
Número de expediente: 639/2006 (ECONOMÍA Y HACIENDA)

Referencia: 639/2006

Procedencia: ECONOMÍA Y HACIENDA

Asunto: Anteproyecto de Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Fecha de Aprobación: 22/6/2006

TEXTO DEL DICTAMEN

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 22 de junio de 2006, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"Por Orden comunicada de V. E. de fecha 5 de abril de 2006 (registro de entrada 6 de abril), el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al "Anteproyecto de Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores".

De los antecedentes remitidos resulta:

PRIMERO. Contenido del proyecto

El anteproyecto sometido a consulta se inicia con una exposición de motivos en la que se hace una referencia a 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, cuya transposición el anteproyecto pretende completar. Una parte de esta Directiva fue ya incorporada al ordenamiento español mediante la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación de la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.

Según la exposición de motivos, esta directiva debe aplicarse de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Derecho derivado, en particular con la llamada "Directiva sobre comercio electrónico" (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio), que fue objeto de transposición mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Ambas directivas trataron de hacer frente a las incertidumbres jurídicas que inevitablemente causa el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías. En el caso de la Directiva 2002/65/CE se trata de dar una regulación específica a la comercialización a distancia de los servicios financieros.

Según la exposición de motivos, dicha regulación respeta "lo esencial de la libertad contractual y, por ello, se insiste en la vigencia del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la comercialización a distancia de los servicios financieros". Ello no obsta, sin embargo, "para que se armonicen las normas de los Estados miembros de la Unión Europea en aspectos que se consideran imprescindibles para la construcción del mercado interior. En el caso objeto de esta Ley, lo más importante es la protección de los consumidores, ya que en otras disposiciones ya está asegurada la protección de servicios financieros prestados en los Estados miembros con completa libertad, en el marco de la legislación comunitaria".

En esta línea de consecución del objetivo de protección de los consumidores, se establece un régimen riguroso en cuanto a la información que deben recibir estos antes de la celebración del contrato, se regula el derecho de desistimiento, se ofrecen garantías complementarias para la protección frente al uso fraudulento de las tarjetas de pago cuando fueran utilizadas para el pago de servicios financieros, se asegura la necesaria defensa judicial para el consumidor, se promueve el uso de la reclamación extrajudicial y se establece un régimen sancionador armonizado con el de la Ley 34/2002. La parte dispositiva del proyecto consta de 18 artículos - agrupados en tres capítulos-, una disposición adicional y tres disposiciones finales:

- El Capítulo I regula el objeto (artículo 1), ámbito de aplicación (artículo 2) y carácter imperativo de los derechos recogidos en la Ley (artículo 3). - El Capítulo II contempla el régimen de los contratos a distancia, y consta de los siguientes preceptos: - Artículo 4: Definición del ámbito material de la Ley. - Artículo 5: Definición del proveedor y el consumidor como partes del contrato a distancia. - Artículo 6: Instrumentos técnicos. - Artículo 7: Requisitos de información previa al contrato. - Artículo 8: Requisitos adicionales de información. - Artículo 9: Comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa. - Artículo 10: Derecho de desistimiento. - Artículo 11: Pago del servicio prestado antes del desistimiento. - Artículo 12: Pago mediante tarjeta. - Artículo 13: Servicios no solicitados. - Artículo 14: Comunicaciones no solicitadas. - Artículo 15: Acciones de cesación. - Artículo 16: Reclamación extrajudicial. - Artículo 17: Carga de la prueba. - El Capítulo III (artículo 18) contiene el régimen sancionador. - La disposición adicional única modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, introduciendo un nuevo supuesto de cláusula abusiva como nuevo apartado 19 bis de la disposición adicional primera de la citada ley. - La disposición final primera establece que la Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.6ª, 8ª, 11ª y 13ª de la Constitución, sin perjuicio de las competencias que, en su caso, correspondan a las Comunidades Autónomas. - La disposición final segunda manifiesta que mediante la Ley se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. - La disposición final tercera prevé la entrada en vigor de la Ley a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

SEGUNDO. Contenido del expediente

Integran el expediente la versión definitiva del anteproyecto sometido a consulta, sus borradores anteriores y la preceptiva memoria, en la que, al examinarse el contenido de la norma proyectada, se incorporan la memoria económica (en la que se precisa que la aprobación del anteproyecto de Ley no supone coste adicional alguno ni contiene disposiciones de carácter fiscal) y el informe sobre el impacto por razón de género. Igualmente, se ha remitido un cuadro resumen sobre la transposición de la Directiva 2002/65/CE.

