

LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Mariliana RICO CARRILLO¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La contratación bancaria electrónica en la Ley Sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a Consumidores.* III. Los derechos del consumidor en la contratación bancaria electrónica. IV. *La inversión de la carga de la prueba sobre la celebración del contrato.* V. *Resolución extrajudicial de conflictos derivados de la contratación bancaria electrónica.* VII. *Especial referencia a los contratos bancarios electrónicos sobre servicios de pago.*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, la actividad bancaria ha experimentado una notable expansión gracias a la implantación de diversas técnicas de comunicación electrónicas entre las entidades bancarias y sus clientes. La aparición de Internet y el desarrollo de las redes de comunicación han facilitado los canales de comunicación, produciendo un importante impacto en la contratación de los servicios financieros en general, donde destacan los servicios bancarios. No obstante los avances experimentados en el sector, la contratación por medios electrónicos también ha generado dudas e incertidumbres en los consumidores en relación con las nuevas formas de contratación y la protección de sus derechos, situación que en algunos casos ha obstaculizado el desarrollo de la banca electrónica. Para solucionar estos inconvenientes, se han aprobado diversas legislaciones orientadas a proteger y regular la contratación bancaria electrónica cuando ésta se lleva a cabo con consumidores.

En el caso de España, la necesidad de regular la contratación bancaria electrónica se menciona por primera en la Ley 44/2002, del 22 de noviembre, de Medidas de Reforma al Sistema Financiero (Ley Financiera)². Este instrumento modifica el artículo 48 de la Ley

¹ Doctora en derecho mención Cum Laude por la Universidad Carlos III de Madrid; profesora titular de Derecho mercantil y Derecho de las nuevas tecnologías en la Universidad Católica del Táchira (Venezuela); profesora titular-visitante de Derecho mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid.

² BOE, núm. 281, del 23 de noviembre de 2002.

26/1988, del 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito,³ con objeto de facultar al ministro de Economía y Hacienda para regular las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica, con arreglo a normas que rigen la contratación electrónica. No obstante estas previsiones, es hasta 2007 cuando se produce la regulación de la actividad bancaria electrónica por vía legislativa, atendiendo al mandato de incorporación de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.⁴

La incorporación de la Directiva 2002/65/CE al derecho español se produce con la aprobación de la Ley 22/2007, del 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a Consumidores (en adelante LCDSFC)⁵. Aunque la LCDSFC es de aplicación a la contratación bancaria electrónica, hemos de precisar que no es una norma dedicada específicamente a regular este tipo de contratos, su ámbito de aplicación es más amplio, pues también abarca los servicios del mercado de valores y del mercado de seguros que se comercialicen a distancia. Dentro de los aspectos más importantes de la LCDSFC en materia de protección de los derechos de los consumidores en la contratación a distancia de servicios financieros destacan el establecimiento de las condiciones que deben aplicarse al derecho de información sobre el contrato, la introducción de las reglas generales sobre el derecho de desistimiento, el refuerzo de la protección en los pagos realizados mediante tarjetas y la atribución al proveedor de la carga de la prueba de la celebración del contrato y del cumplimiento de sus obligaciones.

En el desarrollo del presente artículo nos centramos principalmente en el estudio de las normas de la LCDSFC que regulan el derecho de información y el derecho de desistimiento, y su aplicación en el ámbito de la contratación bancaria electrónica. Las normas sobre protección de los pagos con tarjetas contenidas en la LCDSFC no son analizadas en esta oportunidad, ya que han sido derogadas tras la aprobación de la normativa especial reguladora de los servicios de pago. La regulación general aplicable a los pagos con tarjetas se encuentra actualmente en la Ley 16/2009, del 13 de noviembre, de servicios de pago,⁶ instrumento al cual haremos breve referencia en

³ BOE núm. 182 del 29 de julio de 1988.

⁴ DOCE L 271 del 9 de octubre de 2002.

⁵ BOE núm. 166, del 12 de julio de 2007.

⁶ BOE, núm. 275, del 14 de noviembre de 2009.

relación con su aplicación a la contratación bancaria electrónica cuando ésta tiene por objeto un servicio de pago.

II. LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA EN LA LEY SOBRE COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS DESTINADOS A CONSUMIDORES

La finalidad primaria de la LCDSFC responde a la necesidad de completar el proceso de transposición de la normativa comunitaria en materia de comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores.⁷ El objetivo principal, tanto de la Directiva 2002/65/CE como de la LCDSFC, se orienta hacia la adecuada protección de los consumidores en la contratación electrónica de servicios financieros⁸ (clientes bancarios, tomadores de seguros, inversores, etcétera), en razón de la mayor protección que debe otorgarse a los consumidores en este ámbito, dadas las especiales características de estos servicios y el uso de técnicas de comunicación electrónica en el proceso de contratación.

La importancia de este instrumento legal en el ámbito de la contratación bancaria electrónica radica precisamente en el carácter tuitivo que proporciona a los consumidores que contratan este tipo de servicios financieros utilizando mecanismos electrónicos en el proceso de contratación, desprovistos de protección específica hasta el momento de la aprobación de la LCDSFC⁹, lo cual resulta paradójico, si tomamos en cuenta que estos contratos conforman la mayoría de las operaciones que se realizan en forma electrónica. Recordemos el desarrollo que ha tenido la banca electrónica gracias a Internet.

⁷ Es necesario precisar que antes de la aprobación de la LCDSFC, la Directiva 2002/65/CE había sido incorporada parcialmente al ordenamiento jurídico español en el ámbito del sector asegurador. La aprobación de la regulación proveniente de la Directiva 2002/65/CE en materia de seguros tuvo lugar en 2003 a través de la Ley 34/2003, del 4 de noviembre de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de seguros privados (*BOE*, núm. 265, del 5 de noviembre de 2003). Estas normas han sido derogadas con motivo de la aprobación de la LCDSFC.

⁸ Así lo expresa la exposición de motivos de la LCDSFC, al indicar que "...lo más importante es la protección de los consumidores, ya que en otras disposiciones ya está asegurada la protección de los servicios financieros...".

⁹ Hablamos de protección específica de los consumidores en materia de contratación a distancia de servicios financieros, bien es sabido el cúmulo de normas que existen en el sector financiero destinadas específicamente a proteger la transparencia de las operaciones y la clientela en este ámbito.

La contratación bancaria electrónica se inserta en el marco de la LCDSFC. Dentro de los proveedores de servicios financieros sometidos al ámbito de aplicación de esta ley se mencionan las entidades de crédito, y dentro de este concepto se encuentran los bancos.¹⁰ En relación con los contratos, el artículo 3 de la LCDSFC dispone que la ley se aplicará a los contratos celebrados entre consumidores y proveedores de servicios financieros, cuando éstos utilicen exclusivamente técnicas de comunicación a distancia en la celebración del contrato.¹¹ Sobre este aspecto, es necesario precisar que la noción del contrato a distancia incluida en el texto legal se delimita sólo a la contratación electrónica. Esta situación se infiere del contenido del artículo 4.3 de la Ley 22/2007, cuando al delimitar su campo de aplicación material describe el contrato a distancia como aquel contrato en el que “...para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares”.

