

Autoridad de Defensa del Cliente Financiero: la pieza que falta para completar el Sistema (*)

Fernando Zunzunegui

Universidad Carlos III de Madrid

fernando.zunzunegui@uc3m.es

Resumen

La falta de un sistema extrajudicial de resolución de controversias de las entidades financieras con sus clientes perjudica la confianza necesaria para crear un Mercado Único de Capitales en la Unión Europea. La red FIN-NET creada para resolver las controversias transfronterizas y crear unos estándares de calidad no ha tenido el resultado esperado. El presente trabajo analiza las razones de este fracaso y las mas recientes novedades normativas. El proyecto de ley español para la creación de una Autoridad de Defensa del Cliente Financiero (ADCF) encargada de gestionar el sistema de resolución de controversias financieras (ADR) es un proyecto vanguardista que podría servir de modelo a una futura armonización de los ADR financieros en la Unión Europea. Por esta razón se estudia la naturaleza de la Autoridad proyectada, su estatuto como gestor de un sistema sectorial de resolución de litigios y su encaje en la arquitectura financiera, con algunas propuestas a considerar de *lege ferenda*. El objeto de este trabajo es justificar la creación de un ADR financiero como pieza que completa el sistema. Es un trabajo doctrinal que parte del mapa de la red FIN-NET y del análisis del reciente proyecto de Ley tramitado por el Congreso español para aclarar conceptos, justificar la creación de un ADR financiero y proponer las vías para su mejor implementación.

* Destinado para su publicación en la Revista de Derecho del Sistema Financiero.

Abstract

The lack of an out-of-court dispute resolution system between financial institutions and their clients undermines the trust needed to create a Capital Markets Union. The FIN-NET network created to resolve cross-border disputes and raise quality standards has not had the expected result. This paper analyses the reasons for this failure and the most recent regulatory developments. The Spanish bill for creating an Authority for the Protection of Financial Customers in charge of operating the financial alternative dispute resolution (ADR) system is a cutting-edge project that could serve as a model for a future harmonisation of financial ADR in the European Union. For this reason, the nature of the planned Authority, its role as manager of a sectoral dispute resolution system, and its integration into the financial architecture are studied, with some proposals to be considered de lege ferenda. The purpose of this paper is to justify the creation of a financial ADR as a component that completes the system. It is a doctrinal paper based on the map of the FIN-NET network and the analysis of the recent draft bill passed by the Spanish Congress in order to clarify concepts, justify the creation of a financial ADR and propose ways for its better implementation.

Palabras clave: Autoridades Financieras, Sistema alternativo de resolución de litigios, ADR, Mediación, Arbitraje, Servicios de reclamaciones, Defensor del cliente, ADCF, Educación financiera, Inclusión financiera

Índice

I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. III. SISTEMA DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LITIGIOS (ADR FINANCIERO). 1. Naturaleza y funciones. 2. Sobre la distinción entre el sistema ADR y la autoridad que lo gestiona. 3. Resoluciones de Derecho en el mejor interés del cliente. 4. Ámbito de la reclamación. 5. Resoluciones vinculantes y recurribles. IV. AUTORIDAD DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO. 1. Naturaleza y funciones. 1.1. Sobre la independencia de la Autoridad. 1.2. Sobre la conveniencia de crear la Autoridad. 2. Organización. 2.1. Consejo Rector. 2.2. Comité Consultivo. 2.3. Secciones. 2.4. Vocales. 3. Recursos económicos. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda la necesidad de crear un sistema independiente de resolución de las controversias que surgen entre las entidades financieras los clientes y sus clientes como pieza que falta para completar el sistema financiero. La regulación financiera por su objeto tiene un complejo sistema de fuentes¹. Las autoridades financieras actúan como supervisores, pero también como reguladores. Tienen la pretensión de crear doctrina. Utilizan sus servicios de reclamaciones para orientar la conducta de las entidades financieras. Pero lo hacen en conflicto de intereses. Su mandato sobre estabilidad, solvencia o transparencia entra en conflicto con la protección del cliente. Por esta razón resulta conveniente y necesario crear una nueva autoridad administrativa independiente cuyo mandato principal sea la protección del cliente al margen de los supervisores financieros. Esta autoridad quedaría encargada de resolver las reclamaciones de los clientes, creando una doctrina destinada a reforzar la seguridad jurídica en el mercado financiero.

Los mecanismos alternativos de resolución de controversias conocidos por sus siglas en inglés “ADR” son habituales en el Derecho del consumo. En la Unión Europea, los Estados miembros deben desarrollar este tipo de mecanismos de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2013/11/UE². Sin embargo, su recepción en el sector financiero aconseja previsiones especiales atendiendo a la naturaleza de la actividad financiera, una actividad basada en la confianza y caracterizada por su complejidad técnica y globalidad. Las debilidades del marco armonizado de ADR³, con falta de sensibilización y

¹ GRANIER, C., *Les sources du droit financier: étude sur la singularité de la production de la norme financière*, 2023, passim.

² Cfr. Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. En el informe de seguimiento de la aplicación de esta Directiva la Comisión Europea reconoce que el nuevo marco de ADR “sigue infrautilizado” [COM (2019) 425 final, Bruselas, 25.9.2019]. Cada Estado miembro debe nombrar un punto de contacto de resolución de litigios en línea a tenor del art. 7.1 del Reglamento (UE) 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. La Comisión Europea tiene la intención de derogar este Reglamento dado el escaso número de casos que se resuelven a través de la plataforma gestionada por la Comisión (Minutes FIN-NET plenary meeting 24 november 2022).

³ Puestas de manifiesto en el informe de seguimiento de la Comisión Europea [COM (2019) 425 final, Bruselas, 25.9.2019].

conocimiento de los consumidores de este tipo de herramientas se agravan en el sector financiero.

En 2001, la Comisión Europea lanza la red FIN-NET de ADR financieros. Es en 2016 cuando esta red toma como marco de referencia la Directiva 2013/11/UE⁴. El objetivo de FIN-NET es garantizar la cooperación entre sus miembros para que las reclamaciones relativas a litigios transfronterizos se traten con eficacia. Al escribir estas líneas, la red tiene 57 miembros. Todos los Estados miembros de la Unión Europea cuentan con al menos un ADR registrado en la red. Si bien, 5 Estados han registrado ADR generales, no específicos del sector financiero. Su eficacia es limitada. Según el último informe anual publicado, correspondiente al 2019, se tramitaron 3759 casos transfronterizos, de los 441.600 casos que los miembros abordaron en total en dicho ejercicio.

En este trabajo vamos a utilizar como fuente de información las fichas de cada miembro de FIN-NET, con referencias a su naturaleza y al correspondiente procedimiento de reclamación⁵. Estas fichas reflejan la diversidad de soluciones que van desde la mediación al arbitraje, con organismos *sui generis* basados en el poder disuasorio de la autoridad que se encarga de gestionar el ADR. En la Unión Europea no hay un modelo de ADR financiero que sea independiente de las autoridades financieras y que sea capaz de imponer sus decisiones a las entidades financieras.

Con vistas a armonizar los ADR financieros en la Unión Europea, hay una novedad normativa digna de atención. Más allá de la mediación o el arbitraje, en España, por mandato legal, el gobierno ha tramitado un proyecto de ley que crea un ADR financiero a cargo de una administración independiente⁶, La tramitación de este proyecto ha abierto

⁴ Cfr. Memorandum of Understanding on a Cross-Border Out-of-Court Complaints Network for Financial Services, de 12 de mayo de 2016.

⁵ Disponibles en https://finance.ec.europa.eu/consumer-finance-and-payments/retail-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/members-fin-net-country_en.

⁶ Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes, aprobado por el Congreso, el 18 de mayo de 2023, publicado en el BOCD de 25 de mayo de 2023, aunque se trate de un proyecto decaído ante la disolución de las Cortes Generales por convocatoria de elecciones generales (Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones). Actualmente, no se sabe si el gobierno resultante de las elecciones retomará esta iniciativa para cumplir con el mandato legal de 2017. No obstante, esta pausa electoral brinda

un rico debate sobre la oportunidad de crear una autoridad *ad hoc* dedicada a la protección del cliente financiero, de interés para la futura regulación financiera en la Unión Europea. Abordaremos esta evaluación desde la perspectiva del Derecho comparado y nos centraremos en los temas que han sido objeto de debate parlamentario, con el objetivo de formular algunas recomendaciones de *lege ferenda*.

El objeto de este trabajo es justificar la creación de un ADR financiero *ad hoc* como pieza que completa el sistema. Es un trabajo doctrinal que parte del mapa de la red FIN-NET y del análisis del reciente proyecto de Ley tramitado por el Congreso español para aclarar conceptos, justificar su creación y proponer las vías para su mejor implementación.

II. ANTECEDENTES

En la Unión Europea el cliente de las entidades financieras carece de una adecuada protección⁷. Es habitual que la banca aproveche su poder de mercado y la asimetría informativa para colocar productos que no satisfacen las necesidades de los ahorradores⁸. Como consecuencia de estas malas prácticas se agrava la desconfianza y se compromete la creación de un Mercado Único de Capitales. Siempre es difícil enfrentarse a contratos novedosos no contemplados por los códigos, pero más cuando surgen en el seno de otros ordenamientos como los anglosajones y con elevada complejidad técnico-financiera. En muchos casos son diseñados por las tesorerías de los grandes bancos, en equipos multidisciplinares integrados por juristas, economistas, matemáticos, psicólogos y otros profesionales.

una excelente oportunidad para valorar el Proyecto de Ley aprobado en el pleno de Congreso. Proyecto comentado por Benito ARRUÑADA, “La protección administrativa de las relaciones financieras”, *Apuntes Fedea 2023/1*, mayo 2023 (Versión revisada de 5 de junio de 2023: “La protección administrativa de las relaciones financieras”, *Apuntes FEDEA 2023/1*, mayo 2023 <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2023/ap2023-11.pdf>).

⁷ Como quedó acreditado por los cinco estudios publicados en junio de 2018 por el Parlamento Europeo sobre “mis-selling of financial products”: Pierre-Henri CONAC, Subordinated Debt and Self-placement; Fernando ZUNZUNEGUI, Mortgage Credit; Kern ALEXANDER, Marketing, Sale and Distribution; O. O. CHEREDNYCHENKO, J.-M. MEINDERSTMA, Consumer Credit; V. COLAERT, Drs. T. INCALZA Compensation of Investors in Belgium.

⁸ Cfr. Propuesta de Directiva por la que se modifican las Directivas 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2014/65/UE y (UE) 2016/97 por lo que respecta a las normas de protección de los inversores minoristas en la Unión, de 24 de mayo de 2023.

En España, la relación de los bancos con sus clientes está judicializada. Decenas de miles de demandas colapsan el sistema judicial y dañan la reputación de la banca. Las medidas específicas no han resuelto el problema⁹. Las cláusulas suelo, los gastos hipotecarios, las tarjetas revolving y un sinnúmero de casos multiplican los contenciosos¹⁰. A su vez, los servicios de reclamaciones de los supervisores no cumplen su función preventiva de la judicialización¹¹. Falta una pieza en el sistema financiero que resuelva las controversias, aporte seguridad jurídica y permita a la banca recuperar su reputación.

En una medida vanguardista, el capítulo quinto de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, creó los “Comisionados para la protección de los derechos del usuario de servicios financieros”, que pese a haber contado con su correspondiente desarrollo reglamentario¹²,

⁹ Como los arbitrajes ficticios ensayados para las participaciones preferentes o las cláusulas suelo. Véase para las participaciones preferentes el Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, que además de regular este arbitraje ficticio controlado por auditoras de las entidades de crédito, creaba una Comisión de seguimiento que debía haber analizado “los factores que han motivado la presentación de reclamaciones judiciales y extrajudiciales por los titulares de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada frente a las entidades”, régimen comentado por el autor en “Comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista”, Revista de derecho bancario y bursátil, núm. 130, 2013, pp. 264-265. El primer informe de la Comisión de seguimiento dio lugar a un voto particular de la presidenta de Consejo de Consumidores y Usuarios por negar el problema al considerar que se trata de una materialización de los riesgos del instrumento por la crisis “cuando la raíz del problema no deriva del instrumento, sino de su incorrecta comercialización entre clientela minorista” [“https://consumo.ccu.consumo.gob.es/pdf/VotoPresidentaPreferentesCNMV.pdf”](https://consumo.ccu.consumo.gob.es/pdf/VotoPresidentaPreferentesCNMV.pdf) En relación con las cláusulas suelo, véase el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, destinadas a facilitar “la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor”. Respecto a estas medidas se han publicado siete informes de seguimiento, el último de diciembre de 2020, en el que según voto particular de Vicente PASCUAL evidencia una “estabilización del número de asuntos pendientes de resolver en el entorno de los 250.000 asuntos, y con ello el fracaso de la especialización de los juzgados provinciales de condiciones generales de contratación, como pretendida solución al problema planteado” https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/economia/ficheros/pdf/Septimo_informe_Comision_Clausulas_Suelo.pdf.

