

**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**

Juan José Marín López
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha
juanjose.marin@uclm.es

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA DIRECTIVA 2002/65, UNA DIRECTIVA DE MÁXIMOS.
- III. LA SITUACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA Y LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA.
- IV. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA. 1. Ámbito de aplicación material. 2. Ámbito de aplicación personal. 3. Los contratos de prestación a distancia de servicios financieros de tracto sucesivo. 4. La declaración vinculante realizada por el consumidor.
- V. LA INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR. 1. La información anterior a la celebración del contrato. 2. La disponibilidad de la información y de las condiciones contractuales en un soporte duradero. 3. Las obligaciones posteriores a la celebración del contrato. 4. Los remedios frente al incumplimiento del proveedor.
- VI. EL DERECHO DE RESCISIÓN. 1. Régimen jurídico del derecho de rescisión. 2. Contratos imperativamente excluidos del derecho de rescisión. 3. Contratos potestativamente excluidos del derecho de rescisión. 4. Derecho de rescisión y contratos de crédito: situaciones especiales. 5. Derecho de rescisión y contratos conexos. 6. Derecho de rescisión y ejecución del contrato.
- VII. EL PAGO MEDIANTE TARJETA.
- VIII. LOS SERVICIOS NO SOLICITADOS.
- IX. LAS COMUNICACIONES NO SOLICITADAS.
- X. LA ACCIÓN DE CESACIÓN EN MATERIA DE SERVICIOS FINANCIEROS PRESTADOS A DISTANCIA.
- XI. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

I. INTRODUCCIÓN.

El objeto de este trabajo es analizar de manera fundamentalmente descriptiva la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE, de 8 de noviembre de 1990, 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, y 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998 (en lo sucesivo, la Directiva)¹. El plazo para incorporar esta Directiva al Derecho interno finalizó el 9 de octubre de 2004 (cfr. su art. 21.1) sin que se hubiera producido la preceptiva transposición². En el momento en que se escriben estas líneas (diciembre de 2005) existe un Anteproyecto de Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en una versión de 29 de junio de 2005, preparado por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de la Secretaría de Estado de Economía del Ministerio de Economía y Hacienda. Ello significa que los trabajos para la incorporación de la Directiva no están siendo desarrollados por el Ministerio de Justicia, o el de Sanidad y Consumo, sino por el de Economía y Hacienda.

La Directiva se presenta como el complemento imprescindible y necesario 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 contratos a distancia³. La mencionada Directiva 97/7 excluyó de su ámbito de aplicación los servicios financieros. En efecto, su artículo 3.1 declaraba que la Directiva 97/7 no se aplicaría a los contratos “que se refieren a los servicios financieros enumerados en la lista no exhaustiva que figura en el Anexo II”. En ese Anexo II figuraba un listado ejemplificativo de servicios financieros excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 97/7, que comprendía los servicios de inversión, las operaciones de seguro y reaseguro, los servicios bancarios, las operaciones relativas a fondos de pensiones y los servicios relacionados con operaciones a plazo o de opción. Los contratos relativos a servicios financieros quedaban excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 97/7 porque ya en ese momento se pensaba aprobar una Directiva específica sobre esta materia. La Directiva 2002/65 ha modificado la Directiva 97/7

¹ DOCE nº L 271, de 9 de octubre de 2002.

² No obstante, como tendremos oportunidad de ver más adelante, se produjo una incorporación parcial de la Directiva 2002/65, específicamente para el contrato de seguro celebrado a distancia, por medio de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.

³ DOCE nº L 144, de 4 de junio de 1997. Esta Directiva 97/7 se ha incorporado al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, que reforma los preceptos pertinentes de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM).

con la finalidad de adaptarla a la nueva situación jurídica en la que ya existe una norma específica sobre contratos relativos a servicios financieros⁴.

La Directiva 2002/65 **ha sido modificada por 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**⁵. La modificación ha consistido en que la Directiva 2005/29 ha dado una nueva redacción al artículo 9 de la Directiva 2002/65, relativo a las prestaciones de servicios financieros no solicitadas. Se volverá más adelante sobre esta materia en el lugar sistemático oportuno de este estudio.

II. LA DIRECTIVA 2002/65, UNA DIRECTIVA DE MÁXIMOS.

Una de las cuestiones tradicionalmente controvertidas en las Directivas sobre protección de los consumidores es la relativa a su carácter “de mínimos” o “de máximos”. El ejemplo de las vicisitudes seguidas en la interpretación por el Tribunal de Luxemburgo de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, es bien ilustrativo de la importancia de este aspecto. Una Directiva de mínimos permite a los Estados miembros adoptar disposiciones internas más protectoras para los consumidores, siempre que se respete el umbral mínimo de protección requerido por la Directiva. Por el contrario, una Directiva de máximos persigue una armonización más intensa de los ordenamientos jurídicos nacionales, lo que se trata de garantizar impidiendo que los Estados miembros adopten medidas protectoras que excedan de las previstas en la Directiva.

La Directiva objeto de este trabajo no contiene ningún precepto que aclare esta cuestión, aunque sí existe en su preámbulo una toma de posición inequívoca a propósito de esta materia. En efecto, el apartado (13) de los considerandos, después de señalar que “la presente Directiva debe garantizar un alto nivel de protección de

⁴ Efectivamente, el artículo 18 de la Directiva 2002/65 modifica la Directiva 97/7. La modificación tiene un doble sentido. Por una parte, se suprime el Anexo II de la Directiva 97/7, que es -como se ha indicado el texto- el que contenía una relación no exhaustiva de servicios financieros excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 97/7. Por otra parte, se modifica su artículo 3.1, que en su nueva redacción deja fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 97/7 los contratos “que se refieran a cualquier servicio financiero a los que se aplica 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”. Esta nueva redacción del artículo 3.1 de la Directiva 97/7 no altera el fondo de la cuestión, pues lo cierto es que los servicios financieros prestados a distancia ya antes estaban excluidos, como se ha podido ver, del ámbito de la Directiva 97/7.

⁵ DOCE nº L 149, de 11 de junio de 2005.

los consumidores, a fin de garantizar la libre circulación de los servicios financieros”, añade lo siguiente: “Salvo que la presente Directiva indique expresamente lo contrario, los Estados miembros no deben poder adoptar más disposiciones que las establecidas en la presente Directiva para los ámbitos armonizados por ésta”. La consecuencia que se extrae de esta afirmación es que **la Directiva 2002/65 es una Directiva de máximos, de tal modo que, salvo que la propia Directiva lo prevea, los Estados miembros no pueden adoptar medidas más estrictas de protección de los consumidores**. Existen ciertamente algunos preceptos de la Directiva en los que expresamente se autoriza a los Estados para que, si así lo desean, adopten medidas más estrictas de protección de los consumidores. Disposiciones de esta naturaleza se encuentran en los artículos 6.1, último párrafo, 7.2 y 15 I de la Directiva. Ahora bien, fuera de estos supuestos en que la propia Directiva lo autoriza, los Estados no pueden adoptar disposiciones más protectoras de los consumidores. Y, si lo hacen, incurrirán en vulneración de la Directiva.

III. LA SITUACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA Y LA INCORPORACIÓN PARCIAL DE LA DIRECTIVA.

La protección del consumidor de servicios financieros en el Derecho actualmente vigente (es decir, a falta de incorporación de la Directiva) es muy defectuosa. De hecho, puede afirmarse que no existe ninguna norma con rango de ley específicamente dirigida a proporcionar dicha protección⁶. La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, reguló en sus artículos 38 a 48 las ventas a distancia, pero no los servicios -financieros o del tipo que fueran- a distancia. En materia de servicios, la LOCM se contentó con establecer una disciplina extremadamente insuficiente en su Disposición adicional 1ª, conforme a la cual lo dispuesto en esos artículos 38 a 48 “será de aplicación a los contratos, negociados a distancia, referentes a la prestación de servicios”⁷. Sin embargo, quedaban excluidos de esa aplicación de los preceptos sobre ventas a distancia “los seguros, créditos, [y] los servicios de inversión, salvo, para este último caso, en lo que respecta al contenido de la oferta para contratar”. Es decir, **los más importantes servicios financieros (de seguro, de crédito y de inversión) prestados a distancia quedaban excluidos del ámbito protector de los artículos 38 a 48 LOCM**, lo que

⁶ Si hay alguna previsión sobre los contratos bancarios telefónicos (banca electrónica) en la Circular del Banco de España 3/1996, de 27 de febrero (BOE nº 63, de 13 de marzo de 1996), por la que se modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Una de las novedades que se destaca en el preámbulo de la mencionada Circular 3/1996 se refiere precisamente a “la creación de un procedimiento de información alternativo al tablón de anuncios para las entidades que trabajen exclusivamente en régimen de banca telefónica”.

⁷ La simple remisión a los artículos 38 a 48 LOCM para ser aplicados a los servicios prestados a distancia planteaba numerosos problemas prácticos, pues dichos preceptos habían sido redactados por el legislador pensando en las ventas de bienes a distancia, pero no en la prestación de servicios a distancia.

significaba que, de hecho, los consumidores de dichos servicios se encontraban insuficientemente protegidos.

La modificación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre (dictada, como se señaló antes, con la finalidad de incorporar al Derecho interno la Directiva 97/7, sobre contratos a distancia), no ha supuesto una mejora de la situación de los consumidores de servicios financieros prestados a distancia. Se ha reformado la Disposición adicional 1ª LOCM, pero la situación de fondo continúa siendo idéntica. En efecto, la Disposición adicional 1ª LOCM, en su nueva redacción, dispone que los artículos 38 a 48 LOCM, así como el artículo 65.1.ñ) LOCM⁸, serán aplicables a los contratos negociados a distancia referentes a la prestación de servicios, pero su apartado 1 excluye “los contratos que se refieran a los servicios financieros tales como servicios de inversión, seguro, reaseguro, bancarios, relativos a fondos de pensiones y a operaciones a plazo y de opción”. En definitiva, **los servicios financieros siguen quedando fuera, incluso tras la Ley 47/2002, del ámbito de aplicación de los artículos 38 a 48 LOCM**. Lo que se explica en último término porque también la Directiva 97/7 -que es la que se incorpora al Derecho español mediante la precitada Ley 47/2002- los excluye de su ámbito.

Pese a que, según señalamos antes, no se ha producido aún la incorporación al Derecho interno de la Directiva, lo cierto es que **existe una transposición parcial** de la misma. En efecto, la **Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados**, ha introducido ciertas modificaciones en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS), con la finalidad de dar cumplimiento a determinadas exigencias en materia de seguro que tienen su causa inmediata y directa en la Directiva 2002/65. El apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 34/2003 justifica las modificaciones de ambas Leyes del siguiente modo:

“Las modificaciones que introduce 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, en la normativa comunitaria de seguros de vida, así como la necesidad de establecer un marco jurídico mínimo en materia de contratos de

⁸ Este artículo 65.1.ñ) LOCM, también reformado por la Ley 47/2002, tipifica como infracción grave “el incumplimiento de las obligaciones que la regulación de las ventas a distancia impone en materia de información y documentación que se debe suministrar al consumidor; de los plazos de ejecución y de devolución de cantidades abonadas; el envío con pretensión de cobro de artículos no solicitados por el consumidor, y el uso de técnicas de comunicación que requieran consentimiento previo o la falta de oposición del consumidor, cuando concurra la circunstancia correspondiente”.

seguros a distancia que permita atender la realidad del mercado y servir de base para la futura transposición en su integridad de la mencionada directiva, exigen efectuar diversas adaptaciones legales.

Se da nueva redacción al artículo 60 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, sobre deber de información al tomador, al objeto de adecuar su contenido a las exigencias de información y, en general, a las peculiaridades que requiere la contratación a distancia de seguros y a la necesidad de incorporar los conceptos de técnica de comunicación a distancia y soporte duradero, entendido éste como todo instrumento que permita almacenar la información de modo que pueda recuperarse fácilmente y permita su reproducción sin cambios, como son los disquetes informáticos, CD, DVD y discos duros de ordenador.

Igualmente resulta necesario modificar la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, para recoger las novedades introducidas en la regulación comunitaria de los seguros por esta directiva, singularmente el derecho de rescisión del contrato.

Ambas modificaciones pretenden ser una manifestación efectiva de la protección a la clientela y de la transparencia en las relaciones entre asegurador y tomador”.

Las modificaciones realizadas por la Ley 34/2003, y que tienen por causa la Directiva 2002/65, presentan el siguiente alcance:

a) Se da **una nueva redacción al artículo 60 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995**, rubricado “Deber de información al tomador”, que queda redactado en los siguientes términos:

“1. Antes de celebrar un contrato de seguro, la entidad aseguradora deberá informar al tomador sobre el Estado miembro y la autoridad a quienes corresponde el control de la actividad de la propia entidad aseguradora, extremo éste que deberá, asimismo, figurar en la póliza y en cualquier otro documento en que se formalice todo contrato de seguro.

2. Antes de celebrar un contrato de seguro distinto al seguro de vida, si el tomador es una persona física, o cualquier contrato de seguro de vida, la entidad aseguradora deberá informar al tomador sobre la legislación aplicable al contrato, sobre las disposiciones relativas a las reclamaciones que puedan formularse y sobre los demás extremos que se determinen reglamentariamente.

3. Cuando el contrato de seguro vaya a celebrarse en el marco de un sistema de prestación de servicios a distancia organizado por el

asegurador que utilice exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración de ese contrato, y el tomador sea una persona física que actúe con un propósito ajeno a una actividad comercial o profesional propia, además de la información prevista en los apartados anteriores, deberá informarse sobre la existencia, en su caso, del derecho de rescisión a que se refieren los artículos 6 bis y 83 a) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro⁹ y su forma de ejercicio, así como acerca del procedimiento que se vaya a seguir para la celebración del contrato y demás extremos que reglamentariamente se establezcan.

En todo caso en los seguros de vida en que el tomador asume el riesgo de la inversión se informará de forma clara y precisa acerca de que el importe a percibir depende de fluctuaciones en los mercados financieros, ajenos al control del asegurador y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros.

4. Toda la información a que se refiere el apartado anterior, así como las condiciones contractuales deberán ser puestas por el asegurador a disposición del tomador en soporte duradero accesible al tomador con antelación suficiente al momento en que éste asuma cualquier obligación derivada del contrato de seguro.

Cuando el contrato se haya celebrado a petición del tomador utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información previa a la celebración del contrato en un soporte duradero accesible al tomador, el asegurador cumplirá inmediatamente después de la celebración del contrato de seguro las obligaciones a que se refiere el párrafo anterior. En cualquier momento de la relación contractual el tomador tendrá derecho a obtener las condiciones contractuales en papel y a cambiar las técnicas de comunicación a distancia utilizadas.

5. A efectos de lo previsto en los apartados 3 y 4 anteriores se entenderá por:

“Técnica de comunicación a distancia”: todo medio que pueda utilizarse para la celebración de un contrato de seguro entre el asegurador y el tomador sin que exista una presencia física simultánea de las partes.

“Soporte duradero”: todo instrumento que permita almacenar la información de modo que pueda recuperarse fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que tal información está destinada y permita su reproducción sin cambios.

⁹ Estos dos preceptos de la Ley de Contrato de Seguro también fueron introducidos, como inmediatamente veremos, por la Ley 34/2003.

6. Durante todo el período de vigencia del contrato de seguro sobre la vida, la entidad aseguradora deberá informar al tomador de las modificaciones de la información inicialmente suministrada y asimismo sobre la situación de su participación en beneficios, en los términos y plazos que reglamentariamente se determinen”.

La Ley 30/1995 ha sido sustituida por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. El contenido del transcrito artículo 60 de la Ley 30/1995 se corresponde exacta y fielmente con el precepto homónimo del texto refundido.

b) Además de lo anterior, **la Ley 34/2003 introdujo determinadas modificaciones en la Ley de Contrato de Seguro de 1980**, todas ellas motivadas por el deseo de incorporar al Derecho interno (aunque en el limitado ámbito de dicho contrato) las prescripciones de la Directiva 2002/65. Las modificaciones introducidas en la citada Ley son las siguientes:

(i) Se añade un nuevo artículo 6 bis, del siguiente tenor:

“1. El tomador de un contrato de seguro celebrado a distancia, distinto del seguro sobre la vida, que sea una persona física que actúe con un propósito ajeno a una actividad comercial o profesional propia, tendrá la facultad unilateral de resolver el contrato sin indicación de los motivos y sin penalización alguna, siempre que no haya acaecido el evento dañoso objeto de cobertura, dentro del plazo de 14 días, contados desde la fecha de celebración del contrato o desde el día en que el tomador reciba las condiciones contractuales y la información exigida por el artículo 60 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, si esta fecha es posterior.