La definición trascrita pone de manifiesto la importancia de la condición de consumidor en el sujeto que contrata el servicio financiero. Para que la aplicación de la LCDSFC proceda, es necesario que el contrato se concluya con un consumidor, y que el medio empleado en la contratación sea electrónico. En relación con la noción de consumidor el último apartado del artículo 5 de la LCDSFC entiende por tal únicamente a las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o

¹⁰ La definición de “entidades de crédito” en el derecho español se encuentra en el artículo 1 del **Real Decreto Legislativo 1298/1986, del 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas. De acuerdo con esta norma, son entidades de crédito** el Instituto de Crédito Oficial, los bancos, las cajas de ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito, los establecimientos financieros de crédito y las entidades de dinero electrónico.

¹¹ Es de destacar que la LCDSFC es de aplicación no sólo a los contratos, sino también las ofertas relativas a los mismos, siempre que generen obligaciones para el consumidor. Aunque la Ley no lo diga en forma expresa, se entiende que esta disposición abarca las ofertas realizadas por el propio consumidor, bien es sabido que en el ámbito de los sistemas financieros es común que sea el propio consumidor quien solicite el servicio e inicie el proceso de contratación. Véase Fernández Pérez, Nuria, *La contratación electrónica de servicios financieros*, Madrid Marcial Pons, p. 245. Esta observación también es hecha por Carriazo Pérez en sus comentarios al Proyecto de LCDSFC, en palabras de esta autora: “...cuando se hace referencia a las obligaciones de la oferta...se debe contemplar la oferta hecha por el consumidor (lo que no es infrecuente en los casos en que preceda una *invitatio offerendum* por parte del proveedor que no contenga todos los elementos para ser calificada de oferta), de la que se puedan derivar obligaciones para él si hay aceptación del proveedor, pues de una oferta del proveedor sólo se derivan obligaciones para el consumidor si la acepta”. Véase. Carriazo Pérez De Gúzman, Tíscar, “El incumplimiento de los requisitos de información previa en el Proyecto de Ley de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a Consumidores”, en Madrid Parra, Agustín (dir.), y Guerrero Lebrón, María Jesús (Coord.), *Derecho patrimonial y tecnología*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 303.

profesional. La LCDFSC excluye de la noción de consumidor a las personas jurídicas.¹² Esta exclusión tiene importantes consecuencias en el ámbito de la contratación bancaria electrónica, ya que si el contrato se concluye entre una entidad bancaria y una persona jurídica, no será de aplicación la LCDSFC, a menos que las partes, de común acuerdo, dispongan lo contrario.

Entre los servicios financieros mencionados en la LCDSFC se encuentran los bancarios, de crédito y de pago. En relación con los servicios de pago, es importante mencionar que éstos han sido objeto de regulación posterior. El marco jurídico armonizado aplicable a estos servicios se encuentra actualmente previsto en la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE.¹³ Esta Directiva ha sido incorporada a la legislación española por conducto de la Ley 16/2009 de servicios de pago. En el apartado final de este trabajo hacemos una breve referencia a la relación entre estas normas y las disposiciones de la LCDSFC.

III LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA

Entre los principales derechos establecidos a favor del consumidor en el ámbito de la contratación electrónica de servicios financieros destacan el derecho a la información contractual y el derecho a desistir el contrato,¹⁴ cuyo análisis es desarrollado en los siguientes apartados

1. *El derecho a la información*

¹² La definición de “consumidor” contenida en la LCDSFC se restringe únicamente a las personas físicas, a diferencia de lo que sucede en la normativa general que regula a estos sujetos, donde también se consideran consumidores a las personas físicas, siempre que actúen con propósitos ajenos a su actividad empresarial o profesional; así lo establece el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

¹³ DOUE del 5 de diciembre.

¹⁴ La LCDSFC también regula la protección de los pagos con tarjetas, el envío de servicios no solicitados y las comunicaciones comerciales no solicitados. Por razones de espacio, nos hemos limitado al análisis del derecho de información y del derecho de desistimiento. Las normas que regulan la protección de los pagos con tarjeta en la contratación a distancia de servicios financieros fueron derogadas tras la aprobación de la Ley de Servicio de Pago.

Las normas sobre transparencia en las operaciones bancarias en protección de la clientela y el derecho de información en el ámbito del Derecho español existen desde hace algunos años.¹⁵ La novedad introducida en la LCDSFC sobre el derecho a la información radica en el carácter riguroso que se exige en el contenido de la información en razón de la condición de su destinatario final: el consumidor del servicio financiero (noción que difiere de la de cliente, aunque el consumidor también es un cliente de la entidad financiera).

En atención a la mayor protección que demandan los consumidores de los servicios financieros, la información que éstos deben recibir antes de la celebración del contrato debe ser lo más detallada y precisa posible. La LCDSFC, siguiendo la línea de la Directiva 2002/65/CE, establece un régimen riguroso en cuanto a la información que deben recibir los consumidores antes de la celebración del contrato. Esta exigencia se fundamenta en los escasos conocimientos del consumidor sobre la naturaleza tan heterogénea que abarca la noción de servicio financiero y las distintas categorías que pueden incluirse bajo tal denominación. Los consumidores normalmente no cuentan con la experiencia y los conocimientos necesarios para celebrar este tipo de contratos; lo que se agrava aún más en el entorno electrónico. Las complejidades técnicas, la ausencia de conocimientos, el elevado coste de los servicios financieros¹⁶ y los riesgos que conlleva este tipo de contratación justifican la rigurosidad del legislador en el establecimiento de la obligación de suministrar información al consumidor con anterioridad a la celebración del contrato.

A. *Contenido*

¹⁵ Véase la Circular 8/1990, del 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

¹⁶ Ancos Francos, Helena, “La protección de los consumidores en la comercialización a distancia de los servicios financieros: una perspectiva de derecho comunitario europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, 2001, p. 630.

En relación con el contenido de la obligación de información, hemos de apuntar que es bastante amplio,¹⁷ las exigencias establecidas en la LCDSFC tienen el carácter de mínimo¹⁸ y se refieren, básicamente, a cuatro categorías específicas:

a) Información sobre el propio proveedor. En este caso, la información sobre la entidad bancaria. Básicamente se debe incluir la identidad, la actividad, la dirección geográfica, los datos de registro y los datos de la autoridad de supervisión. Al tratarse de una entidad bancaria, la autoridad de supervisión es el Banco de España.

b) Información sobre el servicio financiero. Esta información debe incluir la descripción del servicio bancario que se va a comercializar en forma electrónica y sus principales características, el precio (con inclusión de todas las comisiones, cargas, impuestos y cualquier gasto adicional), y la advertencia de los riesgos especiales (escasa liquidez, posibilidad de no reembolso íntegro de fondos, etcétera).

c) Información sobre el contrato. En la información relativa al contrato se debe indicar la existencia o no del derecho de desistimiento, las condiciones y forma de ejercerlo, indicando una dirección postal o electrónica a la que debe dirigirse la información; la duración contractual mínima; la existencia de algún otro derecho (como la resolución del contrato), y las cláusulas relativas a la legislación aplicable y jurisdicción competente, entre otros aspectos.

d) Información en cuanto a los medios de reclamación e indemnización. Esta información se refiere a la mención sobre la existencia de sistemas de resolución extrajudicial de conflictos y la existencia de fondos de garantía u otros mecanismos de indemnización.