¹⁰ El CENDOJ, sin incluir la primera instancia, a 10 de junio de 2023, recoge 45.485 sentencias de cláusulas suelo, con 1.825 del Tribunal Supremo; 17.976 sobre intereses hipotecarios, 205 del Tribunal Supremo; 7.090 de tarjetas bancarias, 17 de Tribunal Supremo; y 17.886 sobre protección de inversor, 482 del Tribunal Supremo. Creciente litigiosidad que también alcanza al seguro, con 34.753 sentencias sobre este contrato, 821 del Tribunal Supremo.

¹¹ Ineficacia destacada en las Alegaciones del Consejo de Consumidores y Usuarios al Anteproyecto de Ley, p. 3.

¹² Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, que “se conciben con caracteres de independencia y autonomía y a los que se dota de los medios profesionales y operativos necesarios para asegurar la eficacia en su actuación”.

por rebeldía de los supervisores nunca llegaron a designarse¹³. Un precedente desaprovechado, pues de haber sido nombrados se podrían haber prevenido las malas prácticas bancarias germen de la actual judicialización.

Tras la crisis de 2008, la creación de una autoridad de protección del cliente financiero fue la principal respuesta en el sistema estadounidense para recuperar la confianza en la banca. Se crea entonces el Consumer Financial Protection Bureau con el fin de proteger a los consumidores financieros de prácticas desleales, engañosas o abusivas y proporcionarles información y educación para que puedan tomar buenas decisiones financieras¹⁴. Pero este diseño no es exportable a otros países. Responde a la singular arquitectura financiera y cultura de los Estados Unidos.

En la Unión Europea, la creación de una autoridad de protección del cliente financiero se ha enmarcado entre los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, conocidos como “ADR” de sus siglas en inglés. La Directiva 2013/11/UE obliga a los Estados miembros a garantizar a los consumidores la posibilidad de resolver sus litigios con empresarios mediante la intervención de “entidades de resolución alternativa” que ofrezcan procedimientos que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. La Ley 7/2017, de transposición al Derecho interno español de la Directiva 2013/11/UE, recoge en su primera disposición adicional que para la resolución “de litigios de consumo en el sector financiero, será creada por ley, y comunicada a la Comisión Europea, tras su acreditación por la autoridad competente, una única entidad”.

¹³ Manuel CONTHE, presidente de la CNMV, en comparecencia en el Congreso de 1 de diciembre de 2004 manifestaba “le he recomendado al actual vicepresidente del Gobierno y ministro de Economía, que yo no veía ninguna necesidad de dotar esa plaza de comisionado para la defensa del inversor”, pues vendría a ser “una suplantación de funciones que por ley tengo encomendadas”. Sin embargo, añadía: “en el caso del Banco de España y seguros la situación es muy distinta. Su preocupación primordial es ver la salud financiera de las entidades de crédito y de seguros, y por eso, a lo mejor, ahí sí que puede tener sentido un comisionado que tome la otra perspectiva, la del inversor, la del cliente de a pie, porque eso no está suficientemente incardinado dentro de la función”. Es decir, CONTHE se mostraba partidario de nombrar comisionados para la defensa del depositante y del asegurado, pero no lo consideraba necesario para la defensa del inversor. Este planteamiento del supervisor, contrario a ceder competencias sobre la defensa del cliente financiero, se han reproducido en el debate que ha acompañado la creación de la Autoridad de defensa del cliente financiero.

¹⁴ Creado por Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act de 7 de julio de 2010. Véase Adam J. LEVITIN, “The Consumer Financial Protection Bureau: An Introduction”, *Review of Banking and Financial Law*, 32, núm. 2 (Spring 2013), pp. 321-370.

Con este fin, dio al Gobierno un plazo de ocho meses para remitir a las Cortes Generales “un proyecto de ley que regule el sistema institucional de protección del cliente financiero, así como su organización y funciones”. Con más de cuatro años de retraso¹⁵, el 16 de diciembre de 2022, el Gobierno remitió a las Cortes el Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes. Este retraso demuestra que la protección del cliente financiero no es una prioridad política. Tras su aprobación por el Congreso, pendiente de su tramitación en el Senado, decae el Proyecto al disolverse las Cortes por convocatoria de elecciones. Una vez más, se frustra la creación de un organismo público encargado de velar por la protección del cliente financiero. En consecuencia, en España sigue sin garantizarse la posibilidad de resolver sus litigios financieros mediante la intervención de un ADR¹⁶. De hecho, en el listado de este tipo de entidades que lleva la Comisión Europea no existe ninguna entidad dedicada a resolver en España litigios con las entidades financieras¹⁷, que por mandato legal debe ser una única entidad. Aunque formen parte de la red FIN-NET, los sistemas de reclamaciones de los supervisores españoles no cumplen las exigencias de independencia y neutralidad requeridas por la Directiva 2013/11/UE¹⁸. El resto de entidades acreditadas que figuran en el listado y que dan cobertura a reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos “podrán conocer igualmente de este tipo de

¹⁵ Tras la correspondiente audiencia pública del anteproyecto de 5 de abril de 2022. Previamente había circulado un borrador de 7 de marzo de 2019.

¹⁶ Nos encontramos ante una falta de trasposición de la Directiva 2013/11/UE, fijado para el 9 de julio de 2015, en relación con el consumidor financiero.

¹⁷ Accesible en <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show>.

¹⁸ Según el tercer apartado de la Disposición adicional primera de La Ley 7/2017, de 2 de noviembre que traspuso la Directiva, hasta que entre en vigor la Ley que regule el sistema de resolución alternativa de conflictos en el ámbito de la actividad financiera, “los servicios de reclamaciones regulados en el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, acomodarán su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la presente ley y, en especial, se garantizará su independencia organizativa y funcional en el seno del organismo donde están incardinados con el fin de poder ser acreditados como entidad de resolución alternativa de litigios financieros. “ Pero nunca han quedado acreditados como entidad de resolución alternativa de litigios como se deduce de que no estén inscritas como tales en el listado que mantiene la Comisión Europea. Las entidades a las que se refiere el art. 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, según confirma el art. 31 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, son los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, cuyas resoluciones son de cumplimiento voluntario. En junio de 2013 la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó la creación Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones.

litigios, siempre que ambas partes se hayan sometido voluntariamente al procedimiento”¹⁹. Pero la banca sistemáticamente se niega a aceptar esta vía extrajudicial.

III. SISTEMA DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LITIGIOS (ADR FINANCIERO)

1. NATURALEZA Y FUNCIONES

Tener a disposición de los consumidores financieros sistemas de reclamación y resarcimiento es un principio de la OCDE, al que se ha adherido la Unión Europea²⁰. Debe existir la posibilidad de recurrir a un proceso de reparación independiente de aquellas reclamaciones que no se resuelvan a través de los servicios internos de los intermediarios financieros.

La Unión Europea carece un ADR financiero armonizado. Como se observa al analizar las fichas de los miembros de la red FIN-NET, no hay un modelo compartido. La mayoría de los ADR, 32 de los 57 registrados, han sido creados por ley. Algo más de la mitad son públicos, 27 de los 57. Y algo menos de la mitad, 21 de los 57, son de adhesión voluntaria. En 12 Estados miembros hay más de un ADR adherido a FIN-NET. La mayoría están gestionados o dependen de las autoridades financieras. Hay miembros de FIN-NET que son ADR generales, no especializados, esta opción debería descartarse, por carecer de los conocimientos y competencias sobre contratos financieros necesarios para poder fundar sus resoluciones. En suma, en la Unión Europea no hay un modelo de ADR financiero, de carácter público, independiente de las autoridades financieras y específico para el sector financiero.

En este ámbito resulta de especial interés detenernos a comentar la iniciativa española, de crear un ADR financiero a cargo de una autoridad administrativa independiente. Se

¹⁹ Inciso final del apartado primero de la Disposición adicional primera de La Ley 7/2017.

²⁰ Principle 12 Complaints Handling and Redress, High-Level Principles on Financial Consumer Protection de la OCDE de 12 de diciembre de 2022, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0394>, de actualización de los principios de 17 de julio de 2012, que ya recogía este principio.

trata de un Proyecto de Ley que actualiza y da nueva configuración al sistema de protección de clientes de servicios financieros, previsto en el capítulo V de la Ley 44/2002. Crea un “sistema institucional de resolución extrajudicial de conflictos” compuesto por un sistema privado y otro público. Mantiene como “sistema privado” los servicios de atención al cliente y los defensores de la clientela de las entidades financieras, regulados en el art. 29 de la Ley 44/2002²¹. El “Sistema público” queda a cargo de la Autoridad de Defensa del cliente financiero. Es un Sistema complementario a la vía jurisdiccional y previene la judicialización de los litigios. Es la pieza que falta en el sistema financiero que debería explorarse con ocasión de la futura armonización de los ADR financieros en la Unión Europea. Los litigios judiciales en masa perjudican la reputación de la banca y quiebran la confianza del cliente en la intermediación financiera.

La Autoridad proyectada admite y tramita reclamaciones de clientes contra entidades financieras para restituir o reparar sus intereses o derechos. Más que litigios, son “controversias” sobre la aplicación de las normas de conducta²², en las que cliente y banco tienen posiciones enfrentadas que no han conciliado de forma interna²³. Son cuestiones controvertidas que el cliente puede plantear ante la Autoridad para su resolución a través del Sistema público de resolución de controversias. Este cumple la función de prevenir el juicio. El Proyecto no define el término “litigio” de forma específica, sino que lo utiliza de forma genérica, más amplia que pleito o proceso judicial. En sentido estricto, ante la Autoridad no se litiga, pues no hay disputa en juicio. De hecho, si el litigio ha sido planteado ante un órgano jurisdiccional, queda excluido de su ámbito.

²¹ Desarrollado por Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras. La mayoría de los ADR adheridos a FIN-NET contempla como formalidad previa la previa presentación de la reclamación ante la entidad financiera para darle la oportunidad de atender al cliente. Es un sistema de intervención mínima en que solo se admiten las reclamaciones que no han recibido una respuesta satisfactoria en el primer escalón.

²² Este es el término utilizado en la traducción italiana de la Directiva 2013/11/UE, “sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori “. Término utilizado por el Consejo de Estado en su informe sobre el Anteproyecto, p. 34.

²³ Que deberá acreditarse en la forma prevista en el art. 32 del Proyecto de Ley, como condición necesaria para acceder al Sistema público.

El Sistema público proyectado no puede encuadrarse en una categoría ya existente. Es único en su género²⁴. No es un arbitraje, con decisiones basadas en la autonomía de la voluntad de las partes. Pero tampoco es una mediación en que las partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. Es una forma sui generis de resolución de litigios.

El Sistema se diseña como mecanismo de “acceso a la justicia”, entendiendo esta expresión en un sentido amplio como “acceso a los procedimientos jurisdiccionales y extrajudiciales”²⁵. Nace de la Ley con organización y garantías que no son comparables a las jurisdiccionales²⁶. Pero la Autoridad no es juez, ni está dotada de funciones jurisdiccionales²⁷, lo cual sería invadir el poder judicial²⁸. Es un mero intérprete técnico deflactor de los contenciosos bancarios y financieros, con efecto conformativo de la conducta bancaria orientándola hacia las mejores prácticas²⁹. Es además un mecanismo impulsor el cumplimiento normativo.

²⁴ Véase respecto a la singularidad del Arbitro Bancario Finanziario G. LIACE, *Diritto dei mercati finanziari*, 2023, p. 172.

²⁵ Según recoge la Comunicación de la Comisión Europea: “Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior” (COM (96)0013 - C4-0195/96).

²⁶ No obstante, el procedimiento se debe ajustar a los principios de igualdad, equidad, imparcialidad, independencia, transparencia, contradicción, legalidad, libertad de prueba, eficacia y celeridad (art. 35.1 Proyecto de Ley). Se aplica supletoriamente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

²⁷ Aunque el Arbitro Bancario Finanziario tenga fisonomía diferente, resulta de interés la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 4 de julio de 2011, que descarta la naturaleza jurisdiccional de este organismo, entre otras razones porque la suerte de sus resoluciones, que califica de “stragiudiziale”, depende de la facultad de recurrir a la autoridad judicial. Véase MAUREGUI, M.R., “ADF e legittimazione a sollevare quesiti costituzionali”, en Giuseppe CONTE (Dir), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, pp. 28-32.

²⁸ Según el Informe al Anteproyecto del Consejo General del Poder Judicial de 17 de noviembre de 2022: “la Administración no puede crear instancias administrativas para resolver coactivamente controversias entre particulares regidas por el derecho privado, ya que ello comporta la invasión del espacio que la Constitución reserva en exclusiva al Poder Judicial” (p. 48).

²⁹ Cfr. Laura ALBANESE y Michael LECCI, Report: ABF e ACF: deflattori o interpreti tecnici? *Giurisprudenze a confronto*, 2019, p. 3, citando Fernando GRECO: “punto di riferimento, non in funzione sostitutiva della giurisprudenza, ma con un ruolo di specificazione della complessa attività di interpretazione e forse anche come deflattori del contenzioso, in considerazione della capacità conformativa delle loro decisioni, rispetto al comportamento degli intermediari.” *Ibidem*, p. 9. Efecto conformativo tendente a neutralizar de forma preventiva el riesgo de incumplimiento de las normas de conducta. Véase MAIMERI, F. “La definizione delle controversie concernenti i contratti dei risparmiatori davanti all'ABF” en F. CAPRIGLIONE (dir.), *I contratti dei risparmiatori*. 2013, p. 574; CANDIAN, A., “Tutela del consumatore nei rapporti bancari”, en LLAMAS POMBO, E., MEZZASOMA, L., RANA, U., y RIZZO, F. (dirs.) *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria*, 2020, pp. 35-50.

