

NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO

Nicolás Bárcena Suárez

Profesor asociado de Derecho Mercantil

Universidad de Oviedo

Resumen: Tras varios años de una creciente conflictividad jurídica en el sector financiero, se pretende crear una autoridad administrativa para la mejor protección de los intereses del cliente. Con esta idea se da cumplimiento a lo recogido en la disposición adicional primera de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo

Los cambios que acomete el anteproyecto resultan de gran ambición. Entre los más destacables, tenemos, por un lado, la unificación de los servicios de reclamaciones de los diferentes organismos supervisores del sector financiero (BE, CNMV y DGS) y centralizarlos en dicha autoridad. Por otro lado, se pretende solucionar la claudicante eficacia de las resoluciones de este tipo de servicios haciendo que las resoluciones de esta autoridad tengan carácter vinculante cuando el importe reclamado sea inferior a 20.000 euros.

El anteproyecto muestra interés por la relación precontractual que se configura entre el cliente y cualquiera de los proveedores de servicios financieros y reconoce expresamente la relación asimétrica entre las partes. Otras cuestiones como las posibles sanciones por reclamaciones temerarias o el escaso desarrollo que muestra el prelegislador por la educación financiera serán objeto de análisis y reflexión.

Abstract: After several years of growing legal conflict in the financial sector, the aim is to create an administrative authority for the best protection of the client's interests. This idea complies with what is contained in the first additional provision of Law 7/2017, of November 2, which incorporates Directive 2013/11/EU, of May 21, into the Spanish legal system, regarding Alternative resolution of consumer disputes.

The changes that the draft bill undertakes are highly ambitious. Among the most notable, we have, on the one hand, the unification of the claims services of the

different supervisory bodies of the financial sector (BE, CNMV and DGS) and centralizing them in said authority. On the other hand, it is intended to solve the faltering effectiveness of the resolutions of this type of services by making the resolutions of this authority binding when the amount claimed is less than 20,000 euros.

The preliminary draft shows interest in the pre-contractual relationship that is set up between the client and any of the financial service providers and expressly recognizes the asymmetric relationship between the parties. Other issues such as the possible sanctions for reckless claims or the scant development shown by the pre-legislator for financial education will be the object of analysis and reflection.

Title: Need and timeliness of the draft law for the creation of the independent administrative authority for the defense of the financial customer

Palabras clave: consumidores, reclamación financiera, cliente financiero, organismos supervisores, *ombudsman* financiero

Keywords: consumers, financial claims, financial client, supervisory bodies, financial ombudsman

SUMARIO: 1. OPORTUNIDAD DEL ANTEPROYECTO 1.2. Procedimientos MASC /ADR. 2. OBJETIVO DE LA NORMA 3. ASPECTOS FORMALES. 3.1. Procedimiento de reclamación. 3.2. Plazos y resolución de reclamaciones. 4. SANCIONES Y AUSENCIA DE POSTULACIÓN. 5. ABUSIVIDAD DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES. 5.1. Ámbito subjetivo de aplicación. 5.2. Responsabilidad en fase precontractual. 6. CONCLUSIONES

1. OPORTUNIDAD DEL ANTEPROYECTO

El cotejo de los datos de los diversos servicios de reclamaciones de los organismos supervisores nos indican un adecuado funcionamiento que goza de la confianza de la clientela financiera -por el elevado número de consultas, reclamaciones y quejas que se tramitan- y cuenta con la intervención de un personal técnico solvente para el desarrollo de sus funciones¹. El detalle, la profundidad y el análisis de las mencionadas memorias de los diferentes servicios suponen una selección de datos, criterios jurídicos e interpretaciones normativas de máximo interés que resultan enormemente útiles tanto en su vertiente práctica como en un análisis más académico. En mi opinión, constituyen un magnífico instrumento que permite

