la confianza en los mismos (segundo y tercer bloques normativos).

Por consiguiente, las líneas de actuación descritas no solo aumentan la protección del consumidor (garantizando cierto nivel de transparencia) sino que promueven el uso de las nuevas tecnologías en el mercado, en línea con las prioridades, inicialmente, apuntadas. Aunque, valga destacar que si, realmente, se quiere fomentar, en fase de generación, el uso de aquellas técnicas de comunicación caracterizadas por ciertas limitaciones de espacio y de tiempo, el consumidor debería saber con certeza – mediante reconocimiento legal explícito - que cuenta con un derecho legal de desistimiento ejercitable durante un plazo de tiempo indeterminado hasta que reciba las condiciones contractuales y la información previa (tercer bloque normativo). De ahí, en parte, la importancia de la inversión de la carga probatoria en sede de información.

OCTAVA:

En este contexto, la nueva LCD actúa como un elemento de cohesión entre las normas afectadas: su régimen jurídico refuerza la protección de los intereses económicos del consumidor integrando su regulación con la del mercado (primer, segundo y tercer bloques normativos).

El punto de conexión entre normas se mantiene en la necesidad de garantizar una decisión libre y con conocimiento de causa por parte del consumidor. Así se infiere de la cláusula general de la nueva LCD que califica de desleales las conductas del proveedor que, siendo objetivamente contrarias a la buena fe, distorsionen o puedan distorsionar, de manera significativa, “el comportamiento económico de los consumidores” refiriéndose con esta expresión a sus decisiones de mercado (*vid.* artículo 4 de la nueva LCD). Entre las cuáles: la selección de un oferente; la decisión de contratar, de

qué manera hacerlo y en qué condiciones o la decisión de hacer valer o no, un determinado derecho – por ejemplo, el derecho de desistimiento - (*vid.* artículo 2 *k*) de la Directiva 2005/29/CE). Lo que refuerza, una vez más, la libertad contractual (primer, segundo y tercer bloques normativos).

Considerando el listado legal de prácticas comerciales desleales, la influencia de la nueva LCD en el ámbito específico analizado se hace notar, especialmente, en sede de omisiones engañosas, de servicios financieros no solicitados y de comunicaciones no solicitadas (segundo y tercer bloques normativos).

En sede de omisiones engañosas la conexión entre la nueva LCD, la regulación sectorial sobre ordenación y transparencia (en sede de información previa) y la LCDSF se manifiesta en el hecho que la información previa de los artículos 7 y 8 de la LCDSF constituye parte de la información necesaria a la que la nueva LCD se refiere en su regulación sobre omisiones engañosas (*vid.* artículo 7.4 y anexo II de la Directiva 2005/29/CE) (*vid.* artículo 7 de la nueva LCD) (*vid.* artículos 7 y 8 de la LCDSF) (primer y tercer bloques normativos).

Por aplicación de la regulación sobre omisiones engañosas se sanciona el retraso indebido en el suministro de la información, el oscurecimiento de la misma o, sencillamente, su ocultación; siempre que, tal comportamiento distorsione o sea susceptible de distorsionar, de forma importante, la decisión de mercado del consumidor. Sin embargo, en la valoración de la existencia de una omisión engañosa deberá atenderse a las circunstancias del caso y al contexto en que la práctica se produce, así como, en el caso de limitaciones imputables al medio de comunicación empleado, a las citadas limitaciones y a las medidas adoptadas por el proveedor para transmitir la información necesaria por “otros medios” (*vid.* artículo 7 de la nueva LCD). De ahí que esta tesis subraye la importancia de que el consumidor disponga, durante la fase de generación, de los datos identificativos de los diversos medios o técnicas de comunicación a distancia cuyo uso el proveedor vaya a ofrecerle. Dicha información le permitiría, en su caso, valorar futuros riesgos de desinformación por falta de accesibilidad. Sin embargo, sólo algunas normas sectoriales atienden, por el momento, a esta cuestión (vía información previa; vía contenido de los contratos-tipo) (primer bloque normativo).

Este enfoque de la nueva LCD – atento a las circunstancias - halla su reflejo en algunos artículos de la LCDSF. Su regulación pone de manifiesto la relevancia, por un lado, de que el retraso sea debido al uso de una técnica de comunicación aceptada o elegida por el consumidor (*vid.* artículos 7.3 y 9.2 de la LCDSF) y por otro, de las medidas adoptadas por el proveedor para transmitir la información por otros medios (*vid.* artículos 7.3, 9.2 y 9.3 de la LCDSF). Lo que permite concluir que, en este sentido, el encaje de la LCDSF con la nueva LCD es correcto (tercer bloque normativo).

No se comprende, sin embargo, por qué la “información adicional” a la que se refiere el artículo 7.3 de la LCDSF no coincide, por mandato legal, con la restante información del artículo 7.1. Este es un planteamiento que puede resultar poco afín al principio de transparencia; que ha sido heredado de la propia DCDSF y que se mantiene en la LCDSF y en las demás normas de transposición analizadas.

En sede de servicios financieros no solicitados, se trata de evitar ciertas formas de acoso capaces de mermar la libertad de elección del consumidor, de forma que, éste decida contratar un servicio financiero con el único propósito de evitar problemas con el proveedor (*vid.* artículo 31.2 de la nueva LCD). Para reforzar la posición del consumidor, la LCDSF excluye la posibilidad de un consentimiento tácito cuando dispone que, en dichas circunstancias, la realización del pago no va a suponer la prestación de un consentimiento (tácito) para obligarse mediante un nuevo contrato. En esta cuestión, el encaje con la nueva LCD es, nuevamente, correcto (tercer bloque normativo).