El anteproyecto ha sido sometido a un amplio trámite de audiencia, remitiéndose para observaciones a muy diversas entidades. Constan en el expediente los informes enviados por la Asociación Española de Corredores de Reaseguros, la Compañía Española de Reafianzamiento, el Consejo de Consumidores y Usuarios, la Asociación de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones (INVERCO), la Asociación Hipotecaria Española, EURO 6000, S. A., la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF), la Asociación Española de Factoring, la Asociación Española de Venta a Distancia (AVAD-FECEMD), la Asociación de Internautas, la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA), la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), Bolsas y Mercados Españoles, Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, S. A., la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC), el Colegio de Registradores de la Propiedad y

Mercantiles de España, la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), el Instituto de Consejeros-Administradores, la UNACC, y la Asociación Española de Banca (AEB).

Igualmente, constan en el expediente los informes elaborados por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Dirección General del Servicio Jurídico), la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, el Comité Consultivo de la CNMV, el Instituto Nacional del Consumo, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos (manifiesta su conformidad) y la Secretaría de Estado de Justicia.

Y, en tal estado de tramitación, el expediente fue remitido a este Consejo para dictamen.

Remitido el expediente al Consejo de Estado, han solicitado audiencia y presentado alegaciones UNESPA (20 de abril de 2006), la AEB (20 de abril) y ASNEF (25 de abril).

I. Objeto y competencia

El expediente remitido se refiere al anteproyecto de Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

II. Tramitación del expediente

Respecto de la tramitación del proyecto puede afirmarse que se han atendido las exigencias de índole procedimental que deben seguirse para preparar, con las necesarias garantías, un texto normativo como el ahora examinado.

Constan en el expediente -y así se recoge en los antecedentes- la versión definitiva del anteproyecto sometido a consulta y las memorias justificativa y económica que lo acompañan, así como los informes de los distintos órganos y dependencias administrativas que han intervenido en su elaboración y los escritos de observaciones remitidos por las distintas entidades que han participado en el amplio trámite de audiencia.

III. Incorporación del Derecho comunitario

Como indica la exposición de motivos con que se inicia el anteproyecto de Ley, este tiene por objeto completar la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Esta Directiva 2002/65/CE nació con la finalidad de colmar una laguna del Derecho comunitario en esta materia, pues la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, excluía de su ámbito de aplicación, por su especial naturaleza, a los servicios financieros.

La Directiva 2002/65/CE establece así un nuevo marco jurídico armonizado y adecuado para los contratos a distancia en materia de servicios financieros, teniendo presentes las mismas ideas que ya inspiraron la Directiva 97/7/CE, entre otras:

- que la comercialización a distancia está destinada a convertirse en "uno de los principales resultados tangibles de la realización del mercado interior"; - y que "los servicios financieros, por su carácter incorporal, son particularmente aptos para su contratación a distancia, y el establecimiento de un marco jurídico aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros debe aumentar la confianza del consumidor" en estas nuevas técnicas, como el comercio electrónico.

Se trata, en definitiva, de establecer un marco jurídico armonizado y adecuado para los contratos a distancia en materia de servicios financieros, que al mismo tiempo garantice un adecuado nivel de protección de los consumidores. Y es que resulta indudable que el consumidor se encuentra, en estos casos, en una situación que demanda una especial protección, pero esta debe ser también respetuosa con el propio interés general del desarrollo de este mercado.

La incorporación de esta Directiva al ordenamiento jurídico español se inició ya mediante la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. Esta transposición comportó la modificación de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, en los términos que más adelante se expondrán. El anteproyecto sometido a consulta viene a completar la transposición de la directiva, extendiendo su aplicación a todos los servicios financieros. Y no puede dejar de señalarse que si aquella primera norma de transposición se dictó dentro del plazo con que contaban los Estados miembros para su incorporación a los ordenamientos internos (plazo que finalizó el 9 de octubre de 2004, de acuerdo con el artículo 21 de la directiva), esta segunda fase de la transposición se acomete cuando lamentablemente ya ha transcurrido más de un año desde la finalización de dicho plazo (de acuerdo con el artículo 21 de la directiva, los Estados debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella "a más tardar el 9 de octubre de 2004").

Sin perjuicio de las observaciones que a continuación se expondrán, el Consejo de Estado considera que el anteproyecto de Ley lleva a cabo una adecuada transposición de la Directiva 2002/65/CE y se ajusta estrictamente a sus previsiones, teniendo en cuenta la caracterización de la misma que realiza su considerando 13, que establece lo siguiente:

"La presente Directiva debe garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, a fin de garantizar la libre circulación de los servicios financieros. 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".