Además de la información básica, relacionada con el proveedor, el servicio financiero, el contrato y los medios de reclamación e indemnización, también se deberá suministrar al consumidor la información adicional establecida en la legislación

¹⁷ En esta oportunidad y por razones de espacio, nos referimos en general a las cuatro categorías indicadas en la LCDSFC, mencionando los aspectos básicos que deben ser incluidos en cada una de ellas. La información en detalle se encuentra especificada en el artículo de 7 la LCDSFC.

¹⁸ Así lo establece el artículo 7.1 de la LCDSFC, que indica lo siguiente: “El proveedor del servicio financiero deberá suministrar al consumidor, con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia, *al menos*, la información que a continuación se detalla...” (cursivas nuestras)

aplicable al tipo de servicio financiero objeto de la contratación a distancia, tal como lo dispone el artículo 8 de la LCDSFC.

B. Régimen especial en el caso de la contratación telefónica

Debido a la naturaleza del medio utilizado, el legislador español, siguiendo los principios establecidos en la Directiva comunitaria, establece un régimen específico cuando la contratación se lleva a cabo a través de telefonía vocal, en este caso, la información se reduce a un contenido mínimo.¹⁹

Las reglas que deben seguirse durante la comunicación telefónica son básicamente tres: a) al comienzo de la conversación, se debe indicar la identidad de la entidad bancaria y el fin comercial de la llamada; b) sólo se podrá suministrar la información mínima si el consumidor lo acepta en forma expresa, y c) una vez que se ha suministrado la información mínima especificada en la LCDSFC, se deberá indicar al consumidor la existencia de información adicional. Como bien puede observarse, el consentimiento del consumidor es fundamental en todas las fases de la comunicación telefónica, quien en primer lugar deberá aceptar la llamada, luego la recepción de la información básica y posteriormente la recepción de la información adicional; estos requisitos necesariamente deben cumplirse antes que el consumidor otorgue el consentimiento para la formación del contrato.²⁰

C. Las reglas sobre el envío de la información previa y las condiciones generales de contratación

El artículo 9 de la LCDSFC establece las reglas sobre la forma y el momento de envío de la información previa y las condiciones generales aplicables a la contratación bancaria electrónica. De acuerdo con esta norma, el proveedor del servicio financiero tiene el deber de comunicar al consumidor las condiciones contractuales y la información previa en soporte de papel u otro soporte duradero, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una

¹⁹ En este caso, la información a suministrar se concreta a la identidad de la persona que establece el contacto con el consumidor y su vinculación con el proveedor, la descripción del servicio financiero, el precio, las comisiones, gastos e impuestos y la existencia o no del derecho de desistimiento. El proveedor también debe informar al consumidor la existencia de información adicional disponible. (Artículo. 7.3, LCDSFC).

²⁰ Vid. Carriazo Pérez de Gúzman. Tíscar, "El incumplimiento de los requisitos...", cit., p. 303.

oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma las obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta.

La información precontractual es fundamental para que el consumidor del servicio financiero conozca de antemano las obligaciones que asumirá como consecuencia de la celebración del contrato, y desempeña una función esencial en cuanto a la formación del consentimiento, siendo, a su vez, un elemento que en definitiva proporciona un alto grado de seguridad jurídica en el ámbito contractual.²¹ Aunque la información precontractual carece de efecto vinculante para el consumidor, es un medio eficaz para que éste pueda ejercer la opción de elegir si decide o no contratar el servicio bancario; de ahí que el legislador haya sido lo suficientemente exhaustivo en determinar su contenido.

En cuanto al momento de suministrar la información previa, la LCDSFC no fija un término específico, el artículo 7.1 sólo dispone que ésta debe estar a disposición del consumidor "...con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia...". El artículo 9.1 exige al proveedor la obligación de comunicar todas las condiciones contractuales, así como la información previa, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato o a la aceptación de una oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma cualquier tipo de obligación. Ésta es la regla general, sin embargo, el artículo 9.2 permite el envío posterior --pero inmediato a la formalización del contrato-- cuando éste se hubiera celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales antes de la celebración del contrato. Éste sería el caso de la contratación telefónica o de una posible contratación utilizando el mecanismo de los mensajes de texto que ofrecen los teléfonos móviles. En estos supuestos, aunque la aceptación del servicio pueda hacerse a través de tecnologías como el SMS (*Short Message Service*), el medio empleado no se considera "...adecuado para la remisión de un completo clausulado al que debe acompañarse la

²¹ En opinión de la doctrina, el efectivo cumplimiento del deber de información previa "...supone un equilibrio entre las partes contractuales que comporta a su vez un mayor nivel de confianza para los usuarios, que suelen estar en una posición de inferioridad respecto de los empresarios" Véase. Vázquez de Ruano, Trinidad, "Seguridad electrónica en la fase precontractual. Un apunte desde el Derecho comunitario", en MADRID PARRA, Agustín (dir.), *Derecho patrimonial y tecnología*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 265.

información requerida”.²²En todo caso consideramos que sí se debe comunicar la información previa -en forma resumida- cuando se utilicen estos instrumentos. Recordemos que al regular la contratación mediante telefonía vocal, el propio legislador, en atención al medio utilizado, permite una reducción en el contenido de la información; lo que también podría aplicarse a los mensajes de texto.

En relación con la forma de suministro de información previa, el artículo 9.1 indica que tanto ésta como las condiciones generales de contratación deben ser enviadas en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor; por lo tanto, no se trata simplemente de poner la información a disposición del consumidor, lo cual podría cumplirse fácilmente a través de la inserción de la información en la página web de la entidad bancaria. La norma exige que tanto la información como las condiciones generales sean enviadas al consumidor, en este caso el medio más apropiado sería el correo electrónico, aunque la LCDSFC también menciona el fax.

El concepto de soporte duradero lo encontramos en el artículo 6 de la LCDSFC, que se refiere a los instrumentos técnicos utilizados en la comercialización a distancia de servicios financieros. De acuerdo con esta norma, se considera soporte duradero a “...todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada”. Esta definición reproduce el contenido del artículo 2 f), Directiva 2002/65/CE, y es acorde con sus principios. Sobre este aspecto, estimamos importante destacar que el Considerando 20 de esta Directiva ilustra con ejemplos lo que puede entenderse por soporte duradero, incluyendo en esta noción los disquetes informáticos, los CD ROM y los discos duros de los ordenadores en los que están almacenados los correos electrónicos, también las memorias de alta densidad y cualquier otro dispositivo que permita el almacenamiento de la información pueden incluirse en esta noción. A los efectos de la Directiva, una dirección de Internet no es considerada un soporte duradero, salvo que satisfaga los criterios establecidos en dicho concepto, lo cual es difícil de cumplir, ya que el carácter

²² Véase Carriazo Pérez de Gúzman, Tíscar, “El incumplimiento de los requisitos...”, *cit.*, p. 304.

dinámico y cambiante propio de las páginas web puede impedir el almacenamiento y recuperación de la información en los términos exigidos por la ley.