Lo anterior no será de aplicación a los contratos de seguros de viaje o equipaje de una duración inferior a un mes, a aquellos cuyos efectos terminen antes del plazo al que se refiere el apartado anterior, ni a los que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador.

2. La facultad unilateral de resolución del contrato deberá ejercitarse por el tomador mediante comunicación dirigida al asegurador a través de un soporte duradero, disponible y accesible para éste y que permita dejar constancia de la notificación. Esta comunicación se hará de acuerdo con las instrucciones que el tomador haya recibido de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del artículo 60 de la Ley

30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. La referida comunicación deberá expedirse por el tomador del seguro antes de que venza el plazo indicado en el apartado anterior.

3. A partir de la fecha en que se expida la comunicación a que se refiere el apartado anterior cesará la cobertura del riesgo por parte del asegurador y el tomador del seguro tendrá derecho a la devolución de la prima que hubiera pagado, salvo la parte correspondiente al período de tiempo en que el contrato hubiera tenido vigencia. El asegurador dispondrá para ello de un plazo de 30 días a contar desde el día que reciba la comunicación de rescisión”.

- (ii) Se añade un nuevo artículo 83 a), del siguiente tenor:

“1. El tomador del seguro en un contrato de seguro individual de duración superior a seis meses que haya estipulado el contrato sobre la vida propia o la de un tercero tendrá la facultad unilateral de resolver el contrato sin indicación de los motivos y sin penalización alguna dentro del plazo de 30 días siguientes a la fecha en la que el asegurador le entregue la póliza o documento de cobertura provisional.

Cuando el contrato se haya celebrado a distancia, el plazo anterior se contará a partir de la fecha en la que se informe al tomador de que el contrato se ha celebrado o a partir del día en que el tomador reciba las condiciones contractuales y la información exigida por el artículo 60 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, si esta fecha es posterior.

Se exceptúan de esta facultad unilateral de resolución los contratos de seguro en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas en los mismos.

2. La facultad unilateral de resolución del contrato deberá ejercitarse por el tomador mediante comunicación dirigida al asegurador a través de un soporte duradero, disponible y accesible para éste y que permita dejar constancia de la notificación. Tratándose de un contrato de seguro comercializado a distancia, la comunicación se hará de acuerdo con las instrucciones que el tomador haya recibido de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del artículo 60 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. La referida comunicación deberá expedirse por el tomador del seguro antes de que venza el plazo indicado en el apartado anterior.

3. A partir de la fecha en que se expida la comunicación a que se refiere el apartado anterior cesará la cobertura del riesgo por parte del asegurador y el tomador del seguro tendrá derecho a la devolución de la prima que hubiera pagado, salvo la parte correspondiente al período de tiempo en que el contrato hubiera tenido vigencia. El asegurador dispondrá para ello de un plazo de 30 días a contar desde el día que reciba la comunicación de rescisión”.

(iii) Se incorporan tres nuevas Disposiciones adicionales del siguiente tenor:

“Disposición adicional primera. *Soporte duradero.*

Siempre que esta Ley exija que el contrato de seguro o cualquier otra información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá cumplido si el contrato o la información se contienen en papel u otro soporte duradero que permita guardar, recuperar fácilmente y reproducir sin cambios el contrato o la información”.

“Disposición adicional segunda. *Contratación a distancia.*

A los efectos de esta Ley se entiende por contrato a distancia todo contrato de seguro celebrado en el marco de un sistema de prestación de servicios a distancia organizado por el asegurador, que utilice exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración de ese contrato, incluida la propia celebración.

Se entenderá por técnica de comunicación a distancia todo medio que pueda utilizarse para la celebración de un contrato de seguro entre el asegurador y el tomador sin que exista una presencia física simultánea de las partes.

Las notificaciones o comunicaciones realizadas a distancia, y muy especialmente en las que se utilicen técnicas electrónicas, telemáticas o informáticas, deberán garantizar la integridad del mensaje, su autenticidad y su no alteración, debiéndose utilizar mecanismos que garanticen la constatación de la fecha del envío y recepción del mensaje, su accesibilidad, conservación y reproducción”.

“Disposición adicional tercera. *Contratación electrónica.*

Los contratos de seguro celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.

En cuanto a su validez, prueba de celebración y obligaciones derivadas del mismo se sujetarán a la normativa específica del contrato de seguro

y a la legislación sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”.

Como he indicado anteriormente, esta reforma de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y de la Ley de Contrato de Seguro, supone una incorporación simplemente sectorial y parcial de la Directiva 2002/65, referida únicamente al contrato de seguro. Es por tanto una incorporación insuficiente e insatisfactoria. Por lo demás, el Anteproyecto de 2005 no tiene en cuenta esta incorporación ya realizada, pues también somete a su ámbito de aplicación los contratos de seguro celebrados a distancia. Una vez vigente ese Anteproyecto, y puesto que en él no se contiene ninguna derogación de la incorporación parcial llevada a cabo por la Ley 34/2003, se producirá una situación muy compleja, pues tales contratos se registrarán simultáneamente por la Ley de transposición de la Directiva 2002/65 y por las Leyes de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y de Contrato de Seguro, en la redacción dada -a los preceptos antes transcritos- por la Ley 34/2003. Sería deseable, pues, que el Anteproyecto aclarara la relación entre la Ley de transposición de la Directiva y la Ley 34/2003, y que lo hiciera en todos los casos imaginables en que dicha relación es posible¹⁰.

IV. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA.

1. Ámbito de aplicación material.

El objeto de la Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a consumidores (cfr. su art. 1.1). La determinación del ámbito de aplicación material de la Directiva se realiza con vocación de amplia generalidad. El considerando (14) aclara efectivamente que la Directiva “abarca todos los servicios financieros que pueden prestarse a distancia”, y el propio concepto de “servicio financiero” es definido de manera omnicomprendiva: “todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago” [art. 2.b) de la Directiva]. La Propuesta que se encuentra en el origen de la Directiva¹¹ contenía un Anexo que incluía **una lista indicativa de servicios financieros**, donde figuraban los siguientes:

1. Aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables.

¹⁰ Y no únicamente en algunas ocasiones. El artículo 11.1, párrafo segundo, del Anteproyecto es una de las aisladas veces en que el Anteproyecto toma en consideración la existencia de una previa incorporación de la Directiva en el ámbito del contrato de seguro. Pero la regla general es omitir esta previa incorporación.

¹¹ DOCE nº C 385, de 11 de diciembre de 1998.

2. Actividades de préstamo, en particular, créditos al consumo y créditos hipotecarios.
3. Arrendamiento financiero.
4. Transferencias monetarias, emisión y gestión de medios de pago.
5. Operaciones de divisas.
6. Garantías y compromisos.
7. Recepción, transmisión y/o ejecución de instrucciones y prestación de servicios relativos a los instrumentos financieros siguientes: a) instrumentos del mercado monetario, b) títulos negociables, c) organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios y otros sistemas de inversión colectiva, d) contratos de futuro y opciones, y e) instrumentos basados en el tipo de cambio y el tipo de interés.
8. Gestión de carteras y asesoría en materia de inversiones relativas a cualquiera de los instrumentos mencionados en el punto 7.
9. Conservación y gestión de títulos.
10. Servicios de alquiler de cajas de seguridad.
11. Seguros distintos del de vida.
12. Seguros de vida.
13. Seguros de vida vinculados a fondos de inversión.
14. Seguros de enfermedad, a largo plazo, no rescindibles (“permanent health insurance”).
15. Operaciones de capitalización.
16. Regímenes de jubilación individuales.

Aunque este Anexo no figura ya en la Directiva 2002/65, continúa siendo válido para hacernos una idea aproximada de cuáles son algunos -los más importantes- de los servicios financieros comprendidos en su ámbito de aplicación.

El Anteproyecto de junio de 2005 se pronuncia también en términos muy amplios acerca de los servicios financieros sujetos a la norma. En efecto, su artículo 4.2 aclara determinados conceptos relacionados con el ámbito de aplicación material de la Ley de incorporación. Así, se entenderá por:

- **Servicios bancarios, de crédito o de pago**, las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Las actividades que se enumeran en este artículo 52 son las siguientes: a) las de captación de depósitos u otros fondos reembolsables, según lo previsto en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia

de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas¹²; b) las de préstamo y crédito, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales; c) las de «factoring» con o sin recurso; d) las de arrendamiento financiero; e) las operaciones de pago, con inclusión, entre otras, de los servicios de pago y transferencia; f) la emisión y gestión de medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cartas de crédito; g) la concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares; h) la intermediación en los mercados interbancarios; i) las operaciones por cuenta propia o de su clientela que tengan por objeto valores negociables, instrumentos de los mercados monetarios o de cambios, instrumentos financieros a plazo, opciones y futuros financieros y permutas financieras; j) la participación en las emisiones de valores y mediación por cuenta directa o indirecta del emisor en su colocación, y aseguramiento de la suscripción de emisiones; k) el asesoramiento y prestación de servicios a empresas en las siguientes materias: estructura de capital, estrategia empresarial, adquisiciones, fusiones y materias similares; l) la gestión de patrimonios y asesoramiento a sus titulares; ll) la actuación, por cuenta de sus titulares como depositarios de valores representados en forma de títulos, o como administradores de valores representados en anotaciones en cuenta; m) la realización de informes comerciales; y n) el alquiler de cajas fuertes. Como inmediatamente tendremos oportunidad de comprobar -y esta misma advertencia es también válida para los restantes servicios y actividades financieros mencionados en el artículo 4.2 del Anteproyecto-, no todos los servicios que se acaban de mencionar se sujetan a la Directiva 2002/65, sino únicamente aquellos que se celebren con un consumidor.

- **Servicios de inversión**, los definidos como tales en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Conforme al artículo 63.1 de esta Ley -en la redacción dada por el artículo 5 de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre-, se consideran servicios de inversión los siguientes: a) la recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros; b) la ejecución de dichas órdenes por cuenta de terceros; c) la negociación por cuenta propia; d) la gestión

¹² Según el artículo 1.1 de ese Real Decreto Legislativo, se entiende por establecimiento de crédito toda Empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público, en forma de depósitos u otras análogas, que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia en la concesión de créditos. En particular, aclara el artículo 1.2, se conceptúan como establecimientos de crédito: a) las Entidades oficiales de crédito; b) los Bancos privados inscritos en el Registro Especial del Banco de España; c) las Cajas de Ahorro inscritas en el Registro Especial del Banco de España; d) las Cooperativas de crédito inscritas en el Registro Especial del Banco de España; e) las Sociedades de crédito hipotecario inscritas en el Registro Especial de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda; y f) las Entidades de financiación inscritas en el Registro Especial de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda.

discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores; e) la mediación, por cuenta directa o indirecta del emisor, en la colocación de las emisiones y ofertas públicas de ventas; y f) el aseguramiento de la suscripción de emisiones y ofertas públicas de venta¹³. Son empresas de servicios de inversión las sociedades de valores, las agencias de valores y las sociedades gestoras de carteras (art. 64.1 de la Ley del Mercado de Valores).

- **Operaciones de seguros privados**, las definidas en el artículo 3 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Hay que decir que el Anteproyecto padece en este punto un desliz, pues la mencionada Ley 30/1995 ya no se encuentra vigente, al haber sido derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados¹⁴. En todo caso, según el artículo 3 de la derogada Ley 30/1995, quedaban sometidas a su ámbito de aplicación las actividades de seguro directo de vida, de seguro directo distinto del seguro de vida, y de reaseguro; las operaciones de capitalización basadas en técnica actuarial que consistan en obtener compromisos determinados en cuanto a su duración y a su importe a cambio de desembolsos únicos o periódicos previamente fijados; las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro o capitalización que practiquen las entidades aseguradoras en su función canalizadora del ahorro y la inversión; y las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora. Ese artículo 3 de la derogada Ley 30/1995 se corresponde con el actual artículo 3.1 del texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 6/2004.

¹³ El artículo 63.2 de la Ley del Mercado de Valores considera actividades complementarias de los servicios de inversión las siguientes: a) el depósito y administración de los instrumentos previstos en el número 4 de este artículo, comprendiendo la llevanza del registro contable de los valores representados mediante anotaciones en cuenta; b) el alquiler de cajas de seguridad; c) la concesión de créditos o préstamos a inversores, para que puedan realizar una operación sobre uno o más de los instrumentos previstos en el número 4 de este artículo, siempre que en dicha operación intervenga la empresa que concede el crédito o préstamo; d) el asesoramiento a empresas sobre estructura del capital, estrategia industrial y cuestiones afines, así como el asesoramiento y demás servicios en relación con fusiones y adquisiciones de empresas; e) los servicios relacionados con las operaciones de aseguramiento; f) el asesoramiento sobre inversión en uno o varios instrumentos de los previstos en el número 4 de este artículo; y g) la actuación como entidades registradas para realizar transacciones en divisas vinculadas a los servicios de inversión.

¹⁴ Sin embargo, el artículo 19 del Anteproyecto, que se refiere a las sanciones administrativas que cabe imponer a los proveedores que infringen las disposiciones de la Ley interna de incorporación de la Directiva, sí se refiere ya al texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados [cfr. la letra c) del art. 19.2].

- **Planes de pensiones**, los definidos en el artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. Según el citado artículo 1.1, “los planes de pensiones definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y, en la medida permitida por la presente Ley, las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse”.
- **Actividad de mediación en seguros**, la definida en el artículo 2 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados. Según el citado artículo 2 de la Ley de Mediación en Seguros Privados, esa actividad comprenderá la mediación entre los tomadores del seguro y asegurados, de una parte, y las entidades aseguradoras autorizadas para ejercer la actividad aseguradora privada, de otra; igualmente comprenderá aquellas actividades llevadas a cabo por quienes realicen la mediación que consistan en la promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguro y la posterior asistencia al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario del seguro (art. 2.1). En cambio, no se considerará actividad de mediación en seguros privados la actuación de las entidades aseguradoras como abridoras en las operaciones de coaseguro (art. 2.2)¹⁵.

En todo caso, **lo determinante para la sujeción a la Directiva 2002/65 de un contrato de prestación de servicios financieros es que dicho contrato se celebre a distancia**. En este sentido, la propia Directiva ofrece un concepto de contrato a distancia, entendiéndose por tal “todo contrato relativo a servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o 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” [art. 2.a) de la Directiva]¹⁶. Lo característico del contrato a distancia es que, para su

¹⁵ En el momento en que se escriben estas líneas está tramitándose en las Cortes Generales el proyecto de una nueva Ley de Mediación en Seguros Privados. Se trata del Proyecto de Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, nº 45-1, de 26 de agosto de 2005, que tiene por objeto la incorporación al Derecho interno de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros.

¹⁶ Esta definición es extraordinariamente similar a la de “contrato a distancia” incluida en la Directiva 97/7. En efecto, según el artículo 2.1) de esta Directiva 97/7, se entiende por contrato a distancia “todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho

celebración, el proveedor utiliza exclusivamente técnicas de comunicación a distancia con el consumidor. No es necesario que utilice únicamente una técnica de comunicación a distancia, dado que puede combinar varias de ellas (p.ej., teléfono con correo electrónico)¹⁷. Interpretando *a contrario* el adverbio “exclusivamente” del artículo 2.b) de la Directiva, resulta que el contrato queda fuera de su ámbito de aplicación si en algún momento de su *iter* de celebración el proveedor deja de emplear una técnica de comunicación a distancia y entabla un contacto personal y directo (“presencia física simultánea”) con el consumidor, o éste con aquél. Se trata de todos modos de una interpretación demasiado estricta, que ofrece además el inconveniente de permitir al proveedor una fácil elusión del mecanismo de protección al consumidor establecido por la Directiva, pues le bastaría prescindir, aunque sólo fuera de manera puntual, del empleo de la técnica de comunicación a distancia.