¹ Como señalan las memorias de los diferentes servicios de reclamaciones del Banco de España en el siguiente enlace que se acompaña: <https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/informes-y-memorias-anuales/memoria-de-reclamaciones/>, Comisión Nacional del Mercado de Valores (Cuya Memoria anual puede consultarse con detalle en la siguiente dirección de su página web aquí: <http://www.cnmv.es/Portal/Publicaciones/PublicacionesGN.aspx?id=23>, o la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que también dispone de una memoria anual a través del siguiente enlace: <http://www.dgsfp.mineco.es/es/Paginas/20210726MemoriaReclamaciones.aspx>. Destaca esta labor PALÁ LAGUNA, R., "El anteproyecto de ley de creación de la Autoridad Administrativa de Defensa del Cliente Financiero", *Análisis Gómez Acebo y Pombo*, servicios financieros, abril 2022, pág.2.

interpretar el comportamiento de los operadores del sector financiero de manera sobresaliente.

A modo de ejemplo, los datos² que contiene la memoria de reclamaciones del Banco de España (En adelante BE) del año 2021 nos muestran un progresivo aumento del número de éstas (34.330 reclamaciones frente a las 21.320 del año 2020) así como un ligero incremento de consultas. A su vez, los clientes han visto satisfechas³ sus reclamaciones un 73% de las ocasiones que han terminado vía informe o directamente por allanamiento de la entidad reclamada. El servicio de reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (En adelante CNMV) recibió en 2021 1.254 escritos y el de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (En adelante DGSFP) también ha notado un ligero incremento en su actividad al tramitar un total de 11.818 expedientes en 2021 frente a los 10.002 de 2020

Por tanto, a la vista de estas consideraciones, la pretensión última del legislador, al margen de adecuarse a los pedimentos del entorno europeo, parece encaminada a la creación de medios que permitan liberar la pesada carga de trabajo que sufren los juzgados y tribunales. En este sentido, veremos que la labor de la autoridad va a ir más allá del ámbito de actuación tradicional de estos servicios y va a abarcar cuestiones que antes estaban vedadas para su conocimiento. Cabe añadir que la litigación en el ámbito del sector financiero, al margen de su exponencial crecimiento en los últimos años, ha experimentado lo que me permito denominar una "cronificación" de asuntos en temas que afectan a productos del sector financiero. Por ello, y por su expresa mención en el anteproyecto, considero importante comenzar hablando de los procedimientos alternativos (o adecuados) de solución de conflictos.

El nuevo escenario que se nos plantea recoge la figura del *Ombudsman* financiero. Dicha figura ya formaba parte de una vieja aspiración de varias directivas europeas⁴ que promulgaban la efectividad de este instrumento para resolver las reclamaciones de los consumidores en los diversos sectores que operan en el mercado financiero.

1.2. Procedimientos MASC / ADR

Durante los últimos años hemos visto aflorar en España diversas medidas acerca de los denominados "métodos alternativos de solución de controversias", conocidos por su acrónimo de MASC (o ADR, acrónimo de *Alternative Dispute Resolution*). Uno de los hitos legislativos más relevantes está cristalizando en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal y del Servicio Público de Justicia que, en su exposición de motivos, consagra una vieja idea de la ilustración que dice así: "Antes de entrar

² Se pueden consultar dichos datos en los enlaces facilitados en la nota precedente.

³ Conviene matizar que la memoria indica que los clientes han visto satisfechas sus pretensiones "de alguna manera", desconozco el alcance de dicha afirmación, pero entiendo que sugiere la conformidad de los clientes, aunque no se haya satisfecho su interés de una manera completa.

⁴ Vid. THOMAS, D. Y FRIZON, F., "Resolving disputes between consumers and financial businesses: Fundamental for a financial ombudsman. A Practical guide based on experience in western Europe", *The World Bank, Global Program on Consumer Protection and Financial Literacy*, January 2012, pág.22.

en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia” indicando, de esta manera, el controvertido requisito de procedibilidad que integra el mencionado Proyecto y que se convierte en el elemento estrella de la norma.