IV. Observaciones al contenido del anteproyecto de Ley

A) Sobre el ámbito de aplicación de la ley

El anteproyecto dedica tres artículos a la definición del ámbito de aplicación de la futura ley:

- El artículo 1, que define el objeto de la ley y precisa que debe aplicarse en el marco de otras leyes generales también de aplicación a la actividad de los servicios financieros a distancia, así como de la normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso. - El artículo 2, que define el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, enumerando las entidades que prestan los servicios sometidos a ella. - Y el artículo 4, que delimita los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley.

Nada hay que oponer a esta división del ámbito de aplicación de la ley en tres preceptos independientes, si bien podría incluirse también el contenido del artículo 4 en el Capítulo I (ahora se encuentra en el Capítulo II, relativo al "Régimen de los contratos a distancia"), para que con su lectura se garantizase un conocimiento completo del ámbito subjetivo, territorial y material de

aplicación de la norma. En ese caso, además, el artículo 2 debería titularse "ámbito subjetivo de aplicación", como ha sugerido la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda.

A.1) Artículo 1. Objeto

Como se indicó, el artículo 1 del anteproyecto define el objeto de la ley, y tiene el siguiente tenor literal:

"Esta Ley establece el régimen específico que habrá de aplicarse a los contratos con consumidores de servicios financieros prestados, negociados y celebrados a distancia, sin perjuicio de la aplicación de la normativa general sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico que se contiene en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico y en el capítulo II del Título III y disposición adicional primera de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y demás normativa de aplicación general a los consumidores, así como la normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso".

Incluye este precepto dos precisiones importantes:

- En primer lugar, aclara ya que solo los servicios financieros que se presten, negocien y celebren a distancia están dentro del ámbito de aplicación de la ley, precisión más tarde reiterada en el artículo 4.3, con arreglo al cual se entiende que el contrato se celebra a distancia cuando para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia. En este sentido, el considerando 15 de la Directiva establece que los contratos a distancia son "aquellos en que la oferta, la negociación y la conclusión se efectúan a distancia". - Y, en segundo lugar, señala que la ley debe aplicarse en el marco de otras leyes generales también de aplicación a la actividad de los servicios financieros a distancia, como son la Ley 34/2002 y la Ley 7/1996, así como de la normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso. A juicio del Consejo de Estado, la referencia a la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, requiere alguna precisión o aclaración adicional, pues si bien es cierto que los preceptos contenidos en el capítulo II de su título II (artículos 38 a 48) son de aplicación también a los contratos negociados a distancia referentes a la prestación de servicios, su disposición adicional primera excluye expresamente de ese ámbito de aplicación "los contratos que se refieran a servicios financieros tales como servicios de inversión, seguro, reaseguro, bancarios, relativos a fondos de pensiones y a operaciones a plazo y de opción". A la vista del limitado número de servicios financieros susceptibles de estar incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 7/1996, debería completarse la referencia a la misma con la expresión "en su caso".

A.2) Artículo 2. Ámbito de aplicación: Sobre los contratos de seguro a distancia

El artículo 2 del anteproyecto define el ámbito subjetivo de la ley, que extiende, en resumen: - a los contratos de servicios financieros a distancia prestados por las distintas entidades sometidas en España a supervisión pública; - a los prestados por sujetos distintos siempre que los proveedores del servicio estén establecidos en España o este se ofrezca a través de un establecimiento permanente situado en España; - y, de acuerdo con la directiva, a los intermediarios, a los proveedores establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, cuando el servicio afecte a determinadas materias, y a los establecidos en países terceros, cuando dirijan sus servicios específicamente al mercado español. Especial comentario merece la enumeración que hace el apartado 1 de este artículo 2 de las entidades que prestan los servicios sometidos a la ley:

"Esta Ley se aplicará a los contratos de servicios financieros prestados a distancia por las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las entidades gestoras de fondos de pensiones, los mediadores de seguros, las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo y cualesquiera otras que presten servicios financieros, así como las sucursales en España de entidades extranjeras de la misma naturaleza, que figuren inscritas en alguno de los registros administrativos de entidades a cargo del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, cuando se trate de determinadas empresas aseguradoras".

Es precisamente la inclusión, en esta enumeración, de las entidades aseguradoras lo que suscita la presente observación, dado que la contratación de seguros a distancia tiene ya una regulación, propia y adaptada a la Directiva 2002/65/CE, en la legislación de seguros.