La Directiva también ofrece un **concepto de técnica de comunicación a distancia**: “todo medio que pueda utilizarse, sin que exista una presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, para la comercialización a distancia de un servicio entre estas partes” [art. 2.e) de la Directiva]. El Anexo I de la Directiva 97/7 incluye una enumeración no exhaustiva de técnicas de comunicación a distancia que también pueden ser utilizadas para celebrar los contratos relativos a servicios financieros que se regulan en la Directiva 2002/65. Esa enumeración comprende las siguientes técnicas de comunicación a distancia: impreso sin destinatario, impreso con destinatario, carta normalizada, publicidad en prensa con cupón de pedido, catálogo, teléfono con intervención humana, teléfono sin intervención humana (llamadas automáticas, audiotexto), radio, visiófono (teléfono con imagen), videotexto (microordenador, pantalla de televisión) con teclado o pantalla táctil, correo electrónico, fax (telecopia) y televisión (compras y ventas a distancia). Lo importantes es que no haya una presencia física simultánea de proveedor y consumidor. Son, como señala el considerando (15) de la Directiva, contratos “en que la oferta, la negociación y la conclusión se efectúan a distancia”¹⁸. El concepto

contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato”.

¹⁷ El artículo 4.3 del Anteproyecto desconoce esta posibilidad de usar más de una técnica de comunicación a distancia, al señalar que “se entiende que el contrato se celebra a distancia cuando para su negociación y celebración se utiliza *una* técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor” (cursiva mía). En la medida en que ignora la posibilidad de utilizar una o varias técnicas de comunicación a distancia, el precepto podría resultar contrario a la Directiva 2002/65.

¹⁸ El texto completo de ese considerando (15) es clarificador: “Los contratos negociados a distancia implican la utilización de técnicas de comunicación a distancia, utilizadas en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia sin que exista una presencia simultánea del proveedor y el consumidor. La evolución permanente de estas técnicas exige la definición de principios válidos

de técnica de comunicación a distancia ha sido incorporado, en los mismos términos previstos por la Directiva, por el artículo 60.5 del texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y la Disposición adicional segunda de la LCS.

2. Ámbito de aplicación personal.

La Directiva se aplica a los contratos de prestación de servicios financieros a distancia celebrados entre un proveedor y un consumidor. Ambos conceptos son definidos por la Directiva: proveedor es “toda persona física o jurídica, pública o privada, que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, preste los servicios contractuales a que hacen referencia los contratos a distancia” [art. 2.c)], y consumidor es “toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional” [art. 2.d)]. Ambos conceptos son idénticos a las definiciones realizadas con anterioridad por la Directiva 97/7 para los contratos a distancia en general¹⁹.

El **proveedor** es el prestador de los servicios financieros. Para que su actividad quede sujeta a la Directiva es necesario que la prestación de servicios financieros constituya su actividad habitual, el objeto de su ejercicio comercial o profesional. Ello significa, como se encarga de aclarar el considerando (18) de la Directiva, que queda excluida de su ámbito de aplicación “la prestación de servicios efectuada con carácter estrictamente ocasional y al margen de una estructura comercial cuyo objetivo sea celebrar contratos a distancia”.

El **consumidor** es la persona que recibe el servicio financiero actuando con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional. El concepto que ofrece la Directiva en su artículo 2.d) exige que el consumidor sea una persona física. Sin embargo, este concepto hay que complementarlo con las afirmaciones contenidas en el considerando (29), que incrementan de manera importante las posibilidades de actuación de los Estados miembros en este aspecto. Efectivamente, según dicho considerando (29), se entiende que la Directiva “no menoscaba el derecho de los Estados miembros a ampliar, con arreglo a la legislación comunitaria, la protección que en la misma se establece respecto de las organizaciones sin ánimo de lucro o de terceros que recurran a servicios financieros para establecerse como empresarios”. Ello significa que, pese al concepto de consumidor contenido en el artículo 2.d) de la Directiva, los Estados pueden incluir dentro de dicho concepto a las personas jurídicas no lucrativas (“organizaciones sin ánimo de lucro”, en los términos del

incluso para las que todavía se utilizan paco. Los contratos a distancia son, pues, aquellos en que la oferta, la negociación y la conclusión se efectúan a distancia”.

¹⁹ Véanse los apartados 2) y 3) del artículo 2 de la Directiva 97/7.

citado considerando), así como a aquellas personas que reciban la prestación de servicios financieros con miras a acometer una actividad empresarial o profesional.

El Anteproyecto se pronuncia en términos amplios acerca de los conceptos de proveedor y de consumidor:

a) En cuanto al proveedor, el artículo 5 incorpora el concepto del artículo 2.c) de la Directiva. Sin embargo, el precepto más relevante es el artículo 2.1 del Anteproyecto, según el cual la Ley se aplicará “a las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las entidades gestoras de fondos de pensiones, los mediadores de seguros, las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo y cualesquiera otras que presten servicios financieros, así como las sucursales en España de entidades extranjeras de la misma naturaleza, que figuren inscritas en alguno de los registros administrativos de entidades a cargo del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, cuando se trate de determinadas empresas aseguradoras”²⁰.

b) En cuanto al consumidor, el Anteproyecto dispone en su artículo 5 que, “a los efectos de esta ley, se consideran consumidores los definidos como tales en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”. Si se tiene en cuenta que el concepto de consumidor del artículo 1.2 de la Ley 26/1984 cubre no sólo las personas físicas, sino también las personas jurídicas (sólo las no lucrativas, según criterio unánime de la doctrina)²¹, es preciso concluir que el Anteproyecto hace uso de la habilitación que el considerando (29) de la Directiva concede a los Estados miembros para ampliar el concepto de consumidor protegido y dar entrada en su seno también a las que allí se denominan “organizaciones sin ánimo de lucro”. Sin embargo, no se incluye dentro de dicho concepto el otro

²⁰ Los restantes apartados 2, 3 y 4 del artículo 2 del Anteproyecto determinan la sujeción a la Ley de los prestadores de servicios financieros establecidos en España o que operen mediante un establecimiento permanente situado en territorio español (apartado 2), así como de los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a determinadas materias (apartado 3) o incluso, en determinadas circunstancias, de los prestadores de servicios establecidos en países que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo (apartado 4).

²¹ Como es sabido, el citado artículo 1.2 de la Ley 26/1984 dispone que, “a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas *o jurídicas* que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden” (la cursiva es evidentemente mía).

supuesto al que se refería dicho considerando, es decir, el de aquellas personas que recurran a servicios financieros para establecerse como empresarios.

Junto al proveedor y el consumidor, también está comprendido en el ámbito de aplicación personal de la Directiva **el intermediario**, es decir, aquella persona física o jurídica que intervenga en la negociación y/o celebración de un contrato de prestación a distancia de servicios financieros en nombre y representación del proveedor. El criterio favorable a la inclusión del intermediario en el ámbito de aplicación de la Directiva se obtiene no del articulado de la Directiva, sino nuevamente de su preámbulo. Efectivamente, el considerando (19) señala que la Directiva “debe aplicarse asimismo cuando una de las etapas de la comercialización [del servicio financiero] se desarrolle con la participación de un intermediario”, añadiendo inmediatamente a continuación que, “habida cuenta de la naturaleza y del grado de esta participación, deben aplicarse a este intermediario las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, con independencia de su régimen jurídico”. La sumisión del intermediario a la Directiva se encontraba prevista de modo expreso en alguna de sus versiones anteriores²².

Aunque la Directiva patrocina más bien una aplicación modulada o condicionada de sus disposiciones al intermediario (deben aplicarse a este intermediario “las disposiciones pertinentes”), lo cierto es que el Anteproyecto de junio de 2005 opta por una alternativa más radical al someter íntegramente al intermediario a todas las disposiciones de la Ley. En efecto, su artículo 5 subraya que “las disposiciones de la presente Ley se aplicarán igualmente cuando la contratación a distancia se lleve a cabo con la participación de uno o varios intermediarios”, y que, “a los efectos de esta Ley, se considera como proveedores a quienes intervengan como intermediarios en cualquier fase de la comercialización”. En definitiva, el Anteproyecto opta por una plena equiparación, a todos los efectos, entre el intermediario y el proveedor. Basta para adquirir la condición de intermediario con que esa función de intermediación se realice en cualquier momento de la comercialización del servicio financiero, y no necesariamente a lo largo de toda ella.

²² La Propuesta modificada de Directiva (DOCE n° C 177 E, de 27 de junio de 2000) definía el proveedor como “cualquier persona física o jurídica que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, preste por sí misma los servicios a que hacen referencia los contratos que son objeto de la presente Directiva, o sirva de intermediario en el suministro de estos servicios o para la celebración a distancia de un contrato entre las partes” [art. 2.c); la cursiva es mía]. En los mismos términos se pronunciaba ya la Propuesta de Directiva de 1998. Sin embargo, esa referencia al intermediario en la misma definición de proveedor desapareció en la Posición Común aprobada por el Consejo el 19 de diciembre de 2000 (DOCE n° C 58 E, 5 de marzo de 2002) y así quedó en la versión definitiva.

3. Los contratos de prestación a distancia de servicios financieros de tracto sucesivo.

La Directiva 2002/65 contiene **una previsión especial para aquellos contratos de servicios financieros prestados a distancia que comprendan un acuerdo inicial de servicio seguido por operaciones sucesivas o una serie de distintas operaciones del mismo tiempo escalonadas en el tiempo** (por ejemplo, un préstamo hipotecario, un plan de pensiones, una cuenta corriente, etc.). En tales casos, las disposiciones de la Directiva “solamente se aplicarán al acuerdo inicial” (art. 1.2). La finalidad de esta norma es evitar una exigencia desmesurada en el cumplimiento de las prescripciones de la Directiva, pues se considera que los intereses del consumidor quedan debidamente salvaguardados si las obligaciones que pesan sobre el proveedor son cumplidas únicamente en el momento del acuerdo inicial²³. Un par de considerandos de la Directiva se refieren a este asunto:

“(16) Un mismo contrato que comporte operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo, escalonadas en el tiempo, puede recibir calificaciones jurídicas diferentes en los diferentes Estados miembros, pero es preciso que la presente Directiva se aplique de la misma manera en todos los Estados miembros. A tal efecto, cabe considerar que la presente Directiva se aplica a la primera de una serie de operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo, escalonadas en el tiempo, y que puede considerarse que forman un todo, tanto si esta operación o esta serie de operaciones son objeto de un único contrato o de diferentes contratos sucesivos.

(17) Se considera «acuerdo inicial» de servicio, por ejemplo, la apertura de una cuenta bancaria, la adquisición de una tarjeta de crédito o la celebración de un contrato de gestión de cartera y que las «operaciones» pueden consistir, por ejemplo, en el depósito o retirada de dinero de una cuenta bancaria, los pagos efectuados mediante tarjeta de crédito o las transacciones realizadas en el marco de un contrato de gestión de cartera. 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

²³ Sin embargo, “en caso de que no exista un acuerdo inicial de servicio pero que (*sic*) las operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo escalonadas en el tiempo se realicen entre las mismas partes contratantes, los artículos 3 y 4 [sobre “Información del consumidor previa a la celebración de un contrato a distancia” y “Requisitos adicionales de información”] sólo se aplicarán cuando se realice la primera operación. No obstante -prosigue el artículo 1.2-, cuando no se realice operación alguna de la misma naturaleza durante más de un año, la realización de la operación siguiente se considerará como la primera de una nueva serie de operaciones y, en consecuencia, serán de aplicación las disposiciones de los artículos 3 y 4”.

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».

Es probable que, en la práctica, los conceptos de “acuerdo inicial” y de “operaciones sucesivas de igual naturaleza” planteen alguna controversia interpretativa, al menos en relación con determinados contratos.

4. La declaración vinculante realizada por el consumidor.

El considerando (30) de la Directiva dispone que “conviene que la presente Directiva ampare también los casos en que la legislación nacional incluye el concepto de declaración contractual vinculante realizada por el consumidor”. Sin embargo, el articulado de la Directiva no se refiere en ningún momento a este supuesto de declaración vinculante realizada por el consumidor. Tampoco lo hace el Anteproyecto de junio de 2005.

V. LA INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR.

Uno de los pilares fundamentales en los que se asienta la Directiva es el derecho de información reconocido al consumidor. Como señala el considerando (21), “la utilización de técnicas de comunicación a distancia no debe provocar una limitación indebida de la información proporcionada al cliente”, por lo que, “a fin de garantizar la transparencia, la presente Directiva establece exigencias destinadas a conseguir un nivel adecuado de información del consumidor, tanto antes de la celebración del contrato como después de ésta”. Con la finalidad de realizar una exposición más clara del alcance de este derecho de información, y siguiendo la propia sistemática de la Directiva, analizaremos la cuestión atendiendo a si nos encontramos antes de la celebración del contrato o después de dicha celebración.

1. La información anterior a la celebración del contrato.

El artículo 3.1 de la Directiva impone al proveedor la obligación de proporcionar al consumidor, “antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato a distancia o de una oferta”, una amplia información sobre determinados aspectos relacionados con el proveedor, con el servicio financiero, con el contrato a distancia y con las vías de recurso. **Se trata de una información muy exhaustiva, que comprende los aspectos más importantes de cualquier contrato de prestación a distancia de servicios financieros.** Semejante volumen informativo, muy abultado como inmediatamente se verá, está en consonancia con la propia dificultad que encierran los servicios financieros, en comparación con otras

operaciones más sencillas y más fácilmente comprensibles por el consumidor (p.ej., una simple venta de bienes). Esta obligación de información pretende **garantizar la libertad de elección del consumidor debidamente informado**. En este sentido, el considerando (21) de la Directiva señala que “el consumidor, antes de la celebración de un contrato, debe recibir las informaciones previas necesarias para poder apreciar convenientemente el servicio financiero que se le propone y, en consecuencia, realizar su elección con conocimiento de causa”²⁴.

Los aspectos sobre los que el proveedor debe informar al consumidor son los siguientes:

- (i) En lo que se refiere al **proveedor**, el consumidor ha de tener información sobre: a) la identidad y actividad principal del proveedor, la dirección geográfica en que el proveedor esté establecido y cualquier otra dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el proveedor²⁵; b) la identidad del representante del proveedor establecido en el Estado miembro de residencia del consumidor y la dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el representante, cuando exista dicho representante; c) en caso de que las relaciones comerciales del consumidor sean con algún profesional distinto del proveedor, la identidad de dicho profesional, la condición con arreglo a la que actúa respecto al consumidor y la dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el profesional; d) cuando el proveedor esté inscrito en un registro público mercantil o similar, el registro mercantil en que el proveedor esté inscrito y su número de registro, o medios equivalentes de identificación en dicho registro; y e) si una determinada actividad del proveedor está sujeta a un régimen de autorización, los datos de la correspondiente autoridad de supervisión.

²⁴ Y prosigue este considerando (21): “El proveedor debe especificar por cuanto tiempo es válida su oferta”. Paradójicamente, dentro del amplísimo elenco de materias sobre las que el proveedor debe informar al consumidor, y que establece el artículo 3.1 de la Directiva, no hay ninguna referencia explícita a la necesidad de que el proveedor informe al consumidor sobre el periodo de validez de su oferta. No obstante esta omisión, puesto que el considerando (21) impone la obligación de informar sobre este aspecto, hay que entender que el proveedor debe hacerlo no obstante el silencio del citado artículo 3.1.

²⁵ No se comprende por qué razón la Directiva exige únicamente -en este y otros apartados- la dirección geográfica, y no también la dirección de correo electrónico del proveedor. De hecho, puesto que una de las posibles formas de ejercicio del derecho de rescisión es, como más adelante expondré, mediante el envío de un correo electrónico al proveedor [cfr. art. 6.6 de la Directiva, que admite dicho ejercicio si se hace en un “soporte duradero, disponible y accesible al destinatario”], y esa forma es sin duda la más cómoda y barata para el consumidor, habría sido necesario imponer al proveedor la obligación de informar al consumidor de cuál es su dirección de correo electrónico.