No obstante lo indicado en el párrafo precedente, nada impide que el proveedor del servicio bancario inserte la información previa y las condiciones generales de contratación en su página web,²³ y que el consumidor las almacene posteriormente en un soporte duradero; sin embargo, para cumplir a cabalidad la obligación de información establecida en la LCDSFC, el proveedor debe enviar las condiciones al consumidor. Recordemos que el concepto de “soporte duradero” incluido en el artículo 6 de la LCDSFC se refiere a la posibilidad de almacenamiento, recuperación y reproducción de la información “...dirigida personalmente al consumidor”.

Como ya indicamos, la comunicación a que se refiere el artículo 9.1 de la LCDSFC puede hacerse en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor. La utilización del correo postal o el mismo fax, daría cumplimiento al requerimiento del envío en papel; el uso del correo electrónico, satisfaría la exigencia del soporte duradero, toda vez que éste permite que el consumidor almacene la información en las condiciones establecidas en la ley.

Independientemente de la técnica utilizada y del momento de envío de las condiciones contractuales y la información previa, consideramos importante resaltar que el artículo 9.3 de la LCDSFC otorga al consumidor el derecho de solicitar, en cualquier momento de la relación contractual, las condiciones contractuales en soporte de papel.

2. *El derecho de desistimiento*

Aun cuando las reglas sobre el derecho de desistimiento estaban contempladas en el ordenamiento jurídico español, en el ámbito de la contratación electrónica de servicios financieros, antes de la aprobación de la LCDSFC, su aplicación se restringía únicamente al sector de los seguros por disposición de los antiguos artículos 6 *bis* y 83

²³ Sobre la inclusión de información en sus páginas web, consideramos importante recordar el contenido de la Circular 3/2001 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que obliga a las entidades de crédito a que ofrezcan la posibilidad de realizar operaciones a través de Internet, a incluir la información referente al tablón de anuncios en sus páginas web, citando la dirección de Internet en la que pueda consultarse.

de la Ley del Contrato de Seguros.²⁴ Recordemos que la Directiva sobre contratación a distancia de servicios financieros sólo había sido incorporada al Derecho español en el ámbito del sector asegurador. Con la aprobación de la LCDSFC, las reglas aplicables al derecho desistimiento se extienden a todos los servicios financieros comercializados en forma electrónica, incluyendo, por tanto, la contratación bancaria.

A. Procedencia y plazos

El derecho de desistimiento, denominado como tal en forma acertada por el legislador español,²⁵ se encuentra establecido en el artículo 10 de la LCDSFC. De acuerdo con esta norma, el consumidor dispondrá de un plazo de 14 días naturales para desistir del contrato financiero a distancia, sin indicación de motivos y sin penalización alguna

El derecho de desistimiento contiene una amplia variedad de excepciones contempladas en el artículo 10.2 de la LCDSFC, en cuyo caso el consumidor no podrá dejar sin efecto el contrato.²⁶ Estas excepciones se basan en la naturaleza propia de algunos servicios financieros, como aquellos cuyo precio dependa de las fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no puede controlar (operaciones de cambio de divisas, instrumentos del mercado monetario, valores negociables, etcétera).²⁷

A pesar de la importancia que adquiere el establecimiento del derecho de desistimiento en el ámbito de la contratación a distancia de servicios financieros con consumidores, es necesario destacar que ante la variedad de servicios que pueden ser

²⁴ Estos artículos fueron incorporados a la **Ley 50/1980 del 8 de octubre, de Contrato de Seguro en 2003, atendiendo a lo dispuesto en la Ley 34/2003, del 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. La aprobación de la LCDSFC produjo la derogación de las citadas normas. En la actualidad, las reglas sobre el derecho de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros se encuentran establecidas en el artículo 10 de la LCDSFC.**

²⁵ Sobre este aspecto, consideramos necesario destacar que la Directiva no habla de “derecho de desistimiento”, aludiendo en su lugar a la “rescisión del contrato”. Como es sabido, se trata de términos que implican efectos diferentes. En este caso, lo correcto es hablar de desistimiento y no de rescisión, pues para que la rescisión proceda, la parte que la alega tiene que haber sufrido un perjuicio económico, y éste no es el caso del derecho de desistimiento, en el cual el consumidor, libremente, sin explicación de motivos y sin penalización alguna, puede desistir del contrato.

²⁶ La lista de las excepciones es exhaustiva y no conviene detenernos en el análisis de cada una de ellas, simplemente mencionamos a título de ejemplo algunas de las más importantes. El lector puede consultar esta lista en el artículo 10.2 de la LCDSFC.

²⁷ El régimen de excepciones también se extiende al caso de algunos seguros, como los de viaje o equipaje, de una duración inferior a un mes, a los contratos que se hayan ejecutado en su totalidad antes del vencimiento del plazo (órdenes de transferencia y operaciones de gestión de cobro) y a los planes de pensiones, entre otros.

objeto de estos contratos, no en todos los casos el consumidor tiene la facultad de desistir libremente del acuerdo; el legislador, en protección también del sistema financiero, ha contemplado una serie de situaciones donde no procede el derecho de desistimiento. Las especiales características de algunos servicios, como los de cambio de divisas, y las particularidades de algunos contratos, cuya ejecución total se produce en forma simultánea a la celebración de acuerdo con la petición expresa del consumidor (como sucede en las transferencias de fondos y las operaciones de gestión de cobro) justifican el establecimiento del régimen de excepciones.

Bajo ninguna circunstancia puede considerarse que el consumidor se encuentra desprotegido en estos casos, ya que la ley también contempla el deber de informar, antes de la celebración del contrato, sobre la existencia o no del derecho de desistimiento. Lo importante es que el consumidor conozca en el momento previo de asumir las obligaciones derivadas del servicio financiero, si luego podrá o no desistir del acuerdo concluido con la entidad bancaria. Si el contrato no es objeto de desistimiento y el proveedor ha incumplido el deber de informar esta situación, procederá la nulidad del contrato, tal como lo dispone el artículo 9.4 de la LCDSFC.