La jurisdicción está saturada con miles de demandas porque el actual sistema de reclamaciones no cumple su función preventiva de garantizar el acceso a una resolución conforme a Derecho. Con la nueva Autoridad no se trata de crear una jurisdicción de nivel inferior, sino de ofrecer un complemento a la función jurisprudencial³⁰. Sus decisiones deben servir de guía técnica de los contratos bancarios y financieros para las entidades y para el mercado en su conjunto. En cuestiones técnicas de gran complejidad como las que se discuten en la mayor parte de los litigios financieros, es muy probable que los tribunales sigan los criterios de la Autoridad administrativa independiente especialista en la materia. De tal modo que ante la alta probabilidad de que los jueces ratifiquen las resoluciones de la Autoridad los bancos no tendrán incentivos en prolongar el litigio ante los tribunales.

El Sistema proyectado está diseñado para que resuelva los litigios creando una doctrina que oriente las resoluciones judiciales y la conducta de las entidades. Su objetivo es crear doctrina con el fin de dotar al mercado financiero de seguridad jurídica. Se trata de proteger al cliente frente a las malas prácticas bancarias, fortaleciendo la confianza en el sistema financiero. De este modo contribuiría a superar la crisis reputacional que afecta a la banca.

El Sistema proyectado aplica las normas de conducta a la resolución de litigios. De este modo, crea y desarrolla el Derecho regulatorio privado³¹. Las normas de conducta que proceden de directivas comunitarias forman parte del Derecho público y su incumplimiento constituyen infracciones administrativas. Son normas minuscuamperfectas que carecen de sanción civil. En servicios de inversión, el Tribunal Supremo ha comenzado a construir una rica doctrina jurisprudencial sobre los efectos

³⁰ Cfr. Laura ALBANESE y Michael LECCI, Report: ABF e ACF: deflattori o interpreti tecnici? Giurisprudenze a confronto, 2019, p. 2, citando a Riccardo FUZIO. Sobre la relación entre ADR y jurisdicción, véase Andrea TUCCI, “L'Arbitro Bancario Finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione”, Banca Borsa Titoli di Credito, vol. 72, núm. 5, 2019, pp. 623-649.

³¹ Véase MICKLITZ, H.-W., “The public and the private—European regulatory private law and financial services”, European Review of Contract Law, 2014, vol. 10, núm. 4, pp. 473-475; DELLA NEGRA, F., MiFID II and Private Law: enforcing EU conduct of business rules, Bloomsbury Publishing, 2019.

civiles del incumplimiento de las normas de conducta, empezando por el incumplimiento de las obligaciones de información³². Esta jurisprudencia descarta la nulidad radical por contrariar el orden público económico y admite que pueda dar lugar a la nulidad por error vicio en el consentimiento o a responsabilidad contractual por daños. El Sistema público de resolución de litigios está llamado a desarrollar esta doctrina³³, una función cuasi-regulatoria³⁴, laboratorio sobre el grado de cumplimiento de la regulación financiera. Cumpliría cierta función nomofiláctica, de depuración de las normas de conducta, que se ejercitaría a través de sus propuestas de modificación de este tipo de normas³⁵.

El Sistema debe funcionar con independencia e imparcialidad. Su función principal es resolver los litigios en el marco del sistema extrajudicial aplicando las normas de conducta. En ejercicio de esta función tiene conocimiento de los casos de incumplimiento que dan lugar a los litigios. Esta información es muy relevante para los supervisores. Por esta razón, la Autoridad quedaría obligada a comunicarles aquellos hechos que pudieran constituir infracciones de normas de conducta³⁶. La pérdida de esta fuente de información fue esgrimida como argumento en contra de su creación. En principio, conocer a través de esta vía las posibles infracciones a las normas de conducta facilita a los supervisores incoar expedientes sancionadores. Pero lo cierto es que el modelo de gestión de las reclamaciones a través de los supervisores no ha logrado disciplinar la conducta de las entidades³⁷.

³² Con sus altibajos. Véase AGÜERO ORTIZ, A.: La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión, 2020; y, del autor, “Remedios contractuales a la mala conducta bancaria”, Revista de Derecho del Sistema Financiero, marzo 2021, pp. 63-114.

³³ Cfr. Pietro SIRENA: “‘Translating’ market regulation into individual rights and duties “ (“ADR systems in the banking and financial markets “, en *Le tritement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*. 2017, p. 147).

³⁴ *Ibidem*, p. 140.

³⁵ Si bien esta potestad no se recoge de forma expresa en el Proyecto de Ley que se limita a facultar a la Autoridad para instar a los supervisores propuestas de mejores prácticas financieras (cfr. art. 50.2 in fine).

³⁶ Art. 51 Proyecto de Ley. Este deber está recogido en los High-Level Principles on Financial Consumer Protection de la OCDE en los siguientes términos: “La información relativa a las reclamaciones de los consumidores debe estar a disposición de los organismos de supervisión para apoyar sus funciones de supervisión o de aplicación de la ley “ (Principio 12, § 35).

³⁷ La mala conducta bancaria acreditada por miles de reclamaciones administrativas y condenas judiciales a los bancos no se ha visto acompañada de las correspondientes sanciones administrativas. El Banco de España, según sus Memorias de supervisión, incoó en materia de normas de conducta 6 expedientes en 2018, 6 en 2019, 1 en 2020, 5 en 2021 y un expediente en 2022. A su vez, la CNMV según

También le competiría al Sistema proyectado la declaración del carácter abusivo de cláusulas contractuales o más bien constatarlo ante la reclamación de un cliente cuando dicha cláusula u otra idéntica haya sido declarada nula por el Tribunal Supremo, conste inscrita como abusiva en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación o el carácter abusivo resulte de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La ampliación del ámbito objetivo del Sistema a las cláusulas abusivas sometidas a la disciplina consumerista se justifica por la masa de este tipo contenciosos. La mayor parte de los litigios contra la banca son por abusividad. En esta materia, la protección solo alcanza a los clientes que tengan la condición de consumidor. Para cumplir esta función de depuración de la abusividad, la Autoridad proyectada además de ser experta en regulación financiera debería contar con conocimientos y competencias en Derecho de los consumidores.

Quedan excluidas del ámbito objetivo del Sistema proyectado las reclamaciones por litigios distintos a los que surgen de la aplicación de las normas de conducta o de la abusividad. El Proyecto de Ley recoge una larga lista de exclusiones que la práctica irá delimitando³⁸. Algunas son claras como las relativas a litigios en materia de competencia, de protección de datos o seguros de grandes riesgos. Otras son más problemáticas como la exclusión de las reclamaciones “de daños y perjuicios causados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del clausulado del contrato financiero, sin perjuicio del régimen de compensaciones previsto en la Ley”.

2. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL SISTEMA ADR Y LA AUTORIDAD QUE LO GESTIONA

sus informes anuales incoó en materia de normas de conducta 4 expedientes en 2018, 5 en 2019, 2 en 2020 y 6 en 2021. La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones no desglosa los expedientes incoados por incumplir normas de conducta.

³⁸ Art. 3.

El ADR financiero es un sistema que debería quedar a cargo de una autoridad administrativa distinta a los supervisores financieros. Una vez diseñado y regulado el sistema habría que crear la autoridad va a encargarse del mismo.

En la Unión Europea, lo habitual es encuadrar los sistemas de reclamaciones en la actividad del supervisor financiero. Así ocurre en Francia, donde la AMF gestiona un sistema de mediación entre las entidades financieras y sus clientes³⁹, o en Portugal, donde por mandato legal es la CMVM la encargada de gestionar el sistema público de reclamaciones. Por el contrario, en Italia el Arbitro Bancario e Finanziario está dotado de cierta autonomía aunque se haya criticado que su secretaría quede a cargo del Banco de Italia⁴⁰.

En España, los vigentes sistemas públicos de reclamaciones son gestionados por los supervisores financieros. Carecen de autonomía. A su vez, el Proyecto de Ley no tiene una buena sistemática⁴¹. Tras una amplia exposición de motivos que el Consejo de Estado ha pedido simplificar⁴², el Proyecto tiene por objeto la creación de una Autoridad administrativa encargada de gestionar un sistema público de resolución extrajudicial de litigios. Diseña y regula un “sistema público de resolución de litigios” al que nos vamos a referir como “el Sistema”, de un lado; y crea una Autoridad encargada de la gestión del Sistema, de otro. Pero comienza por crear la Autoridad para luego regular el Sistema, cuando hubiera resultado preferible diseñar primero el Sistema y luego crear la Autoridad

³⁹ El Mediador de la AMF fue aprobado por la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECMC) el 13 de enero de 2016 como mediador público. Cuenta con un equipo de 6 juristas con dedicación exclusiva. Interviene en todos los litigios financieros que son competencia de la AMF. El importe de las indemnizaciones obtenidas por los clientes es testimonial. En 2022 ascendió a 864.519 euros. Véase Rapport 2022 du médiateur de l'AMF <https://rapportsannuels.amf-france.org/rapport-annuel-2022>.

⁴⁰ Cfr. LIACE, G., “Il supporto della segreteria tecnica”, en Giuseppe CONTE (dir), Arbitro bancario e finanziario, 2021, p. 160.

⁴¹ Para una aproximación crítica, véase RABANETE MARTÍNEZ, I., “Comentario al Anteproyecto de Ley de creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero: Posibles problemas jurídicos y de aplicación de la norma”, Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos, núm. 5, 2023, pp. 201-222, quien considera que la norma proyectada “no parece que solucione la problemática actual”, alineándose con el criterio del Comité Consultivo de la CNMV que no considera necesaria una modificación legal de tanto calado (p. 220).

⁴² Véase Dictamen Consejo de Estado núm. 1637/2022, de 17 de noviembre de 2022, relativo al Anteproyecto de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero, pp. 34 y 35, que la juzga excesivamente extensa y farragosa.

encargada de gestionarlo. Este es el orden seguido al regular otros sistemas del mercado financiero, como el de pagos o el de anotaciones en cuenta⁴³.

La opción del Proyecto lleva a mezclar en el estatuto de la Autoridad aspectos que pertenecen a la organización del Sistema. Con vistas a una nueva tramitación del Proyecto se podría mejorar la sistemática, distinguiendo con mayor claridad el estatuto de la nueva Autoridad administrativa del Sistema de resolución de litigios que está llamada a gestionar. Incluso se podría cambiar el orden bajo una nueva sistemática bajo el título que propone el dictamen del Consejo de Estado: “Ley por la que se establece el Sistema de resolución de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes y se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero”⁴⁴.

3. RESOLUCIONES DE DERECHO EN EL MEJOR INTERÉS DEL CLIENTE

Los ADR adheridos a la red FIN-NET deben fundar sus decisiones en equidad o en Derecho. Pudiera parecer contradictorio pero no lo es. En el mercado financiero, la equidad se incorpora al contrato a través del deber de actuar en el mejor interés del cliente.

La Autoridad proyectada en España debe decidir en Derecho sobre los litigios, con resoluciones motivadas⁴⁵. Entendiendo “Derecho” en un sentido amplio que comprende el *Hard Law* como el *Soft Law*⁴⁶. La Autoridad debe aplicar las normas de conducta y las

⁴³ Véase la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, que primero regula estos sistemas y después la Sociedad Española de Sistemas de Pago; o el Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles, que primero regula el sistema de registro, compensación y liquidación de valores y luego la organización y funcionamiento de Iberclear como sociedad encargada de gestionarlo, conforme a la sistemática de la vigente Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (LMVSV).

⁴⁴ Dictamen Consejo de Estado, p. 34.

⁴⁵ Luego la equidad no es el principal criterio para resolver. Véase Véase G. LIACE, “Cap. XI L’Arbitro Bancario Finanziario”, en F. ARATARI-G. ROMANO (dirs.), *Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali*, 2023, p. 1408, quien lo justifica por el fuerte contenido técnico de las cuestiones objeto de resolución.

⁴⁶ Este enfoque responde al sistema de regular el mercado financiero en la Unión Europea. Véase, por todos, Marnix WALLINGA, “EU Investor Protection Regulation and Liability for Investment Losses”, *Studies in European Economic Law and Regulation*, Volume 20, 2020, para quien “soft law’s influence on the financial markets can be considered to be considerably stronger than its formally non-binding nature suggests” (p. 66).

buenas prácticas y usos⁴⁷ financieros que deben compendiar los supervisores, anexando los protocolos de autorregulación⁴⁸. No puede decidir *contra legem*. Pero hay que tener en cuenta que las resoluciones de la Autoridad no son jurisprudencia. Son resoluciones de un organismo administrativo que aplica el Derecho conociendo la técnica financiera. En esas decisiones motivadas puede apartarse de la jurisprudencia, sobre todo en cuestiones novedosas y con el fin de contribuir al desarrollo jurisprudencial. Por supuesto, son los tribunales quienes tienen la última palabra, creando y actualizando la jurisprudencia al resolver sobre los recursos que se presenten contra resoluciones de la Autoridad.