- (ii) En lo que se refiere al **servicio financiero**, el consumidor ha de tener información sobre: a) una descripción de las principales características del servicio financiero; b) el precio total que debe pagar el consumidor al proveedor del servicio financiero, con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través del proveedor o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio; c) en su caso, una advertencia que indique que el servicio financiero está relacionado con instrumentos que implican riesgos especiales derivados de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar y cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control del proveedor, y cuyos resultados históricos no son indicativos de resultados futuros; d) la indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo; e) toda limitación del periodo durante el cual la información suministrada sea válida²⁶; f) las modalidades de pago y de ejecución; y g) cualquier coste suplementario específico para el consumidor inherente a la utilización de la técnica de comunicación a distancia, en caso de que se repercuta dicho coste.
- (iii) En lo que se refiere al **contrato a distancia**, el consumidor ha de tener información sobre: a) la existencia o no de derecho de rescisión de conformidad con el artículo 6 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al apartado 1 del artículo 7, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho²⁷; b) la duración contractual mínima, en caso de contratos de prestación de servicios financieros permanentes o periódicos; c) información acerca de cualquier derecho que puedan tener las partes a rescindir el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a las condiciones del contrato, incluidas las penalizaciones que pueda imponer el contrato en dicho caso; d) las instrucciones para ejercer el derecho de rescisión indicando, por ejemplo, a dónde debe dirigirse la notificación de la rescisión²⁸; e) el Estado o los Estados miembros en cuya legislación se basa el proveedor para establecer relaciones con el consumidor antes de la celebración del contrato; f) las cláusulas contractuales, si las hubiere,

²⁶ Lo que significa, interpretado *a contrario*, que el proveedor puede limitar temporalmente la validez de la información que suministra al consumidor.

²⁷ Como puede verse, el proveedor ha de proporcionar al consumidor una información completa sobre el derecho de rescisión -o su inexistencia, en su caso- y todos los aspectos relevantes relacionados con él.

²⁸ Esta letra d) completa las previsiones de la anterior letra a), también relativa al derecho de rescisión.

relativas a la ley aplicable al contrato a distancia y/o a la jurisdicción competente para conocer del asunto²⁹; y g) la lengua o las lenguas en que las condiciones contractuales y la información previa a que se refiere el presente artículo se presentan, y la lengua o lengua en que el proveedor, con el acuerdo del consumidor, lleva a cabo la comunicación mientras dure el contrato³⁰.

- (iv) En lo que se refiere a las **vías de recurso**, el consumidor ha de tener información sobre: a) si existe o no acceso a procedimientos extrajudiciales de reclamación y recurso para el consumidor que es parte en el contrato, y, de ser así, cómo puede el consumidor tener acceso a ellos³¹; y b) la existencia de fondos de garantía u otros mecanismos de indemnización no abarcados por la Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, y la Directiva 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de marzo de 1997, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores.

La información que se proporciona al consumidor es sin embargo menor cuando la oferta de contratación se hace a través de telefonía vocal³². En este caso, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Directiva, sólo deberá suministrarse información sobre la identidad de la persona en contacto con el consumidor y su vínculo con el proveedor; una descripción de las características principales del servicio financiero; precio total que deba pagar el consumidor al proveedor del servicio financiero, incluidos todos los impuestos pagados a través del proveedor o, cuando no se pueda indicar un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio; indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo; y la existencia o inexistencia de un derecho de rescisión de conformidad con el artículo 6 y, de existir ese derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida información relativa al importe que pueda exigirse que pague el consumidor

²⁹ En lo que se refiere a la cláusula sobre ley aplicable, el artículo 12.2 de la Directiva encomienda a los Estados miembros la adopción de “las medidas necesarias para garantizar que el consumidor no pierda la protección concedida en virtud de la presente Directiva por haberse elegido como aplicable al contrato la legislación de un tercer país, si el contrato tiene un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros”.

³⁰ El considerando (31) señala que “lo dispuesto por la presente Directiva sobre elección de la lengua por parte del proveedor se entendi[e] sin perjuicio de las disposiciones de la legislación nacional, adoptadas de conformidad con la legislación comunitaria, que regulen la elección de la lengua”.

³¹ Los artículos 13 y 14 de la Directiva 2002/65 se refieren, respectivamente, al recurso judicial o administrativo y al recurso extrajudicial. Examinaré más adelante estos preceptos.

³² La telefonía “vocal” es aquella que se realiza con intervención humana. Lo contrario es la telefonía “automática”, que se realiza sin intervención humana.

con arreglo al apartado 1 del artículo 7. la Directiva señala que esta información ha de ser proporcionada al consumidor “previa aceptación expresa del consumidor”. Esta locución ha de ser interpretada en el sentido de que el consumidor ha de aceptar la comunicación de la información a través de telefonía vocal; es decir, ha de aceptar la prosecución de la conversación telefónica iniciada por el proveedor y admitir que, en el seno de la misma, se le proporcione dicha información.

Además de suministrar la información que se acaba de indicar, el proveedor tiene que informar al consumidor acerca de “la existencia de información adicional disponible previa petición y del tipo de información en cuestión” (art. 3.3 de la Directiva). Sin embargo, la Directiva no impone al proveedor que contacta con el consumidor a través de telefonía vocal la obligación de tener ninguna “información adicional disponible” para ser entregada al consumidor si éste la pide. En todo caso, y sea cual sea la información proporcionada al consumidor en el momento de contactar con él a través de la telefonía móvil, lo cierto es que **el proveedor deberá proporcionarle “información plena” cuando cumpla con sus obligaciones según el artículo 5, es decir, cuando el comunique en un soporte duradero las condiciones contractuales y la información previa.** En ese momento, el proveedor habrá de proporcionar al consumidor toda la información contemplada en el artículo 3.1 de la Directiva, y no únicamente la -mucho más restrictiva- del artículo 3.3.

La Directiva también señala **el modo en que ha de ser proporcionada la información.** Según su artículo 3.2, la información, cuyo fin comercial deberá indicarse inequívocamente, se comunicará “de forma clara y comprensible por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia”, respetando “los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los principios que regulan la protección de las personas que, con arreglo a la legislación de los Estados miembros, carecen de capacidad de obrar, como por ejemplo los menores de edad”. No es fácil adivinar cuáles son esos principios que “regulan la protección de las personas que [...] carecen de capacidad de obrar”, ni menos aún cuáles son las eventuales consecuencias de una hipotética infracción de dichos principios. Si la Directiva hubiera querido proteger de verdad a los menores de edad -o, más en general, a las personas que carecen de capacidad de obrar-, lo que debería haber hecho es prohibir que fueran destinatarios de ofertas de prestación a distancia de servicios financieros. El Anteproyecto no clarifica las oscuridades que se han señalado, pues lo cierto es que su artículo 7.2 es prácticamente una mera transcripción del artículo 3.2 de la Directiva.

Existe una previsión específica acerca de **la información sobre las obligaciones contractuales**, es decir, sobre aquellos compromisos que asumirían las partes en el supuesto de que el contrato se celebre finalmente. La previsión específica sobre esta información se contiene en el artículo 3.4 de la Directiva, y tiene un doble alcance.

En primer lugar, el precepto aclara que la información sobre las obligaciones contractuales “deberá comunicarse al consumidor durante la fase precontractual”. Ello significa que el consumidor tiene derecho a ser informado sobre las obligaciones contractuales, y que la información sobre las mismas es una más de las que el proveedor debe proporcionarle antes de la celebración del contrato. Las obligaciones derivadas del futuro contrato constituyen una materia más, junto con todas las contempladas en el artículo 3.1 de la Directiva, sobre la que el proveedor debe informar al consumidor. En segundo lugar, la información sobre las obligaciones contractuales “deberá ser conforme a las obligaciones contractuales que resulten de la legislación normalmente aplicable al contrato si éste se celebrara”. Aunque se trata de una locución formulada de una manera un tanto críptica, la finalidad que persigue en este punto de la Directiva 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. Se trata de garantizar, en beneficio del consumidor, que las obligaciones contractuales sobre las que versa la información precontractual con las mismas que las partes asumirían si el contrato llega finalmente a celebrarse.

El artículo 3 de la Directiva, acabado de examinar, se ocupa de los requisitos de información que debe satisfacer el proveedor frente al consumidor por la circunstancia de comercializar sus servicios financieros a distancia. Son obligaciones de información que se explican por esa razón. Como señala el considerando (22) de la Directiva, “los elementos de información enumerados en la presente Directiva se refieren a la información de carácter general aplicable a los servicios financieros de todo tipo”. Ahora bien, cabe la posibilidad de que la normativa sectorial reguladora de alguna clase de servicios financieros imponga al proveedor otras obligaciones de información, distintas de las contempladas en el artículo 3 de la Directiva. Pues bien, “cuando existan disposiciones en la legislación comunitaria que regulen servicios financieros que requieran informaciones previas adicionales a las que figuran en el apartado 1 del artículo 3 [de la Directiva], dichos requisitos adicionales seguirán siendo aplicables” (art. 4.1 de la Directiva). Ello significa que **continuarán siendo exigibles los requisitos adicionales de información relativos a determinados tipos de servicios financieros previstos en la regulación sectorial de algún o algunos tipos concretos de servicios financieros**. La Directiva no ha armonizado estos requisitos adicionales, que seguirán rigiéndose por la normativa que les sea aplicable. En ese mismo sentido se pronuncia el Anteproyecto, cuyo artículo 8 dispone que, “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7 [sobre la información previa al consumidor], serán de aplicación los requisitos adicionales de información previa establecidos en la legislación especial que sea aplicable al servicio financiero objeto del contrato a distancia”.

En relación precisamente con esta materia, y como excepción al carácter “de máximos” que tiene la Directiva, su artículo 4.2 permite que los Estados miembros mantengan o introduzcan “disposiciones más estrictas sobre los requisitos de información siempre y cuando dichas disposiciones sean conformes con el Derecho comunitario”³³. Debido al lugar en que esta disposición se encuentra sistemáticamente ubicada (en el artículo 4, sobre “Requisitos adicionales de información”, y no en el artículo 3, sobre “Información del consumidor previa a la celebración de un contrato a distancia”), hay que entender que la posibilidad que el artículo 4.2 de la Directiva reconoce a los Estados miembros tiene que ver con los requisitos adicionales de información, y no con las exigencias de información del artículo 3.1 de la Directiva. Respecto de éstas, la Directiva ha realizado una armonización completa.

2. La disponibilidad de la información y de las condiciones contractuales en un soporte duradero.

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 (como sucede por ejemplo con la telefonía), o el soporte es de por sí temporal (v.gr., un folleto publicitario), el consumidor puede tener considerables dificultades para asegurarse la 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.**

El artículo 5.1 de la Directiva impone al proveedor la obligación de comunicar “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”. Los aspectos sobre los que versa esta comunicación son los siguientes:

(i) **Contenido de la comunicación.** Comprende, en primer lugar, “todas las condiciones contractuales”. Se tratará en la inmensa mayoría de los supuestos de

³³ Esta facultad concedida a los Estados miembros aparece, con todo, temporalmente condicionada “hasta tanto tenga lugar una armonización suplementaria”. Luego, al menos como *desideratum*, el legislador comunitario prevé la realización en su momento de una armonización completa también de los requisitos adicionales de información.

contratos celebrados por medio de condiciones generales, por lo que serán de aplicación, en lo pertinente, la Directiva 93/13/CE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y las Leyes 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU). La obligación impuesta al proveedor de comunicar al consumidor todas las condiciones contractuales sirve para garantizar la incorporación de dichas condiciones al contrato³⁴. En segundo lugar, la comunicación comprende también la información contemplada en los artículos 3.1 y 4 de la Directiva, es decir, tanto la información del consumidor previa a la celebración del contrato a distancia (art. 3.1) como los requisitos adicionales de información (art. 4).

(ii) **Forma de la comunicación.** La comunicación, con el doble contenido que se acaba de señalar, tiene que hacerse al consumidor “en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor”. 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 periodo de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada” [art. 2.f) de la Directiva]³⁵. Por su parte, el considerando (20) aclara que “entre los «soportes duraderos» se encuentran en particular los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y los discos duros de los ordenadores de los consumidores en que estén almacenados mensajes de correo electrónico, pero a menos que responda a los criterios de definición de soportes duraderos, una dirección Internet no constituye un soporte duradero”³⁶. El modo de comunicación (bien soporte papel, bien otro soporte duradero) aparece formulada por la Directiva de manera alternativa, no acumulativa.

³⁴ Cfr. artículo 5 LCGC. Su apartado 4 dispuso que, “en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional”, en cuyo supuesto “se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”. Este precepto fue desarrollado por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación electrónica o telefónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. Sin embargo, este Real Decreto excluye de su ámbito de aplicación los servicios financieros consistentes en servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, seguro y reaseguro, bancarios o prestados por entidades sujetas a supervisión prudencial, relativos a fondos de pensiones y a operaciones a plazo y a opción.

³⁵ La Directiva 97/7 también impone al proveedor la obligación de realizar una comunicación al consumidor en soporte duradero. Sin embargo, no contiene -a diferencia de lo que sucede con la Directiva 2000/65- un concepto de soporte duradero.

³⁶ La exclusión de las direcciones de Internet, como regla general, de la consideración de soporte duradero obedece a su temporalidad, dado que pueden desaparecer sin dejar rastro si el proveedor no cumple determinadas exigencias administrativas (p.ej., renovación del nombre de dominio, pago de tasas, etc.).

La Directiva no indica a qué parte contractual corresponde elegir el soporte concreto en que se producirá la comunicación de las condiciones contractuales y de las demás informaciones. Ante la ausencia de pronunciamiento, es al proveedor a quien corresponde esa elección, opinión que se basa en una aplicación a este supuesto del argumento subyacente al artículo 1132 I del Código Civil, aplicable a las obligaciones alternativas³⁷. No obstante, la atribución del *ius electionis* al proveedor puede provocar en última instancia que éste comunique las condiciones contractuales y la información en un soporte (distinto del papel, obviamente) al que el consumidor no pueda acceder por la simple razón de que carezca del necesario dispositivo técnico para hacerlo³⁸. Precisamente por esa razón, el artículo 5.3 de la Directiva garantiza al consumidor dos derechos: (a) el derecho a obtener, en cualquier momento durante la relación contractual y si así lo solicita, las condiciones contractuales en soporte papel³⁹; y (b) el derecho a cambiar las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, salvo que sea incompatible con el contrato celebrado o con la naturaleza del servicio⁴⁰.

(iii) **Tiempo de la comunicación.** La comunicación al consumidor debe hacerse “con la suficiente antelación antes de que el consumidor asuma obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta”. Se trata, por tanto, de una información precontractual, al igual que la exigida por los artículos 3 y 4 de la Directiva. Corresponde a los Estados miembros fijar cuándo una antelación es considerada “suficiente” a los efectos de la Directiva.

El Anteproyecto reproduce sustancialmente las previsiones del artículo 5.1 de la Directiva, aunque introduce una aclaración de interés, al especificar que la comunicación al consumidor de la información previa y de las condiciones contractuales ha de producirse “con una antelación mínima de tres días, salvo que el consumidor expresamente acepte un plazo menor” (art. 9.2 del Anteproyecto). Esa “suficiente antelación” de que habla el artículo 5.1 de la Directiva, con referencia al

³⁷ “La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor”.

³⁸ El concepto de soporte duradero del artículo 2.f) de la Directiva parece poner el acento sobre todo en la posibilidad real de que el consumidor pueda acceder a la información contenida en el soporte. En efecto, según dicho concepto, lo relevante es que el instrumento en que consiste el soporte duradero permita al consumidor almacenar toda la información “dirigida personalmente a él”. Un entendimiento estricto de esta exigencia podría llevar a la conclusión de que el *ius electionis* del soporte que corresponde al proveedor no es ilimitado, sino que tiene que atender a la posibilidad de que el consumidor disponga de los instrumentos técnicos precisos para acceder efectiva y realmente a las condiciones contractuales y demás información contenida en el soporte.

³⁹ Se trata de un derecho ejercitable “durante la relación contractual”, es decir, una vez que se ha celebrado el contrato.