Sin embargo, el carácter parcial que la LCDSF confiere a la dispensa al pago, plantea ciertas incoherencias con la nueva LCD (que califica de desleal la sola exigencia de pago) (*vid.* artículo 31.2 de la nueva LCD) y puede tener el nocivo efecto de no disuadir al proveedor de desarrollar dichas actuaciones que son, claramente, contrarias a la buena fe (*vid.* artículo 13 de la LCDSF) (*vid.* artículo 31.2 de la nueva LCD). Se puede afirmar que, por esta vía, la LCDSF deja una puerta abierta al proveedor para prestar servicios no solicitados sin haber cumplido antes los requisitos de información y de comunicación. Precisamente, lo que la DCDSF trata de evitar. El impacto de la LCDSF en esta sede, es negativo (tercer bloque normativo).

En línea con lo anterior, se ha constatado que, en Francia, Reino Unido, Irlanda y Luxemburgo se libera de toda obligación de pago al consumidor en caso de prestación de servicios financieros no solicitados (*vid.* artículo L.122-3 del *Code de la Consommation*) (*vid.* artículo 15 del *FSDM Regulations 2004*) (*vid.* artículo 19.(3) del *DMCFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo L.222-21 del *Code de la Consommation*). Especialmente, en el Reino Unido, Irlanda y Luxemburgo se contempla una fórmula más cercana a la dispensa total de la DCDSF.

Finalmente, en sede de comunicaciones no solicitadas, la nueva LCD prohíbe las propuestas no deseadas y reiteradas realizadas por ciertos medios de comunicación a distancia como el teléfono, el fax y el correo electrónico con el propósito tuitivo de evitar que el consumidor opte por contratar un determinado servicio inducido por la necesidad de poner fin a las molestias que tales injerencias provocan en su vida privada (*vid.* artículo 29.2 de la nueva LCD). Planteamiento que está en línea con la regulación de la nueva LCDSF que somete el uso de estas técnicas al consentimiento previo del consumidor (*vid.* artículo 14 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

NOVENA:

Expuesto lo anterior, se puede concluir que el valor añadido de la LCDSF consiste en proteger al consumidor ante determinados riesgos y/o prácticas muy vinculados al modo de comercialización a distancia (en consonancia con el principio de intervención mínima). Por ejemplo: la limitación o la disminución indebida de la información (entendida, en un sentido amplio) y/o su falta de constancia; el uso no consentido de técnicas de comunicación a distancia con la finalidad de contactar de forma individualizada con el consumidor con fines comerciales; la falta de reflexión; el acoso que se deriva de la prestación de servicios financieros no solicitados y finalmente, un difícil acceso a la justicia. De modo que, su impacto regulador se extiende a las tres fases del proceso de comercialización a distancia (tercer bloque normativo).

Así, frente a las normas sectoriales sobre ordenación y transparencia, el valor añadido de la LCDSF se traduce en la incorporación de mecanismos que confieren un mayor peso a la necesidad proteger una voluntad libre, consciente y con conocimiento de causa (primer y tercer bloques normativos).

Ello se explica por el más elevado carácter prioritario que la protección del interés de la libertad contractual tiene en la LCDSF (y en otras normas de consumo) frente a las normas sectoriales sobre ordenación y transparencia. Las últimas dotan de especial prioridad a la protección del mercado, sin que ello suponga excluir la protección de la libertad contractual del cliente: sencillamente, a través de la protección de la libertad contractual se protege el buen funcionamiento del mercado (primer y tercer bloques normativos).

Esas diferencias en la escala de prioridades explican su distinto contenido regulador y su relación de complementariedad. Por citar un ejemplo, la LCDSF contempla el deber de información y de comunicación como dos mecanismos de protección distintos a diferencia de algunas normas sectoriales sobre ordenación y transparencia que contemplan la posibilidad de facilitar la información previa en soporte papel u soporte duradero si así lo solicita el cliente. Lo que tiene su relevancia en los casos en que la comunicación de la información debe realizarse con posterioridad a la formalización del contrato. En la misma línea, sólo la LCDSF acompaña la información previa de un derecho de desistimiento que excede los límites temporales de la fase de generación (con la salvedad aplicable a los seguros de vida) (primer y tercer bloques normativos).

Frente a la LSSICE, el enfoque de la LCDSF es distinto. Si la LSSICE es una norma de carácter general que establece los mecanismos necesarios para implantar y consolidar el comercio electrónico. La LCDSF es una norma sectorial de consumo cuya regulación, de carácter especialmente tuitivo, incide en aquellos aspectos en los que el modo de comercialización a distancia puede generar especiales situaciones de riesgo (segundo y tercer bloques normativos).

Ello explica que la LSSICE ofrezca una regulación dirigida a hacer posible la celebración de contratos por medios electrónicos y a promover el uso de las nuevas tecnologías – especialmente, referida a la información previa, a la contratación electrónica (notablemente, inspirada en el principio de equivalencia funcional), al acuse de recibo de la aceptación y a la determinación del momento y del lugar de perfeccionamiento aplicable a los contratos a distancia y bajo el común objetivo de eliminar incertezas jurídicas - (segundo bloque normativo). Mientras que la LCDSF va más allá, centrán-

dose en aquellos aspectos que son esenciales para una adecuada protección del consumidor que contrata a distancia - como, la información previa, la comunicación previa, el desistimiento, la inversión de la carga probatoria, los servicios no solicitados y las restricciones al uso de técnicas de comunicación a distancia en las comunicaciones comerciales - (tercer bloque normativo).

Así, si la LSSICE exige el acuse de recibo o la confirmación de la aceptación para facilitar la aplicación de la teoría del conocimiento atemperada por la buena fe y dotar de constancia y certeza al hecho del efectivo perfeccionamiento del contrato; la LCDSF va más allá, mediante la inversión de la carga de la prueba del consentimiento para la celebración garantiza el acceso del consumidor a la justicia aún cuando el proveedor hubiere incumplido su deber de acuse de recibo o de confirmación de la aceptación.