La discusión acerca del instrumento adecuado para resolver disputas frecuentes que, normalmente, no tienen una complejidad técnica extraordinaria ni una cuantía económica elevada⁵, ha transitado entre soluciones de ámbito privado como podría ser la mediación u otras de carácter público, como es la actividad de juzgados y tribunales.

Para saber si el método alternativo que propone el anteproyecto de ley puede satisfacer las exigencias del requisito de procedibilidad debemos acudir al artículo 4 del Proyecto de Ley,⁶ que en su segundo párrafo considera que se cumple dicho requisito “si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras normas”, por tanto, podemos entender que el sistema diseñado en el anteproyecto cumpliría con lo solicitado en el Proyecto de Ley. Lo contrario carecería de sentido.

Fruto de esta reverdecida pasión negociadora de nuestro legislador se aborda también con misma perspectiva el anteproyecto de ley que nos ocupa. Algunas dudas asoman por este súbito interés en los MASC y la posible dejación del artículo 24 CE acerca de la tutela de los derechos por un tribunal técnico y profesional. A esto hay que añadir el ahorro económico que se produce para las arcas del Estado, ya que, la creación de juzgados y tribunales exige una elevada dotación presupuestaria en funcionarios e infraestructuras, sin embargo, el peso económico de los MASC recae sobre el sector privado. No es objeto de este trabajo arrojar nuevos debates acerca de la oportunidad de la implementación de los MASC, pero si formular algunas preguntas atinentes acerca de su encaje en el sistema financiero y, en definitiva, su oportunidad como complemento de la administración de justicia.

La implementación satisfactoria en España de procedimientos ADR en el terreno del consumo financiero ha tenido tímidos y escasos pasos legislativos hasta el momento. Actualmente, se parte de una falta de cultura generalizada a la hora de acudir a estos remedios por la ausencia de incentivos que reciben tanto los consumidores, por un

⁵ Las denominadas *small claims* en el contexto anglosajón como refiere RAMSAY, I., *Consumer Protection. Text and materials*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1989, pág. 129.

⁶ Artículo 4. Requisito de procedibilidad. (última consulta 10 de septiembre de 2022).

1. En el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el artículo 1. Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar.

Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras normas, pero que cumpla lo previsto en los capítulos I y II del título I de esta ley o en una ley sectorial. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva de acuerdo con este Título.

lado, como las entidades financieras⁷ por otro. Sin embargo, para lograr paliar esa falta de interés por el público interesado, se van introduciendo nuevas normas en nuestro ordenamiento que persiguen andar ese camino.

De esta manera, se establece en el Título I el sistema institucional de resolución extrajudicial de conflictos que comprende a la propia Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero (En adelante AAIDCF) y los servicios de atención a la clientela de las entidades financieras. La normativa que afecta a este sistema institucional abarca la ley que regula la AAIDCF, lo dispuesto en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE nº 281, de 23/11/2002) y, supletoriamente, la ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (BOE nº 268, de 4/11/2017). La disposición adicional primera de la Ley 7/2017 es la que habilita la creación de la AAIDCF.⁸ Por otro lado, la esencia del proceso de reclamación no se altera en absoluto. Se somete la controversia entre la entidad y el cliente ante una autoridad administrativa para que la resuelva conforme a la normativa al efecto. A este respecto cabe preguntarse si una mera modificación de la anterior legislación hubiese sido suficiente.

2. OBJETIVO DE LA NORMA

La exposición de motivos del anteproyecto resulta muy clara acerca del objetivo declarado por el prelegislador y anuncia que persigue “complementar” el sistema institucional de reclamaciones creando una única autoridad, autónoma e independiente que dicte resoluciones con celeridad y que tengan carácter vinculante. A su vez, pasarán a integrarse en la Autoridad los distintos servicios de reclamaciones de los organismos supervisores (BE, CNMV, DGSFP). El artículo 1 del anteproyecto matiza esta pretensión definida en la exposición de motivos y añade a la creación de la autoridad el establecimiento de un sistema de resolución extrajudicial de conflictos y el impulso de la educación financiera. Con estos objetivos declarados, el legislador

⁷ Vid. ESTANCONA PÉREZ, A. A., *La protección de los usuarios de servicios financieros. Mecanismos de prevención y control*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2020, págs. 133 y 134.