⁴⁰ Este derecho del consumidor de cambiar las técnicas de comunicación a distancia utilizadas viene a demostrar que es al proveedor a quien corresponde en un primer momento elegir dichas técnicas, respetando siempre las limitaciones impuestas por la Directiva [cfr. arts. 3.3.b) y 10].

momento de celebración del contrato o de aceptación de la oferta, es fijada por el Anteproyecto en tres días. Es un plazo razonable. No obstante, la posibilidad que el precepto contempla de que el consumidor acepte expresamente un plazo menor es susceptible de plantear alguna contradicción con el carácter irrenunciable de los derechos que la Directiva confiere al consumidor⁴¹. Pues si el consumidor tiene garantizado por el artículo 5.1 de la Directiva el derecho a recibir con “suficiente antelación” la información previa y las condiciones contractuales -con el contenido, en la forma y en el tiempo ya vistos-, el Derecho interno fija ese plazo en tres días y, en fin, ese derecho del consumidor es irrenunciable, parece disconforme con la Directiva la posibilidad de que el consumidor renuncie al plazo⁴².

3. Las obligaciones posteriores a la celebración del contrato.

Si el proveedor ha cumplido con la obligación impuesta por el artículo 5.1 de la Directiva, el consumidor, antes de prestar su consentimiento contractual, dispone en soporte papel u otro soporte duradero de las condiciones contractuales aplicables y de la información contemplada en los artículos 3.1 y 4 de la Directiva. Ello significa que, una vez que el consumidor presta su consentimiento, el contrato queda perfeccionado y es plenamente eficaz⁴³. La cuestión es diferente, en cambio, si el consumidor no dispone del soporte papel u otro soporte duradero, con ese doble contenido ya visto, antes de celebrar el contrato. En tal supuesto, la comunicación de las condiciones contractuales y de la restante información se producirá con posterioridad a la celebración del contrato.

El artículo 5.2 de la Directiva contempla precisamente esta hipótesis. Según este precepto, “el proveedor cumplirá inmediatamente después de la celebración del contrato las obligaciones que le incumben con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 cuando aquél se haya celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información de conformidad con el apartado 1”. Este artículo 5.2 no puede ser

⁴¹ El artículo 12.1 de la Directiva dispone que “el consumidor no podrá renunciar a los derechos que se le confieren en virtud de la presente Directiva”. En términos similares se pronuncia el artículo 3 I del Anteproyecto: “El consumidor cliente receptor del servicio financiero no podrá renunciar a los derechos que se le confieren en virtud de la presente Ley”. Lo único que cabe reprochar a este precepto del Anteproyecto es el empleo de la redundante expresión “consumidor cliente receptor” del servicio financiero.

⁴² Aunque el artículo 9.2 del Anteproyecto no emplea el término “renunciar”, ni ninguno de sus derivados, es incuestionable que la expresión utilizada por el precepto (“salvo que el consumidor expresamente acepte un plazo menor”) encierra una auténtica renuncia a ese mayor plazo que garantiza la recepción de la información previa y de las condiciones contractuales con la “suficiente antelación”, fijada por el Anteproyecto en tres días.

⁴³ Sin perjuicio, no obstante, del eventual ejercicio por el consumidor del derecho de rescisión que le reconoce la Directiva, y que inmediatamente será objeto de análisis.

interpretado en el sentido de que introduce una excepción general a la obligación impuesta por el precedente apartado 1 de ese mismo artículo 5. Prevé ciertamente una excepción, pero limitada a un supuesto muy concreto y específico, a saber, que **el contrato se haya celebrado a petición (a iniciativa) del consumidor y mediante la utilización de una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitirle las condiciones contractuales y la demás información exigible en soporte papel u otro soporte duradero**. Han de concurrir simultáneamente los dos requisitos señalados, esto es, que sea el consumidor -y no el proveedor- quien haya tomado la iniciativa de celebrar el contrato, y que dicha celebración se haya producido a través de una técnica de comunicación a distancia (p.ej., el teléfono) que no haya permitido al proveedor la entrega al consumidor, antes de la celebración, de un soporte papel u otro soporte duradero en el se contengan las condiciones contractuales y la información exigida por los artículos 3.2 y 4 de la Directiva. Cuando concurre este supuesto de hecho, el proveedor tiene la obligación de entregar al consumidor, “inmediatamente después de la celebración del contrato” (“en los cinco días siguientes a la formalización del contrato”, según el art. 9.3 del Anteproyecto), el soporte papel u otro soporte duradero con el doble contenido que ya conocemos. En este supuesto, y sólo en este supuesto, la entrega del soporte papel u otro soporte duradero es un *posterius* respecto de la celebración del contrato⁴⁴. Por el contrario, si el contrato se celebra a iniciativa del proveedor, o, aunque sea a iniciativa del consumidor, mediante una técnica de comunicación a distancia que permita la entrega de un soporte papel u otro soporte duradero que contenga las condiciones contractuales y la demás información exigible, el proveedor deberá entregar dicho soporte antes de la celebración del contrato.

4. Los remedios frente al incumplimiento del proveedor.

El artículo 10 de la Directiva dispone que “los Estados miembros deberán prever sanciones adecuadas en caso de incumplimiento por parte del proveedor de las disposiciones nacionales adoptadas para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva”, sanciones que “deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias”. En particular, la Directiva permite que “podrán disponer al respecto que el consumidor pueda rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna”.

⁴⁴ No obstante, el proveedor sí está gravado, también en este supuesto, con la obligación de proporcionar al consumidor, antes de la celebración del contrato y a través de la técnica de comunicación a distancia empleada, la información establecida en el artículo 3.1 de la Directiva. Aunque no deberá proporcionarla en soporte papel u otro soporte duradero hasta después de la celebración. En esta última circunstancia -es decir, en la posibilidad de entregar el soporte después de la celebración- es donde radica la diferencia respecto de los supuestos generales.

Lo anterior significa que **queda al arbitrio de los Estados miembros decidir qué sucede cuando el proveedor no cumple con las obligaciones acabadas de examinar**. La única previsión en esta materia que se contiene en la Directiva es la relativa al derecho de rescisión (cuyo *dies a quo* varía en función de que el proveedor haya cumplido o no con sus obligaciones de información; volveré más adelante sobre este aspecto). Sin embargo, fuera de esta previsión, la Directiva no señala qué ha de suceder con el contrato ya celebrado cuando el proveedor no ha cumplido con sus obligaciones.

Este incumplimiento el proveedor puede revestir muchas variantes: (i) que el proveedor no haya proporcionado toda la información impuesta por los artículos 3.1 y 4 de la Directiva, sino que haya omitido informar sobre algunos de los aspectos señalados en dicho precepto; (ii) que, en el caso de la comunicación a través de telefonía móvil, no haya proporcionado toda la información impuesta por el artículo 3.3 de la Directiva; (iii) que no haya informado sobre las obligaciones contractuales, o que, habiendo informado sobre ellas, resulte que las obligaciones contractuales aplicables al contrato no coincidan con aquellas otras sobre las que el proveedor haya informado en la fase precontractual (art. 3.4 de la Directiva); (iv) que no haya cumplido con los requisitos adicionales de información exigidos por el artículo 4 de la Directiva; (v) que, antes de la celebración del contrato, no haya comunicado las condiciones contractuales y la información de los artículos 3.1 y 4 de la Directiva en soporte papel u otro soporte duradero, o que lo haya hecho sin observar la antelación exigible (“con la suficiente antelación”; art. 5.1 de la Directiva); y (vi) que, una vez celebrado el contrato, y en el supuesto contemplado en el artículo 5.2 de la Directiva, no haya cumplido con la obligación de entregar en soporte papel u otro soporte duradero las condiciones contractuales y la información de los artículos 3.1 y 4 de la Directiva. Corresponde a los Estados decidir cuáles son las “sanciones” aplicables a estos incumplimientos del proveedor.

El Anteproyecto opta por establecer la anulabilidad como “sanción” genérica para el incumplimiento por el proveedor de sus deberes de información previa y de comunicación de las condiciones contractuales y de esa información previa. Su artículo 10 (“Penalización por incumplimiento de los requisitos de información previa”), dispone que “el incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos a la comunicación de dicha información previa, que se establecen en el Capítulo II, artículos 7, 8 y 9 de la presente Ley, darán lugar a la anulabilidad de los contratos”. A mayor de toda aclaración en el Anteproyecto, el régimen aplicable a esta anulabilidad será el establecido con carácter general en los artículos 1300 y siguientes del Código Civil, si bien con las debidas adaptaciones. Así por ejemplo, y como resulta evidente, el único legitimado para interponer la acción de anulabilidad es el consumidor. Junto a este mecanismo civil de tutela, el Anteproyecto establece también un régimen de

sanciones administrativas para los proveedores que incumplan sus obligaciones (cfr. art. 19 del Anteproyecto), en el bien entendido de que “en el expediente sancionador no podrán examinarse las cuestiones civiles o mercantiles que suscite el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley” (apartado 3 del art. 19 del Anteproyecto).

VI. EL DERECHO DE RESCISIÓN.

Si uno de los pilares fundamentales de la Directiva es el derecho de información del consumidor, el otro es el derecho de rescisión reconocido a éste. La finalidad del derecho de rescisión es **permitir al consumidor desvincularse, desistir, del contrato ya celebrado**. La denominación “derecho de rescisión” no es correcta, pues puede inducir a confusión con los supuestos de rescisión legalmente previstos (cfr. arts. 1290 ss. del Código Civil), cuando lo cierto es que no existe la más mínima relación entre uno y otros. Habría sido más adecuado denominarlo “derecho de desistimiento” (este es el *nomen* por el que se inclina del Anteproyecto), o incluso “derecho de revocación”, expresiones ambas que subrayan más intensamente el carácter unilateral y no causal que reviste su ejercicio. No obstante, por respeto a la literalidad de la Directiva, en este trabajo se empleará el término “derecho de rescisión”.

El proveedor debe informar al consumidor sobre el derecho de rescisión que le asiste. Según ya vimos con anterioridad, el artículo 3.1.3), letra a), de la Directiva impone al proveedor la obligación de informar al consumidor sobre “la existencia o no de derecho de rescisión de conformidad con el artículo 6 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al apartado 1 del artículo 7, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho”. Del incumplimiento de esta obligación de información se derivan negativos efectos para el proveedor, según tendremos oportunidad de comprobar más adelante.

1. Régimen jurídico del derecho de rescisión.

El artículo 6 de la Directiva, a la vez que reconoce el derecho de rescisión, establece las líneas esenciales de su régimen jurídico:

(i) **Condiciones de ejercicio.** El derecho de rescisión se ejercita **sin indicación de motivos**, por la libre voluntad del consumidor y de manera absolutamente discrecional, y **sin penalización alguna**, si bien, en el caso que el servicio haya sido prestado antes del ejercicio del derecho de rescisión, el consumidor estará obligado a pagar el servicio financiero realmente prestado por el proveedor (art. 7.1 de la Directiva). El Anteproyecto reconoce que el derecho de desistimiento se podrá

ejercitar “sin indicación de los motivos y sin penalización alguna” (art. 11.1, párrafo primero, del Anteproyecto)⁴⁵.

(ii) **Plazo de ejercicio.** El plazo para el ejercicio del derecho es de catorce días naturales. En el cómputo se incluyen los días no laborables, pues se trata de días “naturales”. El plazo se amplía hasta treinta días naturales en el caso de “contratos relacionados con seguros de vida contemplados en la Directiva 90/619/CEE⁴⁶ y las jubilaciones personales” (art. 6.1), es decir, en los contratos de seguro de vida individual y en los planes de pensiones⁴⁷. La transposición que prevé el Anteproyecto incurre en un defecto. Tras señalar que el plazo del derecho de desistimiento es de catorce días naturales (art. 11.1, párrafo primero), agrega que “el mencionado plazo será de treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de

⁴⁵ Para los contratos de seguro distintos del de vida, el artículo 6 bis.1 LCS exige, como presupuesto para el ejercicio del derecho de rescisión, “que no haya acaecido el evento dañoso objeto de cobertura”.

⁴⁶ Se trata de la Segunda Directiva del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE (DOCE nº L 330, de 29 de noviembre de 1990). Sin embargo, la Directiva 90/619/CEE ha sido derogada -después de la aprobación de la Directiva 2002/65- por la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida (DOCE nº L 345, de 19 de diciembre de 2002).

⁴⁷ Este derecho de rescisión no constituye una novedad para los contratos de seguro individual de vida, pues ya el artículo 15 de la Directiva 90/619 imponía a los Estados miembros la obligación de disponer que “el tomador de un contrato de seguro de vida individual suscrito en uno de los casos contemplados en el Título III disponga de un plazo que oscilara entre 14 y 30 días, a partir del momento en que se informe al tomador de que se celebra el contrato, para renunciar a los efectos del contrato”, y que “la notificación del tomador de que renuncia al contrato liberará a éste en lo sucesivo de toda obligación derivada de dicho contrato” (art. 15.1). De todos modos, los Estados miembros podían no aplicar esta disposición “a los contratos de una duración igual o inferior a seis meses” (art. 15.2). La Directiva 2002/65 da una nueva redacción al artículo 15.1 de la Directiva 90/619. Según esta nueva redacción (véase el art. 17 de la Directiva 2002/65), “cada Estado miembro dispondrá que el tomador de un contrato de seguro de vida individual disponga de un plazo de 30 días naturales, a partir del momento en que se informe al tomador de que se celebra el contrato, para renunciar a los efectos del contrato”. Sin embargo, la Directiva 90/619 ha sido íntegramente derogada por la Directiva 2002/83. La regulación del plazo de renuncia se encuentra ahora en el artículo 35 de esta Directiva 2002/83, que supone un retorno a la situación existente antes de la reforma de la Directiva 90/619 por la Directiva 2002/65. En efecto, el apartado 1 del artículo 35 de la Directiva sobre el seguro de vida de 2002 establece que “cada Estado miembro dispondrá 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 celebra el contrato, para renunciar a los efectos del contrato”. Este apartado 1 del artículo 35 de la Directiva 2002/83 coincide exactamente con el apartado 1 del artículo 15 de la Directiva 90/619, en su redacción anterior a la dada por la Directiva 2002/65. Sea como fuere, si se trata de un contrato de vida celebrado a distancia, la Directiva 2002/65 se aplicará con preferencia a la Directiva 2002/83, pues aquélla es una *lex specialis* respecto de ésta.

vida, según la normativa aplicable” (art. 11.1, párrafo segundo)⁴⁸, pero omite mencionar las jubilaciones personales (planes de pensiones) entre los servicios financieros para los que también rige el plazo ampliado de treinta días naturales⁴⁹.

(iii) **Cómputo del plazo.** Es también importante precisar **el momento a partir del cual se computa el plazo para el ejercicio del derecho de rescisión (*dies a quo*)**. El artículo 6.1 de la Directiva establece un doble *dies a quo*. Y así, el plazo empezará a correr:

- El día de la celebración del contrato, salvo en relación con los contratos de seguro de vida individual, en los cuales el plazo comenzará cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado. Adviértase cómo este precepto distingue “el día de la celebración del contrato”, que es el *dies a quo* generalmente aplicable a todos los contratos, y el momento en que “se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado”, que es el *dies a quo* particularmente aplicable a los contratos de seguro de vida individual. Lo anterior significa que, en los contratos de seguro de vida individual, el asegurador debe informar al tomador (consumidor) de que el contrato ha sido celebrado, y que será el momento en que el tomador reciba dicha información cuando empiece a correr el plazo -de treinta días naturales, según vimos- para el ejercicio del derecho de rescisión.
- El día en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información, de conformidad con los apartados 1 y 2 del artículo 5, si ese momento es posterior al día de la celebración del contrato o -en los contratos de seguro individual de vida- al momento en el que el consumidor es informado de que el contrato ha sido celebrado. Lo anterior significa que el plazo de rescisión no empezará a correr si, a pesar de haberse celebrado el contrato, el consumidor no ha recibido en un soporte papel u otro soporte duradero las condiciones contractuales y la información exigida por los artículos 3.1 y 4 de la Directiva.

El derecho de rescisión se considera ejercitado en plazo siempre que la voluntad rescisoria del consumidor se haya manifestado antes de la finalización del plazo, aun cuando esa voluntad llegue a conocimiento del proveedor una vez terminado el plazo. Como señala el artículo 6.6 de la Directiva, “se considerará que la notificación [del ejercicio del derecho de rescisión] ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario,

⁴⁸ La “normativa aplicable” a que alude este precepto no es otra que la constituida por los artículos 60 del texto refundido de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados y 83 a) LCS.