Como ya se indicó, la citada directiva fue inicialmente objeto de una transposición parcial, para el ámbito de la actividad aseguradora, a través de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. Esta Ley modificó el artículo 60 de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (hoy del texto refundido de la Ley aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004), relativo al deber de información del tomador previamente a la contratación de seguros, y añadió a la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, varios preceptos destinados a regular, de acuerdo con el Derecho comunitario, el derecho de rescisión (en particular, los artículos 6 bis y 83 A, y las tres disposiciones adicionales).

La declaración expresa del anteproyecto de Ley de que esta se extiende a los contratos de servicios financieros prestados a distancia por entidades aseguradoras planteará la duda de qué disposiciones deben resultar aplicables en estos casos, las generales de la ley ahora proyectada o las específicas que para la contratación de seguros se contienen en su legislación especial, disposiciones no siempre, por lo demás coincidentes.

La Comisión General de Codificación ha llamado la atención sobre esta cuestión, observando que "la aprobación del Anteproyecto que nos ocupa, ha de crear necesariamente una confusión con el régimen contenido en esos preceptos, ya que, al tratarse de una disposición posterior derogará (no se sabe hasta que punto y en qué medida) los preceptos introducidos en las dos leyes que se han mencionado", y apuntando la necesidad de abordar esta cuestión en el anteproyecto "para evitar esta situación realmente anómala de transposición de una Directiva en dos leyes diferentes".

A juicio de este Consejo, la opción consistente en declarar derogados (y, menos aun, entenderlos tácitamente derogados) los preceptos de la legislación aseguradora que se opongan a la nueva ley no resulta aconsejable, en la medida en que generaría un cierto nivel de inseguridad jurídica.

Resulta indispensable, no obstante, que el anteproyecto de Ley determine claramente la regulación aplicable a las actividades aseguradoras, dado que la directiva las integra dentro de los llamados servicios financieros.

A estos efectos, debería modificarse la redacción del artículo 2 del anteproyecto.

A.3) Artículo 4. Ámbito material

El artículo 4 del anteproyecto de Ley define el ámbito material del régimen de los contratos a distancia.

*** Apartado 1. Primer párrafo.**

Su apartado 1 comienza disponiendo, a estos efectos, lo siguiente:

"Se comprenden en el ámbito de la Ley los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor y las ofertas de contratos cuyo objeto es la prestación de todo tipo de servicios financieros a los consumidores, en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato".

La Asociación Española de Banca (AEB) ha observado en el trámite de audiencia ante este Consejo que "induce a confusión que en el ámbito material de la Ley se incluyan las ofertas de contratos, ya que a éstas sólo debe serles de aplicación la ley si todo el contrato se realiza a distancia, pero no en otro caso", proponiendo por ello que el texto de este artículo se refiera a "los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor y las ofertas relativas a los mismos siempre que generen obligaciones para el consumidor, ...".

La precisión propuesta por la AEB resulta adaptada a las exigencias de la Directiva 2002/65/CE, que en varias ocasiones hace referencia a las ofertas en virtud de las cuales el consumidor asume una obligación (por ejemplo, en el artículo 3.1, al regular la información que este puede recibir antes de que "asuma cualquier obligación en virtud de un contrato a distancia o de una oferta"). Su introducción en el texto del anteproyecto es además recomendable, para evitar que pueda hacerse una indebida interpretación extensiva de la regulación contenida en la futura ley, imponiendo, por ejemplo, las obligaciones de información previa contempladas en el anteproyecto a cualquier oferta de servicios financieros que pueda hacerse a través de las páginas web de las entidades financieras. Solo cuando esas ofertas comporten la correspondiente asunción de obligaciones por parte del consumidor, entrará en juego la protección diseñada por la directiva y recogida en el anteproyecto.

*** Apartado 1. Párrafos segundo y tercero.**

Los párrafos segundo y tercero de este apartado 1 del artículo 4 del anteproyecto continúan con la definición del ámbito material de la Ley, y están redactados como sigue:

"En el caso de contratos relativos a servicios financieros que comprendan un acuerdo inicial de servicio seguido por operaciones sucesivas o una serie de distintas operaciones del mismo tipo escalonadas en el tiempo, las disposiciones de la presente Ley solamente se aplicarán al acuerdo inicial. En caso de que no exista un acuerdo inicial de servicio pero que las operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo escalonadas en el tiempo se realicen entre las mismas partes, los artículos 7 y 8 de la presente Ley se aplicarán cuando se realice la primera operación. No obstante, cuando no se realice operación alguna de la misma naturaleza durante más de un año, la realización de la operación siguiente se entenderá como primera de una serie, siendo en consecuencia de aplicación lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Ley".