4. ÁMBITO DE LA RECLAMACIÓN

En los ADR adheridos a FIN-NET hay disparidad de procedimientos de reclamación. La mayoría se rigen por las normas de los supervisores a los que quedan adscritos. Cada sistema determina quien puede reclamar y si existen límites a las indemnizaciones que se pueden reclamar.

Está proyectado que la nueva Autoridad resuelva conflictos de clientes contra entidades financieras, habitualmente bancos. Estamos ante reclamaciones de clientes contra profesionales del mercado financiero⁴⁹. Conviene recordar que las entidades financieras están sometidas a relaciones de especial sujeción. Viven del ahorro del público. Sus servicios son de interés general. Solo hay 48 bancos establecidos en España con poder de mercado de la gran banca⁵⁰. En caso de crisis son objeto de resolución, con

⁴⁷ El art. 12 del Reglamento del Consejo Superior Bancario, de 16 de octubre de 1950, impuso al citado Consejo la obligación de recoger los usos mercantiles bancarios, sin que esta misión fuera cumplida. Función que corresponde realizar a la Asociación Española de Banca, al haber asumido las competencias del Consejo por Orden Ministerial de 13 de mayo de 1994, función también incumplida.

⁴⁸ Art. 53. Esta función de transparencia de la normativa aplicable de la normativa aplicable es función de los reguladores que debería separarse de la publicación por la Autoridad de sus resoluciones y doctrina. Estas dos funciones las mezcla el Dictamen del Consejo Económico y Social, de 26 de octubre de 2022, al Anteproyecto de Ley, como si fueran propias de la Autoridad (p. 9).

⁴⁹ La Ley clasifica al banco de contraparte elegible, más allá del profesional a quien se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos (Art. 196.1 LMVSI). Desde luego no es un cliente minorista ni un consumidor. Asimetría de conocimientos y medios de análisis que diferencia al banco del cliente.

⁵⁰ La presidenta de la CNMC ha calificado de “colusión tácita” la actuación concertada de la grana banca para no remunerar los depósitos pese a los elevados tipos de interés en el crédito bancario. Cfr.

ayudas públicas si resulta necesario. La crisis de un banco puede contagiarse y generar una crisis económica. Estas características de la actividad bancaria de la que participa el resto de las actividades financieras justifican que se atribuyan las funciones de resolución de conflictos a una Autoridad administrativa independiente. Hay un interés público en crear un Sistema que resuelva los conflictos con la clientela, que de convertirse en conflictos en masa comprometen la reputación de la banca y el buen funcionamiento del sistema financiero.

La Autoridad proyectada en España tiene competencia para resolver reclamaciones de clientes frente a entidades financieras⁵¹, incluidas las entidades prestadoras de servicios en el mercado de criptoactivos⁵². A estos efectos, las grandes empresas no son consideradas clientes⁵³. En un mecanismo que se basa en la tutela del consumidor se consideró adecuado excluir a quien no está necesitado de protección. Las grandes empresas tienen medios y recursos para proteger sus intereses sin necesidad de acudir a un mecanismo judicial alternativo. Esta exclusión de los clientes profesionales es habitual en los ADR adheridos a FIN-NET. La mayoría restringe la legitimación activa a los consumidores ampliada en algunos de ellos a las pymes⁵⁴. Aunque también hay sistemas abiertos a todos los clientes.

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ, en adelante) cuestiona la legitimación activa del Proyecto por extenderla al “cliente financiero”, ámbito subjetivo más extenso

<https://www.infobae.com/espana/agencias/2023/06/23/la-cnmc-considera-que-existe-colusion-tacita-en-la-falta-de-remuneracion-de-depositos/>.

⁵¹ Art. 1 Proyecto de Ley.

⁵² Con remisión al Reglamento 2023/1114, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos (MiCA), cuyo art. 1 (16) define como “servicio de criptoactivos” los siguientes: a) custodia y administración; b) gestión de una plataforma de negociación; c) canje de criptoactivos por fondos; d) canje de criptoactivos por otros criptoactivos; e) ejecución de órdenes; f) colocación de criptoactivos; g) recepción y transmisión de órdenes; h) asesoramiento; i) gestión de carteras; j) prestación de servicios de transferencia de criptoactivos.

⁵³ En lugar de utilizar las categorías de la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID II), que distinguen entre cliente minorista y profesional, se ha preferido utilizar la definición de grandes empresas como aquellas que no se consideren microempresas o pequeñas y medianas empresas conforme al Anexo I del Reglamento (UE) 651/2014, de 17 de junio de 2014.

⁵⁴ Con facturación inferior a 3 millones de euros, respecto al Financial Services and Pensions Ombudsman, de Irlanda.

que el de “consumidor”, al que se circunscribe la Directiva 2013/11/UE⁵⁵. Pero hay precedentes de este tipo de extensión de normas de protección del consumidor a otros sujetos. En el préstamo hipotecario se protege a toda persona física, sea o no consumidor⁵⁶.

Aunque el Sistema proyectado se encuadre en la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, su régimen específico lo sitúa en la regulación financiera. Se transpone de forma específica la Directiva 2013/11/UE en el sector financiero, atendiendo al requerimiento en diversas directivas a la implementación por parte de los Estados miembros de mecanismos de resolución alternativa de litigios, así en crédito al consumo⁵⁷, servicios de pagos⁵⁸, contratación a distancia⁵⁹, servicios de inversión⁶⁰, y distribución de seguros⁶¹. Mecanismos de resolución que deben mencionarse en el libro blanco que acompañe la emisión de criptoactivos⁶². Conciliando este doble mandato, el del Derecho del consumo y el del Derecho del mercado financiero, el Proyecto de Ley adapta una figura propia del Derecho del consumo a las especificidades del mercado financiero⁶³. Crea un sistema único, gestionado por una autoridad administrativa, de defensa del cliente financiero, sea o no consumidor.

⁵⁵ Conclusión cuadragesimosexta del Informe sobre el Anteproyecto. Para resolver este problema, el Consejo de Estado propone restringir a los consumidores el carácter vinculante de las reclamaciones siempre que sean de pequeña cuantía (Cfr. Dictamen al Anteproyecto de Ley, p. 32). Desde otra perspectiva, el Dictamen del CES crítica el recurso al “masculino genérico” en la expresión “cliente financiero” (p. 8), pero sin indicar como quedaría el nombre de la Autoridad.

⁵⁶ Véase la transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, mediante la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

⁵⁷ Art. 24 Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo

⁵⁸ Art. 102 Directiva 2015/2366/UE, de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago (PSD2).

⁵⁹ Art. 14 Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros.

⁶⁰ Art. 75 MiFID II.

⁶¹ Art. 15 Directiva 2016/97/UE, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (IDD).

⁶² Anexo II y III MiCA.

⁶³ Según dice la Exposición del Proyecto de Ley “la importante asimetría de información con respecto a los clientes, así como la desproporción del poder económico de las entidades financieras frente a los ciudadanos individuales, explica la existencia de normas de conducta específicas para el sector y de un marco de protección de los consumidores que va más allá del generalmente aplicable en las operaciones económicas”.

La legitimación activa se extiende a lo “clientes potenciales” que hayan tenido un contacto directo con la entidad para obtener la prestación de un servicio financiero⁶⁴. En contra del criterio del CGPJ, quien considera que el objeto de la Directiva son los litigios sobre obligaciones contractuales, luego “sólo el incumplimiento de verdaderas obligaciones contractuales podría, en su caso, dar lugar al nacimiento de responsabilidad”. Para aclarar este aspecto de la legitimación activa conviene determinar cuándo nace la relación de clientela, de un lado, y desde cuando surge la responsabilidad de la entidad financiera, de otro. “Cliente” según el Proyecto de Ley es todo usuario de un servicio financiero que haya sido debidamente identificado, por ejemplo, por haber suscrito un contrato marco de servicios financieros o de pagos. Es en el marco de la relación de clientela en el que se da crédito o se dan órdenes de pago o de adquisición de instrumentos financieros. La condición de cliente precede a la realización de concretas operaciones financieras. Las normas de conducta que aplica la autoridad comprenden la evaluación del cliente, la información y, en su caso, el asesoramiento, servicios previos a que el cliente decida operar en el mercado. La responsabilidad de la entidad financiera surge desde el momento en que el cliente se pone en contacto con la entidad y desde ese momento surgen deberes de cuyo incumplimiento nace una responsabilidad. Aun considerado que nos encontremos en una relación precontractual, del incumplimiento de la entidad en estos deberes precontractuales también surge una responsabilidad que puede ser objeto de reclamación ante la Autoridad.

El Sistema proyectado es obligatorio para la entidad y voluntario para el cliente. Es opción del cliente activar el procedimiento. Es un derecho irrenunciable⁶⁵. Si bien hay multas disuasorias de 50 a 500 euros a los clientes que presenten de mala fe reclamaciones

⁶⁴ Cuestión criticada en el debate parlamentario. Según María MUÑOZ, de Grupo Parlamentario Ciudadanos. “es complicado que exista un daño directo causado por una entidad que pueda ser objeto de resarcimiento por parte de un cliente que es potencial y no existe “ (DSCD, Comisiones, núm. 857, 22 febrero 2023, p. 15). Dudas compartidas por Miguel Ángel PANIAGUA, del Grupo Parlamentario Popular, pues “sobre el cliente potencial tenemos muchas dudas, como tienen muchos de los grupos, porque, claro, imagínense que incluso una persona, porque le deniegan una operación de crédito o un préstamo, plantea una reclamación y pueda forzar a las entidades a concederla. Esto va absolutamente contra el crédito responsable, y me parece un ataque clarísimo a la solvencia de las entidades. Creo que el tema de los clientes potenciales debería desaparecer “ (Ibidem, p. 30)

⁶⁵ No constituye renuncia la transacción con la entidad para evitar o poner fin al litigio en el mecanismo interno de reclamación (art. 4.2 Proyecto de Ley).

temerarias⁶⁶. Estas multas pueden tener el efecto de disuadir a los clientes de acudir a la Autoridad, y, en este sentido, pueden resultar contrarias al Derecho comunitario de defensa de los consumidores⁶⁷.

El ámbito objetivo del Sistema proyectado lo constituyen reclamaciones de clientes “para que restituyan o reparen sus intereses o derechos, por considerar que estos han sido vulnerados en la prestación de un servicio financiero”, sin limitación por la cuantía⁶⁸. El Sistema proyectado admite incluso reclamaciones de cuantía indeterminada que pueden dar lugar a una compensación resarcitoria entre los 100 y 2.000 euros⁶⁹.

La mayor parte de los ADR adheridos a FIN-NET carecen de límites en relación con la cuantía. Solo 13 de los 57 sistemas fijan un límite máximo⁷⁰. A su vez, 4 excluyen los asuntos que no superan una cuantía mínima⁷¹. Con esta medida se trata de evitar que se abuse del sistema con reclamaciones de valor irrisorio. Esta solución debe descartarse pues se trata de un sistema pensado para mejorar el funcionamiento del mercado. Reclamaciones de escasa cuantía si tiene su origen en prácticas masivas pueden dar lugar a un grave perjuicio a la clientela que socave su confianza. Luego incluso en caso de que

⁶⁶ Aunque el Proyecto de Ley califique esta multa de “sanción pecuniaria”, no tiene naturaleza de sanción, por lo que no requiere para su imposición un procedimiento sancionador. Véase ESTEBAN RÍOS, J., “El largo camino hacia la creación de una autoridad independiente para la protección del cliente financiero necesidad, funciones y cuestiones controvertidas”, *Revista de derecho del mercado de valores*, núm. 30, 2022, IV.3.

⁶⁷ Multa que el Dictamen del CES considera innecesaria al tratar de supuestos excepcionales que podrían ser detectados por la Autoridad en la fase de instrucción previa (p. 11).

⁶⁸ En Italia las reclamaciones ante el ABF se limitan 200.000 euros, tras la actualización de 12 de agosto de 2020, dispuesta por el Banco de Italia.

⁶⁹ Art. 41.1.III Proyecto de Ley.

⁷⁰ Fija una cuantía máxima de 12.500 euros el Center for Alternative Dispute Resolution “Consensus” de Bulgaria; de 10.000 euros para que la resolución vincule a la entidad en el Real Asset Investment Arbitration Board y en el Ombudsman Scheme of the Private Commercial y de 5.000 euros en el Banks Insurance Ombudsman, de Alemania; de 500.000 euros en el Financial Services and Pensions Ombudsman, de Irlanda; de 200.000 euros en el Arbitro Bancario Finanziario, de 10.000 euros en el Banking Ombudsman y de 50.000 euros en el ACF, de Italia; de 14.000 euros en la Commission for Solving the Consumer Disputes de Latvia; de 250.000 euros en la Office of the Arbitrator for Financial Services de Malta; de 1.000.000 euros en el Financial Services Complaints Institute (Kifid) de Holanda; de 1850 euros en el Banking Ombudsman de Polonia, de 5.000 euros en el Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa; y de 2000 SEK en el National Board for Consumer Disputes de Suecia.