⁴⁹ Lo que se justifica, como más adelante indicaré, por la circunstancia de que el Anteproyecto ha optado por excluir el ejercicio del derecho de rescisión en relación con los planes de pensiones.

y se envía antes de expirar el plazo”. Por consiguiente, el momento relevante para apreciar si el derecho de rescisión ha sido ejercitado o no dentro de plazo es el momento en que el consumidor envía la notificación de la rescisión, y no el momento en que dicha notificación es recibida por el proveedor⁵⁰. La carga de la prueba de haber ejercitado tempestivamente el derecho de rescisión corresponde al consumidor.

La regla de cómputo del plazo se contiene en el artículo 11.1, párrafo tercero, del Anteproyecto, del siguiente tenor: “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 a cuando se informe el consumidor de que el contrato ha sido celebrado. No obstante -prosigue el precepto-, 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 empezará a contar el día en que reciba dicha información”⁵¹.

(iv) **Forma de ejercicio.** La Directiva no introduce ningún condicionante en este aspecto. Su artículo 6.6 exige que el derecho de rescisión se ejercite “por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación y que sea conforme con el Derecho nacional”. Con la finalidad de que el consumidor pueda probar su existencia si es discutida por el proveedor, lo más conveniente es que la notificación sea realizada a través de burofax, carta certificada o cualquier otro procedimiento análogo. Una comunicación por correo electrónico es también suficiente a estos efectos, pues el artículo 6.6 de la Directiva permite expresamente el ejercicio del derecho mediante un “soporte duradero, disponible y accesible al destinatario”, cualidad que reúne un mensaje de correo electrónico. Ese mismo precepto advierte que el derecho de rescisión deberá ejercitarse “con arreglo a las instrucciones que le hayan dado de conformidad con lo dispuesto en la letra d) del punto 3 del apartado 1 del artículo 3” de la Directiva. La mencionada letra d) obliga al proveedor a proporcionar al consumidor información relativa a “las instrucciones para ejercer el derecho de rescisión, indicando, por ejemplo, a dónde debe dirigirse la notificación de la rescisión”. El consumidor deberá ajustarse ciertamente a las instrucciones que en tal sentido le haya dado el proveedor. Sin embargo, dichas instrucciones no pueden limitar la libertad de forma que la propia Directiva garantiza al consumidor

⁵⁰ Ambos momentos coincidirán en determinados casos (p. ej., si la notificación de la rescisión se realiza mediante el envío de un correo electrónico), pero no en otros (v.gr., si la notificación se realiza mediante burofax).

⁵¹ En el Derecho vigente, y en relación con el seguro de vida, el artículo 83 a).1, párrafo segundo, de la LCS ya especifica que el plazo de treinta días (naturales, aunque el párrafo primero de ese artículo no adjetive los días) se cuenta “a partir de la fecha en la que se informe al tomador de que el contrato se ha celebrado o a partir del día en que el tomador reciba las condiciones contractuales y la información exigida por el artículo 60 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados [actualmente, de su texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004], si esta fecha es posterior”.

para el ejercicio del derecho de rescisión (“un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación”). Cualesquiera instrucciones que limiten esa libertad han de ser tenidas por nulas y por no puestas.

La reglamentación del Anteproyecto a propósito de la forma y el momento de ejercicio del derecho de rescisión es congruente con la Directiva. Según su artículo 11.3, “el consumidor que ejerza el derecho de desistimiento lo habrá de comunicar al proveedor en los términos previstos por el contrato, antes de que finalice el plazo correspondiente, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación en cualquier modo admitido en Derecho y que sea conforme al Derecho nacional. Se considerará -añade- que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo”.

2. Contratos imperativamente excluidos del derecho de rescisión.

El derecho de rescisión se encuentra **imperativamente excluido por la propia Directiva respecto de determinados contratos**. Según su artículo 6.2, el derecho de rescisión no se aplicará a: (a) servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de rescisión, como, por ejemplo, los servicios relacionados con operaciones de cambio de divisas, instrumentos del mercado monetario, títulos negociables, participaciones en entidades de inversión colectiva, contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo, contratos de futuros sobre tipos de interés (FRA), contratos de permuta (*swaps*) sobre tipos de interés, sobre divisas o los contratos de intercambios ligados a acciones o a un índice sobre acciones (*equity swaps*) y opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos contemplados en la presente letra, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo (concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés); b) pólizas de seguros de viaje o de equipaje o seguros similares de una duración inferior a un mes; y c) contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza su derecho de rescisión⁵².

La exclusión del derecho de rescisión en relación con los contratos mencionados en la letra c) exige la concurrencia simultánea de cinco requisitos: primero, que el contrato haya sido totalmente ejecutado, y no sólo de manera parcial o incompleta; segundo, que sean ambas partes, y no solo una, las que hayan ejecutado el contrato

⁵² “Como las órdenes de transferencia y las operaciones de gestión de cobro”, aclara la letra c) del artículo 11.2 del Anteproyecto inmediatamente después de reproducir esta norma de la Directiva.

en su totalidad, dando cumplimiento cada una de ellas a sus respectivas prestaciones; tercero, que la ejecución del contrato haya sido solicitada por el consumidor, esto es, que se produzca a petición suya, y no por la propia iniciativa del proveedor; cuarto, que la petición del consumidor para la completa ejecución del contrato sea expresa; y quinto, que la completa ejecución del contrato por ambas partes haya tenido lugar antes del ejercicio del derecho de rescisión⁵³. Este último requisito dota de un carácter particularmente condicionado o aleatorio a la exclusión que analizamos, pues el contrato mencionado en la letra c) del artículo 6.2 de la Directiva estará -o no- excluido en función de que la ejecución completa del mismo tenga -o no- lugar antes de que expire el plazo en que cabe ejercitar el derecho de rescisión. En relación con los requisitos tercero y cuarto (que la ejecución del contrato haya sido solicitada por petición expresa del consumidor), el considerando (24) de la Directiva señala que “cuando el derecho de rescisión no se aplique porque el consumidor solicita expresamente que se ejecute el contrato, el proveedor debe informar de ello al consumidor”.

El Anteproyecto amplía el listado de contratos imperativamente excluidos del derecho de rescisión, lo que plantea problemas de ajuste con la Directiva. Así:

(i) La letra a) del artículo 11.2 del Anteproyecto reproduce en lo sustancial el listado de contratos imperativamente excluidos de la letra a) del artículo 6.2 de la Directiva. Pero introduce algunas adiciones cuya conformidad con la Directiva ha de ser cuidadosamente analizada. Así, por decisión del prelegislador español, el derecho de rescisión no es tampoco aplicable a los “contratos referenciados a índices, precios o tipos de interés de mercado”, ni a los “contratos vinculados, en los que, al menos, uno de los negocios jurídicos suponga una transacción de las mencionadas en los guiones anteriores. A los efectos de esta Ley -prosigue el precepto-, 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 esta yuxtaposición, la ejecución de uno dependa de la de todos los demás, ya sea simultánea o sucesivamente”.

(ii) La letra b) del artículo 11.2 del Anteproyecto opera una considerable ampliación de los contratos de seguro excluidos del derecho de rescisión. En efecto, según dicho precepto no sólo están excluidos los contratos de seguro de viaje o equipaje de duración inferior a un mes, ya previstos en la letra b) del artículo 6.2 de la Directiva, sino también (a) los “contratos de seguro en los que el tomador asume el riesgo de inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en

⁵³ En relación con este último requisito, lo relevante no es sólo que la petición expresa del consumidor para la ejecución (completa) del contrato se produzca antes del transcurso del plazo para el ejercicio de la rescisión, sino también que esa ejecución (completa) del contrato por ambas partes tenga lugar antes de ese transcurso.

función de inversiones asignadas a los mismos”⁵⁴; (b) “aquellos cuyos efectos terminen antes del plazo al que se refiere el apartado 1” (catorce días para los contratos de seguro en general, y treinta para el seguro de vida); (c) “los que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador”; y (d) “los planes de previsión asegurados”. La amplitud de este listado, en comparación con la mucho más estricta enumeración del artículo 6.2.b) de la Directiva, plantea también en este punto muy importantes dudas sobre su ajuste a la misma, pues no parece que estos contratos de seguro para los que el Anteproyecto excluye el derecho de rescisión sean “seguros similares [al seguro de viaje o equipaje] de una duración inferior a un mes”, para los que la Directiva permite la exclusión. En particular, la exclusión contemplada *sub* (c) supone dejar fuera del ámbito del derecho de rescisión todos los contratos celebrados por el tomador en cumplimiento de una obligación (legal o contractual, pues el precepto no distingue) de aseguramiento, lo que a todas luces parece infundado y carente de cualquier apoyo en la Directiva.

3. Contratos potestativamente excluidos del derecho de rescisión.

Junto a los contratos precedentemente mencionados, respecto de los cuales el consumidor no tiene derecho de rescisión, **la Directiva permite a los Estados miembros excluir el derecho de rescisión para otros contratos**. Se trata de una opción que corresponde adoptar a los Estados miembros. Según el artículo 6.3 de la Directiva, los Estados podrán disponer que el derecho de rescisión no se aplique a: (a) los créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o a renovar o mejorar inmuebles (créditos inmobiliarios); (b) los créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble (créditos hipotecarios); y (c) las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de un fedatario público, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor contemplados en el apartado 1 del artículo 5, es decir, de que el proveedor ha comunicado al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contempladas en los artículos 3.1 y 4, en soporte papel u otro soporte duradero con la suficiente antelación antes de que el consumidor asuma obligaciones (contratos intervenidos por fedatario público).

Los Estados miembros que hagan uso de esta posibilidad de excluir los contratos mencionados del derecho de rescisión deben comunicarlo a la Comisión (art. 6.4).

⁵⁴ En el Derecho vigente estos contratos de seguro ya están excluidos del derecho de rescisión, pues el artículo 83 a).1, párrafo tercero, de la LCS (que procede, como señalamos, de la Ley 34/2003), exceptúa de la “facultad unilateral de resolución” -esta es la denominación que se da por la Ley 34/2003 al derecho de rescisión de la Directiva- los contratos de seguro “en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas en los mismos”.

Ésta, a su vez, deberá poner a disposición del Parlamento Europeo y del Consejo la información comunicada por los Estados miembros y garantizar que tengan acceso a ella los consumidores y proveedores que la soliciten (art. 6.5).

El Anteproyecto ha hecho uso con generosidad de la potestad de exclusión del derecho de rescisión conferida por el artículo 6.3 de la Directiva, pues ha dejado fuera del mismo los créditos inmobiliarios y los hipotecarios [letras d) y e) del art. 11.2 del Anteproyecto]. También ha excluido, en las condiciones previstas por la Directiva, los contratos intervenidos por fedatario público, aunque sólo cuando dicha intervención “sea preceptiva para la formalización del contrato” [letra f) del art. 11.2]; no, pues, si las partes han acudido al Notario aunque su intervención no sea preceptiva u obligatoria. **Carece de todo apoyo en la Directiva la exclusión del derecho de rescisión en los contratos relativos a “los planes de pensiones” [letra g) del art. 11.2 del Anteproyecto]**. No solo carece de apoyo, sino que la Directiva presupone de manera inequívoca la existencia de un derecho de rescisión en los planes de pensiones, en la medida en que se ha preocupado de señalar “las jubilaciones personales” (art. 6.1 de la Directiva) como uno de los supuestos excepcionales -el otro son los seguros individuales de vida- en los que el plazo para el ejercicio del derecho de rescisión no es de catorce, sino de treinta días naturales. Es necesario, pues, que esta exclusión desaparezca del Anteproyecto.

4. Derecho de rescisión y contratos de crédito; situaciones especiales.

Según el artículo 6.7, párrafo primero, de la Directiva, el derecho de rescisión regulado en la Directiva 2002/65 “no se aplicará a los acuerdos de crédito rescindidos con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva 97/7 y del artículo 7 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido”. **La finalidad de este precepto es preservar la aplicación del régimen de rescisión de los contratos de crédito concertados por el consumidor para financiar un contrato a distancia (art. 6.4 de la Directiva 97/7) o para financiar la adquisición de un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido (art. 7 de la Directiva 94/47)**. La rescisión de dichos contratos de crédito se regirá por lo previsto en tales preceptos, aun cuando el contrato de crédito afectado por la rescisión haya sido concertado por el consumidor a distancia. Dicho en otros términos, la Directiva 2002/65 no se aplica a la rescisión de un contrato de crédito concertado a distancia cuando ese contrato ha sido celebrado por el consumidor para financiar un contrato a distancia o para financiar la adquisición de un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido.

Con arreglo a estas premisas ha de ser interpretada la confusa norma contenida en el artículo 11.5 del Anteproyecto, según la cual “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”.

5. Derecho de rescisión y contratos conexos.

El artículo 6.7, párrafo segundo, de la Directiva se refiere a una hipótesis de contratos conexos, es decir, de dos contratos diferentes pero funcionalmente dependientes el uno del otro. Según dicho precepto, “en caso de que a un contrato a distancia relativo a un servicio financiero se le haya adjuntado (*sic*) otro contrato a distancia referente a servicios financieros prestados por el proveedor o por un tercero basado en un acuerdo entre el tercero y el proveedor, dicho contrato adicional quedará resuelto, sin penalización alguna, cuando el consumidor ejerza el derecho de rescisión con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 6”. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la celebración a distancia de un contrato relativo a un plan de pensiones, cuya primera aportación es realizada por el consumidor gracias a un préstamo concedido al consumidor en virtud de un contrato celebrado también a distancia⁵⁵. Si ambos contratos están celebrados por el mismo proveedor, o si el segundo contrato (el de préstamo en nuestro ejemplo) está celebrado por un tercero que tiene un acuerdo con el proveedor, el ejercicio del derecho de rescisión por parte del consumidor respecto del contrato principal (el relativo al plan de pensiones) provoca la resolución automática del contrato accesorio (el de préstamo). La resolución de este contrato accesorio se produce sin penalización alguna.

Adviértase cómo, **en lo que se refiere al acuerdo entre el proveedor y el tercero**, el precepto que analizamos no exige más que la existencia de un “acuerdo” previo entre ambos, y que el segundo contrato esté “basado” en dicho acuerdo previo. La Directiva 2002/65 es en este aspecto bastante más flexible que la Directiva sobre crédito al consumo (Directiva 87/102), cuyo artículo 11.2.b) exige que ese acuerdo signifique que “exclusivamente” dicho prestamista podrá conceder créditos a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de que se trate. La Directiva 2002/65 merece en este punto un juicio muy favorable.

El Anteproyecto incorpora estas disposiciones en su artículo 11.4, según el cual, “en el caso de que al contrato a distancia sobre el que se haya ejercido el derecho de desistimiento, se le haya vinculado otro contrato a distancia de servicios financieros

⁵⁵ El precepto que comento es claro al exigir que los dos contratos conexos hayan sido celebrados a distancia. Si alguno de ellos no ha sido celebrado a distancia, la regla que analizamos no es de aplicación.

prestados por el mismo proveedor o por un tercero, previo acuerdo con el proveedor, dicho contrato adicional también quedará resuelto, sin penalización alguna”.

6. Derecho de rescisión y ejecución del contrato.

La Directiva **no prohíbe que el contrato sea ejecutado mientras está pendiente el plazo para el ejercicio del derecho de rescisión**. Dicho en otros términos, es perfectamente posible que, antes de que el consumidor decida si ejerce o no el derecho de rescisión, el contrato se ejecute total o parcialmente. La ejecución del contrato (total o parcial) plantea problemas de importancia cuando, con posterioridad a dicha ejecución, el consumidor ejercita su derecho de rescisión⁵⁶. Esos problemas se derivan de la **irrestituibilidad de los servicios ya prestados**. En efecto, a diferencia de lo que sucede con los bienes, que son objeto de una fácil devolución entre las partes (p.ej., si se ejercita el derecho de rescisión respecto de una venta a distancia, la consecuencia es que el consumidor devuelve el bien adquirido y el proveedor devuelve el precio ya cobrado), en el caso de los servicios es normalmente imposible que el consumidor devuelva o restituya los servicios que ya le han sido prestado y de los cuales ya se ha beneficiado. A la vista de esta esencial irrestituibilidad -o imposibilidad de devolución- de los servicios, la Directiva establece determinadas particularidades relacionadas con la ejecución del contrato en el transcurso del plazo para el ejercicio del derecho de rescisión. Estas particularidades son las siguientes.