Estos dos últimos párrafos del artículo 4.1 del anteproyecto reproducen el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 2002/65/CE, aunque alterando la organización de los párrafos (cambia el lugar donde se sitúa el punto y aparte); así, el artículo 1.2 de la Directiva tiene el siguiente tenor literal:

"En el caso de contratos relativos a servicios financieros que comprendan un acuerdo inicial de servicio seguido por operaciones sucesivas o una serie de distintas operaciones del mismo tipo escalonadas en el tiempo, las disposiciones de la presente Directiva solamente se aplicarán al acuerdo inicial. En caso de que no exista un acuerdo inicial de servicio pero que las operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo escalonadas en el tiempo se realicen entre las mismas partes, los artículos 3 y 4 sólo se aplicarán cuando se realice la primera operación. No obstante, cuando no se realice operación alguna de la misma naturaleza durante más de un año, la realización de la operación siguiente se entenderá como primera de una nueva serie de operaciones y, en consecuencia, serán de aplicación las disposiciones de los artículos 3 y 4".

Como acertadamente señala en su informe la Asociación Española de Venta a Distancia y la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (AVAD-FECEMD), esta alteración en los párrafos afecta al fondo de la norma, pues, según la directiva, en el caso de este tipo de operaciones, cuando existe acuerdo inicial, las obligaciones de información de la norma se aplican solamente a este. Por el contrario, entiende la directiva que, si no existe acuerdo inicial, las obligaciones se aplican a la primera operación y, si pasa más de un año sin que se realicen nuevas operaciones de la misma naturaleza, la operación siguiente se considera como primera de una nueva serie, debiendo facilitarse de nuevo toda la información.

Es decir, que la directiva parece limitar esa necesidad de suministrar de nuevo toda la información a los casos en que no hubo acuerdo inicial en su momento y entre la primera operación y las siguientes transcurre más de un año (es decir, el supuesto contemplado en el párrafo segundo del artículo 1.2 de la directiva), en tanto que la redacción del anteproyecto podría hacer pensar que, independientemente de si existió acuerdo inicial o no, si entre operaciones transcurre más de un año surge de nuevo la obligación de suministrar la información. Como señala AVAD-FECEMD, esto sería un contrasentido, pues en esos casos "el cliente ya tiene un contrato suscrito en el que se establece la posibilidad de realizar operaciones cuando considere oportuno".

Debe, por tanto, modificarse la distribución de los párrafos segundo y tercero del artículo 4.2 del anteproyecto en la forma indicada e, igualmente, debe precisarse, siguiendo el tenor literal de la directiva, que la operación siguiente que se realice transcurrido más de un año se entenderá como "la primera de una serie nueva de operaciones".

*** Apartado 2.**

El apartado 2 del artículo 4 del anteproyecto define los "servicios financieros" a efectos de la ley, incluyendo en el concepto, en línea con el artículo 2.b) de la directiva, los servicios bancarios, de crédito, de seguros, de inversión, de seguros privados, de planes de pensiones y de mediación en seguros. Asimismo, de acuerdo con una observación formulada por la Comisión General de Codificación, concreta a continuación qué se entiende por cada uno de dichos servicios.

Pues bien, en el caso concreto de la actividad de mediación en seguros, indica que es la definida en el artículo 2 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados. En la medida en que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto de Ley sobre Mediación de Seguros, que eventualmente sustituirá a la Ley 9/1992, la referencia a esta deberá, en su caso, modificarse para adaptarse a la nueva regulación legal de la mediación.

*** Apartado 3.**

Por último, con arreglo al apartado 3 del artículo 4 del anteproyecto de Ley debe entenderse que un contrato se celebra a distancia "cuando para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares".

En primer término, el precepto reproducido reitera la idea de que solo se considerará celebrado a distancia el contrato que se negocie y celebre utilizándose exclusivamente una técnica de comunicación a distancia.

En segundo lugar, y en línea con la definición de las citadas "técnicas de comunicación a distancia" que hace el artículo 2.e) de la directiva, el precepto exige también que no se dé una presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor.

Finalmente, como sugirió la Comisión General de Codificación, el precepto menciona algunos ejemplos de tales técnicas, delimitando así aún más los supuestos a los que la ley será de aplicación.