El inicio del cómputo del plazo para ejercer el derecho de desistimiento varía según las circunstancias que rodean la contratación. Si el consumidor ha recibido la información previa y las condiciones contractuales, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contarse desde el día de la celebración del contrato. Si el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información contractual previa, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contarse desde el día en que reciba la citada información, tal como lo establece el párrafo tercero del artículo 10.1 de la LCDSFC.²⁸

²⁸ Las disposiciones de la LCDSFC, a diferencia de otras normas tuitivas del consumidor en otro tipo de contratación, no establecen ninguna medida alternativa para solucionar los inconvenientes que pudieran derivarse de la indeterminación del plazo para ejercer el derecho de desistimiento ante el incumplimiento de la obligación del proveedor de suministrar la información previa a la celebración del contrato. De acuerdo con la regulación contenida en el artículo 10 de la LCDSFC, el contrato seguiría vigente y también abierto el plazo para que el consumidor lo deje sin efecto hasta que el proveedor cumpla el deber de información. Sobre esta situación consideramos conveniente recordar que el artículo 1 de la LCDSFC declara de aplicación a la contratación electrónica de este tipo de servicios, las disposiciones de la **Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM)** que se refieren a los contratos negociados a distancia. La regulación de los contratos a distancia, contenida originalmente en la LOCM, fue incorporada en el título III del libro II del TRLGDCU. La aplicación de las normas que regulan el derecho de desistimiento, específicamente del artículo 71.3 del TRLGDCU, permite concretar el plazo para el ejercicio de este derecho cuando el proveedor no ha cumplido su obligación de informar. La norma dispone que en este caso el plazo

B. Forma de ejercicio

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.3 de la LCDSFC, el consumidor que ejerza este derecho, lo habrá de comunicar al proveedor, antes de que finalice el plazo correspondiente, en los términos previstos en el contrato (recordemos que el artículo 7.3 exige incluir dentro de la información contractual previa, la existencia y duración del derecho de desistimiento y las condiciones para ejercerlo). Esta comunicación habrá de hacerse por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación de cualquier modo admitido en derecho; por lo tanto, la forma de ejercitarlo es a través de una comunicación en soporte de papel o electrónico, donde el consumidor simplemente exprese su deseo de desistir del contrato.

Tratándose de un contrato electrónico, lo normal es que esa comunicación sea enviada por el consumidor por cualquier medio electrónico que tenga a su alcance (correo electrónico, fax, mensajes de texto a través de teléfonos móviles, etcétera). No obstante el calificativo de contrato electrónico, la propia LCDSFC también permite el ejercicio del derecho de desistimiento en soporte de papel.

La LCDSFC no impone el uso de ninguna formalidad, lo importante es que el sistema utilizado permita dejar constancia del día en que la notificación fue enviada a efectos de determinar si el consumidor ejerció el derecho de desistimiento en el plazo establecido en la Ley. Todos los sistemas mencionados permiten dejar constancia del envío del mensaje. En entornos electrónicos, para mayor seguridad, podría solicitarse un acuse de recibo, aunque no es estrictamente necesario, toda vez que el artículo 10.3 de la LCDSFC permite la prueba de la notificación por "...cualquier medio admitido en Derecho" y la simple constancia del envío del mensaje sirve como medio para probar que éste fue enviado en el plazo legalmente establecido para ejercer el derecho de desistimiento.

En cuanto al momento en que la notificación del desistimiento produce efecto, el artículo 10.3 indica textualmente lo siguiente: "Se considerará que la notificación ha

será de tres meses contados desde la celebración del contrato. Si en cualquier momento de los tres meses el proveedor cumple la obligación de información, el inicio del plazo para desistir del contrato comenzará a contarse desde el día que el proveedor cumpla tal obligación. Estas consideraciones han sido objeto de estudios previos. Véase. Rico Carrillo, Mariliana, "El derecho de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 108, octubre de 2009.

sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, *y se envía antes de expirar el plazo*” (cursivas nuestras). De acuerdo con esta disposición, la comunicación que contiene la declaración del consumidor de desistir del contrato surte efecto cuando “se envía” antes del vencimiento del plazo legal para el ejercicio de dicho derecho. Como ya indicamos, la notificación puede realizarse utilizando el correo tradicional (soporte de papel), si éste es el medio escogido, la fecha del envío vendrá determinada por el sello impuesto al sobre en la oficina de correos. En los demás casos, será el sistema electrónico utilizado por consumidor el que registre los datos del envío.

La LCDSFC nos habla del envío de la comunicación como único requisito para ejercer el derecho de desistimiento. En entornos electrónicos, enviar una notificación implica la expedición de la comunicación. En este punto es importante mencionar las reglas de expedición contenidas en el artículo 10.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que indican que “la comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de este...”.²⁹ En consecuencia, enviar la comunicación consiste en realizar “...toda la conducta necesaria para que el mensaje de datos o la notificación electrónica de que se trate salga de la esfera de control –el sistema electrónico- del remitente con destino a la esfera de control –el sistema electrónico- del destinatario”.³⁰ La regla del envío adquiere especial importancia en el ámbito de la contratación electrónica, ya que cambia las pautas sobre el momento en que produce efecto una notificación electrónica. En opinión de la doctrina más autorizada, la innovación producida implica un cambio radical de criterio en punto a la determinación del momento en que resulta eficaz una notificación negocial efectuada en soporte electrónico.³¹

²⁹ *Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2007, pp. 66-67.

³⁰ Véase Villegas Ortiz, R., “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica”, *Derecho y Tecnología*, núm. 9, enero-diciembre del 2007 p. 17.

³¹ *Ibidem*, p. 18.

Esta regla es conforme con la finalidad de la LCDSFC, que no es otra que la protección de los derechos del consumidor. La introducción del criterio del envío de la comunicación como el momento eficaz para considerar que ésta ha sido realizada, definitivamente, favorece al consumidor, ya que de él dependerá la carga de la prueba del envío, y será su sistema electrónico el que recogerá la información completa relativa a la salida de su esfera de control del mensaje de datos enviado.³²

C. Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento

El artículo 11 de la LCDSFC determina los efectos que produce el ejercicio del derecho de desistimiento tanto para el consumidor como para el proveedor (en nuestro caso, la entidad bancaria). En relación con el consumidor, la norma dispone que cuando éste ejerza el derecho de desistimiento, solamente estará obligado a pagar la parte del servicio financiero prestado hasta el momento del desistimiento. Sobre este aspecto, es importante resaltar que, en algunos casos, las previsiones de la LCDSFC impiden al proveedor exigir pago alguno al consumidor (ni siquiera por la parte del servicio prestado), esto sucede cuando el proveedor ha incumplido su obligación de informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento y la forma de ejercerlo o cuando ha iniciado la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el periodo de desistimiento; así lo dispone el segundo apartado del artículo 11 de la LCDSFC.

El reembolso al consumidor deberá hacerse a la mayor brevedad posible, dentro de un plazo máximo de 30 días naturales. La entidad bancaria deberá reembolsar cualquier cantidad que haya percibido del consumidor con arreglo a lo establecido en el contrato a distancia; el cómputo de este plazo se iniciará a partir del momento en que el proveedor reciba la notificación del desistimiento.

