

Seguros y fondos de pensiones

Inclusión del régimen de comercialización a distancia de los servicios financieros en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores

Se analizan las principales modificaciones de la Directiva sobre derechos de los consumidores que propone la Comisión Europea al integrar la comercialización a distancia de los servicios financieros en su ámbito de aplicación.

REYES PALÁ LAGUNA

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

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

financieros—, así como incluirlo en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores.

Por ello, el pasado 11 de mayo la Comisión hizo pública la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE. El texto consta de cuatro artículos. En los tres últimos se recoge el plazo de transposición (veinticuatro meses desde su adopción), se deroga la Directiva 2002/65/CE con efectos a partir de

veinticuatro meses desde la adopción de la propuesta de Directiva como norma de rango legal, y se prevé la entrada en vigor de la reforma a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

El grueso de la reforma se contiene, pues, en el artículo 1 de la propuesta, que se estructura en dos apartados. El primero modifica el artículo 3 de la Directiva sobre derechos de los consumidores para declarar expresamente aplicables determinados preceptos de su articulado a los contratos a distancia celebrados entre un comerciante y un consumidor para la prestación de servicios financieros. El segundo apartado introduce un nuevo capítulo III bis en la directiva del 2002 rubricado «Normas relativas a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia» (arts. 16 bis a 16 sexies).

La Comisión Europea con esta propuesta de directiva pretende poner fin a la exclusión general de los servicios financieros en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, mediante una ampliación de su ámbito de aplicación para incluir en ella los contratos de servicios financieros celebrados a distancia, puesto que la directiva del 2011 contiene disposiciones aplicables a los contratos para la venta de bienes y la prestación de servicios celebrados a distancia entre un comerciante y un consumidor. Y ello, en el bien entendido de que rige en la materia el principio de especialidad, esto es, que el régimen tuitivo del consumidor de servicios financieros contratados a distancia se entiende sin perjuicio de la aplicación de la normativa sectorial específica en materia de servicios bancarios, de seguros, de inversión, de pago o la relativa a los planes y fondos de pensiones. Por poner dos ejemplos: la obligación de evaluar la conveniencia del servicio

o producto de inversión que se propone al consumidor por la empresa de servicios de inversión, recogida en el artículo 214 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, no queda desplazada por la normativa protectora del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros. Ni tampoco las obligaciones de información precontractual que se detallan en la extensa norma sexta de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. O, con carácter transversal, la normativa de protección de datos de carácter personal.

Lo que pretende la Comisión Europea, en definitiva, es eliminar los solapamientos que se producen entre la directiva del 2002 y la del 2011 sobre derechos de los consumidores. El objetivo de la reforma es, pues, como se indica en los considerandos de la propuesta de directiva, la armonización plena para lograr el mismo elevado nivel de protección de los consumidores en la contratación a distancia en todo el mercado interior y evitar los referidos solapamientos entre ambas normas. Se hace referencia además en los considerandos a los «cambios significativos» que la digitalización ha introducido en el ámbito de los servicios financieros, agravando algunos aspectos que no se abordan plenamente en la directiva del 2002, incluida la forma y el momento en que debe facilitarse la información al consumidor.

Dadas las particularidades de los servicios financieros destinados a los consumidores y su complejidad, se ha considerado conveniente en la propuesta, en primer lugar, no aplicar todas las disposiciones de la directiva del 2011 a este ámbito y, en segundo,

introducir un nuevo capítulo *ad hoc* en esta directiva, nuevo capítulo en el que se mantiene el contenido de la directiva del 2002, salvo por novedades consecuencia de la citada digitalización que afectan señaladamente al deber de *información precontractual* del empresario, al derecho de desistimiento y a lo que se traduce en la versión española de la propuesta como «equidad en línea» (*on line fairness*).

2. Incorporación de los contratos de servicios financieros celebrados a distancia al ámbito objetivo de la directiva del 2011 sobre los derechos de los consumidores

El concepto de *servicios financieros* a los que tras la reforma será de aplicación la directiva del 2011 permanece en toda su amplitud («todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión personal, de inversión o de pago»). Se indica en el memorándum explicativo que precede al articulado de la propuesta que, pese a la importancia decreciente de la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores por la aprobación de directivas sectoriales posteriores, la norma mantiene su relevancia, ya que, en algunas jurisdicciones, ha permitido aplicar su régimen a la venta a distancia al consumidor de productos considerados de inversión, como diamantes, criptoactivos o botellas de vino de elevado precio. A ello se refiere la Comisión cuando alude a la «red de seguridad» creada por la directiva, ya que permite aplicar sus previsiones a nuevos productos financieros o a supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la legislación específica (por ejemplo, los préstamos al consumo por importe inferior a doscientos euros, que quedan al margen de la Directiva 2008/48/CE).

Tampoco se altera en el régimen que se propone la noción de *consumidor* ('persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional'). El concepto de *comerciante* o *empresario* supera en la propuesta al previsto en la directiva del 2002, que se refería al *proveedor del servicio financiero* y junto con él al *operador o proveedor de una técnica de comunicación a distancia*, definido como «toda persona física o jurídica, pública o privada, cuya actividad comercial o profesional consista en poner a disposición de los proveedores una o más técnicas de comunicación a distancia»). Tras la reforma, la referencia es al comerciante con el que el consumidor celebra a distancia un contrato para la prestación de servicios financieros, concepto de *comerciante* recogido en la directiva del 2011 que deviene general.