⁷¹ Fija una cuantía mínima de 30 euros el National Association for Out-of-Court Settlements – NAIS de Bulgaria; de 20 euros el Commission for Solving the Consumer Disputes de Latvia; de 120 euros la Arbitration Court at the Polish Financial Supervision Authority de Polonia; y 30 euros el Mediation Centre of Slovenian Insurance Association de Eslovenia.

se reclamen pequeñas cantidades carentes de un perjuicio significativo puede estar justificada su tramitación⁷².

En el Sistema proyectado las resoluciones tienen el valor de informe pericial en el caso de que cualquiera de las partes decida acudir a la jurisdicción civil⁷³. Luego con independencia de la cuantía, la estrategia de los abogados de los clientes puede pasar por reclamar ante la Autoridad con el fin de obtener dicho informe pericial y aportarlo con la demanda judicial en apoyo de sus pretensiones. Hay que tener en cuenta que en ADR consolidados como el italiano más de la mitad de las reclamaciones se presentan a través de abogado⁷⁴.

5. RESOLUCIONES VINCULANTES Y RECURRIBLES

En los ADR adheridos a FIN-NET, solo 9 de los 57 dan lugar a resoluciones vinculantes solo para la entidad financiera. Los demás son sistemas de mediación o arbitrales cuya vinculación se hace depender del previo acuerdo de las partes.

En España, como importante novedad respecto al sistema anterior gestionado por los supervisores, el Proyecto de Ley contempla que las reclamaciones inferiores a 20.000 euros sean vinculantes para las entidades financieras⁷⁵. Lo cual se acompaña del

⁷² En Italia, el ABF considera contrario a la buena fe pretender reclamar cantidades irrisorias. Véase G. LIACE, “Cap. XI L’Arbitro Bancario Finanziario”, en F. ARATARI–G. ROMANO (dirs.), *Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali*, 2023, p. 1407.

⁷³ Es una resolución “pro veritate” fundada en Derecho de una Autoridad experta en la materia. Véase MAIMERI, F. “La definizione delle controversie concernenti i contratti dei risparmiatori davanti all’ABF” en F. CAPRIGLIONE (dir.), *I contratti dei risparmiatori*. 2013, p. 572,

⁷⁴ Véase *Relazione sull’attività dell’Arbitro Bancario Finanziario*, año 2021, p. 20. En contraste con el Sistema proyectado, desde la Abogacía Española se ha manifestado que “deja en la indefensión más notable a la ciudadanía” al dibujar la figura de los abogados “como obstáculo para el efectivo ejercicio de los derechos de reclamación” <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/victoria-ortega-la-autoridad-de-defensa-del-cliente-financiero-deja-en-la-indefension-mas-notable-a-la-ciudadania/>.

⁷⁵ En el borrador de Anteproyecto de 7 de julio de 2019 estaba previsto que fueran vinculantes las reclamaciones hasta 50.000 euros, lo cual era más adecuado para dotar de efectividad a las resoluciones de la autoridad, disponible en <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2019/06/Proyecto-de-ley-de-decreaci%C3%B3n-de-la-Autoridad-Administrativa-Independiente-de-Protecci%C3%B3n-del-Cliente-Financiero.pdf>. La rebaja a 20.000 euros deja fuera del carácter vinculante a buena parte de las reclamaciones por incumplimientos de las normas de conducta en materia de seguros. No obstante,

correspondiente régimen sancionador. En este sentido, cuando las entidades no cumplan en el plazo de 30 días las resoluciones de condena podrán ser sancionadas con una multa de un importe máximo de 2 millones de euros, a la que puede añadirse una multa de hasta un millón al alto cargo responsable. No son multas muy elevadas, pero pueden tener cierto efecto disuasorio.

El carácter vinculante de las reclamaciones de cuantía inferior a 20.000 euros no es una exigencia de la Directiva 2013/22/UE, ni es habitual en la red FIN-NET⁷⁶. Es una de las cuestiones más debatidas del Proyecto de Ley. La patronal bancaria española considera que el Sistema proyectado entraña un riesgo de inconstitucionalidad por traspasar el límite de la competencia reservada al Poder Judicial. A su vez, el informe del CGPJ considera que “supone una suerte de vulneración de la exclusividad de la Jurisdicción consagrada en el art. 117.3CE y de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE”. Según su criterio, estamos ante resoluciones vinculantes de contratos entre particulares reservadas a los jueces. Pero el Sistema proyectado no invade las competencias del poder judicial. El sector del transporte aéreo sirve de precedente para justificar la admisión de resoluciones vinculantes en el sector financiero. La disposición

conviene señalar que la mayor parte de los litigios bancarios son de cuantía inferior a 20.000 euros, por ejemplo, la mayoría de los contenciosos por gastos hipotecarios o por comisiones abusivas. En referencia a datos proporcionados por el Banco de España, el secretario general de la AEB, Javier RODRÍGUEZ PELLITERO, sugiere que la cifra de los 1.000 euros cubriría el 90% de las reclamaciones (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, 2023, Núm. 857, p. 24).

⁷⁶ Véase Marcello STELLA, “L’ABF nel panorama europeo”, en Giuseppe CONTE (dir), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, pp. 43-71, con referencias a las resoluciones vinculantes del Gemeinsame Schlichtungsstelle der österreichischen Kreditwirtschaft austriaco hasta 4.000 euros (p. 48), Financial Services Ombudsman irlandés (p. 63) y, fuera de FIN-NET, del Financial Ombudsman Service (FOS) del Reino Unido hasta 150.000 libras, aunque sobre la base de un “contrato de las partes a favor de tercero” (p. 69), lo cual lo sitúa en un sistema cuasi-arbitral.

adicional segunda de la Ley 7/2017 crea un sistema de resolución de litigios para los usuarios del transporte aéreo vinculante para la compañía aérea⁷⁷.

El dictamen del Consejo de Estado acepta el carácter vinculante de las reclamaciones citando Carta de Derechos Digitales de 14 de julio de 2021, que en el marco del moderno Derecho público, admite este tipo de tutela administrativa siempre que “se cumplan tres condiciones: la existencia de un proceso establecido en la ley para solucionar el conflicto, el posterior control de dichas decisiones por la autoridad judicial y que la competencia jurisdiccional atribuida por la ley sea compatible desde el punto de vista sustancial con el campo de actividad de la autoridad administrativa, atendiendo al principio de especialidad”. El Sistema proyectado cumple estos tres requisitos. Está diseñado por una norma de rango de Ley, sus resoluciones son recurribles ante el juez y la función que cumple responde al principio de especialidad sin que se solape con la que desempeñan los supervisores.

Se trata de resoluciones vinculantes que ponen fin a la vía administrativa. Tanto la entidad financiera como el cliente pueden reclamar contra dichas resoluciones ante la jurisdicción civil. Son recurribles ante los juzgados de primera instancia de la capital de la provincia del domicilio del cliente, sea o no consumidor⁷⁸. Se podrá pretender la nulidad de la resolución por no ser conforme a Derecho o el restablecimiento de la situación jurídica individualizada. Por supuesto, si la resolución vinculante fuera revocada mediante sentencia firme, y el cliente financiero resultare deudor, deberá devolver la cantidad anticipada.

⁷⁷ Cuyas resoluciones pueden ser recurridas por parte de la compañía aérea ante el juzgado de lo mercantil competente, tras haber sido modificado este precepto por la disposición final 6 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

⁷⁸ Se decidirán por el juicio verbal con algunas especialidades recogidas en la disposición final segunda del Proyecto de Ley, entre las que destaca que para las reclamaciones de cuantía inferior a 2.000 euros se podrá formular demanda sucinta en impresos normalizados.

En la redacción original del proyecto, las resoluciones vinculantes eran recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero siendo la aplicación de las normas de conducta materia contractual, los recursos deben corresponder a la jurisdicción civil⁷⁹. Así se recoge con buen criterio en el texto aprobado por el Congreso, evitando el riesgo de disparidad de criterios entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa. Mejora técnica que recoge la opinión compartida por grupos parlamentarios, Consejo de Estado⁸⁰, CGPJ⁸¹, patronal bancaria⁸², y otros interlocutores⁸³.

IV. AUTORIDAD DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO

1. NATURALEZA Y FUNCIONES

La creación de una administración independiente encargada del ADR financiero con poder de imponer sus resoluciones a la banca sería una novedad en la Unión Europea.

Según el Proyecto de Ley, la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero es una administración independiente con funciones de mecanismo alternativo de resolución de litigios entre clientes y entidades financieras, encargada de velar por la educación financiera y evitar la exclusión financiera⁸⁴. No es ni un regulador del mercado ni un supervisor de las entidades financieras. Es en esencia una administración independiente encargada de gestionar un ADR, con resoluciones vinculantes para la banca cuando sean inferiores a 20.000 euros.

La Autoridad se rige por la Ley de su creación y por su estatuto orgánico que debe ser aprobado por Real Decreto. Dicho estatuto debe desarrollar su organización y

⁷⁹ Cuestión constitucional por afectar al reparto de competencias entre jurisdicciones, como puso de relieve el dictamen del CGPJ.

⁸⁰ Informe Consejo de Estado, p. 54.

⁸¹ Dictamen CGP, p. 64.

⁸² Véase comparecencia de Javier RODRÍGUEZ PELLITERO, secretario general AEB, BOCD, Comisiones, núm. 857, 22 de febrero de 2023, p. 25.

⁸³ Véanse las manifestaciones en este sentido del juez José María FERNÁNDEZ SEIJO, BOCD, Comisiones, núm. 857, 22 de febrero de 2023, pp. 6 y 12.

⁸⁴ En la red FIN-NET hay ADR que tienen encomendadas funciones complementarias de guía y educación financiera, en algunos casos en desarrollo de su labor mediadora.

funcionamiento interno, en particular del Consejo Rector, del Comité Consultivo y de las Secciones. Además, debe contar con un reglamento de régimen interior aprobado por el Consejo Rector, relativo a la organización y funcionamiento de las Secciones y de las direcciones generales. El marco legal de la Autoridad forma parte de las “bases de la ordenación de crédito, banca y seguro” que la Constitución española atribuye al Estado⁸⁵.

La Autoridad se crea para fortalecer la seguridad jurídica en el mercado financiero con una protección efectiva de los clientes a través de un Sistema de resolución de reclamaciones. Con esta finalidad, le corresponde proponer las “mejores prácticas financieras” para su valoración e incorporación por los supervisores al Compendio de buenas prácticas y usos financieros⁸⁶. En su informe anual debe recoger las prácticas reiteradas o problemas sistémicos, por ser sistemáticos o significativos, publicando las resoluciones de unificación de criterio⁸⁷. Esta doctrina constituye su principal contribución a la seguridad jurídica⁸⁸. De esta forma formula su criterio técnico en la aplicación de las normas de conducta⁸⁹. Así contribuye a la mejor regulación financiera

⁸⁵ La Disposición final vigésima sexta del Proyecto de Ley recoge los siguientes títulos de la competencia exclusiva del Estado del art. 149.1 de la Constitución: legislación mercantil y procesal (6.^a), bases de la ordenación de crédito, banca y seguro (11.^a), y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (13.^a), bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (18.^a).

⁸⁶ Art. 50.2LDCE.

⁸⁷ La publicación de las resoluciones de los ADR ha sido impulsada por los expertos. Cfr. Stefaan VOET, Sofia CARUSO, Anna D’AGOSTINO y Stien DETHIER, Recommendations from academic research regarding future needs of the EU framework of the consumer Alternative Dispute Resolution (ADR), junio 2022. (JUST/2020/CONS/FW/CO03/0196), pp. 67-70.

⁸⁸ Con buen criterio el Dictamen del CES considera que la publicidad de la doctrina contenida en las resoluciones de la Autoridad tendría efectos positivos sobre el conjunto del sistema (p. 9). En Italia, la ABF publica todas sus resoluciones. Función que SICLARI califica de “virtuosa” al darle soporte técnico sin comprometer su imparcialidad (SICLARI, D., “La tutela stragiudiziale in ambito bancario, finanziario e assicurativo: problemi e prospettive”, Rivista Trimestrale di Diritto dell’Economia, 2022, vol. 4, p. 404).

⁸⁹ Para que sean claras y efectivas. La doctrina del ABF es un buen precedente. Véase G. CONTE (dir.), Arbitro bancario e finanziario, 2021, que en sus 1382 páginas recoge una buena síntesis de esta doctrina.

y orienta la conducta de las entidades⁹⁰. Desde luego, los criterios de la Autoridad no vinculan a los jueces, pero pueden ser de indudable utilidad para fundamentar sus sentencias⁹¹. También tiene una función pedagógica para los clientes que podrán saber con mayor claridad cuando su expectativa de ser reparados ante una conducta financiera que consideran impropia tiene base para prosperar.