Aun cuando la comunicación del desistimiento surte efecto desde el mismo momento del envío, el plazo para dar cumplimiento a la obligación de reembolso no se inicia en este momento, sino a partir del día en que el proveedor reciba la notificación

³² En opinión de Illescas Ortíz, en razón de su condición tuitiva, el criterio del envío no debe generalizarse; en concreto, no debe aplicarse a la contratación electrónica entre empresarios, sino únicamente a la contratación electrónica entre empresarios y consumidores. Véase Illescas Ortíz, R., “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia...”, *cit.*, p. 20.

del desistimiento. Si el consumidor hace la notificación por vía electrónica, lo más probable es que la entidad bancaria la reciba el mismo día, recordemos que de acuerdo con las normas contenidas en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico de 1996 (LMUCE), adoptadas en la *Ley 34/2002*, del 11 de julio, de *Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (LSSICE),³³ un mensaje de datos se tiene por recibido cuando entra en el sistema de información del destinatario;³⁴ si la comunicación se envía a través del correo electrónico, lo normal es que sólo transcurran algunos segundos entre el envío y la recepción del mensaje. En este caso se aplica la teoría de la recepción, pero sólo para el cómputo del inicio del plazo para el cumplimiento de la obligación del proveedor de devolver las cantidades pagadas por el consumidor. Es lógico que la ley se refiera a la recepción de la notificación como el día de inicio del plazo establecido para dar cumplimiento a la obligación de reembolso, ya que es en este momento cuando la entidad bancaria conoce la voluntad del consumidor de dejar sin efecto el contrato. Si el consumidor ha optado por la vía postal para ejercer su derecho, tendrá que esperar un poco más para recibir el reembolso, ya que el plazo comenzará a contarse a partir del día en que la entidad bancaria reciba la comunicación en papel, del desistimiento.

De acuerdo con el tercer apartado del artículo 11 de la LCDSFC, el consumidor que ejerce el derecho de desistimiento está obligado a devolver cualquier cantidad que haya recibido de la entidad bancaria (intereses, por ejemplo) con motivo de la celebración del contrato. En este caso, el consumidor dispone de un plazo de 30 días naturales, que se cuentan a partir de la notificación del desistimiento, en otras palabras, del envío de la comunicación. Nuevamente nos encontramos con el criterio del envío para iniciar el cómputo del plazo que el consumidor tiene para reembolsar cualquier cantidad que haya recibido del proveedor con motivo de la celebración del contrato. También es lógico que el legislador haya considerado como día de inicio para el cómputo de este plazo el momento de envío de la comunicación, finalmente se trata de

³³ BOE, núm. 166, del 12 de julio 2002.

³⁴ De acuerdo con los principios establecidos en el artículo 15 de la LMUCE, un mensaje de datos se tendrá por recibido cuando entre en el sistema de información del destinatario de dicho mensaje. Siguiendo el contenido de esta disposición, el artículo 28.2 de la LSSICE dispone lo siguiente: “Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones”.

una obligación cuyo cumplimiento recae sobre el consumidor, que es quien está dejando sin efecto el contrato.

La norma que obliga al consumidor a devolver las cantidades recibidas con motivo de la celebración del contrato se inserta en la ley con la finalidad de evitar enriquecimientos injustos que puedan favorecer económicamente al consumidor que ejerce el derecho de desistimiento en perjuicio del proveedor. De no existir una norma de tal naturaleza, sería muy atractivo para el consumidor dejar sin efecto un contrato en el que no tiene ni siquiera el deber de justificar su decisión y, al mismo tiempo, le produjera un incremento en su patrimonio.

IV LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Con la finalidad de aumentar la protección de los consumidores en el ámbito de la contratación electrónica de servicios financieros, el artículo 17 de la LCDSFC atribuye al proveedor no sólo la carga de probar el cumplimiento de las obligaciones que le incumban en materia de información al consumidor, sino también del consentimiento otorgado por éste para la celebración del contrato, y cuando proceda, también para su ejecución.³⁵

Esta norma, si bien cumple la finalidad establecida en la LCDSFC de reforzar la protección al consumidor, es fuertemente criticada por la doctrina, al considerarla desproporcionada, ya que al producir el efecto de invertir la carga de la prueba, el consumidor podría alegar los derechos de un contrato que no ha celebrado, correspondiéndole a la entidad bancaria probar esta circunstancia.³⁶En el caso de

³⁵ La norma es del siguiente tenor: “Corresponderá al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumban al amparo de esta Ley, en materia de información al consumidor, así como del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución”.

³⁶ Esta situación es advertida por Illescas Ortíz, quien considera que esta norma “...llega demasiado lejos cuando impone la carga de probar la existencia del contrato convenido a distancia solo a una de sus partes –el proveedor u ofertante de SF-: su contraparte, un consumidor, por tanto, podría abusivamente ejercitar y reclamar ante los tribunales todos los derechos derivados para su persona de un contrato que nunca ha celebrado y cuya existencia y contenido pudiera conocer íntegramente en virtud de la obligación de información con la que la propia ley carga al proveedor...”. Véase Illescas Ortíz, R., “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia... *cit.*”, p. 25. Ramos Herranz, ya advertía la elevada protección del contenido de esta norma en el análisis realizado a la entonces Propuesta de Directiva sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros con Consumidores. Véase, Ramos Herranz, Isabel, “Contratación bancaria electrónica”, en Botana García, Gema Alejandra (Coord.): *Comercio electrónico y protección de consumidores*, Madrid, La Ley, 2001, p.815.

incumplimiento de los deberes del proveedor, si el consumidor alega incumplimiento, es el mismo proveedor quien debe probar que ha cumplido con las obligaciones impuestas en la ley. Sobre este aspecto, consideramos importante destacar que el artículo 15 de la Directiva 2002/65/CE, que origina este precepto, es de carácter facultativo de los Estados miembros,³⁷ no obstante esta posibilidad, el legislador español ha optado por imponer la carga de la prueba al proveedor en razón del alto carácter tuitivo que una disposición de esta naturaleza otorga al consumidor.

En relación con la inversión de la carga de la prueba, y nuevamente con la finalidad de asegurar la protección del consumidor en esta materia, la disposición adicional primera de la LCDSFC (en cumplimiento de la obligación establecida en el apartado segundo del artículo 15 de la Directiva 2002/65/CE, que considera abusiva la cláusula que imponga al consumidor la carga de la prueba del cumplimiento de la totalidad o de parte de las obligaciones del proveedor),³⁸ produjo una modificación importante en la antigua Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), al añadir un nuevo apartado (el 19 bis) a la disposición adicional primera de esta Ley.

En concordancia con lo previsto en el artículo 17 de la LCDSFC, el antiguo artículo 19 bis de la LGDCU, incluyó en el listado de cláusulas abusivas un nuevo supuesto, atribuyendo tal carácter a cualquier cláusula contenida en el contrato que imponga al consumidor la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la norma que los regula. La LGDCU fue objeto de una refundición normativa que se produjo en 2007 con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de

³⁷ La norma textualmente dice lo siguiente: "...los Estados miembros *podrán* disponer que la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que incumban al proveedor en materia de información del consumidor, así como del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución, *pueda* recaer en el proveedor." (cursivas propias). La única obligación atribuida al proveedor de servicios financieros en materia de carga de la prueba por disposición de la Directiva 2002/65/CE, se encuentra incluida en el apartado 3 del artículo 7, que regula el pago del servicio prestado antes de la rescisión (desistimiento, en realidad) que indica que el proveedor no podrá exigir pago alguno del consumidor, a menos que pueda demostrar que el consumidor ha sido debidamente informado del importe adeudado.

