

Directiva (UE) 2023/2673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE
[DOUE L 2023/2673, de 28-XI-2023]

MODERNIZANDO LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS A DISTANCIA

1. INTRODUCCIÓN

La expansión del mundo digital se ha convertido en una tendencia imparable. La vida del consumidor discurre de un modo cada vez más relevante a través de las redes, desenvolviéndose en todo tipo de escenarios y contextos contractuales y transaccionales. Uno de esos nuevos contextos es, señaladamente, el relativo a la contratación de productos y/o servicios financieros [cfr. cons. 15 de la Dir. (UE) 2023/2673], sector particularmente sensible dada la relevancia económico-social de la financiación en la vida del consumidor. Habiendo demostrado ya el mundo analógico ser una suficiente fuente de problematización en materia de contratación financiera, la intermediación de medios digitales y su celebración a distancia promete traer consigo aún mayores dificultades.

En última instancia, la garantía de la comprensión íntima del clausulado por parte del consumidor debe admitirse como una utopía irrealizable, razón por la cual la legislación vigente se viene conformando con conseguir la plena comprensibilidad del servicio mediante el uso de relevantes obligaciones de información, a menudo contempladas en legislación regulatoria sectorial para cada tipo de producto. A ello se dedica una importante panoplia de instrumentos a nivel UE, donde destacan especialmente la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial; el Reglamento (UE) 2019/1238, relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales; la Directiva 2014/92/UE, sobre cuentas de pago; la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros; la Directiva (UE) 2016/97, sobre la distribución de seguros; la Directiva 2009/138/CE, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II); y la Directiva (UE) 2023/2225, relativa a los contratos de crédito al consumo.

2. LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2023/2673

Como sugiere ya el propio título de la norma comentada, la regulación sectorial vigente no se ve alterada ni modificada por la regulación contenida en la Directiva

2023/2673 (cons. 16, y, a modo de ejemplo, arts. 16 bis, apartado 10; 16 ter, apartado 6; o 16 quinquies, apartado 5), que adquiere un claro carácter residual, dificultando previsiblemente una transposición cómoda por parte de los diferentes Estados miembros y, particularmente, en España, dada la actual estructura y redacción del Texto Refundido para la Defensa de Consumidores y Usuarios, RD-legislativo 1/2007 (en adelante TRLGDCU).

Entrando propiamente en la finalidad de la norma, se explicita claramente en el considerando 14: incorporar a la Directiva 2011/83/UE, de Protección del Consumidor, un capítulo específico dedicado a la contratación a distancia de servicios financieros, acabando así con la falta de conexión entre la Dir. 2011/83/UE ya mencionada y la norma hasta ahora vigente en la materia, la Dir. 2002/65/CE (Cons. 9), que queda coherentemente derogada [art. 2 de la Dir. (UE) 2023/2673]. El motivo aducido para dicho efecto es precisamente que la anterior normativa excluiría de regulación algunos productos básicos para el consumidor y absolutamente habituales como la cuenta de ahorro-vivienda o el régimen general del crédito al consumo.

Ahora bien, la Directiva (UE) 2023/2673 incluye un contenido adicional a la contratación a distancia de servicios financieros, y es que incorpora, además, y con carácter general, un régimen de desistimiento a través de interfaces en línea común a toda contratación a distancia y no exclusivo de la contratación a distancia de servicios financieros.