⁸ Disposición adicional primera. Las entidades de resolución alternativa en el ámbito de la actividad financiera.

1. Para la resolución, con carácter vinculante o no, 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, con competencias en este ámbito. Esta ley obligará a las entidades financieras a participar en los procedimientos ante dicha entidad de resolución alternativa de litigios para el ámbito de su actividad. El resto de entidades acreditadas que den cobertura a reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos, podrán conocer igualmente de este tipo de litigios, siempre que ambas partes se hayan sometido voluntariamente al procedimiento.

2. A estos efectos, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales, en el plazo de ocho meses desde la entrada en vigor de esta ley, un proyecto de ley que regule el sistema institucional de protección del cliente financiero, así como su organización y funciones.

3. Hasta que entre en vigor la ley prevista en el apartado anterior, 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.

espera mejorar la protección de los operadores financieros, la seguridad jurídica, la transparencia, la inclusión de colectivos vulnerables y, en definitiva, la calidad de los servicios financieros como bien común de la sociedad.

De esta manera, se aprecian con claridad tres componentes que serán los grandes cambios que establezca el anteproyecto de ley, así:

- a) Unificación de servicios de reclamaciones para conformar una única autoridad
- b) Emisión de resoluciones con celeridad
- c) Que dichas resoluciones tengan carácter vinculante

En caso de aprobarse finalmente la norma pretendida lo que se produce es un acercamiento a la figura del "*financial ombudsman*" que supone la creación de una autoridad independiente pero coordinada con los supervisores financieros quienes, hasta el momento, eran los que resolvían las reclamaciones y consultas planteadas por los clientes de las entidades financieras. Similitud que se ve acrecentada en lo atinente a la forma de desarrollar el procedimiento de reclamación y en cuanto a las cantidades que han de abonar las entidades financieras por cada asunto que sea admitido en la Autoridad – ambos apartados que veremos más adelante-.

La accesibilidad se convierte en un factor fundamental y los mecanismos de resolución de controversias, que simplifican flemáticos procedimientos con repuestas ágiles pero fundadas, gozan del beneplácito y la confianza de los consumidores⁹. De esta manera, las mejoras que promete el anteproyecto convergen¹⁰ con los planes ya anunciados desde instancias europeas que buscan una protección más global de los clientes financieros y una unificación de la capacidad de respuesta por parte de los organismos supervisores de los países miembros de la Unión.

La respuesta, a su vez, de la Unión Europea, pasa por una coordinación y refuerzo de la actividad de los entes supervisores¹¹ que, con una cúspide supranacional, puedan intercambiarse de manera ágil información acerca de la actividad del mercado financiero.

3. ASPECTOS FORMALES

En el aspecto formal nos encontramos ante una extensa norma que se compone de cinco títulos, seis capítulos, 61 artículos, seis disposiciones adicionales, cuatro transitorias, una derogatoria y doce finales.

⁹ THOMAS, D., Y FRIZON, F., "Resolving disputes between consumers and financial businesses: Fundamental for a financial ombudsman. A Practical guide based on experience in western Europe", *The World Bank, Global Program on Consumer Protection and Financial Literacy*, ob. cit., pág.9.

¹⁰ ALIYEV, F., "Review of the European Financial Supervisors. BEUC response to the Commission consultation", *Position Paper*, mayo 2017, pág. 5.

¹¹ BELANDO GARÍN, B., "La respuesta europea para la supervisión de las Fintech: avanzando hacia la *smart regulation*" en *Retos del mercado financiero digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pág. 76 y ss.