La importancia creciente de la educación financiera se ha puesto de relieve al incluirse como un mandato a los Estados miembros en la propuesta de Directiva sobre normas de protección del inversor minorista⁹². Este mandato justifica que la Autoridad proyectada pase a ser el organismo público que centralice y gestione las políticas públicas sobre educación financiera, asumiendo como competencia propia el Plan nacional de educación financiera, en una concentración natural de las potestades relacionadas con la defensa del cliente financiero⁹³. En este ámbito deberá suscribir un convenio con los supervisores, previendo su colaboración en la elaboración de recursos pedagógicos y guías informativas, en particular en las del mercado hipotecario. También queda habilitada para celebrar otros convenios con entidades públicas y privadas para promover la educación financiera con especial preocupación por la inclusión financiera de los más vulnerables. Además podrá colaborar con las autoridades educativas en la elaboración de contenidos sobre educación financiera.

La nueva Autoridad informará a los supervisores y a los ministerios competentes de aquellas reclamaciones que aquellas prácticas que afecten a personas en riesgo de

⁹⁰ Véase Giuseppe FAUCEGLIA, “L’esperienza dell’ABF manifestazione di una ‘pedagogia’”, Banca, Borsa Titoli di Credito, vol. 74, núm. 6, 2021, pp. 857-872, quien encuadra la actividad del ABF en el derecho “flexible” o “elástico” (p. 864).

⁹¹ En Italia, donde las resoluciones del Arbitro Bancario Finanziario no son vinculantes, son muy pocos los casos resueltos que dan lugar a procedimientos judiciales y la mayoría confirman el criterio del ABF (Relazione sull’attività dell’Arbitro Bancario Finanziario, anno 2021, p. 27).

⁹² Publicada por la Comisión Europea el 24 de mayo de 2023.

⁹³ Véase, Banco de España, CNMV y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Plan de Educación Financiera 2022-2025, https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanEducacion/Planeducacionfinanciera_22_25es.pdf

exclusión financiera. Asume por tanto funciones de vigilancia y prevención de la exclusión financiera, en cooperación con otras administraciones. En España, los supervisores carecen del mandato expreso de hacer frente a la exclusión financiera⁹⁴. No obstante, el Banco de España, como supervisor, está encargado de coordinar el Plan de medidas para favorecer la inclusión financiera que debe promover el Gobierno⁹⁵. Pero el Banco de España, centrado en la solvencia de las entidades, no está dando respuesta al problema de la exclusión financiera, ni siquiera ha adoptado criterios que garanticen el acceso de los mayores al efectivo y a los servicios de pagos⁹⁶. Por esta razón, debería ampliarse el objeto de la Autoridad para asignarle de forma expresa las competencias sobre la inclusión financiera en términos similares a las potestades que tiene atribuidas sobre educación financiera, con facultades para tutelar un Observatorio de Inclusión Financiera. En su norma de creación, debería preverse como tarea fundamental de la nueva Autoridad, la publicación de unos criterios de buenas prácticas para prevenir la exclusión financiera, y, en particular, para superar la brecha digital que afecta a los mayores.

1.1. Sobre la independencia de la Autoridad

La autoridad encargada del ADR financiero debe ser una autoridad administrativa independiente, dotada de auctoritas y creadora de doctrina. La percepción del cliente sobre la nueva Autoridad es importante. Hay que lograr que se perciba como un organismo cuasi-judicial que no depende de las entidades financieras. Estudios empíricos

⁹⁴ En el Reino Unido se ha propuesto ampliar el mandato de la Financial Conduct Authority (FCA) para incluir entre sus objetivos la inclusión financiera (HOUSE OF LORDS, Tackling Financial Exclusion: A country that works for everyone? Follow-up report, 24 April 2021, p. 31).

⁹⁵ Disposición adicional tercera de la Ley 4/2022 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

⁹⁶ Véase del autor, "Exclusión financiera: actuaciones y propuestas", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 169, 2023; MARTÍNEZ NADAL, A., "Soluciones jurídicas para la inclusión financiera de la tercera edad (más allá de los protocolos voluntarios)", Revista de Derecho Mercantil, núm. 326, octubre-diciembre 2022, quien considera "mejorable" el papel del Banco de España en esta materia, "obligado a conjugar papeles contradictorios", y apunta para asignar esta competencia a la Autoridad de defensa del cliente financiero (Conclusiones y recomendaciones, 3).

reflejan que la atención al cliente y la información sobre el procedimiento son relevantes en el diseño del ADR financiero⁹⁷.

En España, la Autoridad se proyecta como una administración independiente, con personalidad jurídica y capacidad de obrar. Es cierto que tendrá vinculación ministerial⁹⁸, pero a sólo a efectos organizativos y presupuestarios. Esta vinculación no debería comprometer el ejercicio autónomo e independiente de sus potestades. Sin embargo, el Proyecto diseña una autoridad vinculada y dependiente de los supervisores financieros. Este es el punto más delicado del Proyecto que debería mejorarse. La mayoría del Consejo Rector corresponde a representantes de la Administración económica, con presencia de los tres supervisores financieros, del Tesoro, del Ministerio del ramo económico, a lo que se añade uno del Ministerio de consumo. En suma, seis de los diez consejeros representan a otras administraciones. El presidente, acompañado del vicepresidente y de los dos consejeros electos están en minoría. A su vez, la función principal del organismo de crear doctrina sobre la aplicación de las normas de conducta en las relaciones contractuales queda subordinada a la actuación de los supervisores a quienes se atribuye la potestad de elaborar y mantener actualizado el Compendio anual de buenas prácticas y usos financieros. Hasta los programas de formación del personal de la Autoridad se someten al seguimiento de los supervisores financieros. Se diseña así una Autoridad débil, como un apéndice de los supervisores, carente de potestades para marcar y ejecutar sus propias políticas. Este diseño no cumple el requisito de independencia exigido por la Directiva 2013/11/UE para quedar inscrita como “entidad de resolución de litigios”. El Sistema dispone de garantías de imparcialidad, pero la Autoridad carece de independencia.

1.2. Sobre la conveniencia de crear la Autoridad

La tramitación parlamentaria ha servido para poner de relieve la incompreensión general sobre la naturaleza y funciones de la nueva figura. No se acaba de comprender la

⁹⁷ HERTOIGH, M, WEVER, M. y MARSEILLE, B., “It’s All About the Money. Or Is It? “, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2023, pp. 19-20, quien propone desarrollar una sociología de los ADR.

⁹⁸ Al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (art. 8.1 in fine LDCF).

necesidad de su creación. Ya sea por considerarla superflua o por contar con otras alternativas más adecuadas. Se ha calificado la figura proyectada de “organismo de supervisión”⁹⁹, de “sistema de arbitraje”¹⁰⁰, o de “mamotreto administrativo”¹⁰¹. Desde estas posiciones se mantiene que los supervisores ya ofrecen servicios de reclamaciones y que con una ventanilla única y dotando a sus resoluciones de carácter vinculante se podría alcanzar la eficiencia que se busca, sin necesidad de crear una nueva autoridad. Pero no se trata de fusionar los servicios de reclamaciones ni de crear una autoridad que supervise el cumplimiento de las normas de conducta, sino de crear una Autoridad independiente de los supervisores encargada de aplicar las normas de conducta.

De la lectura de las comparecencias y del debate parlamentario podría deducirse que no se llega a ver con claridad la conveniencia de crear una Autoridad que asuma la función que hasta ahora venía siendo desempeñada con diligencia por los supervisores financieros. Pero lo cierto es que los servicios de reclamaciones de los supervisores no cumplen las funciones de un ADR. Los actuales servicios de reclamaciones no son independientes. Sus resoluciones están mediatizadas al primar la estabilidad frente a la protección del cliente. De hecho, es frecuente que los bancos demandados las acompañen a las contestaciones judiciales como escudo frente a sus pretensiones. Si bien, estos criterios sesgados no suelen ser atendidas por los tribunales. Lo cual resta *auctoritas* a sus informes. Esta situación contrasta con el mayoritario seguimiento judicial de las resoluciones en sistemas independientes, como sucede en Italia con las resoluciones del *Arbitro Bancario Finanziario*¹⁰².

En suma, en estos momentos no hay en España una autoridad protectora del cliente financiero. Existen supervisores de solvencia y de conducta con servicios de reclamaciones subordinados a la estabilidad, conforme a su mandato principal: el Banco de España, la protección de la solvencia de las entidades, y la CNMV, la transparencia

⁹⁹ Pedro Casares, del Grupo Parlamentario Socialista, BOCD, 18 mayo 2023, p. 15.

¹⁰⁰ Edmundo Bal, del Grupo Parlamentario Ciudadanos, BOCD, 18 mayo 2023, p. 7.

¹⁰¹ Miguel Ángel. Castellón, del Grupo Parlamentario Popular, BOCD, 18 mayo 2023, p. 12.

¹⁰² Donde en el 82% de los casos el juez confirma la resolución del ABF (Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario 2021, julio 2022, p. 27).

necesaria para garantizar el buen funcionamiento del mercado de valores. Los supervisores subordinan la protección del cliente a la estabilidad¹⁰³. Hay casos concretos que ponen de relieve esta subordinación. Por ejemplo, cuando el Banco de España conminó en el Senado a no actuar frente a las cláusulas suelo, pues en su opinión se trata de una práctica comercial de las entidades “consecuente con la prudencia que debe caracterizar la actividad de las entidades de crédito y constituye, además, un factor que favorece la estabilidad financiera, elemento de interés público”¹⁰⁴; o cuando Banco de España y CNMV acordaron considerar la mayor parte de los swaps contratados por la clientela minorista como productos vinculados por lo que les resultaría de aplicación la legislación bancaria, centrada más en la solvencia que en la transparencia¹⁰⁵.

La falta de un sistema que ofrezca un procedimiento de resolución alternativa de litigios independiente y justo, ha ocasionado que cientos de miles de consumidores financieros hayan tenido que acudir a un procedimiento judicial para ejercitar sus derechos¹⁰⁶. De haber existido una Autoridad de defensa del cliente financiero, habría

¹⁰³ Subordinación que ha recibido sustento en la polémica sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de mayo de 2022, según la cual “si bien existe un claro interés general en garantizar en toda la Unión una protección fuerte y coherente de los inversores, no puede considerarse que ese interés prevalezca en todo caso sobre el interés general consistente en garantizar la estabilidad del sistema financiero “. Aunque matizada por la STJUE de 15 de junio de 2023, según la cual “el argumento relativo a la estabilidad de los mercados financieros no es pertinente en el marco de la interpretación de la Directiva 93/13, cuyo objetivo es proteger a los consumidores “concluyendo que “corresponde a las entidades bancarias organizar sus actividades de conformidad con dicha Directiva “.

¹⁰⁴ Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, Senado, SERIE I, 7 mayo 2010, NÚM. 457, p. 22, según el cual “las obligaciones de información al cliente que la normativa vigente impone a las entidades de crédito que incorporan estas cláusulas a sus contratos, su normalización y, en particular, la advertencia notarial sobre su contenido, pueden considerarse garantía adecuada para que el cliente pueda conocer con suficiente precisión el alcance de este elemento del coste financiero que asume “ añadiendo que “la vía que se revela como más adecuada para compatibilizar la estabilidad financiera antes mencionadas con la protección de los intereses de los consumidores, es la de concienciar a la clientela de los riesgos que representa la contratación de productos a largo plazo a tiempo de interés variable y de la consecuente necesidad de incorporar a las mismas instrumentos que favorezcan la mitigación de ese riesgo “ (p. 23).

¹⁰⁵ Bajo la supervisión del Banco de España, quién se encargaría de atender las reclamaciones. Véase la Comunicación sobre delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura, 20 abril 2010 <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t={01870bf4-55c8-4760-9182-19f00f217e79}> .

¹⁰⁶ Prueba de ello es que solo en los años 2017 a 2021 ingresaron un total de 713.129 asuntos relacionadas con cláusulas abusivas, según datos del Poder Judicial, vid. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-Juzgados-de-clausulas-abusivas-han->

prevalecido la protección del cliente ante las prácticas abusivas y se habría podido prevenir la judicialización de este tipo de controversias, creando seguridad jurídica y evitando un grave daño reputacional a la banca¹⁰⁷.

El proyecto de crear una Autoridad de defensa del cliente no es solo una cuestión de calidad y eficiencia de los actuales servicios de reclamaciones, es una cuestión sustancial sobre la naturaleza de organismo. Se trata de crear una Autoridad administrativa independiente que no subordine la protección de cliente al interés de la estabilidad de la banca. Lo cual no está reñido con la necesaria colaboración entre la Autoridad y los supervisores, según contempla el Proyecto al recoger el deber de facilitar a los supervisores la información pertinente para el ejercicio de sus funciones¹⁰⁸.

Se ha defendido desde los supervisores y desde la patronal bancaria como mejor alternativa el modelo *Twin Peaks*¹⁰⁹. Según este modelo se asignaría la supervisión de solvencia al Banco de España y la de conducta a la CNMV. Es además un modelo que cuenta desde hace años con el consenso político¹¹⁰. Pero la alternativa *Twin Peaks* siendo una buena solución para repartir el trabajo de los supervisores, no es una alternativa a la creación de una autoridad de defensa del cliente, por la sencilla razón de que esta autoridad no es un supervisor financiero. Su función es aplicar las normas de conducta para reparar al cliente cuando sus derechos hayan sido vulnerados no vigilar su cumplimiento.