Este régimen general del desistimiento en la contratación mediante interfaces (cfr. cons. 37) se encontraría en un nuevo art. 11 bis, que se crea en la Dir. 2011/83/UE por mandato del art. 1 de la Directiva 2023/2673. De acuerdo a dicho precepto, cuando la contratación a distancia (se omite toda referencia a los servicios financieros; cfr. apartado 1) se estructure bajo la forma de un interfaz en línea, será necesario incorporar una «función de desistimiento» en el propio interfaz, etiquetada con la expresión «desistir del contrato aquí» o cualquier otra equivalente lo suficientemente clara, que deberá permanecer visible y destacada durante la vigencia de todo el periodo de desistimiento. El consumidor debe poder completar o confirmar (en el caso de que los hubiera consignado ya) tres sencillos datos de identificación (de su persona, del contrato y de los medios de confirmación del desistimiento), debiendo introducirse como paso adicional de salvaguarda de la voluntad del consumidor una fase de confirmación ulterior de la solicitud de desistimiento presentada. El resultado tangible de este procedimiento ha de ser un acuse de recibo consignando todos los datos del consumidor, contrato, fecha y hora a efectos de verificar y probar el ejercicio en tiempo y forma del derecho a desistir. La idea básica es que el consumidor pueda desistir del contrato con la misma facilidad con que lo contrató (cons. 37).

Por lo que respecta a la regulación de la contratación de servicios financieros a distancia, conviene explicitar que el carácter residual de la normativa operaría de forma desdoblada, distinguiendo claramente, de un lado, las obligaciones de información precontractual y, de otro, el derecho de desistimiento, tanto en ejercicio como en su faceta de información precontractual. De este modo, el cons. 21 proporciona

una elocuente descripción del funcionamiento supletorio de la norma: allí donde exista normativa específica, regirá aquella con carácter general, si bien cuando la normativa específica no contenga regulación sobre el derecho de desistimiento deberá aplicarse el régimen que estudiaremos a continuación; y a la inversa: allí donde exista un régimen específico de desistimiento prevalecerá aquel, pero si no hubiera normativa de información precontractual sectorial vigente, se aplicará la de la directiva con carácter general.

Un sistema, por tanto, de supletoriedad parcial que busca que el régimen general opere siempre como un complemento de la normativa específica. Queda, sin embargo, una cuestión con textura abierta y es la posibilidad de emplear la normativa general, sea de información precontractual o de desistimiento, en relación con aquellos aspectos que, no estando en la normativa especial específicamente regulados, sí se encuentran contemplados en la general, como puede ser el caso de la regulación de patrones oscuros que aparece en el art. 16 sexies y que difícilmente se encontrará contemplado en normativa nacional anterior, dada la relativa novedad de la materia. Empero, la redacción de los considerandos sugiere que el legislador está pensando en una complementariedad en bloque, es decir, suplir la falta de información precontractual *in totum* o la falta de desarrollo del derecho de desistimiento en su conjunto y no tanto en una complementariedad granular como la que aquí nos planteamos.

La nueva regulación opta por crear un nuevo Capítulo III bis donde se integraría toda la regulación y que se complementaría con una selección de preceptos. De este modo serían aplicables de forma longitudinal a este peculiar régimen jurídico normas sobre su objeto (art. 1), definiciones (art. 2), prevalencia de las disposiciones específicas de otros actos de la Unión que regulen sectores específicos (art. 3.2), nivel de armonización plena (art. 4), requisitos de información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea (art. 6 bis), prohibición de cargar a los consumidores tasas por el uso de determinados medios de pago que superen el coste asumido por el comerciante (art. 19), y un largo etcétera de materias enumeradas en el art. 1 ter, introducido en la Dir. 2011/83/UE. La idea de fondo es generar un régimen paralelo al desistimiento general e inserto bajo el paraguas de la normativa de protección del consumidor.

Las principales novedades introducidas se detallan a lo largo de cinco preceptos, cada uno de los cuales aborda una materia, así el art. 16 bis se ocupa de información precontractual, el 16 ter acoge el régimen de desistimiento, el art. 16 *quater* se encarga del pago de la ejecución del contrato antes del periodo de desistimiento, el art. 16 quinquies de las explicaciones adecuadas y el art. 16 sexies abarca los patrones oscuros en la contratación de servicios financieros a distancia. Parece que art. 16 bis y quinquies se encontrarían particularmente interrelacionados, conformando un bloque relativo a la información precontractual del que participa parcialmente el derecho de desistimiento. Un segundo bloque estaría conformado por los apartados ter y *quater* del art. 16, que componen la base para el ejercicio adecuado del derecho de desistimiento. Y, por último, el art. 16 sexies conformaría un tercer ámbito sobre el que actúa la directiva, conectado tácitamente con el nuevo art. 11 bis ya comentado.