Dentro del Título II se encuentran las funciones y organización de la AAIDCF, así como el procedimiento de tramitación de las reclamaciones. El título III versa acerca de la cooperación con otros órganos, principalmente con el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el Ministerio de Consumo y las autoridades supervisoras de conducta de sector financiero. El título IV viene reservado para la "Promoción de la educación financiera", donde, en dos artículos, despacha dicha promoción sin centrarse en actuaciones concretas. Finalmente, el título V nos ilustra acerca del régimen sancionador al que están sujetas las entidades financieras por las infracciones que pudieran cometer en sus relaciones con la AAIDCF.

Al respecto de la naturaleza jurídica de la Autoridad, el artículo 8 define la AAIDCF como una autoridad independiente adscrita al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, con personalidad jurídica propia y plena capacidad. La AAIDCF estará regida por un Consejo Rector (artículo 10) compuesto por:

- a) Presidencia y vicepresidencia
- b) Dos consejeros electos
- c) Consejero representante BE
- d) Consejero representante CNMV
- e) Consejero representante DGS
- f) Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional

Entre sus competencias (artículo 11) se encuentran el aprobar un informe anual, anteproyecto de presupuestos, un reglamento de régimen interior, estudiar, informar o deliberar asuntos que se sometan a su consideración, imponer las sanciones para las que sea competente y demás funciones que les atribuye el artículo mencionado, principalmente ligadas a la organización interna.

Para la resolución de las reclamaciones la AAIDCF se organiza en secciones y áreas (artículo 17). Las secciones son los órganos colegiados competentes para resolver las reclamaciones que serán previamente objeto de instrucción por los vocales que formularán una propuesta de resolución del asunto que les haya sido encomendado por reparto (artículo 19). Las secciones estarán formadas por un número de tres o más vocales y el vocal instructor no podrá formar parte de la sección que resuelva el asunto. Veremos, posteriormente, los pormenores del procedimiento de reclamación. El artículo 18 define la existencia de una Sección Especial, con una gran inspiración procesal como destila el texto, encabezada por el presidente de la Autoridad y que resolverá motivadamente acerca de:

- a) Las cuestiones previas de unificación de criterio
- b) El incidente de recusación al que se refieren el artículo 26.3 y 26.4
- c) Cualesquiera otras cuestiones novedosas, especialmente complejas o que afecten a diferentes tipos de servicios financieros, que puedan ser elevadas por las salas

El punto c, del artículo 18.2, me lleva a cierta confusión ya que se refiere a “salas” que no vienen definidas en el anteproyecto de ley en ningún momento. Entiendo que puede referirse a las secciones o las áreas (las áreas se agrupan según materias). Error que se repite en el artículo 42.1. b).

La AAIDCF tendrá un Comité Consultivo que viene previsto en el artículo 20 del anteproyecto. Dicho Comité funcionará como un órgano de asesoramiento presidido por la Presidencia de la Autoridad y compuesto además por el vicepresidente y nueve miembros. Dos miembros serán designados en representación del Consejo de Consumidores y Usuarios, otros dos por las patronales sectoriales del sector financiero y cinco por las comunidades autónomas de acuerdo con la forma que se determine reglamentariamente. Hará que estar a la espera del desarrollo reglamentario para ver la composición del mencionado Comité. La actividad del Comité Consultivo vendrá determinada por los informes que ha de realizar y que tendrán un carácter preceptivo. La temática de dichos informes viene detallada por el nombrado artículo 20 y abarca la aprobación y modificación del Reglamento de Régimen Interior, la aprobación de normas legales y reglamentarias que afecten a las normas de conducta definidas en el artículo 2.4, la aprobación del Informe Anual de Actividad (Equiparable a la memoria que presentaban anualmente los organismos supervisores) y, finalmente, deberá informar de cuantas cuestiones le sean planteadas por la Presidencia.