Tercero, frente a la regulación general aplicable a los contratos a distancia con consumidores, el valor añadido de la LCDSF consiste, fundamentalmente, en adecuar la regulación del desistimiento a la idiosincrasia del mercado y en aumentar el nivel de transparencia durante la fase de generación, por distintas vías. Primera, se ajusta la información a las peculiaridades del mercado y a la especial complejidad de los servicios financieros. Y segunda, se contempla un deber de comunicación en soporte duradero que incluye las condiciones contractuales (*vid.* artículos 97, 98 y 100 del Real Decreto Legislativo 1/2007 tras las modificaciones realizadas por la Ley 3/2014) (*vid.* artículos 7, 9 y 10 de la LCDSF) (tercer bloque normativo).

Frente a la nueva LCC y a la Ley 2/2009, el valor añadido de la LCDSF se traduce, fundamentalmente, en la observancia de un deber de comunicación durante la fase de generación que abarca las condiciones contractuales (*vid.* artículo 9.1 de la LCDSF) (que no, solo, las condiciones generales [*vid.* artículo 4 de la Ley 2/2009]). En aspectos como la información, el régimen jurídico de unas y otra norma es similar (tercer bloque normativo).

DÉCIMA:

Las principales carencias de la LCDSF conciernen a la regulación sobre la constancia de la oferta; sobre el desistimiento; sobre la dispensa parcial al pago (en los servicios

financieros no solicitados) y sobre la facultad de rescisión del consumidor (tercer bloque normativo).

Son carencias, por distintas razones, dependiendo del caso. Por ejemplo, porque su regulación no es coherente con algunos de los principios, específicamente, aplicables a la comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores (anteriormente, anunciados) o porque su observancia constituye una incorrecta transposición de la DCDSF, entre otros motivos. Unas u otras merman el buen encaje de la LCDSF con algunas de las normas de su contexto normativo.

Así, en primer lugar, el requisito de la constancia de la oferta previsto en la LCDSF no es conforme al principio de intervención mínima (*vid.* artículo 6 de la LCDSF). Si el objetivo de este requisito era garantizar un consentimiento informado (mediante la constancia de la información, entendida, en un sentido amplio) éste se cumple, adecuadamente, mediante el deber de comunicación de la información previa y de las condiciones contractuales en soporte duradero, durante la fase de generación (*vid.* artículo 9 de la LCDSF).

Por lo que, en estas circunstancias, la protección por razón del modo no justifica su observancia en la LCDSF. Máxime, considerando que la constancia de la oferta se exige en otras normas sectoriales sobre ordenación y transparencia, cuando la especial naturaleza del servicio o del mercado, así lo requiere.

Se ha podido constatar que las normas de transposición de la DCDSF analizadas en esta tesis no contemplan un requisito similar.

En segundo lugar, uno de los principales mecanismos tuitivos de la LCDSF es el desistimiento, sin embargo, respecto de los seguros privados, su regulación observa más excepciones de las que la DCDSF admite. Si, tal y como se subrayó a lo largo de la tramitación de la DCDSF, son excepciones al desistimiento los seguros de ejecución inmediata y de poca importancia similares a las pólizas de seguros de viajes o de equipajes, algunas de las excepciones previstas en la LCDSF no se adecúan a tales características como los “planes de previsión asegurados” (*vid.* artículo 10.2 b) 5º de la LCDSF). De hecho, la DCDSF excluye la posibilidad de que estos puedan ser califica-

dos de excepciones si la contingencia cubierta es la jubilación (*vid.* artículo 6.1 de la DCDSF).

Tampoco parecen adecuarse a estas características los seguros que “den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador” (*vid.* artículo 10.2 *b*) 4º de la LCDSF). Sin perjuicio de ello, sería razonable mejorar su actual redacción en aras a clarificar el supuesto de hecho que conforma la excepción. Por ejemplo, mediante remisión a la norma que disponga la obligación legal de suscribir el seguro en cuestión, en línea con el artículo L.112-2-1 3º y con el artículo 211-1 del *Code des assurances* (Francia).

Además, la LCDSF incorpora la excepción de los contratos de seguros “(...) cuyos efectos terminen antes del plazo a que se refiere el punto 1.(...)” (*vid.* artículo 10.2 *b*) 3º de la LCDSF). Es cierto que, muy probablemente, el legislador haya querido incorporar en esta excepción los contratos de seguros de ejecución instantánea (en un acercamiento al concepto de seguros similares); sin embargo, su actual redacción puede generar confusión respecto de si es necesario o no, el consentimiento del consumidor para la ejecución del contrato a distancia.

En tercer lugar, la dispensa parcial al pago respecto de los servicios financieros no solicitados tiene un efecto nocivo para el consumidor en tanto que no le exenta de toda obligación, contrariamente, a los objetivos de la DCDSF (considerando 25). En la medida en que obliga al pago de una parte del servicio, su observancia deja la puerta abierta al proveedor para percibir parte del precio sin haber cumplido con sus deberes de información y de comunicación. El resultado, a efectos prácticos, es que dicha dispensa parcial puede acabar por premiar una práctica desleal (*vid.* artículo 31.2 de la nueva LCD). De modo que, su regulación no es coherente con la exigencia al proveedor de un nivel de competencia y cuidado especiales y además, constituye una incorrecta transposición de la DCDSF (que exime al consumidor de toda obligación).