En primer lugar, la Directiva, en su artículo 6.1, último párrafo, autoriza a los Estados miembros para que puedan establecer “que se suspenda la aplicabilidad de los contratos a distancia relativos a servicios de inversión durante el plazo previsto en el presente apartado”, es decir, durante el plazo de duración del derecho de rescisión (catorce o treinta días naturales, según los casos). “Aplicabilidad” es un término inadecuadamente empleado por la Directiva para referirse a “ejecución”. Lo que este precepto pretende es permitir a los Estados miembros que, respecto de los contratos relativos a servicios de inversión, la ejecución del contrato quede suspendida hasta tanto no transcurra en su integridad el plazo de rescisión. Se trata sin duda de la manera más efectiva de proteger al consumidor. Es más: si la Directiva hubiera querido conferir realmente una sólida protección al consumidor, lo deseable hubiera sido que hubiera generalizado a todos los contratos -y no únicamente a los contratos sobre servicios de inversión- esta posibilidad, o, todavía mejor, que ella misma hubiera establecido, de manera imperativa para todos los Estados, la suspensión de la ejecución de todos los contratos sobre servicios financieros celebrados a distancia hasta tanto no hubiera expirado el plazo para el ejercicio del derecho de rescisión. Al

⁵⁶ No obstante, téngase en cuenta que si el contrato ha sido totalmente ejecutado por las dos partes, el derecho de rescisión desaparece siempre que, además, se cumplan todos los restantes requisitos mencionados en el artículo 6.2.c) de la Directiva.

no haberlo hecho así, lo cierto es que la protección del consumidor queda debilitada. Sea como fuere, el Anteproyecto no hace uso de la facultad concedida a los Estados por el artículo 6.1, último párrafo, de la Directiva.

En segundo lugar, la Directiva supedita la previa prestación del servicio por el proveedor -pendiente el transcurso del plazo para el ejercicio del derecho de rescisión- al consentimiento del consumidor. En este sentido, el artículo 7.1 de la Directiva dispone que “no podrá darse comienzo a la ejecución del contrato hasta que el consumidor haya dado su consentimiento”. Ese consentimiento ha de ser claro, expreso e inequívoco, y no simplemente tácito o deducido por el proveedor de hechos concluyentes.

En tercer lugar, el ejercicio del derecho de rescisión que afecta a un contrato que ha empezado a ejecutarse antes del transcurso del plazo del ejercicio del derecho de rescisión obliga al consumidor a pagar “el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato” (art. 7.1 de la Directiva). En este caso el derecho de rescisión no se ejercita “sin penalización alguna”, como es la regla general *ex* artículo 6.1 de la Directiva, sino que el consumidor habrá de realizar un desembolso de dinero. No obstante, la Directiva limita el importe de lo que el consumidor ha de pagar al proveedor, pues dicho importe no podrá “rebasar un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio, comparada con la cobertura total del contrato”, ni “ser en ningún caso de tal magnitud que pueda ser entendida como una penalización” (art. 7.1 de la Directiva). El Anteproyecto aclara que “en ningún caso se considerará que equivale a una penalización el cobro de las comisiones que se hayan devengado, de acuerdo con los términos contractuales, para la celebración del contrato y de los gastos preparatorios de la operación y para su inscripción en registros públicos” (art. 12.1, párrafo cuarto).

En cuarto lugar, la Directiva permite que los Estados miembros prevean “que el consumidor no esté obligado a pagar ninguna cantidad cuando rescinda un contrato de seguro” (art. 7.2). El Anteproyecto no hace uso de esta facultad. Tampoco se ha valido de ella la transposición parcial de la Directiva realizada por la Ley 34/2003. Según el artículo 6 bis.3 LCS, el tomador de un seguro distinto del de vida que hubiera ejercitado el derecho de rescisión quedará desprovisto de la cobertura del riesgo por parte del asegurador (es decir, cesará *pro futuro* la prestación de servicios del asegurador) y tendrá derecho a la devolución de la prima que hubiera pagado, “salvo la parte correspondiente al período de tiempo en que el contrato hubiera tenido vigencia” [en términos absolutamente idénticos, en relación con el seguro de vida, *cfr.* art. 83 a).3 LCS]. El importe de la prima que retiene la aseguradora, proporcional al periodo en que la cobertura del seguro ha sido operativa, no es sino el importe que ha de pagar el consumidor por el servicio prestado antes de la rescisión.

En cuarto lugar, el cobro por el proveedor del servicio prestado antes de la rescisión exige por su parte el cumplimiento de determinados requisitos. En particular, el proveedor tendrá que demostrar que el consumidor “ha sido debidamente informado del importe adecuado, de conformidad con lo establecido en la letra a) del punto 3 del apartado 1 del artículo 3” de la Directiva (art. 7.3 de la Directiva)⁵⁷. Lo anterior significa que constituye un presupuesto indispensable para que el proveedor pueda cobrar la parte proporcional del servicio prestado al consumidor el hecho de que aquél haya informado a éste, antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud del contrato o de una oferta, de ese importe que el consumidor debe abonar. Si el proveedor no ha ofrecido esa información en su momento, y sin perjuicio de otras posibles medidas a las que el consumidor pueda acogerse (p.ej., la anulabilidad a que se refiere el art. 10 del Anteproyecto), el proveedor no podrá cobrar el servicio prestado.

En quinto lugar, el proveedor tampoco podrá “en ningún caso” exigir dicho pago “en caso de que haya iniciado la ejecución del contrato antes de expirar el periodo de rescisión que establece el apartado 1 del artículo 6 sin que el consumidor lo haya solicitado previamente” (art. 7.3 de la Directiva). La pretensión de cobro del proveedor sólo será viable si la ejecución del contrato antes del transcurso del plazo para el ejercicio del derecho de rescisión ha sido solicitada previamente por el consumidor, es decir, si no ha sido realizada por propia iniciativa del proveedor. Por tanto, para que el proveedor pueda cobrar no basta con que el consumidor haya dado su consentimiento a la ejecución del contrato, sino que es preciso que la ejecución tenga lugar precisamente porque el consumidor la solicita.

Finalmente, en sexto lugar, se reglamentan los efectos restitutorios producidos por el ejercicio del derecho de rescisión. Así, el proveedor reembolsará al consumidor a la mayor brevedad, y dentro del plazo máximo de treinta días naturales, todas las cantidades que haya percibido de éste con arreglo a lo establecido en el contrato a distancia, salvo el importe que pueda retener en concepto de pago de los servicios realmente prestados (art. 7.4 de la Directiva)⁵⁸. Si el consumidor no ha hecho ningún desembolso, el proveedor podrá reclamarle, en las condiciones examinadas, el

⁵⁷ Según la mencionada letra a) del artículo 3.1.3) de la Directiva, el proveedor debe informar al consumidor, previamente a la celebración del contrato, de “la existencia o no de derecho de rescisión de conformidad con el artículo 6 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, *incluida información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al apartado 1 del artículo 7*, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho” (la cursiva es mía).

⁵⁸ En la transposición parcial de la Directiva realizada por la Ley 34/2003 se ha apurado al máximo el tiempo permitido por la Directiva para la devolución por el proveedor del dinero recibido por el consumidor. En efecto, el artículo 6 bis.3 LCS obliga al asegurador a devolver la prima del seguro en el plazo de “30 días a contar desde el día que reciba la comunicación de rescisión” [exactamente en los mismos términos, para el seguro de vida, art. 83 a.3 LCS].

importe de ese pago. Y el consumidor devolverá al proveedor cualquier cantidad o bien que haya recibido de éste, a la mayor brevedad y a más tardar treinta días naturales después de que el consumidor remita la notificación de la rescisión (art. 7.5 de la Directiva). El Anteproyecto aclara que, “en el caso de operaciones en que se haya puesto a disposición del consumidor dinero en préstamo, y siempre que la ejecución del contrato haya dado comienzo a petición del consumidor, éste deberá devolver el importe prestado en el momento de la notificación del desistimiento” (art. 12.4, párrafo segundo). A mi juicio, la Directiva impide calificar la devolución de este importe como requisito de validez o de eficacia del desistimiento, por lo que éste será plenamente válido y eficaz aun cuando el consumidor no lo acompañe con la devolución del dinero prestado. En tal caso, el proveedor tendrá acción contra el consumidor para reclamar esa cantidad, pero el contrato habrá quedado sin efecto de resultados del desistimiento.

VII. EL PAGO MEDIANTE TARJETA.

El artículo 8 de la Directiva impone a los Estados la obligación de adoptar medidas apropiadas para que “el consumidor pueda solicitar la anulación del pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago en el marco de contratos a distancia” y que “en caso de dicha utilización fraudulenta se abonen en cuenta al consumidor las sumas abonadas en concepto de pago o se le restituyan”. Una previsión idéntica se encuentra ya en la Directiva 97/7 (cfr. su art. 8). La finalidad de esta norma es proteger al consumidor titular de una tarjeta que es fraudulentamente utilizada por un tercero para pagar el precio de un servicio financiero prestado a distancia. Se trata de garantizar la indemnidad patrimonial de la posición de ese consumidor, a quien se reconoce el derecho a, por una parte, anular el pago realizado con su tarjeta, y, por otra, solicitar la restitución en su cuenta de las cantidades cargadas en la misma como consecuencia del pago realizado fraudulentamente con su tarjeta. Como es obvio, el núcleo de este artículo 8 de la Directiva radica en determinar cuándo nos encontramos ante un supuesto de “utilización fraudulenta” de la tarjeta de pago del consumidor.

El Anteproyecto propone una transposición bastante lineal de este precepto de la Directiva. Su artículo 13 se limita a establecer que, “en el caso de que se haya previsto que las obligaciones pecuniarias derivadas del contrato a distancia se cumplirán mediante el uso de tarjeta de pago, el consumidor podrá solicitar la anulación del pago en el caso de utilización fraudulenta de dicha tarjeta”, a aclarar que “en particular, se considerarán tarjetas de pago las de crédito, débito y prepago”, y, en fin, a reconocer al consumidor, en caso de utilización fraudulenta, el derecho “a que se le restituyan las sumas cargadas en cuenta por el responsable”. Pero este artículo del Anteproyecto es notoriamente insuficiente para resolver la situación derivada de la utilización fraudulenta de una tarjeta de pago, en la cual se ven

envueltos no sólo el consumidor titular de esa tarjeta y el tercero que la utiliza fraudulentamente, sino también la entidad emisora de la tarjeta (un banco, una caja de ahorros, un establecimiento financiero, etc.) y el proveedor que presta el servicio financiero a distancia y es retribuido con el pago realizado mediante la tarjeta.

VIII. LOS SERVICIOS NO SOLICITADOS.

El considerando (25) de la Directiva señala que “debe protegerse al consumidor contra los servicios no solicitados”, lo que significa que “el consumidor debe verse eximido de toda obligación en caso de servicios no solicitados, ya que la ausencia de respuesta no equivale a un consentimiento por su parte”; no obstante, este desfavor hacia los servicios no solicitados “se debe entender sin perjuicio de la reconducción tácita de los contratos válidamente celebrados entre las partes, cuando la legislación de los Estados miembros lo prevea”. Estas premisas tomaban cuerpo en el artículo 9 de la Directiva, que encomendaba a los Estados miembros la adopción de medidas necesarias a fin de “prohibir la prestación de servicios financieros a un consumidor sin la solicitud previa de éste, cuando esta prestación implique una exigencia de pago inmediato o aplazado” y de “dispensar al consumidor de toda obligación en caso de prestación no solicitada, sin que la falta de respuesta pueda considerarse como consentimiento”. Todo ello “sin perjuicio de las normas previstas en la legislación de los Estados miembros relativas a la falta de renovación tácita de los contratos a distancia”.

Pero el artículo 9 de la Directiva ha recibido una nueva redacción como consecuencia de la aprobación de 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. La nueva redacción del artículo 9 de la Directiva 2002/65 es la siguiente: “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”⁵⁹. Como puede apreciarse, la Directiva sobre las prácticas

⁵⁹ Hay que advertir que la Directiva 2005/29 modifica también el precepto de la Directiva 97/7 relativo al suministro no solicitado. En efecto, el artículo 9 de esta Directiva 97/7 recibe en su integridad una nueva redacción en virtud de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Esa nueva redacción del artículo 9 de la Directiva sobre contratos celebrados a distancia es sustancialmente coincidente con la nueva redacción del artículo 9 de la Directiva 2002/65, por lo que

comerciales desleales supone una modificación de alcance en materia de suministro no solicitado, pues ahora resulta que las prácticas de suministro no solicitado quedan absolutamente prohibidas, siempre y en todo caso, por prescripción directa del Derecho comunitario. No obstante, los Estados miembros disponen de un amplio plazo (hasta el 12 de junio de 2007; cfr. art. 19 I de la Directiva 2005/29) para incorporar al Derecho interno la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales.

El artículo 14.1 del Anteproyecto dispone que “no se podrán prestar servicios financieros, incluso en el supuesto de renovación tácita de un contrato a distancia, a un consumidor sin la solicitud previa de éste, cuando esta prestación implique una exigencia de pago inmediato o aplazado”⁶⁰. En caso de prestación no solicitada, “el consumidor quedará eximido de toda obligación, sin que la falta de respuesta pueda considerarse como consentimiento” (art. 16.2 del Anteproyecto). Pero el Anteproyecto añade a continuación un inciso, no previsto en la Directiva, según el cual el consentimiento del consumidor “se considerará otorgado si el consumidor hace uso efectivo del servicio financiero inicialmente no solicitado”. Es muy dudoso el ajuste a la Directiva de este inciso. La finalidad de la Directiva es sancionar al proveedor que presta un servicio no solicitado con la imposibilidad de reclamar una contraprestación al consumidor. Para la Directiva, quien presta un servicio financiero a distancia sin que el consumidor lo haya solicitado lo hace en verdad gratuitamente, pues el consumidor “queda dispensado de toda obligación” (art. 9, segundo guión, de la Directiva; en el mismo sentido, art. 16.2 del Anteproyecto, primer inciso: “el consumidor queda eximido de toda obligación”). Ese inciso introducido *ex novo* por el Anteproyecto puede quebrar este objetivo de la Directiva.

IX. LAS COMUNICACIONES NO SOLICITADAS.

El proveedor de servicios financieros a distancia intentará hacer llegar su oferta comercial al consumidor a través de cualesquiera medios, es decir, valiéndose de cualesquiera técnicas de comunicación a distancia. Ahora bien, algunas de estas técnicas son particularmente agresivas o molestas para el consumidor, bien porque invaden su privacidad más íntima, bien porque le causan unos gastos que, aun modestos, no tiene obligación de soportar. La Directiva ha establecido algunas cautelas en este sentido, impidiendo al proveedor la utilización de determinadas

las consideraciones que se realizan a propósito de éste en el texto son también válidas para la Directiva sobre contratos a distancia.

⁶⁰ El propio precepto aclara que “no se considerará que existe renovación tácita de un contrato a distancia, en el caso de las diferentes prestaciones derivadas de un contrato sucesivo o cuando la renovación al vencimiento del contrato esté expresamente prevista en el contrato inicialmente suscrito a falta de denuncia por una de las partes y siempre que no se modifiquen las condiciones contractuales inicialmente pactadas”. Si la renovación se produce sin que exista pacto sobre la misma, hay entonces renovación tácita.

técnicas de comunicación a distancia a no ser que cuente con el previo consentimiento del consumidor. En este sentido, el apartado (26) de los considerandos indica que “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”⁶¹.

En coherencia con esta declaración, el artículo 10.1 de la Directiva **exige el consentimiento previo del consumidor para que un proveedor pueda utilizar las técnicas de comunicación a distancia consistentes en sistema automático de llamadas sin intervención humana (llamadas automáticas) o fax**. Este precepto opera como un límite a la libertad de la que goza el proveedor a la hora de elegir la técnica de comunicación a distancia con la que quiere dirigirse al consumidor. Se trata de un límite porque para la utilización de las dos técnicas a las que se refiere el precepto el proveedor tiene que obtener el consentimiento previo del consumidor, mientras que para la utilización de las otras técnicas el proveedor no tiene que recabar ese consentimiento. Tanto las llamadas automáticas como el fax son técnicas particularmente incómodas para el consumidor. La primera porque supone un coste mínimo para el proveedor (quien no tiene que pagar a una persona que ponga voz a la llamada telefónica), obliga al consumidor a mantener un elevado nivel de atención en el seguimiento de la conversación “automática” y puede activarse a deshoras. Y la segunda porque traslada al consumidor los más importantes costes de la técnica de comunicación utilizada por el proveedor, pues es el consumidor quien acaba pagando el papel y el tóner de su aparato de recepción de los faxes.