A la vista de este precepto, por tanto, parece claro que la ley no se extiende a los supuestos tradicionales de financiación al consumo en la medida en que se lleven a cabo en los establecimientos vendedores de bienes y servicios. No parece necesario, como sugiere ASNEF, ninguna precisión específica en este sentido, pues es claro que en tales casos (esto es, cuando el consumidor solicita la financiación de los bienes y servicios que comercializa un establecimiento y lo hace estando presente en el mismo) existe una compra presencial, y la financiación a ella unida no estaría dentro del concepto de contratos celebrados a distancia sujetos a la ley.

B) Sobre las partes de los contratos a distancia (artículo 5)

La definición del ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley se completa en el artículo 5, dedicado a la definición de las partes del contrato a distancia, que son el proveedor y el consumidor.

En cuanto al proveedor, considera como tal el anteproyecto "toda persona física o jurídica, privada o pública, que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia", y completa esta amplia definición señalando que, a los efectos de la ley, "se considera como proveedores a quienes intervengan por cuenta propia como intermediarios en cualquier fase de la comercialización". La definición de proveedor parece, en consecuencia, totalmente acorde con la directiva, pues por una parte reproduce el tenor de su artículo 2.c) y, por otra, incluye en el ámbito de aplicación del anteproyecto a los intermediarios, de acuerdo con lo establecido en el considerando 19 de la directiva: "El proveedor es la persona que presta servicios a distancia. La presente Directiva, no obstante, debe aplicarse asimismo cuando una de las etapas de la comercialización se desarrolle con la participación de un intermediario. 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".

En cuanto a los consumidores, la versión final del anteproyecto ha optado acertadamente, en línea con las observaciones realizadas por la Comisión General de Codificación, por reproducir la definición contenida en el artículo 2.d) de la Directiva 2002/65/CE, de acuerdo con la cual consumidor es "toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional". Esta definición excluye, por tanto, la posibilidad de incorporar al concepto de consumidor, a estos efectos, a las personas jurídicas, como hace nuestra Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, a la que se remitían las primeras versiones del anteproyecto. En este punto, no resulta ocioso recordar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 22 de noviembre de 2001 (asunto Cape/Ideservice) concluyó que la transposición de la Directiva 93/13/CEE, de cláusulas abusivas, llevada a cabo en España era inadecuada por incluir en el concepto de consumidor a las personas jurídicas, cuando la directiva "debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a las personas físicas", sin que quepa una interpretación extensiva del término consumidores.

C) Sobre los requisitos de información previa al contrato (artículo 7)

El artículo 7 del anteproyecto se refiere a la información que el proveedor del servicio financiero debe suministrar al consumidor "con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia", información que se refiere al propio proveedor, al servicio financiero, al contrato y a los medios de reclamación e indemnización de que dispone el consumidor (apartado 1). El apartado 2 del artículo establece la forma en que debe efectuarse el suministro de información, y el apartado 3 contiene unas normas específicas a observar en el caso de la contratación a través de telefonía vocal.

C.1) Información sobre el servicio financiero: artículo 7.1.2).a)

Entre la información a suministrar en relación con el servicio financiero, el apartado 1.2).a) de este artículo 7 incluye "una descripción de las principales características del servicio financiero", recogiendo lo establecido en el artículo 3.1.2).a) de la Directiva. El Consejo de Consumidores y Usuarios ha señalado en su informe que, para evitar los problemas que podrían generarse en el futuro, debería concretarse en el texto cuáles son esas características sobre las que tiene obligación de informar el proveedor.

A juicio del Consejo de Estado, esa mayor precisión de características sería deseable, pero podría hacerse en el futuro reglamento, incorporándose en este precepto de la ley una expresa remisión a dicha concreción en vía reglamentaria.

C.2) Forma de suministrar la información: artículo 7.2

El apartado 2 del artículo 7 dispone lo siguiente:

"Toda la información exigida en el apartado 1 deberá suministrarse indicando inequívocamente su finalidad comercial y se comunicará de manera clara y comprensible por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada, respetando debidamente, en particular, los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los principios que regulan la protección de las personas que carecen de capacidad de obrar".

Aun cuando es una precisión no contemplada en el artículo 3.2 de la directiva, que aquí se reproduce, sería conveniente añadir en este precepto que la información debe suministrarse gratuitamente, como han indicado el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Consejo de Consumidores y Usuarios.