Finalmente, tal y como ha sido redactado, el artículo 18.5 de la LCDSF parece observar una fórmula de ineficacia del contrato en cualquier momento y ante cualquier incumplimiento. A esta conclusión llevaría la interpretación literal del artículo cuya redacción calca parte de la letra del artículo 11 de la DCDSF - sobre sanciones - que

faculta a los Estados Miembros a disponer que el consumidor pueda rescindir el contrato, en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna.

No obstante, una interpretación sistemática del artículo que responde al título de sanciones administrativas permite interpretar que el propósito del legislador en este caso puede haber sido el de observar una fórmula de ineficacia del contrato aplicable en los casos en los que se haya producido una infracción administrativa en los términos que el citado artículo dispone.

Aún así, su observancia – en los términos amplios e imprecisos en que ha sido redactada (propios de una norma de objetivos) - no encaja ni con la restante regulación de la LCDSF ni con el artículo 11 de la DCDSF que observa esta facultad como uno de los varios instrumentos que se ponen al acceso de los Estados Miembros con el objetivo de que estos adopten las sanciones “adecuadas” en caso de incumplimiento por parte del proveedor de las disposiciones nacionales adoptadas para dar cumplimiento a lo establecido en la presente DCDSF. Exige la DCDSF que las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Lo que debe medirse atendiendo al objetivo (dotar de eficacia a estas normas de transposición) y a la proporcionalidad de la medida.

Así, encajan con el artículo 11 de la DCDSF, la nulidad, el derecho de desistimiento y las sanciones administrativas. Sin embargo, existen motivos para pensar que la observancia añadida de la rescisión del artículo 18.5 de la LCDSF - en los desafortunados términos en que ha sido prevista - no es proporcionada, desde un prisma de derecho comunitario y por tanto, constituye una incorrecta transposición de la DCDSF.

El legislador nacional debería, bien, suprimir este artículo 18.5 de la LCDSF; bien, acotar con mayor precisión la naturaleza del derecho que observa, los supuestos de hecho que lo activan y su plazo de ejercicio con el objetivo de evitar eventuales abusos por parte del consumidor. En esta dirección actúan las normas de transposición de la DCDSF promulgadas en el Reino Unido, en Irlanda y en Bélgica que - más allá del derecho de desistimiento, tal y como éste aparece regulado en el artículo 6 de la DCDSF – establecen unas fórmulas de ineficacia del contrato más precisas bajo el paraguas del artículo 18.5 de la DCDSF (*vid.* artículo 11.(2) del *FSDM Regulations*

2004) (*vid.* artículo 9.(5) del *DMCFFS Regulations 2004*) (*vid.* artículo 60.2 del *Code du droit économique*).

Su regulación delimita con mayor precisión los casos en los que el consumidor podrá desvincularse del contrato. Bien, por alusión al tipo de incumplimiento (Reino Unido, Irlanda y Bélgica); bien, por alusión a los contratos u operaciones afectados (Reino Unido); bien, por alusión al plazo en el que el consumidor podrá desvincularse del contrato (Reino Unido y Bélgica).

UNDÉCIMA:

Considerando lo anterior y a la vista de las dos prioridades, inicialmente, apuntadas, se puede concluir lo siguiente, en lo que concierne al grado y medida en que la LCDSF cumple con las mismas.

En fase de generación, la LCDSF cumple ambas prioridades. Si bien, para mayor seguridad, sería recomendable que la información previa incorporara las técnicas de comunicación a distancia cuyo uso el proveedor ofrece en el marco de su sistema de venta y de prestación de servicios. No sólo a efectos de posibilitar un efectivo derecho al cambio de la técnica de comunicación a distancia para garantizar la accesibilidad sino también para que el consumidor pueda valorar, en un momento inicial las diversas técnicas ofrecidas (y su grado accesibilidad a las mismas) antes de optar por una técnica que (por limitaciones de espacio y de tiempo imputables a la misma) pueda comportar, un retraso o una disminución de la información inicial.

En fase de perfeccionamiento, la LCDSF cumple con la prioridad de consolidar el uso de las nuevas técnicas de comunicación a distancia en virtud de la inversión de la carga probatoria. No obstante, no se llega a alcanzar el nivel de protección deseable visto el carácter parcial de la dispensa al pago en sede de servicios financieros no solicitados.

Finalmente, en fase de consumación, la LCDSF no cumple, plenamente, con las dos prioridades de protección del consumidor y de consolidación de las nuevas tecnologías. Primero, se somete el derecho de desistimiento a más excepciones de las que se

debiera. Segundo, el derecho de “rescisión” del artículo 18.5 – en los amplios e imprecisos términos en los que ha sido redactado – es afín a una plena consolidación del uso de las nuevas tecnologías en el mercado.

ANEXO

**TABLA DE CORRESPONDENCIAS ENTRE EL TEXTO
REFUNDIDO DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES
4/2015, DE 23 DE OCTUBRE Y LA LEY 24/1988, DE 28
DE JULIO, DEL MERCADO DE VALORES**

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLÀ, V. y NETTEL BARRERA, A. “La responsabilidad patrimonial por inactividad de la administración.” En: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.). *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo I, Cap. V.

ALONSO UREBA, A y VIERA GONZÁLEZ, A.J. “Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet”. En: MATEU DE ROS, R. y LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M. (coord.). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*. Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2003. Cap. IV.

ALVARADO HERRERA, L. “La autorregulación en la publicidad realizada por medios electrónicos: algunas reflexiones sobre confianza online”. En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN M.J. (coord.) y otros. *Derecho patrimonial y tecnología*. Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 475 y siguientes.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Competencia judicial internacional y ley aplicable en la contratación electrónica internacional”. En APARICIO VAQUERO, J.P. (coord.); MORO ALMARAZ, M^a. J. (coord.) y BATUECAS CALETRIO, A. (coord.). *Internet y comercio electrónico*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pág. 35 y siguientes.