Comenzando por el bloque de información precontractual, el art. 16 bis se configura como fiel trasunto del art. 3 de la anterior Dir. 2002/65 [DE MIGUEL ASENSIO, P. A. 2023: «Novedades en la regulación de los contratos en línea en la Directiva (UE) 2023/2673». *La Ley Unión Europea*, diciembre de 2023, n.º 120). Dentro del abundante contenido informativo a proporcionar —que recuerda al ya vigente en el art. 6 de la Directiva 2011/83/UE—, se impone la obligación de dar datos de identificación y localización del contratante (identidad y actividad principal del empresario o de su comitente, dirección geográfica del establecimiento y datos de contacto, datos de contacto a efectos de reclamación, datos de registro que existan sobre el empresario y, en su caso, datos sobre la autorización) y datos sobre el objeto de contratación (descripción de las principales características del producto, del precio total del contrato, consecuencias de pagos atrasados o impagos, advertencia de si el producto implica un nivel especial de riesgo, indicación de la posibilidad de que existan impuestos o costes no incluidos, limitaciones a la validez de la información, modalidades de pago, costes adicionales posibles, existencia o no de derecho de desistimiento y un largo etcétera). Destaca especialmente, por su novedad, la obligación de informar sobre si el precio ha sido fijado de forma personalizada mediante un sistema automatizado al efecto.

En función de la antelación con que se proporcione la información (más o menos de un día) deberá el empresario remitir información específica a modo de recordatorio sobre el derecho de desistimiento en el plazo de 1 a 7 días posteriores a la celebración del contrato (art. 16 bis, apartado 5). De modo relevante, con salvedad a cierta información trascendental, se permite que el empresario estructure la información por niveles de importancia con el objeto de guiar al consumidor en la lectura y facilitarle la formación de un consentimiento con conocimiento de causa. Sobre estos extremos los Estados miembros tienen un cierto margen de maniobra pese al carácter de armonización plena de la reforma (cons. 4 y art. 4 Dir. 2011/83); concretamente para adaptar la información a la lengua nacional (art. 16 bis, apartado 2), pero también para imponer un nivel más riguroso de cumplimiento (art. 16 bis, apartado 9).

La obligación de información se completa con la exigencia de «explicaciones adecuadas» sobre el objeto del contrato (art. 16 quinquies), que habrán de presentarse de forma gratuita y previa a la celebración del contrato y versar, al menos, sobre una serie de elementos tales como la información precontractual obligatoria, las características esenciales del contrato y sus servicios accesorios, así como los efectos específicos que previsiblemente el contrato tendrá sobre el consumidor (art. 16 quinquies, apartado 1), quedando derogado nuevamente el principio de armonización plena para permitir una adaptación de las obligaciones a las circunstancias nacionales (apartado 2). De igual forma se reconoce el derecho del consumidor a solicitar la intervención humana en la fase precontractual y en ciertos casos también en la postcontractual (apartado 3), siendo una regulación, la que habrá de establecerse, que deberá serlo sin perjuicio de la normativa sectorial vigente en materia de contratación financiera sobre explicaciones adecuadas (apartado 5).

Por lo que se refiere al derecho de desistimiento (art. 16 ter y *quater*), segundo pilar estructural de la norma, debe indicarse que se mantiene el plazo común de catorce días naturales (art. 16 ter, apartado 1), tomando como *dies a quo* el día en que el consumidor celebre el contrato o reciba las condiciones contractuales e información necesaria, lo que ocurra más tarde, y, si no llegara a recibir dicha información obligatoria, se computará un plazo alternativo de doce meses y catorce días como plazo máximo de expiración del derecho de desistimiento. El plazo general se ampliará a treinta días naturales cuando el objeto de contratación se relacione con pensiones personales.