C.3) Comunicación a través de telefonía vocal: artículo 7.3

El apartado 3 del artículo 7 del anteproyecto establece lo siguiente:

"En el caso de comunicación a través de telefonía vocal, se observarán las siguientes normas:

a) al comienzo de toda conversación con el consumidor se indicará claramente la identidad del proveedor y el fin comercial de la llamada iniciada por el proveedor; b) previa aceptación expresa del consumidor, al menos deberá suministrarse la información siguiente: (...)".

En relación con esta última letra b), debe subrayarse que el artículo 3.3 de la directiva, que aquí se reproduce casi literalmente,

no habla de la información mínima que debe suministrarse al consumidor, sino que afirma que, previa aceptación expresa de este, "sólo deberá suministrarse la información siguiente".

Las particularidades de la comercialización de servicios a través de telefonía vocal justifican la existencia de una regulación específica en la directiva, que exige menores requisitos de información que los establecidos para los demás supuestos. Por esta razón, y por el hecho de que, en ocasiones, una excesiva información puede resultar tan perjudicial como la ausencia de esta, entiende el Consejo de Estado que el artículo 7.3.b) debe redactarse siguiendo el tenor literal de la Directiva 2002/65/CE, de forma que únicamente se exija el suministro de la información detallada en el precepto. De otra forma, podría quedar abierta la posibilidad de ampliar reglamentariamente esa lista ya cerrada en la directiva.

D) Sobre los plazos para la comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa (artículo 9.1)

El artículo 9 del anteproyecto se refiere a la forma y plazos en que el proveedor debe comunicar al consumidor las condiciones contractuales y la información previa a que se refieren los artículos 7 y 8. En relación con los plazos de comunicación, el apartado 2 del precepto comentado establece que "deberá efectuarse con una antelación mínima de tres días, salvo que el consumidor expresamente acepte un plazo menor".

La redacción de este precepto ha sido objetada por algunos de los órganos y entidades participantes en el expediente (Banco de España, AVAD- FECEMD, ASNEF y CECA) que, en general, constatan las dificultades que el establecimiento de este plazo mínimo de 3 días puede entrañar, y proponen su supresión, habida cuenta que no figura en la directiva.

Efectivamente, el artículo 5.1 de la Directiva 2002/65/CE se limita a indicar que la citada información debe ponerse a disposición del consumidor "con la suficiente antelación antes de que el consumidor asuma obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta".

En consecuencia, para cumplir con las prescripciones comunitarias bastaría con prever que la puesta a disposición o suministro al consumidor de la referida información se haga "con la suficiente antelación" antes de que este asuma las correspondientes obligaciones. Esta solución (que es la que, también en orden a la transposición de esta Directiva 2002/65/CE, ha adoptado el artículo 60.4 del texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados) evitaría situaciones en las que el breve plazo aludido pudiese obstaculizar la utilización real de la contratación electrónica.

Por otra parte, como ha indicado el Banco de España, la posibilidad de que el consumidor pueda aceptar un plazo menor "no acaba de encajar con el carácter imperativo e irrenunciable de los derechos conferidos en virtud de esta ley", por lo que sería mejor no incluir esta previsión.

E) Sobre los supuestos en que no es aplicable el derecho de desistimiento (artículo 10.2)

El artículo 10 del anteproyecto regula el derecho a desistir del contrato a distancia, derecho que el consumidor puede ejercitar en un plazo de catorce días naturales, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna.

El apartado 2 de este artículo enumera una serie de contratos a los que no se aplica el derecho de desistimiento. Algunos de ellos (letras a), b) y c) del apartado 2) están expresamente excluidos por la directiva (artículo 6.2); el resto se excluyen en la ley nacional en ejercicio de la facultad conferida por el Derecho comunitario (artículo 6.3 de la directiva).

Entre estos últimos se encuentran "las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de notario, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor contemplados en el artículo 7 y dicha intervención sea preceptiva para la formalización del contrato" (artículo 10.2.f) del anteproyecto).

El artículo 6.3.c) de la Directiva 2002/65/CE permite a los Estados miembros, en efecto, disponer que el derecho de rescisión no se aplique a este tipo de declaraciones; ahora bien, dicho precepto no incluye la precisión de que la intervención del notario sea preceptiva para la formalización del contrato, por lo que debería eliminarse. Y es que, como ha indicado el Ministerio de Justicia en su informe, "si se mantuviera ese inciso final en el anteproyecto se desnaturalizaría el sentido de la propia Directiva y lo que quiso expresar, que no es otra cosa que en cualquier caso la intervención del notario en el contrato supone una garantía para el consumidor, sea o no preceptiva o necesaria esa intervención para la validez del contrato".