³⁸ En este caso la redacción del dispositivo sí es imperativa, situación que se desprende del contenido textual de la norma, que es del tenor siguiente: "Tendrá la consideración de cláusula abusiva con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, toda cláusula contractual por la que se establezca que la carga de la prueba del cumplimiento, por parte del proveedor, de la totalidad o de parte de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente Directiva, recae en el consumidor."

noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) ³⁹. El antiguo artículo 19 bis de la LGDCU es el actual artículo 88.3 del TRLGDCU. De acuerdo con este precepto, se considerará abusiva toda cláusula que imponga al consumidor "...la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia". La inclusión de una cláusula de esta naturaleza en las condiciones generales de los contratos sobre servicios financieros será considerada nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta, sin afectar la validez del contrato, tal como lo dispone el artículo 83.1 del TRLGDCU.

V. RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS DERIVADOS DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA ELECTRÓNICA

En relación con la resolución de los posibles conflictos que pudieran surgir entre la entidad bancaria y el consumidor con motivo del contrato, el artículo 16 de la LCDSFC establece que las partes podrán resolver sus conflictos extrajudicialmente, sometiéndose a sistemas arbitrales de consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial que figuren en la lista que publica la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores que respeten los principios establecidos en la normativa comunitaria, así como los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros.⁴⁰

El sistema de arbitraje de consumo beneficia a los consumidores en el entendido que se trata de un procedimiento simple, rápido y seguro, en respeto al principio de la legalidad.⁴¹ Tratándose de un servicio comercializado electrónicamente, lo ideal es que en el sistema de resolución de conflictos se apliquen las mismas técnicas.

³⁹ BOE, núm. 287, del 30 de noviembre de 2007.

⁴⁰ En las cláusulas contractuales que establecen los recursos disponibles se deben incluir los procedimientos de reclamación ante el servicio de atención al cliente, y la mención a la figura del comisionado para la Defensa de Servicios Bancarios, organismos creados por la Ley Financiera para proteger a los clientes y usuarios de los servicios bancarios. En estas cláusulas también se debe especificar el plazo y el procedimiento a seguir para presentar una reclamación. En la mayoría de los casos, los contratos bancarios incluyen cláusulas que permiten que las reclamaciones se hagan a través de procedimientos electrónicos, facilitando el trámite al cliente.

⁴¹ El sistema arbitral de consumo se caracteriza por "... su simplicidad y antiformalismo... se resuelve se resuelve sin sujeción a normas rigurosas de procedimiento y no es precisa la protocolización notarial del laudo.

En España, las normas que regulan el sistema de arbitraje de consumo se encontraban originalmente contenidas en el Real Decreto 636/1993 del 17 de diciembre, por el que se regula el sistema arbitral de consumo,⁴² modificado por el Real Decreto 231/2008, del 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDSAC)⁴³. Este instrumento introduce una importante reforma en el ámbito que nos ocupa, ya que permite en forma expresa que el procedimiento arbitral se lleve a cabo a través de mecanismos electrónicos.

En relación con el arbitraje de consumo aplicable a la resolución de conflictos entre prestadores y consumidores de servicios financieros, el apartado 2 del artículo 16 de la LCDSFC dispone que tanto los órganos arbitrales de consumo como los órganos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros⁴⁴ que intervengan en la resolución de este tipo de reclamaciones tendrán la obligación de cooperar en la resolución de los conflictos de carácter transfronterizo que se produzcan a nivel intracomunitario, a través de la “Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros” (FIN-NET)⁴⁵ o cualquier otro mecanismo habilitado al efecto.

También se define por su especialidad, administrativización, voluntariedad, gratuidad y celeridad...”. Véase Pereda Gámez, Francisco Javier, “Normas de alcance arbitral y jurisdiccional de la Directiva sobre Comercio Electrónico”, en Botana García, Gema Alejandra (coord.), *Comercio electrónico y protección de consumidores*, cit., p. 700.

⁴² BOE núm. 121, del 21 de mayo de 1993.

⁴³ BOE núm. del 25 de febrero de 2008.

⁴⁴ En el sector bancario, el órgano de protección de los clientes previsto en la Ley Financiera es el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios.

⁴⁵ La Red FIN-NET (Financial Service Network) fue creada en febrero de 2001 con la finalidad de facilitar las reclamaciones transfronterizas relacionadas con la prestación de servicios financieros derivadas de los posibles conflictos que pudieran surgir entre los proveedores y los consumidores de dichos servicios, cuando el proveedor esté establecido en un Estado miembro y el consumidor tenga su residencia en otro Estado miembro. A través de FIN-NET, el consumidor puede contactar con el organismo de denuncia extrajudicial de su país (en el caso de España el Sistema de Reclamaciones del Banco de España), quien le suministrará la información necesaria sobre la red de denuncias y sobre el sistema alternativo de resolución de conflictos del Estado miembro donde esté establecido el proveedor de servicios financieros. El organismo del país de residencia del consumidor también puede asistirlo en la tramitación de la denuncia, interponiéndola directamente o remitiéndola al sistema de resolución de conflictos del país del proveedor del servicio financiero. Para garantizar la efectiva protección de los consumidores de servicios financieros en las transacciones transfronterizas, los miembros de FIN-NET han celebrado un Memorandum de acuerdo sobre una red de denuncias transfronterizas extrajudiciales en el ámbito de los servicios financieros en el espacio económico europeo, con la finalidad de crear un procedimiento de cooperación transfronteriza y establecer los principios fundamentales para la resolución extrajudicial de conflictos. El memorándum incluye una declaración de intenciones, según la cual los órganos aplicarán las normas de calidad recogidas en la Recomendación 98/257 de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. Un estudio amplio sobre FIN-NET y los ADR (Alternative Dispute Resolution) en Europa puede consultarse en Pérez Millá, Javier, “Sistemas ADR y protección de los consumidores de servicios financieros en la Unión Europea: FIN-NET”, en VV.AA., *Temas actuales de derecho comercial*, Editora Normas Legales, Trujillo, Perú, 2004, pp.529-554. En España, el folleto que contiene la información sobre FIN-NET y la guía para el

VI. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS BANCARIOS ELECTRÓNICOS SOBRE SERVICIOS DE PAGO

Como indicamos en la primera parte de este trabajo, la contratación sobre servicios de pago ha sido objeto de regulación especial. En el derecho español, esta regulación se encuentra contenida en la Ley 16/2009 sobre servicios de pago (en adelante LSP). En razón de la importancia de estos servicios en el sector bancario, consideramos necesario realizar una breve referencia al régimen aplicable a la contratación bancaria electrónica de servicios de pago. La relación entre la LCDSFC y LSP se pone de manifiesto cuando la contratación del servicio de pago se hace a través de medios electrónicos; en estos casos, se deberán cumplir las disposiciones contempladas en ambas legislaciones.⁴⁶

Aunque la LSP no contiene normas específicas orientadas a regular la contratación electrónica, en su ámbito de aplicación se incluye el régimen de transparencia e información aplicable a la contratación de servicios de pago, así como la especificación de las obligaciones de usuarios y proveedores en relación con la prestación y utilización de estos servicios. Por mandato de la Directiva sobre servicios de pago, las obligaciones de proveedores y usuarios en relación con los servicios de pago deben incluirse en la información previa y en las condiciones generales de contratación.