Resulta interesante destacar la práctica cada vez más frecuente en los últimos tiempos acerca de utilizar diversas expresiones o constructos gramaticales novedosos que, en mi opinión, dificultan la lectura y van contra el principio de economía del lenguaje. Corresponderá a los lingüistas determinar la validez de estas expresiones, pero, como jurista, lo veo como una especie de pie forzado que se compadece mal con una adecuada técnica legislativa. Así, sirva de ejemplo, en el artículo 33.5 se habla de “el vocal” mientras que en el 35.2 se refiere a “los y las vocales” y en el artículo 39.1 pasa a ser “la persona titular de la vocalía”. Por tanto, puede llegar a pensarse que el legislador se refiere a diferentes tipos de vocales al emplear tan diversos términos gramaticales. La redacción, a este respecto, entiendo debería ser más esmerada, al menos en un sentido que unifique los términos para que no dé lugar a interpretaciones diversas.

3.1 Procedimiento de reclamación

La tramitación de las reclamaciones viene recogida en el Capítulo V, artículos 31 y ss del anteproyecto. Guarda algunas similitudes con el régimen anterior y contiene algunas novedades.

En primer lugar, conviene familiarizarse con el concepto de “reclamación” que se recoge en el artículo 2 del anteproyecto, de la siguiente manera: “Toda pretensión alegada por uno o varios clientes frente a una o varias entidades financieras para que restituyan o reparen sus intereses o derechos, por considerar que estos han sido vulnerados en la prestación de un servicio financiero o en la fase precontractual como

consecuencia de incumplimientos de las normas de conducta, buenas prácticas y usos financieros o de la abusividad de cláusulas contractuales en los términos del apartado 6. La Reclamación, a los efectos de la presente norma, tendrá carácter económico, exclusivamente.” Esta definición debemos ponerla en contraste con la que opera hasta el momento, recogida¹² en el artículo 2.2 de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante 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

A la vista de la definición descrita en el párrafo precedente se aprecian algunas diferencias con la normativa antecedente. En primer lugar, la Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero ya diferenciaba¹³ entre quejas, reclamaciones y consultas. La definición concreta de queja consulta o reclamación también venía indicada en el mencionado artículo 2 de la Orden ECC/2502/2012. El anteproyecto no parece atender a las quejas y consultas en su articulado lo cual sería conveniente corregir de cara al Proyecto y posterior Ley. A su vez, el carácter económico de la reclamación me deja con la duda acerca de si únicamente se van a poder presentar reclamaciones que puedan ser cuantificables económicamente. Basta echar un vistazo a las memorias de los servicios de reclamaciones y sus criterios para advertir que muchas de las reclamaciones pueden no tener una cuantificación patrimonial (sirva de ejemplo las cuestiones acerca de la entrega de documentos contractuales y conservación de documentos entre otras). Esto supone también una importante novedad al respecto de la normativa precedente que vedaba el conocimiento de cuestiones económicas a los servicios de reclamaciones en el artículo 10.1.c)¹⁴ siendo esto una causa de inadmisión de la reclamación.

En cualquier caso, la tramitación ha de comenzar como ya se hiciera durante los últimos tiempos, es decir, hay que acreditar la presentación previa de la reclamación ante el servicio de atención al cliente o el defensor de la clientela de la entidad de crédito que se trate, de acuerdo con el artículo 32. Posteriormente, hemos de estar al tratamiento que la entidad de crédito hace de la reclamación. Se podrá acudir a la

¹² 2. Tendrán la consideración de reclamaciones las presentadas por los usuarios de servicios financieros que pongan de manifiesto, con la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho, hechos concretos referidos a acciones u omisiones de las entidades financieras reclamadas que supongan para quien las formula un perjuicio para sus intereses o derechos y que deriven de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.

¹³ Artículo 30. Presentación de reclamaciones ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

1. 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 atenderán las quejas y reclamaciones que presenten los usuarios de servicios financieros, que estén relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, y que deriven de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.

Los servicios de reclamaciones atenderán también las consultas que formulen los usuarios de servicios financieros sobre las normas aplicables en materia de transparencia y protección a la clientela, así como sobre los cauces legales existentes para el ejercicio de sus derechos.