- *Comercio electrónico: competencia judicial internacional y ley aplicable*. En: GÓMEZ SEGADÉ, J.A. (dir.); FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. y TATO PLAZA, A. (coord.). *Comercio electrónico en internet*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., 2001, pág. 419 y siguientes.

ÁLVAREZ LATA, N. *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español*. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, 2004.

ANTÓN MEDRANO, N. “Códigos de conducta y regulación sobre ADRS en el ámbito del consumo. En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad*

económica: una perspectiva jurídica. Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 373 y siguientes.

APARICIO VAQUERO, P. “Los contratos electrónicos en el derecho español.” *Internet y Comercio Electrónico*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2001, pág. 177 y siguientes.

ARIAS POU, M. “Sistemas de autorregulación: códigos de conducta. Sellos de calidad”. *Manual Práctico de Comercio Electrónico*. Madrid: Editorial La Ley, 2006, Cap. VIII.

ARIZA COLMENAREJO, M.J. *La acción de cesación como medio para la protección de los consumidores y Usuarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012.

ARNAU MOYA, F. “La vinculación contractual en la Ley 7/1995 de crédito al consumo”. En: NIETO CAROL, U. *Crédito al consumo y transparencia bancaria*. Madrid: Editorial Civitas, 1998, pág. 247 y siguientes.

ARRANZ ALONSO, L. “Los contratos del comercio electrónico”. En: MATEU DE ROS, R. y LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, M. (coord.) *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico*. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, 2003, Cap. III.

ARROYO APARICIO, A. “Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de ley de incorporación de la Directiva 2002/65/CE”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Año 2007 – 2, núm. 14, pág. 39 y siguientes.

- *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2003.

ASENCIO MELLADO, J.M^a. “La prueba en la contratación electrónica. Otro ejemplo de desatención del consumidor.” *Práctica de Tribunales*, núm.68, febrero 2010.

AZNAR MARTÍN, J.M^a. y VÁZQUEZ TORRES, J.L. *Derechos de los consumidores y usuarios de servicios financieros*. Barcelona, Ediciones Experiencia, 2013.

- BADENAS CARPIO, J.M. "Diferencia entre firma electrónica y firma electrónica avanzada". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 526.
- BELUCHE RINCÓN, I. "Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato". *Diario La Ley*, núm. 7182, 26 de mayo de 2009, ref. D-191.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "El concepto de consumidor". En: AZPARREN LUCAS, A. (dir.). *Hacia un Código del Consumidor. Manuales de formación continuada 34-2005*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pág. 19 y siguientes.
- BERCOVITZ, R. y BERCOVITZ, A. "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid, Editorial Tecnos, 1987, pág.100 y siguientes.
- BOTANA GARCÍA, G.A. "La autorregulación: confianza online". *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 67 – 2006, pág. 3 y siguientes.
- BUJOSA VADELL, L.M. "La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España". En: GIMENO SENDRA, V. (dir.); CABEZUDO BAJO, M^a. J. (coord.). *El Tribunal Supremo su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*. Madrid, Iustel, 2007, pág. 599 y siguientes.
- *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona, Editorial Bosch, 1995.
- CABAÑAS GARCÍA, J.C. "Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil." *Revista Actualidad Civil*. núm. 15, 8 a 14 de abril de 1996, pág. 349 y siguientes.

- CAMACHO PEREIRA, C. "Reflexiones sobre el ejercicio del derecho de desistimiento en la contratación electrónica de seguros por consumidores." En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M^a.J. y PÉREZ RODRÍGUEZ, M^a. A. (coords.). *Derecho del sistema financiero y tecnología*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pág. 415 y siguientes.
- CARBAJALES, M. *La regulación del Mercado Financiero. Hacia la autorregulación del mercado de valores*. Biblioteca de la Fundación de Estudios Financieros. Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2006, Cap. I.
- CARRIAZO PÉREZ DE GUZMÁN, T. "El incumplimiento de los requisitos de información previa en la ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. El desistimiento." En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M^a.J. (coord.) *Derecho patrimonial y tecnología*. Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 297 y siguientes.
- CASTILLA CUBILLAS, M. "El uso indebido de la tarjeta de crédito en el ordenamiento español". En: OLIVENCIA, M.; FERNÁNDEZ-NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dir.). *Tratado de derecho mercantil*. Barcelona/Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 175 y siguientes.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE *El negocio jurídico*. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1991, Cap. I, Cap. II, Cap. III y Cap. IV.
- CAVANILLAS MUGICA, S. "Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones" En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 237 y siguientes.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. "Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato." En DELGADO ECHEVARRÍA, J. (coord.). *Las nulidades de los contratos. Un sistema en evolución*. Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2007, pág. 59 y siguientes, Cap. II.

CLEMENTE MEORO, M. "El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm.16/2006, Editorial Aranzadi, pág. 163 y siguientes.

- "Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos electrónicos". *Noticias de la Unión Europea*, pág.5 y siguientes.

CORTÉS, L.J. *Lecciones de contratos y de mercados financieros*. Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2004.

CREMADES, J. "Protección de los pequeños inversores en la contratación de los mercados de valores." En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M^a.J. y PÉREZ RODRÍGUEZ, M^a. A. (coords.). *Derecho del sistema financiero y tecnología*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pág. 373 y siguientes.

CRUZ RIVERO, D. "La atribución del riesgo de suplantación de identidad en la banca electrónica". En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M^a.J. (coord.); PÉREZ RODRÍGUEZ, A.M^a. *Derecho del sistema financiero y tecnología*. Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 237 y siguientes.

- *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*. Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2006.

DÍAZ GÓMEZ, M.J. *Información y voluntad en la contratación de los derechos de aprovechamiento por turno*. Tirant Monografías. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2003, Parte IV.