[resuelto-ya-el-71-6-por-ciento-de-los-713-129-asuntos-ingresados-desde-su-puesta-en-marcha--en-junio-de-2017](#).

¹⁰⁷ En noviembre de 2017 el Fondo Monetario Internacional advirtió en su Programa de Evaluación del Sector Financiero Español la siguiente recomendación: “El enfoque del impacto prudencial del riesgo de conducta y de la protección de los consumidores debe seguir desarrollándose en una dirección proactiva. Los problemas de conducta y de protección del cliente pueden repercutir en la reputación y la rentabilidad de los bancos (a través de reclamaciones y/o multas) y, en última instancia, también su solvencia “.

¹⁰⁸ Art. 50.1 Proyecto de Ley.

¹⁰⁹ Criterio compartido por J. ESTEBAN RÍOS, J., ob. cit., III.3 y conclusiones.

¹¹⁰ Desde que fuera presentado por Gonzalo GIL y Julio SEGURA, “La supervisión financiera: situación actual y temas para debate “, Estabilidad financiera, núm. 12, 2007, pp. 9-40, con la siguiente formulación: “la reforma fundamental es la pérdida de competencias supervisoras de la DGSFP y su distribución entre BE y CNMV, aprovechando para redistribuir entre ambos las tareas de supervisión prudencial que todavía hoy quedan en manos de la CNMV, que pasarían al BE, y las de conducta con los clientes bancarios, que pasarían a la CNMV “ (p. 39).

2. ORGANIZACIÓN

El régimen proyectado no distingue con claridad entre la organización de la Autoridad como parte organismo público y la organización del Sistema de resolución de litigios que constituye su principal actividad. El Consejo Rector y el Comité Consultivo extienden su competencia tanto al funcionamiento general como a los específicos del Sistema de reclamaciones. Otros órganos como las Secciones o los Vocales son propios del Sistema reclamaciones. Vamos a describir la organización interna de la nueva Autoridad por su relevancia para una futura armonización de europea de los ADR financieros.

2.1. Consejo Rector

Según el Proyecto, el Consejo Rector es el órgano de gobierno de la Autoridad, con algunas funciones específicas sobre el Sistema de reclamaciones como las relativas a organizar las Secciones o establecer el turno de reparto de las reclamaciones. Está compuesto por diez consejeros, cuatro electos, entre ellos, presidente y vicepresidente, entre expertos de reconocido prestigio, y seis de la Administración, ya sean natos o designados. Composición que reiteramos no garantiza la independencia del Sistema. La mayoría del Consejo Rector corresponde a cargos de la Administración. Para asegurar su independencia se debería ampliar el número de consejeros electos, al menos a seis, teniendo en cuenta que el presidente tiene voto de calidad.

El Proyecto marca los criterios de selección del Consejo Rector. Hay consejeros natos por ser altos cargos de los supervisores o de la Administración, y otros electos. La presidencia es de libre elección y la decide el Congreso a propuesta ministerial oídos los supervisores, entre personas honorables y expertas con conocimientos y experiencia de 10 años en el ámbito jurídico, económico o financiero. No basta con ser un académico o con ser un profesional de las finanzas. La persona que ocupe la presidencia debería combinar el conocimiento del Derecho con la experiencia profesional en el mercado financiero. Además, para prevenir los conflictos de intereses no debería ser un representante de la banca ni de las asociaciones de consumidores. Tan importante es impedir la banca capture la Autoridad, como dejar claro a los clientes que la Autoridad

no es su abogado. Tampoco debería ser presidente un alto cargo del Banco de España o de los demás supervisores. En el Consejo de la Autoridad ya están presentes, como consejeros natos, un representante de cada uno de los supervisores. Además, conviene recordar que la Autoridad nace ante el fracaso de los servicios de reclamaciones de los supervisores de cumplir la función preventiva de evitar la judicialización en masa de los litigios bancarios. El nombramiento como presidente de una persona procedente del Banco de España o de la CNMV generaría el riesgo de no cambiar de modelo y de volver a fracasar en el intento de pacificar las relaciones contractuales en el mercado financiero. Por supuesto, el presidente de la Autoridad debe tener intendencia de criterio y no puede depender o estar vinculado a un partido político. La Autoridad es un organismo técnico que debe funcionar al margen de la política.¹¹¹

2.2. Comité Consultivo

Está proyectado que el Comité Consultivo sea el órgano de asesoramiento de la Autoridad. Lo integran, además del presidente y vicepresidente de la Autoridad, doce miembros nombrados en representación de asociaciones sectoriales, consumidores, mayores, discapaces y comunidades autónomas, junto a dos académicos¹¹². Su informe es preceptivo para la elaboración de anteproyectos de normas de conducta y para las iniciativas de buenas prácticas que se propongan a los supervisores para su inclusión en el Compendio de buenas prácticas y usos financieros¹¹³; así como para aprobar el reglamento de régimen interior y el informe anual.

¹¹¹ En el estatuto del ABF italiano se establece expresamente que: “Las personas que ejerzan cargos políticos no podrán ser nombradas miembros “ (Banca d'Italia, Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, 2 noviembre 2016, p. 12).

¹¹² No se entiende que las asociaciones de la industria tengan tres representantes frente a uno de los consumidores (a través del Consejo de Consumidores y Usuarios), desentendiendo la recomendación del Consejo de Estado (Informe al anteproyecto, p. 44).

¹¹³ Compendio previsto en el art. 53 LADCF

2.3. Secciones

En el régimen proyectado, las Secciones son los órganos colegiados competentes para resolver las reclamaciones. Tienen la consideración de “entidad de resolución alternativa de litigios”¹¹⁴. Esta previsión debe conciliarse con el mandato de crear para el sector financiero una única entidad para la resolución de litigios de consumo¹¹⁵. Luego hay que entender que la condición de “entidad de resolución alternativa de litigios” la asume la Autoridad que deberá quedar registrada como tal en el listado que lleva la Comisión Europea para este tipo de entidades.

Las Secciones se agrupan en las tres áreas sectoriales: banca, valores y seguros, con la posibilidad de crear unidades transversales, como pudiera ser la dedica a criptoactivos y otros productos de las finanzas tecnológicas (Fintech)¹¹⁶. Existirá una Sección Especial dedica a las cuestiones previas de unificación de criterio y a las recusaciones de vocales que puedan solicitarse por falta de independencia e imparcialidad.

Las reclamaciones se podrán elevar a “cuestión previa de unificación de criterio” por el presidente, cuando afectando a diversos servicios financieros razones técnicas, jurídicas o de interés público justifiquen la unificación de criterio, o por las Secciones, cuando ante hechos, pretensiones y fundamentos similares existieran resoluciones distintas. También las partes pueden plantearlo ante el vocal instructor. La “cuestión previa de unificación de criterio” constituye un mecanismo esencial para crear doctrina en asuntos que pueden derivar en un riesgo sistémico.

2.4. Vocales

En el Sistema proyectado, los vocales instruyen los expedientes de las reclamaciones y elevan las propuestas de resolución a la correspondiente Sección. Deben contar con

¹¹⁴ A los efectos previstos en la Ley 7/2017, de transposición de la Directiva 2013/11/UE.

¹¹⁵ Disposición adicional primera Ley 7/2017.

¹¹⁶ Como dice J. ESTEBAN RÍOS “sería deseable que las áreas no adoptasen un enfoque puramente subjetivo, atendiendo al tipo de operador financiero contra el que se presenta una reclamación, pues ello supondría la continuidad con el modelo sectorial previo “ (op. cit., IV.2 in fine).

conocimientos y competencia para ejercer sus funciones en relación con los expedientes, acreditando experiencia y conocimientos jurídicos especializados en normas de conducta y buenas prácticas financieras ya sea por el ejercicio jurisdiccional, en arbitraje o mediación o por haber participado en la protección del consumidor o la prestación de servicios financieros. Lo que no excluye que puedan cumplir estos requisitos abogados o académicos.

3. RECURSOS ECONÓMICOS

Los ADR adheridos a FIN-NET tienen la más variada financiación. Los hay con financiación pública como sucede en Malta o Suecia, aunque lo habitual es que las entidades financieras contribuyan a su sostenimiento como en el holandés Kifid. Siendo preferible la financiación por la industria, hay que cuidar que esta opción no de lugar a una pérdida de independencia del organismo.

El Proyecto de Ley español, especifica los recursos económicos de la nueva Autoridad. Esta proyectado que sus gastos se sufragen con una tasa cuyo sujeto pasivo sean las entidades financieras. Tasa que según el Consejo de Estado reúne las exigencias de la jurisprudencia constitucional de reserva de ley y coactividad, pues “cuenta con el rango suficiente e impone coactivamente a las entidades financieras el pago de una prestación patrimonial con un fin de interés público”¹¹⁷.

El diseño de la tasa fue objeto de intenso debate parlamentario. La previsión inicial de una cuota fija de 250 euros por reclamación fue criticada por falta de equidad y por no incentivar la buena conducta de las entidades¹¹⁸. El texto final aprobado por el Congreso

¹¹⁷ Dictamen al Anteproyecto, pp. 57 y 58, identificando el interés público en la protección del consumidor, pero también en la corrección de fallos de mercado. Muy crítico con la tasa y su diseño se muestra el CGPJ, por desconocer el principio de igualdad al recibir los clientes la prestación gratuitamente y las entidades financieras, no beneficiadas por el servicio, hacer frente a su coste (Informe el Anteproyecto, p. 70), en línea con el voto particular de los consejeros de CEOE y CEPYME al Dictamen al Anteproyecto del Consejo Económico y Social, según el cual cabe legítimamente dudar de una tasa que grava a quien no es el beneficiario (p. 9).

¹¹⁸ El Gobernador del Banco de España propuso “hacer la tasa proporcional a las reclamaciones desfavorables “ (DOCD, Comisiones, 23 de febrero de 2023, p. 16).

recoge una mejora técnica al fijar que el 60% de la tasa se fije atendiendo a las resoluciones desfavorables a la entidad¹¹⁹. De este modo, se penaliza la mala conducta reflejada en resoluciones que estiman la reclamación del cliente.

Por otro lado, se esgrime que la banca termina por repercutir este tipo de tasas en el precio de sus servicios y al final la tasa la acaban pagando todos los clientes sean o no reclamantes¹²⁰. Como mal menor, desde esta posición se propone que se repercuta la tasa al cliente cuando se desestime su reclamación¹²¹.

En la red FIN-NET, 11 de los 57 ADR fijan tarifas a pagar por los consumidores a pagar cuando reclamen¹²². Tarifa que en algunos casos es reembolsable cuando la reclamación es estimada¹²³. En el sistema Kifid de Holanda el cliente que ve desestimada su reclamación debe pagar 50 euros, cantidad no disuasoria pero suficiente para que reflexione sobre la motivación de la reclamación antes de presentarla, pues algo le puede costar¹²⁴.

Con buen criterio, el Proyecto de Ley descarta cobrar una tasa a los clientes, medida que podría desincentivar la presentación de reclamaciones en contra de las bases del Derecho del consumo asentadas por la jurisprudencia europea. El cobro de las costas en los ADR es una cuestión debatida, pero como sistema público de interés general debe ser gratuito para los clientes. Pero que sea gratuito para el consumidor no significa que no

¹¹⁹ En los términos recogidos en la disposición adicional primera del Proyecto de Ley.

¹²⁰ Véase ARRUÑADA, B., “Comentario sobre la nueva Autoridad de Defensa del Cliente Financiero”, *Apuntes Fedea* 2023/11, mayo 2023, quien propone antes de crear otra burocracia revisar la organización del sistema judicial (p. 3).

¹²¹ ARRUÑADA, B., *ob.ul. cit.*, p. 7. Incluso hay voces que postulan que sean los clientes quienes paguen el servicio de reclamaciones pues son sus beneficiarios.

¹²² Fija una tarifa de 150 euros el Mediation Centre at the Croatian Chamber of Economy de Croacia; de 20 euros el Cyprus Consumer Center for Alternative Dispute Resolution, de Chipre; de 27 euros los tres ADR de Dinamarca; de 20 euros el Arbitro Bancario Finanziario de Italia; de 50 euros en la Commission for Solving the Consumer Disputes de Liechtenstein; de hasta 12 euros en el Banking Ombudsman y de 60 euros en la Arbitration Court at the Polish Financial Supervision Authority, de Polonia; y de 20 euros en el Mediation Centre of Slovenian Insurance Association.

¹²³ Supuesto contemplado por el Arbitro Bancario Finanziario de Italia.

¹²⁴ Cfr. STELLA, M., “L’ABF nel panorama europeo”, en Giuseppe CONTE (dir), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, p. 52.

tenga costes accesorios. Los clientes pueden servirse de abogados y peritos cuyo coste les debería ser reembolsado en caso de ser estimada la reclamación¹²⁵.

V. CONCLUSIONES

Una vez analizadas las ventajas e inconvenientes de crear una autoridad de protección del cliente financiero que se encargue de gestionar un sistema de resolución de controversias a partir del Proyecto español podemos formular unas sucintas conclusiones y recomendaciones para su diseño y puesta en marcha.