Para las técnicas de comunicación a distancia, diferentes de las dos mencionadas, que permitan una comunicación individual con el consumidor, la Directiva exige a los Estados que no se autoricen si no se ha obtenido el consentimiento previo de los consumidores afectados, o bien que solamente puedan utilizarse en caso de que no exista oposición manifiesta del consumidor (art. 10.2). En todo caso, las medidas indicadas en estos dos apartados del artículo 10 de la Directiva no supondrán ningún gasto para el consumidor (art. 10.3).

⁶¹ Y prosigue: “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 de los datos de carácter personal”. Esa legislación comunitaria está recogida en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (*DOCE* n° L 201, de 31 de julio de 2002), así como en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (*DOCE* n° L 281, de 23 de noviembre de 1995), modificada por el Reglamento (CE) n° 1882/2003 (*DOCE* n° L 284, de 31 de octubre de 2003). Nótese cómo la primera de las Directivas mencionadas se refiere únicamente a las comunicaciones electrónicas, pero no a las realizadas *off line* (v.gr., por correo postal “analógico”).

Por otro lado, el apartado 26) del Anexo I de dicha Directiva (Anexo en el cual se figura una “lista negra” de prácticas comerciales que se consideran desleales “en cualquier circunstancia”) considera que constituye una práctica comercial agresiva “realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual”. No obstante, y según proclama ese mismo apartado 26), “este supuesto se entenderá sin perjuicio del artículo 10 de la Directiva 97/7/CE y de las Directivas 95/46/CE y 2002/65/CE”.

La regulación propuesta en el Anteproyecto se aparta parcialmente de las disposiciones de la Directiva. Su artículo 15.1, párrafo primero, señala que “las comunicaciones no solicitadas por vía telefónica, por fax y por vía electrónica se regirán por lo dispuesto, respectivamente, en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, así como, en su caso, por lo previsto en sus respectivas normas de desarrollo”. La divergencia respecto de la Directiva es doble. Por una parte, la Directiva contempla, al referirse a las comunicaciones no solicitadas, las llamadas telefónicas automáticas y el fax, mientras que el Anteproyecto alude a las llamadas telefónicas (sin distinguir si son automáticas o vocales), al fax y a las realizadas vía electrónica. Por otra parte, mientras que la Directiva menciona esas dos técnicas de comunicación a distancia (llamadas automáticas y fax) para prohibir su uso al proveedor salvo que se obtenga el consentimiento previo del consumidor, el Anteproyecto menciona las suyas para remitirse sin más a lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 y a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002. Habrá que acudir, pues, a estas Leyes para comprobar si efectivamente el Derecho español establece en última instancia una prohibición semejante a la exigida por el artículo 10.1 de la Directiva.

En los restantes aspectos, la regulación propuesta por el artículo 15 del Anteproyecto consiste en permitir la utilización por el proveedor de otras técnicas de comunicación a distancia que permitan una comunicación individual, distintas de las antes mencionadas (llamadas telefónicas, fax y comunicaciones vía electrónica), “cuando el consumidor no se haya opuesto manifiestamente a las mismas” (art. 15.1, párrafo segundo), así como en advertir que “el uso de las técnicas descritas en los anteriores apartados no supondrá gasto alguno para el consumidor” (art. 15.2).

X. LA ACCIÓN DE CESACIÓN EN MATERIA DE SERVICIOS FINANCIEROS PRESTADOS A DISTANCIA.

La Directiva 2002/65 ha modificado la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. La modificación ha consistido en **añadir la Directiva 2002/65 al listado de normas que figuran en el anexo de la Directiva 98/27 y cuya infracción posibilita el ejercicio de la acción de cesación.** Además de ello, el artículo 13 de la Directiva 2002/65, tras encomendar a los Estados que velen por la existencia de medios adecuados y eficaces para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva en interés de los consumidores (apartado 1), aclara a renglón seguido que esos medios incluirán disposiciones que permitan a uno o más de los organismos que se mencionan -organismos públicos o sus representantes; organizaciones de consumidores que posean un interés legítimo en la protección de los consumidores; y organizaciones profesionales que posean un interés legítimo para actuar-, tal como se establezca en la legislación nacional, acudir, según esa legislación, a los tribunales o a los órganos administrativos competentes para hacer que se apliquen las disposiciones nacionales previstas para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva (apartado 2).

El artículo 16 del Anteproyecto pretende realizar la incorporación al derecho interno de esa acción de cesación⁶². El modo de reglamentación de dicha acción es muy similar al empleado en su momento por 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, entre ellas la Directiva 98/27. Así:

(i) **Ámbito de la acción de cesación.** La acción de cesación aparece reconocida “contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios” (art. 16.1 del Anteproyecto). Por definición, toda conducta del proveedor contraria a la Ley de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/65 es lesiva de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios. Contra cualquier infractora, sea cual fuere su naturaleza y entidad, cabe ejercitar la acción de

⁶² La rúbrica de este artículo 16, “Recurso judicial o administrativo”, no es acertada, pues lo cierto es que el precepto no se refiere más que a la acción judicial de cesación (en sus tres primeros apartados) o a la conducta que debe observar el proveedor de técnicas de comunicación a distancia cuando existe una sentencia judicial firme (en su apartado cuarto). El error trae causa de la rúbrica del artículo 13 de la Directiva: “Recurso judicial o administrativo”. Esta dualidad se explica en el marco de la Directiva porque ésta deja abierta a los Estados la posibilidad de arbitrar una protección bien judicial, bien administrativa, frente a las conductas infractoras de la Directiva. Sin embargo, una vez que el Anteproyecto opta por un sistema de tutela exclusivamente judicial, carece de sentido la mención que la rúbrica de su artículo 16 hace al recurso judicial “o administrativo”.

cesación. La acción de cesación es configurada por el Derecho interno como una acción estrictamente judicial (no administrativa, alternativa que la Directiva ofrecía también a los Estados miembros).

(ii) **Fines de la acción de cesación.** La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado “a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura” (acción de cesación *stricto sensu*), pero también “para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato” (art. 16.2 del Anteproyecto).

(iii) **Legitimación para el ejercicio de la acción de cesación.** Se regula en términos amplios, de modo exactamente idéntico a como ya hiciera la Ley 39/2002. En concreto, y según el artículo 16.3 del Anteproyecto, están legitimados para ese ejercicio: (a) el Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores; (b) las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la LCU o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores; (c) el Ministerio Fiscal; y (d) las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el “Diario Oficial de la Unión Europea”⁶³. Cualquiera de las entidades citadas podrá personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan. El Anteproyecto no concede legitimación para la interposición de la acción de cesación a las “organizaciones profesionales que posean un interés legítimo para actuar” [art. 13.2.c) de la Directiva], lo que no resulta contrario a la Directiva porque ésta no obliga a concederla a los tres grupos de organismos u organizaciones recogidos en las letras del citado artículo 13.2, sino sólo “a uno o más” de ellos. En consecuencia, las mencionadas organizaciones profesionales (p.ej., una asociación profesional, una cámara de comercio, etc.) no podrán interponer una acción de cesación contra la conducta del proveedor que infrinja las disposiciones de la ley interna de transposición de la Directiva, sino que habrán de acudir a otros mecanismos de tutela de sus derechos e intereses (p.ej., acciones por competencia desleal).

El régimen de la acción de cesación establecido en el artículo 16 del Anteproyecto no es completo, por lo que resultan de aplicación las normas

⁶³ Respecto de estas entidades comunitarias (no españolas), los Jueces y Tribunales españoles ante los que se ejercite la acción de cesación aceptarán esa lista publicada en el “Diario Oficial de la Unión Europea” como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que fueron introducidas por la Ley 39/2002, las cuales se aplican a todas las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Esta advertencia es válida para aspectos tales como la determinación del cauce procesal idóneo para la tramitación de la acción de cesación o del juez territorialmente competente para el conocimiento del asunto, aspectos ambos -entre otros- regulados en los preceptos de la LEC reformados por la Ley 39/2002. Otras lagunas, sin embargo, no podrán ser colmadas acudiendo a la LEC (p.ej., plazo de prescripción de la acción o legitimación pasiva), por lo que sería deseable completar el régimen establecido en el Anteproyecto en estos aspectos.

El apartado 3 del artículo 13 de la Directiva se refiere a la **cesación de la conducta realizada no por el proveedor, sino por el proveedor de técnicas de comunicación a distancia**. El operador o proveedor de una técnica de comunicación a distancia es definido como “toda persona física o jurídica, pública o privada, cuya actividad comercial o profesional consista en poner a disposición de los proveedores una o más técnicas de comunicación a distancia” [art. 2.g) de la Directiva]. Con arreglo a esta definición, son operadores o proveedores de técnicas de comunicación a distancia una compañía telefónica, un prestador de servicios de la sociedad de la información (p.ej., un servidor de Internet) o una empresa postal de correos. Pues bien, el mencionado artículo 13.3 de la Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que, “sobre la base de una resolución judicial, de una decisión administrativa o de una decisión de una autoridad de control que haya sido notificada previamente, los operadores y proveedores de técnicas de comunicación a distancia pongan fin a las prácticas declaradas no conformes con las disposiciones de la presente Directiva, si los citados operadores y proveedores pueden hacerlo”.

El Anteproyecto prevé incorporar esta disposición en su artículo 16.4, según el cual “los proveedores de técnicas de comunicación a distancia pondrán fin a las prácticas declaradas por sentencia judicial firme no conformes con las disposiciones de la presente Ley, si técnicamente están en disposición de hacerlo”. Sería más oportuno que el precepto hablara de “resolución” judicial, y no de “sentencia”, pues lo cierto es que en determinadas ocasiones (piénsese, por ejemplo, en una petición de cesación solicitada en medidas cautelares) la decisión judicial adopta forma de auto, no de sentencia. Adviértase, por otro lado, cómo el Anteproyecto exige la presencia de una sentencia judicial “firme” en la que se declare la no conformidad a la Ley de la práctica comercial de que se trate. De todos modos, una sentencia judicial no firme puede ser objeto de ejecución provisional de acuerdo al régimen general establecido en la LEC.

XI. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

El artículo 15 de la Directiva determina **a qué parte contractual corresponde probar, si la otra lo negara, aspectos tales como el cumplimiento de las obligaciones que incumben al proveedor en materia de información del consumidor, así como el consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución.** El mencionado precepto permite que los Estados miembros dispongan en sus legislaciones internas que la carga de probar esos extremos corresponde al proveedor, no al consumidor. Lo lógico habría sido no que la Directiva autorizara a los Estados para establecer una previsión de esas características, sino que la propia Directiva lo hubiera hecho directamente. El Anteproyecto hace uso de la posibilidad conferida por la Directiva, y en su artículo 18 señala que “corresponderá al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumban al amparo de esta Ley, en materia de información al consumidor, así como del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución”.

El mismo artículo 15 de la Directiva declara abusiva “toda cláusula contractual por la que se establezca que la carga de la prueba del cumplimiento, por parte del proveedor, de la totalidad o de parte de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente Directiva, recae en el consumidor”. A los efectos de transponer este precepto al ordenamiento jurídico español, el Anteproyecto modifica la Disposición adicional 1ª LCU, donde figura la “lista negra” de cláusulas abusivas, añadiendo una nueva, con el numeral 19 bis, del siguiente tenor: “La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el cumplimiento⁶⁴, total o parcial, del proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la norma que los regula”.

Es bastante discutible la necesidad de este nuevo apartado en la “lista negra” de la Disposición adicional 1ª LCU. El vigente apartado 19 califica como cláusula abusiva “la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante”. Conforme a la norma general de reparto del *onus probandi* contenida en el artículo 217 LEC, es al proveedor a quien corresponderá probar que ha cumplido con las obligaciones de información que la Directiva (y, en su momento, la Ley interna de transposición) le imponen, si es que desea obtener algún efecto beneficioso de dicha circunstancia. Así las cosas, la cláusula que traslade al consumidor la carga de probar que el proveedor ha cumplido con su obligación de información es abusiva porque hace recaer sobre aquél una carga que, conforme a las normas generales en la materia, debe ser asumida por éste. Esa es la razón por la que no parece que el nuevo apartado 19 bis que el Anteproyecto pretende incorporar a la Disposición adicional 1ª LCU incremente en

⁶⁴ Y no “incumplimiento”, como por errata reza el texto del Anteproyecto.

términos reales la protección de la que el consumidor ya disfruta actualmente. Dicho en otras palabras: la cláusula que el nuevo apartado 19 bis declara abusiva ya lo es, al menos en relación con los contratos que analizamos, en aplicación del vigente apartado 19.

BIBLIOGRAFÍA

F. SARDINA VENTOSA, *La contratación electrónica del seguro de vida*, 2000; R. MATEU DE ROS, “La contratación bancaria telefónica”, *RDBB* 62 (1996), pp. 265-314; J. LETE ACHIRICA, “La regulación de la venta a distancia de servicios financieros en la Comunidad Europea: ¿una apuesta de futuro?”, *La Ley* 1999-2, pp. 2033-2040; J. M. DÍAZ FRAILE, “La inclusión de los préstamos hipotecarios en el Proyecto de Directiva sobre contratación de servicios financieros a distancia (la «hipoteca electrónica»)”, *Act.Civ.* 1999-3, pp. 981-1001; E. MORENO DE LA SANTA GARCÍA, “Contratación electrónica de operaciones crediticias”, *La Ley* 2000-8, pp. 1539-1547; F. SERRANO GIL DE ALBORNOZ, “Directiva sobre ventas a distancia y propuesta de directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en R. MATEU DE ROS/J. M. CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO (coords.), *Derecho de Internet: la contratación electrónica y la firma digital*, 2000, pp. 281-322; E. MORENO DE LA SANTA GARCÍA, “Préstamos y créditos en Internet”, en R. MATEU DE ROS/J. M. CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO (coords.), *Derecho de Internet: la contratación electrónica y la firma digital*, 2000, pp. 535-562; H. ARCOS FRANCO, “La protección de los consumidores en la comercialización a distancia de los servicios financieros: una perspectiva de derecho comunitario europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 10 (2001), pp. 627-644; E. MORENO DE LA SANTA GARCÍA, “Contratación de productos y servicios bancarios en Internet”, en J. CREMADES GARCÍA/R. ILLESCAS ORTIZ/M. A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (coords.), *Régimen jurídico de Internet*, 2001, pp. 655-698; J. M. DÍAZ FRAILE, “El tratamiento de los préstamos hipotecarios en el proyecto de Directiva sobre contratación de los servicios financieros a distancia”, en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, 2001, vol. 2, pp. 1821-1838; P. DE OLAVIDE, “Aprobación de la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros”, *RDBB* 88 (2002), pp. 273-276; J. M. DÍAZ FRAILE, “Los créditos hipotecarios en el proyecto de Directiva sobre la contratación a distancia de lo servicios financieros”, *Noticias de la Unión Europea*, 209 (2002), pp. 39-52; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, “Comercialización a distancia de servicios financieros”, *La Ley* 2002-5, pp. 1719-1729; P. A. MUNAR BERNAT, “La directiva sobre contratos a distancia en materia de servicios financieros”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, 2002, vol. 2, pp. 1189-1200; J. A. CORTÉS TOMÁS, “La comercialización a distancia de servicios financieros: articulación normativa a nivel comunitario y futura transposición al ordenamiento jurídico español”, en M. A.

DAVARA RODRÍGUEZ (coord.), *XVII Encuentros sobre Informática y Derecho*, 2003, pp. 123-136; A. PANIZA FULLANA, “Protección de los consumidores en la comercialización a distancia de servicios financieros: información, forma y desistimiento”, en M. A. DAVARA RODRÍGUEZ (coord.), *XVII Encuentros sobre Informática y Derecho*, 2003, pp. 175-188; A. ORTÍ VALLEJO/M^a. C. GARCÍA GARNICA, “Los Fondos de Inversión Inmobiliaria. Aproximación a su régimen jurídico”, *RCDI* 690 (2005), pp. 1221-1268.