DÍEZ DE LOS RÍOS FLORES, M. "La supervisión, inspección y sanción de los intervinientes en el mercado de valores". En: CAMPUZANO, A.B.; CONLLEDO LANTERO, F. y PALOMO ZURDO, R.J. (dir.). *Los mercados financieros*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, pág. 397 y siguientes.

DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Sexta Edición. Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2007, Cap. I, Cap. V y Cap. XI.

- *Sistema de derecho civil*. Volumen II. Novena Edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2005, Parte Primera.

EBERS, M. y ARROYO AMAYUELAS, E. ““Heininger” 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).” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm.9, 2006, pág. 407 y siguientes.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A. “Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato”. *Cuadernos de Aranzadi Civil* 4. Navarra, Aranzadi Civil, 1999, pág. 15 y siguientes.

ESTEBAN DE LA ROSA, F. “Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de derecho internacional privado”. *Revista doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil*, núm. 2, 2009, pág. 15 y siguientes.

- *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*. Granada, Editorial Comares, 2003.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. A. *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Madrid, Editorial La Ley – Actualidad, S.A., 1998, Parte Primera, Parte Segunda y Parte Tercera.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Madrid, Editorial La Ley, 2006.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N. *La contratación electrónica de servicios financieros*. Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2003.

- *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a servicios financieros*. Madrid, Editorial La Ley, 2009, Tercera parte.

FUERTES, M. “¿Ha de responder también la Administración de las pérdidas financieras?”. En: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (Coord.) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Tomo II, pág. 1169 y siguientes.

GARCÍA CORRAL, E. *La oferta de contrato al público*. Valencia, Editorial Tirant Monografías, 2002, pág. 153 y siguientes.

GARNICA MARTÍN, J.F. “Las acciones de grupo en la LEC”. *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Tomo 6, 2001, págs. 1451 y siguientes.

GARCÍA RUBIO, M^a. P. “La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación del formalismo como característica del derecho de consumo.” *Revista Actualidad Civil*, núm. 16/18, 24 abril 1994, pág. 277 y siguientes.

GARCÍA VICENTE, J.R. *Ley de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1997, Cap. III.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. del C. “Valoración y carga de la prueba en el procedimiento arbitral de consumo (reclamaciones en el ámbito de la telefonía)”. *Estudios sobre Consumo*, núm. 52, 2000, pág. 41 y siguientes.

GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*. Madrid, Editorial La Ley, 1994.

GÓMEZ CASTALLO, J.D. “Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado.” En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág.115 y siguientes.

- “La autorregulación e Internet”. En: GÓMEZ SEGADÉ, J.A. (dir.). *Comercio electrónico e Internet*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2001, pág. 449 y siguientes.

GÓMEZ PUENTE, M. *La inactividad de la administración*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 1997, pág. 767 y siguientes.

GONZÁLEZ GOZALO, A. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información*. Granada, Editorial Comares, 2004.

- GONZÁLEZ GRANDA, P. “De la legitimación y otras cuestiones procedimentales para la tutela de la acción de cesación en materia de consumo”. *Revista de Derecho Procesal*. 2003, núm. 1 – 3, pág. 211 y siguientes.
- GRANDE SEARA, P. “Capacidad y legitimación en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.” En: GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.). *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*. Madrid, Editorial Tecnos, 2010, pág. 46 y siguientes.
- GRIMALT SERVERA, P. *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código Civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*. Granada, Editorial Comares, 2008.
- GUERRERO PICO, M. del C. *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*. Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2006, Cap. II.
- GUILLÉN CATALÁN, R. “La autorregulación como solución alternativa de conflictos”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. núm. 3, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2005, pág. 179 y siguientes.
- GUISADO MORENO, A. *Formación y perfección del contrato en internet*. Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2004.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P. *La tutela Jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra, Editorial Aranzadi, 1999, Cap. II.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, G. *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Marcial Pons, 2014.

ILLESCAS ORTIZ, R. "Cumplimiento de los requisitos documentales del contrato de seguro celebrado por medios electrónicos." En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M^a.J. y PÉREZ RODRÍGUEZ, M^a. A. (coords.). *Derecho del sistema financiero y tecnología*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pág. 387 y siguientes.

- *Derecho de la contratación electrónica*. Segunda Edición, Madrid, Editorial Civitas, 2009, Cap. I y Cap. III.
- "Los principios de la contratación electrónica, revisitados". En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN M.J. (coord.) y otros. *Derecho patrimonial y tecnología*. Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 21 y siguientes.
- "La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y dogmática contractual electrónica". *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 84, 2007, pág. 3 y siguientes.
- "Electronificación del contrato de seguro". *Revista de Comercio Electrónico*, núm. 51, 2004, pág. 3 y siguientes.
- "La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica". *Revista Aranzadi del Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2003. Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2003, pág. 19 y siguientes.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. "El derecho legal de desistimiento: presente y (posible) futuro." *Actualidad Civil*, núm.7, quincena del 1 al 15 de abril, pág.757 y siguientes.

JUSTE MENCÍA, J. "Contratación a distancia y protección de los consumidores". *Revista La Ley*, D-339, pág. 1615 y siguientes.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R. *Los servicios financieros bancarios electrónicos*. Valencia, Editorial Tirant monografías 378, 2005.

LEÓN ARCE, A. DE. "La protección legal de consumidores y usuarios en España". En: LEÓN ARCE, A. DE. (dir.) ; GARCÍA GARCÍA, L.M^a. (coord.). *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*. Tomo I, Segunda Edición, Valencia, Ediciones Tirant Lo Blanch, 2007. Parte I.