La regulación financiera se ha concentrado en los objetivos de estabilidad y transparencia para garantizar el buen funcionamiento del mercado. A través de normas de Derecho administrativo protege la solvencia y disciplina la conducta con un régimen sancionador y de excepción en caso de crisis. Falta una regulación de Derecho privado que tutele el cliente financiero más allá de las normas de protección del consumidor. En la Unión Europa se deja a los Estados miembros la regulación de la responsabilidad civil. Si bien hay una importante corriente doctrinal favorable a un Derecho contractual regulatorio del mercado financiero. La creación de un mercado único de capitales atractivo para los ahorradores requiere armonizar los remedios contractuales ante el incumplimiento de las normas de conducta¹²⁶. Pero lo cierto es que la complejidad de la contratación financiera dificulta su codificación. Todavía hay países como España en los que la mayor parte de los contratos bancarios y financieros son atípicos. Ante las dificultades de armonizar los remedios civiles, la creación de una autoridad administrativa independiente encargada gestionar un sistema de resolución de

¹²⁵ En los términos y ferrencias del Financial Ombudsman Service australiano está previsto pagar a los consumidores hasta 3.000 dólares para compensar los costes en que haya podido incurrir el consumidor, que se pueden elevar a 5.000 dólares por la Australia Financial Complaints Authority. Cfr. PONDEL, C., "Legitimacy in Australia's financial system external dispute resolution framework: New and improved or simply new? ". UNSELD, 2019, vól. 42, p. 370.

¹²⁶ Cfr. Filippo ANNUNZIATA, Retail Investment Strategy - How to boost retail investors' participation in financial markets, European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs (ECON), junio 2023, p. 27, para quien: "efforts to develop a uniform corpus of private law for financial law are highly encouraged and deemed crucial for the development of the CMU and the enhancement of efficiency and trust of investors in markets " (p. 43).

controversias constituye un paso esencial para lograr seguridad jurídica en el mercado financiero.

La diversidad de sistemas que en la Unión Europea se encargan de resolver las reclamaciones financieras es un obstáculo a la creación de un Mercado Único de Capitales. La red FIN-NET es un buen ejemplo del fracaso de una medida política. De hecho es una red desentendida que desde 2019 no publica su informe anual. Es una buena idea mal implementada. Los clientes de las entidades financieras carecen de la adecuada protección. Como refleja propuesta de la Comisión Europea de inversión minorista, los ahorradores no tienen acceso a la información relevante y los conflictos de intereses les perjudican. Hacer efectivo el cumplimiento de los contratos, en su caso con remedios civiles ante los incumplimientos de las entidades, contribuye a mejorar la confianza de los ahorradores en el mercado financiero. Ser atendido y resolver una pronta reparación mejora la confianza en el sistema. La forma de hacerlo es a través de ADR financieros, expertos en finanzas y regulación financiera, a cargo de autoridades independientes, tanto de la industria como de los supervisores. La existencia de ADR financieros dotados de efectividad es una herramienta fundamental para una mejor gobernanza de los productos¹²⁷. Es una herramienta de seguimiento que permite adecuar los productos a las necesidades de los clientes y mejorar el bienestar financiero. La mejor doctrina defiende la existencia de un único ADR financiero, como autoridad experta capaz de orientar la conducta de las entidades¹²⁸. Constituye la pieza que falta en la regulación financiera para garantizar la protección del ahorrador.

La iniciativa legislativa española dirigida a crear una autoridad independiente encargada de gestionar un ADR financiero aporta un precedente de interés para una futura armonización europea. FIN-NET debería prestar atención a esta propuesta para mejorar su memorándum de cooperación transfronteriza. El carácter técnico y global de las

¹²⁷ Véase respecto a la gobernanza de productos en la distribución de seguros MONTEMAGGIORI, F., “Considering the IDD Within the EU Legal Framework on ADR Systems “, en *Insurance Distribution Directive: A Legal Analysis*, 2021, p. 343.

¹²⁸ Cfr. A. BIARD, “Impact of Directive 2013/11/EU on Consumer ADR Quality: Evidence from France and the UK “, *Journal of Consumer Policy*, 2019, núm. 42, p. 134.

finanzas permite avanzar en este camino, sin perjuicio de respetar las diferencias culturales y la evolución histórica de cada jurisdicción. En el sector financiero la maleabilidad de la figura constituye más una debilidad que una fortaleza¹²⁹.

Siendo un proyecto vanguardista, hay aspectos susceptibles de mejora. Tras haber analizado la gestación del Proyecto de Ley de creación de la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero y el amplio debate que ha generado podemos llegar a unas sumarias conclusiones de *lege ferenda*.

- La aprobación de un Sistema único de resolución de litigios en el sector financiero es un mandato del legislador que se encuadra en la transposición de la Directiva 2013/11/UE. España puede ser sancionada por falta de trasposición de esta directiva en el sector financiero.
- El Sistema de resolución de litigios llena una laguna en Derecho interno en relación con la protección del cliente financiero, dado que los servicios de reclamaciones de los supervisores carecen la independencia requerida por la Directiva 2013/11/UE, como demuestra su falta de efectividad en la protección del cliente financiero. No han evitado la judicialización en masa de las controversias financieras.
- La creación de un Sistema de resolución de litigios en el sector financiero forma parte de la regulación financiera, de ahí que la protección se extienda a todos los clientes financieros, sean o no consumidores. Esta extensión de la legitimación activa para reclamar no supone un incumplimiento a la dispuesto en la Directiva 2013/11/UE.

¹²⁹ Desde una perspectiva general y funcional se ha defendido que la flexibilidad y maleabilidad constituye una fortaleza de la figura que le ha permitido mantenerse en el tiempo. Cfr. CREUTZFELDT, N., “The role of ombuds – a comparative perspective”, en PALMER, M., MOSCATI, M. and ROBERTS, M. (ed.), *Research Handbook in Comparative Law: Comparative Dispute Resolution*, 2020, p. 390.

- El modelo de Twin Peaks que distingue entre un supervisor de solvencia y otro de conducta, no es una alternativa al Sistema de resolución de litigios dedicado a aplicar las normas de conducta.
- Se debería mejorar la sistemática del Proyecto de Ley, para regular primero el Sistema de resolución de litigios y después la Autoridad que se crea para gestionarlo.
- Se diseña así una Autoridad débil, como un apéndice de los supervisores, carente de potestades para marcar y ejecutar sus propias políticas. El Sistema dispone de garantías de imparcialidad, pero la Autoridad carece de independencia. Para asegurar su independencia se debería ampliar el número de consejeros electos para que sean mayoría.
- La Autoridad debe quedar habilitada para proponer al Gobierno modificaciones a las normas de conducta con el fin de impulsar las mejores prácticas financieras.
- El Sistema de resolución de litigios debe ser gratuito para el cliente financiero y está justificado que se financie por las entidades a través de tasas que desincentiven las malas prácticas.
- La Autoridad de defensa del cliente financiero debería asumir todas las potestades relacionadas con la defensa del cliente financiero entre las que destacan la educación e inclusión financiera. De este modo los supervisores podrían concentrar sus esfuerzos en garantizar la estabilidad del sistema financiero, la solvencia de las entidades y la transparencia del mercado.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A.: La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión, 2020.

ALBANESE, L, LECCI, M., *Report: ABF e ACF: deflattori o interpreti tecnici? Giurisprudenze a confronto*, 2019, p. 2 <https://www.dirittodelrisparmio.it/abf-e-acf-deflattori-o-interpreti-tecnici-giurisprudenze-a-confronto/>

ANNUNZIATA, F., *Retail Investment Strategy – How to boost retail investors' participation in financial markets*, European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs (ECON), junio 2023.

ARRUÑADA, B., “Comentario sobre la nueva Autoridad de Defensa del Cliente Financiero”, *Apuntes FEDEA* 2023/11, mayo 2023 ((Versión revisada de 5 de junio de 2023: “La protección administrativa de las relaciones financieras”, *Apuntes FEDEA* 2023/1, mayo 2023 <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2023/ap2023-11.pdf>).

BIARD, A., “Impact of Directive 2013/11/EU on Consumer ADR Quality: Evidence from France and the UK”, *Journal of Consumer Policy*, 2019, núm. 42, pp. 109–147.

CANDIAN, A., “Tutela del consumatore nei rapporti bancari”, en LLAMAS POMBO, E., MEZZASOMA, L., RANA, U., y RIZZO, F. (dirs.) *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria*, 2020, pp. 35-50.

CARRIERO, G. L., “L’Arbitro bancario finanziario”, *Questione Giustizia*, 3/2017, pp. 102-111, https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-arbitro-bancario-finanziario_469.php

CREUTZFELDT, N., “The role of ombuds – a comparative perspective”, en PALMER, M., MOSCATI, M. and ROBERTS, M. (ed.), *Research Handbook in Comparative Law: Comparative Dispute Resolution*, 2020.

DELLA NEGRA, F., *MiFID II and Private Law: enforcing EU conduct of business rules*, Bloomsbury Publishing, 2019.

ESTEBAN RÍOS, J., “El largo camino hacia la creación de una autoridad independiente para la protección del cliente financiero necesidad, funciones y cuestiones controvertidas”, *Revista de derecho del mercado de valores*, núm. 30, 2022, versión electrónica.

FAUCEGLIA, G., “L’esperienza dell’ABF manifestazione di una ‘pedagogía’”, *Banca, Borsa Titoli di Credito*, vol. 74, núm. 6, 2021, pp. 857-872.

GIL, G. y SEGURA, J., “La supervisión financiera: situación actual y temas para debate”, *Estabilidad financiera*, núm. 12, 2007, pp. 9-40.

GRANIER, C., *Les sources du droit financier: étude sur la singularité de la production de la norme financière*, 2023.

HERTOGH, M, WEVER, M. y MARSEILLE, B., “It’s All About the Money. Or Is It?”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2023.

Cfr. LIACE, G., “Il supporto della segreteria tecnica”, en Giuseppe CONTE (dir), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, pp. 157-161.

LIACE, G., *Diritto dei mercati finanziari*, 2023. ç

LIACE, G., “Cap. XI L’Arbitro Bancario Finanziario”, en F. ARATARI–G. ROMANO (dirs.), *Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali*, 2023, pp. 1385-1410.

LEVITIN, A.J., "The Consumer Financial Protection Bureau: An Introduction", *Review of Banking and Financial Law*, 32, núm. 2 (Spring 2013), pp. 321-370.

MAIMERI, F. “La definizione delle controversie concernenti i contratti dei risparmiatori davanti all'ABF” en F. CAPRIGLIONE (Dir.), *I contratti dei risparmiatori*. 2013, pp. 543-578.

MARTÍNEZ NADAL, A., “Soluciones jurídicas para la inclusión financiera de la tercera edad (más allá de los protocolos voluntarios)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 326, octubre-diciembre 2022.

MAUREGUI, M.R., “ADF e legittimazione a sollevare quesiti costituzionali”, en Giuseppe CONTE (dir), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, pp. 28-32.

MICKLITZ, H.-W., “The public and the private—European regulatory private law and financial services”, *European Review of Contract Law*, 2014, vol. 10, núm. 4, pp. 473-475.

MONTEMAGGIORI, F., “Considering the IDD Within the EU Legal Framework on ADR Systems”, en *Insurance Distribution Directive: A Legal Analysis*, 2021, pp. 327-347.

PONDEL, C., “Legitimacy in Australia's financial system external dispute resolution framework: New and improved or simply new?”. *UNSWLJ*, 2019, vol. 42, pp. 335-373.

RABANETE MARTÍNEZ, I., “Comentario al Anteproyecto de Ley de creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero: Posibles

problemas jurídicos y de aplicación de la norma”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, núm. 5, 2023, pp. 201-222.

SICLARI, D., “La tutela stragiudiziale in ambito bancario, finanziario e assicurativo: problemi e prospettive”, *Rivista Trimestrale di Diritto dell’Economia*, 2022, vol. 4, pp. 395-405.

SIRENA, Pietro, “ADR systems in the banking and financial markets”, en *Le tritement des difficultés des établissements bancaires et institutions financières. Approche croisée*. 2017. pp. 137-150.

STELLA, M., “L’ABF nel panorama europeo”, en Giuseppe CONTE (dir), *Arbitro bancario e finanziario*, 2021, pp. 43-71.

TUCCI, A., “L’Arbitro Bancario Finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione”, *Banca Borsa Titoli di Credito*, vol. 72, núm. 5, 2019, pp. 623-649.

VOET, S., CARUSO, S., D’AGOSTINO, A., y DETHIER, S., *Recommendations from academic research regarding future needs of the EU framework of the consumer Alternative Dispute Resolution (ADR)*, junio 2022.

WALLINGA, M., “EU Investor Protection Regulation and Liability for –Investment Losses”, *Studies in European Economic Law and Regulation*, Volume 20, 2020.

ZUNZUNEGUI, F., “Comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130, 2013, pp. 239-271.

ZUNZUNEGUI, F., “Remedios contractuales a la mala conducta bancaria”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, marzo 2021, pp. 63–114.

ZUNZUNEGUI, F., “Exclusión financiera: actuaciones y propuestas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 169, 2023, en línea.