Del régimen de desistimiento quedan excluidos los servicios financieros para consumidores cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados, pólizas de seguros de viaje o equipaje y pólizas de seguros a corto plazo (de duración inferior a un mes), así como contratos ejecutados en su totalidad antes de expirar el plazo de desistimiento a solicitud expresa del consumidor (art. 16 ter, apartado 2). El resto del régimen reproduce *mutatis mutandis* el general de la Directiva 2011/83 con la particularidad de que, nuevamente, en caso de que exista regulación sectorial sobre el derecho de desistimiento, prevalecerá aquella sobre esta.

Ejercido el desistimiento, solamente procede el cobro de los servicios realmente prestados por el comerciante, sin que los importes puedan ni superar la parte proporcional del servicio ya prestada en relación con el total del contrato ni tampoco guardar una desproporción tal como para ser considerada una penalización (art. 16 *quater*, apartado 1). Los Estados miembros podrán, sin embargo, establecer la exoneración total del deber de pago del consumidor.

Finalmente, el régimen se cierra con la prohibición de diseñar, organizar o gestionar interfaces en línea de modo tal que puedan inducir a error, manipular a los consumidores destinatarios de los servicios, distorsionar o mermar de manera sustancial la capacidad que tienen para tomar decisiones libres e informadas, debiendo abordar, al menos, una de las siguientes conductas en la transposición: 1) favorecer algunas opciones sobre otras (por ejemplo, resaltar el botón de confirmar y no el de rechazar); 2) solicitar reiteradamente la toma de una decisión que ya se ha tomado (ejemplo clásico la constante reiteración de aceptar las cookies); 3) hacer que el procedimiento de finalización o baja de un servicio sea más difícil que contratarlo (art. 16 sexies). Los Estados miembros están facultados para incrementar el nivel de protección, siempre respetando la normativa sectorial de la Unión en la materia que el propio texto menciona.

3. ALGUNAS CUESTIONES DE TRANSPOSICIÓN

La oportunidad de la norma difícilmente podrá discutirse, es evidente que existe una necesidad de reformar el régimen de la Directiva 2002/65 y adaptarla a la contratación en línea. El principal problema que plantea la normativa es que, siendo relativamente sencillo ubicar la nueva regulación dentro del marco de la Directiva 2011/83/UE,

traducir el lenguaje y estructura de la norma al TRLGDCU de un modo coherente, que no permita el surgimiento de aporías y que garantice una adecuada incardinación de los contenidos, se antoja complicado. En primer lugar, se plantea el problema de que el art. 11 bis sobre interfaces en línea se aplica con carácter general y, por tanto, debe aparecer inserto dentro del Libro segundo, previsiblemente en el Capítulo II del Título I, dedicado al derecho de desistimiento.

El resto de la normativa deberá ir en un capítulo específico dedicado a la contratación a distancia de servicios financieros, ahora bien, la peculiar relación supletoria con que pretende diseñarse el régimen en la directiva puede plantear importantes problemas de traslación en el ámbito nacional, dada la multiplicidad de normas e instrumentos que disciplinan la contratación de servicios financieros y con los que mantener una concordancia y una coherencia explícitas puede resultar complejo. De otro lado, introducir una cláusula de remisión genérica solventa problemas de sistematicidad, pero dificulta la aplicación y, por tanto, la eficacia de la norma, pudiendo, incluso, suscitar problemas de compatibilidad con la directiva, dado el carácter de armonización plena de la normativa y a que este únicamente se exceptúa respecto de la regulación sectorial europea.

Estas y otras complejidades explicarían el plazo de transposición ciertamente generoso otorgado por el art. 2 de la Directiva (UE) 2023/2673: hasta el 19 de diciembre de 2025, con una *vacatio* aplicativa hasta el 19 de junio de 2026.

Marcos CRUZ GONZÁLEZ
Doctor en Derecho
Profesor sustituto de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
macrugo@usal.es