- LIRIO MARTÍN GARCÍA, M. DEL. “Códigos de conducta y publicidad”. En: REAL PÉREZ, A. (coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 85 y siguientes.
- LLOBET AGUADO, J. *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996.
- LÓPEZ GARCÍA, O. “Pago mediante tarjeta en ventas a distancia electrónicas”. *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 91, 2008, pág. 3 y siguientes.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, D. “Nuevas coordenadas para el derecho de obligaciones. La auto-disciplina del comercio electrónico.” Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Editorial Marcial Pons, 2013, Cap. I.
- LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. DE. *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de los consumidores y usuarios*. Madrid, Editorial EDISOFER, S.L., 2005, Cap. III.
- LUCIANO PAREJO, A y PALOMAR OLMEDA, A. “El sistema financiero”. En: LUCIANO PAREJO, A. (dir.). *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden Económico y sectores de referencia*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2014, Lección 16.
- MATEU DE ROS, R. “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”. En: MATEU DE ROS, R; LÓPEZ – MONÍS GALLEGU, M. (coord.). *Derecho de internet. La Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2003, Cap. II.
- MARÍN LÓPEZ, J.J. “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”. *Estudios sobre Consumo*, núm. 76, 2006, pág. 9 y siguientes.
- “La causa del contrato”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil - Mercantil*, núm. 18, 2007.

MARTÍN BRICEÑO, M^a. R. *La protección de los consumidores a través de la forma del contrato*. *Aranzadi Civil*, núm. 6/2001, Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A., 2001, pág. 12 y siguientes.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”. *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo I, Enero – marzo, 1994, pág. 31 y siguientes.

MARTÍN RODRÍGUEZ, M.A. *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, S.A., 2006.

MARTÍN SALAMANCA, S. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual”. *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm.96, 2009, pág. 93 y siguientes.

MASSAGUER, J. “Aproximación a la autorregulación publicitaria”. En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 105 y siguientes.

- *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*. Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2006.

MAYORGA TOLEDANO, M^a. C. “Los derechos de información previa y de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros. Especial referencia a los contratos bancarios”. *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 87, Noviembre, 2007, pág. 3 y siguientes.

- “La protección del consumidor en la contratación bancaria electrónica.” En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M^a.J. y PÉREZ RODRÍGUEZ, M^a. A. (coords.). *Derecho del sistema financiero y tecnología*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pág. 259 y siguientes.

MAZA GAZMURI, I. DE LA. *Los límites del deber precontractual de información*. Navarra: Editorial Civitas, 2010. Parte Primera y Parte Segunda.

- MEDRANO MARTÍNEZ, E. “Comercialización e información a través de internet.” En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M^a.J. y PÉREZ RODRÍGUEZ, M^a. A. (coords.). *Derecho del sistema financiero y tecnología*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, pág. 407 y siguientes.
- MENÉNDEZ MATO, J.C. *El contrato vía Internet*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2005. Cap. IV.
- MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la administración*. Madrid, Edisofer, S.L., 2012, pág. 327 y siguientes.
- MIRANDA SERRANO, L.M^a. “El régimen especial de la contratación electrónica mediante condiciones generales: un magnífico ejemplo de cómo no se debe legislar”. En: MADRID PARRA, A. (dir.); M^a. J. GUERRERO LEBRÓN (coord.). *Derecho patrimonial y tecnología*. Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 233 y siguientes.
- “Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica”. En: ILLESCAS, R.; BOTANA GARCIA, G. (coord.). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid, La Ley, 2001, pág. 575 y siguientes.
- MORENO CATENA, V. “Sentencias dictadas en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”. En: GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.). *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*. Madrid, Editorial Tecnos, 2010, pág. 121 y siguientes.
- MORENO DE LA SANTA GARCÍA, E. “Contratación electrónica de operaciones crediticias”. *Revista Jurídica Española La Ley*, 2000 – 8, Diario 5204 de 13 de diciembre de 2000, pág. 1539 y siguientes.
- NAVARRO MUNUERA, A. “El papel de la jurisdicción contencioso-administrativa en la garantía de la eficacia en el funcionamiento de los servicios públicos a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la administración.” En: MONTORO CHINER, M^a.J. (coord.). *La justicia administrativa. Libro Homenaje al prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*. Barcelona, Atelier, 2003, pág. 628 y siguientes.

- NIEVA FENOLL, J. "Práctica y valoración de la prueba documental multimedia". *Actualidad Civil*, núm.17, quincena del 1 al 15 de octubre 2009, pág. 2009 y siguientes.
- NOVAL LAMAS, J.J. "La protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros.", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 2014, pág. 108 y siguientes.
- O'CALLAGHAN, X. *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones*. Tomo II, Quinta Edición, Madrid, Dijusa, 2008, Lección 8ª, Lección 10ª y Lección 12ª.
- OCHOA ARRIBAS, C. "Principales aspectos de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores." *Revista de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 17, 2008, pág. 57 y siguientes.
- ORDÁS ALONSO, M. *Los contratos de crédito al consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio*. Navarra, Editorial Thomson Reuters, 2013.
- PALACIOS GONZÁLEZ, D. "La Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y la contratación electrónica con consumidores". En: LEÓN ARCE, A. DE (dir.); GARCÍA GARCÍA, L.Mª. (coord.) *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia y formularios)*. Tomo I, Segunda Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pág. 902 y siguientes.
- PANIZA FULLANA, A. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Granada, Editorial Comares, 2003.
- PARDO GATO, J.R. *Las páginas web como soporte de condiciones generales contractuales*. Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2003.
- PATIÑO ALVES. B. *La autorregulación publicitaria*. Barcelona, Editorial Bosch, 2007.