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

Se prevé en el nuevo apartado 1 *ter* del artículo 3 de la directiva del 2011, además de la aplicación de los artículos 1, 2 (objeto y definiciones) y 25 (carácter imperativo de la directiva), la aplicación de los siguientes artículos a la venta a distancia de servicios financieros: el artículo 3 (ámbito de

aplicación); el artículo 4 (armonización de los derechos de los consumidores en toda la Unión Europea); el artículo 19 (prohibición de cargar al consumidor, por el uso de determinados medios de pago, tasas que superen el coste asumido por el comerciante por el uso de tales medios); los artículos 21 (comunicaciones telefónicas entre el comerciante y el consumidor facturadas al precio de la tarifa básica, sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas), 22 (los pagos adicionales requieren de consentimiento expreso del consumidor con anterioridad a la celebración del contrato) y 23 (los Estados miembros garantizarán medios adecuados y eficaces para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la directiva); el artículo 24 (sanciones administrativas) y el artículo 26 (información a los consumidores del derecho nacional aprobado como consecuencia de la transposición de la directiva y fomento de la difusión de esta información por parte de los empresarios en sus códigos de conducta).

Quedarían fuera del ámbito de la directiva del 2011 modificada los contratos a distancia celebrados entre un empresario y un consumidor que cuenten con un régimen propio en la legislación sectorial. Se citan expresamente como ejemplos en los considerandos de la propuesta el «derecho de renuncia» del tomador de un contrato de seguro individual de vida reconocido en la Directiva 2009/138/CE —o facultad unilateral de resolver el contrato en el plazo de treinta días previsto en el derecho español en el artículo 83a de la Ley de Contrato de Seguro— y la información precontractual que debe proporcionarse a los consumidores que celebran contratos de crédito para inmuebles de uso residencial (Directiva 2014/17/UE), información precontractual a la que se refiere el artículo 10 de la

Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

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

La propuesta incorpora un nuevo capítulo III a la Directiva sobre los derechos de los consumidores que recoge, modernizándolas y ampliándolas, materias previstas en la directiva del 2002, que deroga. El capítulo lo integran cuatro artículos dedicados, respectivamente, a la información precontractual que se debe suministrar al consumidor (art. 16 *bis*), al derecho de desistimiento (art. 16 *ter*), al pago del servicio prestado antes del desistimiento (art. 16 *quater*), a las «explicaciones adecuadas» (art. 16 *quinqüies*) y a la protección adicional relativa a las interfaces en línea (art. 16 *sexies*).

Nos detendremos únicamente en las cuestiones que consideramos de mayor interés, puesto que es previsible que la propuesta sea objeto de enmiendas a lo largo de su tramitación.

Respecto al *derecho de desistimiento*, como consecuencia de la revisión de la norma, se eliminan las previsiones de la directiva del 2002 ya contenidas en normativa de carácter sectorial (por ejemplo, la previsión de su aplicación a los contratos de seguro individual de vida). Se mantienen las excepciones al ejercicio del referido derecho, recogidas en el derecho español en el artículo 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; la novedad radica en la introducción de los criptoactivos como productos excluidos del referido derecho con referencia expresa a la definición que de éstos se contiene en la

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, de 24 de septiembre del 2020, [COM(2020) 593 final].

Novedad también, consecuencia de la creciente contratación por vía electrónica de servicios financieros es la obligación prevista para los empresarios de incluir un «botón de desistimiento» que deberá etiquetarse con la expresión «desistir del contrato» u otra fórmula inequívoca equivalente y colocarse de forma visible y a disposición permanente del consumidor durante el plazo de desistimiento (catorce días) en la misma interfaz electrónica utilizada para celebrar el contrato a distancia. Además, el comerciante también podrá proporcionar el botón de desistimiento a través de otro canal. En relación con ello, el nuevo apartado quinto del artículo 16 *ter* dispone en su último párrafo que «el comerciante garantizará que la activación del botón de desistimiento implique la confirmación instantánea al consumidor de que se ha ejercido el derecho de desistimiento, indicándose la fecha y la hora de ejercicio de dicho derecho. La confirmación del ejercicio del derecho de desistimiento será facilitada por el comerciante al consumidor en un soporte sostenible».

Asimismo, como consecuencia del fenómeno de la digitalización del sector, se introducen precisiones adicionales en la *información precontractual* que el empresario ha de proporcionar al consumidor; por ejemplo, se cita expresamente la indicación de una di-

rección de correo electrónico y, en los casos en los que el consumidor reciba la información precontractual con menos de un día de antelación respecto al de la conclusión del contrato, la notificación expresa del derecho de desistimiento que, si procede, le asiste. Dada la apuesta de la Unión Europea por la sostenibilidad como criterio de política jurídica, se incluye entre la información que se ha de facilitar al consumidor antes de quedar «vinculado por cualquier contrato a distancia o cualquier oferta correspondiente», la «información sobre cualquier objetivo medioambiental o social perseguido por el servicio financiero», cuando proceda.

En aplicación del principio de «equidad en línea» (*on line fairness*), cuando el contrato se vaya a celebrar por medios electrónicos, se reconoce al consumidor la posibilidad de solicitar la intervención de personas físicas en nombre del empresario para que le asistan en sus consultas. Y esta posibilidad se predica también en los casos en los que el empresario utilice para la contratación chats en directo, *chats-bots* (asistentes digitales), *robo advisors* (gestores automatizados) o cualquier otra herramienta interactiva en línea.

Para evitar que los empresarios se beneficien de posibles sesgos de los consumidores, se prohíbe expresamente la configuración de sus interfaces en línea de manera que puedan que distorsionar o minorar la capacidad de los consumidores para tomar una decisión libre, autónoma e informada acerca del servicio que se les propone (art. 16 *sexies*).