Entre los aspectos más importantes de la normativa sobre servicios de pago destaca la regulación del denominado “contrato marco”, orientado a establecer las condiciones de prestación de estos servicios.⁴⁷ Uno de los contratos más frecuentes en la práctica bancaria sobre servicios de pago es el contrato de emisión de tarjetas. Hasta el momento de la aprobación de la Directiva sobre servicios de pago, los contratos de emisión de instrumentos electrónicos de pago sólo habían sido objeto de regulación en

consumidor se encuentran disponibles en la página web del Banco de España, <http://www.bde.es/servicio/reclama/es-FINNET-GUIDE.pdf>.

⁴⁶ En el Considerando núm. 22 de la Directiva sobre servicios de pago pone de manifiesto la relación entre el contenido de esta norma y las disposiciones de la Directiva sobre contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en particular en lo que se refiere a los requisitos de información precontractual.

⁴⁷ La Directiva sobre servicios de pago regula en general el denominado “contrato marco”, definido en el artículo 4 como “...un contrato de servicio de pago que rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas y que puede estipular la obligación de abrir una cuenta de pago y las correspondientes condiciones”. Este concepto es reproducido en el artículo 2 de la LSP.

diversas recomendaciones de la Comisión Europea.⁴⁸ No obstante los avances que pudiera representar la elaboración de este tipo de normas, las medidas adoptadas en las recomendaciones citadas resultaron insuficientes,⁴⁹ de ahí la importancia de establecer una regulación jurídica de carácter vinculante aplicable a este tipo de contratos.

En cuanto a las partes del contrato, nos encontramos, de un lado, con el proveedor del servicio de pago (en nuestro caso la entidad bancaria),⁵⁰ y del otro, con el usuario (que puede ser un empresario o un consumidor). Siguiendo las orientaciones de la norma comunitaria, la LSP distingue entre el usuario y el consumidor. El artículo 2 define al “usuario” como la persona física o jurídica que hace uso del servicio de pago, la noción incluye empresarios y no empresarios. El concepto de “consumidor” es más restringido, a los efectos de la citada ley, sólo se consideran consumidores a las personas físicas que en los contratos sobre servicios de pago actúen con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional. La distinción entre usuarios y consumidores adquiere especial importancia en el ámbito de la protección jurídica otorgada, al tratarse de un consumidor, la protección será mayor⁵¹. Las reglas incluidas

⁴⁸ En particular, cabe mencionar la Recomendación 87/598/CEE de la Comisión, del 8 de diciembre de 1987, sobre un código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (relaciones entre financieros, comerciantes-organismos prestadores de servicios y consumidores); la Recomendación 88/590/CEE de la Comisión, del 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y, en particular, a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas, y la Recomendación 97/489/CE de la Comisión de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de estos instrumentos

⁴⁹ Esta situación se pone de manifiesto en el propio texto de la Directiva sobre servicios de pago. El Considerando núm. 3 declara que las medidas adoptadas con anterioridad a la aprobación de la Directiva, contenidas en diferentes disposiciones comunitarias, donde se mencionan las citadas recomendaciones, son insuficientes. El problema que se presenta con la normativa contenida en una recomendación es que carece de efecto vinculante. En el ámbito del derecho comunitario europeo, las recomendaciones son instrumentos jurídicos que se limitan a establecer una conducta a seguir por sus destinatarios. La falta de efecto vinculante de las recomendaciones que regulan los contratos de emisión de tarjetas ha producido, en algunos casos, vulneraciones a los derechos de los usuarios derivados de la introducción de cláusulas abusivas en este tipo de contratos. Sobre este aspecto consideramos necesario mencionar que el Tribunal Supremo español en la sentencia 792/2209 de la Sala I del 16 diciembre de 2009 declaró el carácter abusivo de un importante número de cláusulas incluidas en diferentes contratos bancarios, entre los que se encuentran los contratos de emisión de tarjetas. El texto de la sentencia está disponible *on line*. En: <http://sentencias.juridicas.com/docs/00318000.html>.

⁵⁰ El artículo 4 de la LSP faculta a las entidades de crédito, a las entidades de dinero electrónico, a las entidades de servicios de pago y a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos para actuar como proveedores de servicios de pago. El Banco de España, la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales también podrá actuar como proveedores de servicios de pago, cuando no actúen en su condición de autoridad pública.

⁵¹ La diferencia entre la tutela otorgada por la normativa respecto de los consumidores y los sujetos que no ostentan tal condición proviene de la Directiva sobre servicios de pago. En el considerando núm. 20 se pone de manifiesto tal situación, al indicar que los consumidores y las empresas no se encuentran en la misma posición, por lo tanto, no deben disponer del mismo nivel de protección. Las disposiciones orientadas a garantizar los derechos de los consumidores no pueden ser derogadas por mutuo acuerdo entre las partes. La Directiva sobre servicios de pago establece un régimen de excepciones al cumplimiento de determinadas obligaciones, sólo cuando el contrato se concluya con usuarios no consumidores, y siempre que medie acuerdo entre las partes.

en la LSP permiten a las partes acordar que no se apliquen ciertos preceptos de la ley, entre los que se encuentran los que regulan las condiciones de transparencia y los requisitos de información aplicables a los servicios de pago, cuando el contrato se realice con una persona jurídica.

Entre los sujetos que pueden ser proveedores de servicios de pago mencionados por la Directiva sobre servicios de pago y la LSP se encuentran las entidades bancarias. La normativa sobre servicios de pago también establece una serie de obligaciones que deben cumplir estos sujetos en relación con el derecho de información previa a la celebración del contrato. Al tratarse de una contratación electrónica sobre un servicio de pago con un consumidor, la entidad bancaria deberá cumplir, por una parte, las reglas establecidas en la LCDSFC en cuanto a la contratación electrónica, y por la otra, la normativa especial contemplada en la LSP, en cuanto a la prestación del servicio de pago. Sobre este aspecto, consideramos necesario destacar que el artículo 8 de la LCDSFC que establece los requisitos adicionales de información aplicables a la contratación electrónica de servicios financieros, fue modificado con la aprobación de la LSP. La nueva redacción del precepto en cuestión obliga a las entidades financieras que suministren servicios de pago, a cumplir las reglas especiales en materia de transparencia de condiciones y requisitos de información contenidas en la LSP y en sus disposiciones de desarrollo, cuando éstas sean aplicables.

La LSP también regula las obligaciones de las partes que se derivan del contrato marco, constituyendo esta regulación un avance significativo en cuanto a la protección de los usuarios de los servicios de pago. En el título IV de la LSP, orientado a regular los derechos y obligaciones en relación con la utilización de los instrumentos de pago, se determinan en forma específica las obligaciones de emisores y usuarios de los instrumentos de pago electrónicos, y se establecen las normas de responsabilidad en caso de operaciones de pago no autorizadas o fraudulentas. Aunque las normas que rigen las condiciones de transparencia y los requisitos de información aplicables a los servicios de pago en el derecho español se encuentran sujetas a un posterior desarrollo reglamentario, consideramos necesario puntualizar que las especificaciones sobre las obligaciones de las partes y el régimen de responsabilidad también deben estar contenidas en la información previa y en las condiciones generales de contratación, tal como lo dispone la Directiva sobre servicios de pago.