F) Sobre el pago del servicio prestado antes del desistimiento (artículo 11)

El artículo 11 del anteproyecto se refiere al pago del servicio prestado antes del desistimiento, y en su apartado 1 establece lo siguiente:

"El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento solamente estará obligado a pagar, a la mayor brevedad, el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato, hasta el momento del desistimiento. El importe que el consumidor deba pagar no rebasará el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio comparada con la cobertura total del contrato, ni será en ningún caso de tal magnitud que equivalga a una penalización. 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".

Los dos primeros párrafos de este apartado 1 reproducen de forma casi literal el artículo 7.1 de la Directiva 2002/65/CE, en el que no aparece, sin embargo, la precisión o excepción introducida en el párrafo tercero.

El Consejo de Consumidores y Usuarios ha señalado en su informe que esa precisión puede resultar contraria a la directiva en cuanto que podría determinar la inaplicabilidad de la regla de la proporcionalidad exigida por la directiva, "y reduce de manera evidente la protección de los consumidores, además de entrar en conflicto con el párrafo previo del mismo artículo, que indica que el importe a pagar no será en ningún caso de tal magnitud que equivalga a una penalización".

A juicio del Consejo de Estado, sería conveniente eliminar esta precisión, en aras de una mejor transposición de la directiva comunitaria, que consagra claramente el carácter imperativo de los derechos en ella contenidos (artículo 12).

Una observación muy semejante puede realizarse en relación con el segundo párrafo del artículo 11.4 del anteproyecto. El primer párrafo de este apartado 4 reproduce lo dispuesto en el artículo 7.4 de la directiva, disponiendo que "el consumidor devolverá al proveedor cualquier cantidad que haya recibido de éste, a la mayor brevedad, y, en todo caso, en el plazo máximo de treinta días naturales, a contar desde la notificación del desistimiento". A continuación, sin embargo, el precepto introduce la siguiente excepción, no contemplada en la directiva:

"No obstante, 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".

El precepto reproducido introduce, en definitiva, una limitación en el plazo que la directiva otorga al consumidor para hacer efectivo el reintegro. Debería, por ello, eliminarse del anteproyecto.

G) Sobre la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación (artículo 15.3)

El artículo 15 del anteproyecto regula la acción de cesación de conductas contrarias a la ley.

El apartado 3 de ese artículo establece que están legitimados para ejercitar dicha acción:

"a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores. b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores. c) El Ministerio Fiscal. d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de la Unión Europea". (...)"

El anteproyecto únicamente legitima, por tanto, para el ejercicio de la acción de cesación a órganos y entidades, con exclusión de las personas físicas que pudieran ostentar un interés legítimo.

Ciertamente, el artículo 13.2 de la directiva únicamente se refiere a la necesidad de legitimar a este tipo de órganos y entidades, pero la redacción del mismo no parece en ningún caso excluir la posibilidad de ampliar dicha legitimación a los interesados personas físicas:

"Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a uno o más de los organismos siguientes, tal como se establezca en la legislación nacional, acudir, según la legislación nacional, 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 presente Directiva:

a) organismos públicos o sus representantes; b) organizaciones de consumidores que posean un interés legítimo en la protección de los consumidores; c) organizaciones profesionales que posean un interés legítimo para actuar".

Habida cuenta que, con arreglo al artículo 15.1 del anteproyecto, "podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios", debería contemplarse también la legitimación de esos consumidores afectados a título individual, titulares de ese interés difuso igualmente protegido por la acción de cesación. Ello resultaría, como se ha indicado, perfectamente conforme con el tenor de la directiva, y más coherente con el artículo 6 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que atribuye capacidad para ser parte en procesos civiles tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

H) Sobre la reclamación extrajudicial (artículo 16)

El artículo 16 del anteproyecto garantiza que tanto proveedores como consumidores puedan voluntariamente someter sus conflictos a los sistemas arbitrales existentes en el ámbito nacional y comunitario, alentando también la cooperación en conflictos transfronterizos.

Como propone ASNEF, podría completarse este artículo con una referencia a la posibilidad del consumidor de acudir a la figura del defensor del cliente, recientemente regulada y especialmente extendida entre las entidades financieras.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno, es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones formuladas en el cuerpo del presente dictamen, puede someterse el anteproyecto de Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores a la aprobación del Consejo de Ministros, para su ulterior remisión como proyecto de Ley a las Cortes Generales."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 22 de junio de 2006

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. VICEPRESIDENTE SEGUNDO DEL GOBIERNO Y MINISTRO DE ECONOMÍA Y HACIENDA.