- PÉREZ BENÍTEZ, J.J. “La nueva ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Ley 22/2007, de 11 de julio”. *Diario La Ley*, núm. 6837, Lunes, 10 de diciembre de 2007, pág. 1 y siguientes.
- PICATOSTE BOBILLO, J. “El derecho de información en la contratación con consumidores”, *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, quincena del 16 al 28 de febrero de 2011, pág. 372 y siguientes.
- REPRESA POLO, M^a. P. “Artículos 5 y 6. Requisitos de información de los contratos distintos de los contratos a distancia o los celebrados fuera del establecimiento. Requisitos de información de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento.” En: DÍAZ ALABART, S. (dir.) y ÁLVAREZ MORENO, M^a. T. (coord.). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid, Editorial Reus, S.A., 2014.
- REQUEIXO SOUTO, X.M. “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.” *Actualidad Civil*, núm.13, quincena de 1 al 15 de julio, 2009, pág. 1477 y siguientes.
- REVERTE NAVARRO, A. “Pago mediante tarjeta de crédito”. En: ALONSO ESPINOSA, F.J.; LÓPEZ PELLICER, J.A.; MASSAGUER FUENTES, J.; REVERTE NAVARRO, A. (coord.). *Régimen jurídico general del comercio minorista*. Madrid: Editorial MC Graw Hill, 1999, pág. 580 y siguientes.
- RICO CARRILLO, M. *Derecho de los negocios*, núm. 235, abril, 2010.
- RIVERO ALEMÁN, S. *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2002, Cap. I.
- RIVERO ORTEGA, R. *Derecho administrativo económico*. Sexta Edición, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Editorial Marcial Pons, 2013, Tema VII.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. “Espacio digital y autorregulación”. En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 155 y siguientes.

- ROGEL VIDE, C. *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*. Madrid, Editorial Reus, S.A., 2008, Parte Segunda, Parte Cuarta y Parte Quinta.
- ROMERO MATUTE, B. “La obligación de información de las condiciones generales en la contratación a distancia”. *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 5, Mayo, 2000, pág. 3 y siguientes.
- SALAMANCA MARTÍN, S. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual.”, *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 96, 2009.
- SALELLES. J.R. “La contratación a distancia de servicios financieros. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. V – 2006, pág. 94 y siguientes.
- SALOMÓN SÁNCHEZ, L. “El momento de la perfección de los contratos electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 11, 2006.
- SÁNCHEZ CALERO, F. “Aspectos generales de la contratación a distancia del seguro”, *Foro galego: revista xurídica*, núm. 198, 2008, págs. 187 y siguientes.
- SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V. *La publicidad en internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2007.
- SERNA GÓMEZ, F. J. “Contratación bancaria e internet”. En: BLASCO GASCO, F. de P. (dir.). *Contratación y nuevas tecnologías. Cuadernos de Derecho Judicial*. XX – 2004, Madrid, LERKO PRINT, S.A., 2005, pág. 41 y siguientes.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.” *Revista de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 25, 2011, pág. 19 y siguientes.

SERRANO ALONSO, E y SERRANO GÓMEZ, E. *Teoría general del contrato. Manual de derecho de obligaciones y contratos*. Tomo II, Vol 1, Madrid, EDISOFER, S.L., 2008, Lección 1ª, Lección 2ª, Lección 5ª, Lección 7ª y Lección 8ª.

SERRANO CHAMORRO, Mª. E. y POVEDA BERNAL, M.I. *Nociones de derecho civil empresarial*. Tercera Edición, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2006, Lección 15ª, Lección 26ª, Lección 28ª.

SIRVENT GARCÍA, J. “El desistimiento del consumidor en los contratos a distancia de servicios financieros.” En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, Mª.J. y PÉREZ RODRÍGUEZ, Mª. A. (coords.). *Derecho del sistema financiero y tecnología*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pág. 507 y siguientes.

- “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica.” *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm.96, 2009, pág. 67 y siguientes.

SOLA TEYSSIERE, J. *La venta a distancia en el comercio minorista. Régimen jurídico y control administrativo*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2002, pág. 500 y siguientes.

TAPIA HERMIDA, A.J. “La Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.107, Año XXVI/julio – septiembre, 2007, Editorial Lex Nova, pág. 281 y siguientes.

TAPIA SÁNCHEZ, Mª. R. “La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia.” *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 96, 2009.

TATO PLAZA, A. “Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones”. En: GÓMEZ SEGADÉ, J.A. (dir.); FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. y TATO PLAZA, A. (coord.) *Comercio Electrónico en internet*. Madrid/Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2001, pág. 187 y siguientes.

URÍA FERNÁNDEZ, F. “Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria”.
En: REAL PÉREZ, A. (coord.). *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2010, pág. 307 y siguientes.

- “La comercialización a distancia de servicios financieros: los servicios de banca minorista.” En: MADRID PARRA, A. (dir.); GUERRERO LEBRÓN, M^a.J. y PÉREZ RODRÍGUEZ, M^a. A. (coords.). *Derecho del sistema financiero y tecnología*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pág. 167 y siguientes.

VALLESPÍN PÉREZ, D. “Análisis de los aspectos problemáticos de la carga de la prueba en el proceso civil español.” *Justicia: Revista de derecho procesal*, núm. 2, 1999, pág. 297 y siguientes.

VÁZQUEZ RUANO, T. *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Editorial Marcial Pons, 2008, Cap. II, Cap. III y Cap. IV

VIERA GONZÁLEZ, J.A. “La comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”. En: SEQUEIRA, A.; GADEA, E. y SACRISTÁN, F (dir.) *La contratación bancaria*, Editorial Dykinson, pág. 146 y siguientes.

WIEACKER, F. *El principio general de la buena fe*. Granada, Editorial Civitas, 1977, pág. 9 y siguientes.

ZUNZUNEGUI, F. *Derecho del Mercado Financiero*. Tercera Edición, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2005, Parte Primera.