¹⁴ c) Cuando se planteen controversias sobre la cuantificación económica de los daños y perjuicios que eventualmente haya podido ocasionar a los usuarios de los servicios financieros la actuación, incluso sancionable, de las entidades sometidas a supervisión, o sobre cualquier otra valoración económica.

AAIDCF si se inadmite, se desestima total o parcialmente o haya transcurrido un mes desde su presentación sin que haya sido resuelta -salvo en el caso que afecte a servicios de pago ya que el plazo se reduce a 15 días hábiles-.

Para la presentación de las reclamaciones la AAIDCF establecerá un modelo de presentación y hará pública las direcciones de registro donde podrá presentarse. Serán preferentes los medios electrónicos de presentación, pero estos serán únicamente obligatorios para el caso de las personas jurídicas y los representantes de estas.

Una vez recibida la reclamación en la AAIDCF será repartida por turno entre los vocales que procederán a tramitarla. En caso de observar deficiencias subsanables se dará un plazo de diez días hábiles al reclamante para que subsane, de lo contrario se le tendrá por desistido. El vocal instructor remitirá copia de la reclamación a la entidad afectada y esta podrá presentar alegaciones en un plazo de quince días hábiles. La entidad financiera tiene la carga de la prueba acerca del cumplimiento de las normas de conducta y, por tanto, le corresponde aportar tanto la documentación precontractual como la contractual. El anteproyecto establece una obligación de conservar dicha documentación durante un periodo de seis años desde la finalización de los efectos del contrato. Estos seis años son también aplicables a la información precontractual, aunque no se hubiese perfeccionado el contrato. En este último supuesto me parece un plazo excesivo que carece de justificación adecuada habida cuenta que el contrato ni siquiera llega a nacer ni a producir efecto alguno.

La posible inadmisión a trámite de una reclamación viene determinada por una serie de supuestos tasados que recoge el artículo 38, y son:

- a) No presentación de reclamación previa ante el SAC
- b) Reclamación manifiestamente infundada
- c) Reclamación con contenido vejatorio
- d) Si estuviese resuelta o planteada ante un órgano jurisdiccional
- e) Cuando haya transcurrido más de un año desde su presentación al SAC
- f) Existencia de indicios racionales de delito

La interposición de la reclamación interrumpe el plazo de prescripción para el ejercicio de acciones judiciales, hasta que se emita la resolución que corresponda, a su vez, las partes no podrán ejercitar entre si ninguna acción judicial o extrajudicial relativa al objeto de la reclamación (artículo 40) mientras se esté sustanciando ante la AAIDCF.

3.2 Plazos y resolución de reclamaciones

El plazo que tiene el vocal para instruir el expediente y elevar una propuesta de resolución a la Sección es de 60 días naturales (artículo 39), sin embargo, el cómputo de este periodo resulta engañoso y dificulta el control de los plazos por los reclamantes debido a que el propio artículo 39 indica que ese plazo comenzará a

contar “desde el momento en el que haya recibido la documentación completa”. El momento de la recepción completa de la documentación es algo que carece de control en la norma. No se toma para el cómputo de los plazos la entrada de la reclamación en el registro, sino que deja para un momento posterior y escasamente controlable como es la recepción de la documentación. Se desconoce cuándo se entiende que está completa la documentación y cuando la recibe efectivamente el vocal. De esta manera, es frecuente hoy en día que muchas reclamaciones tarden meses en activar los plazos de resolución y, por tanto, se demore su resolución por la falta de certeza acerca de cuándo han de iniciarse los cómputos. Esta anomalía entiendo que debiera corregirse y establecer unos parámetros claros (la fecha de registro me parece la más idónea) para controlar los tiempos de las reclamaciones beneficiando la seguridad jurídica.

Una vez la propuesta de reclamación haya sido formulada, la Sección dictará resolución en un plazo de 30 días naturales. De manera motivada -tanto por el vocal como por la Sección- se podrá producir una ampliación de los plazos que, en ningún caso, podrá superar los 90 días. La falta de notificación de la resolución supondrá silencio negativo.

El artículo 41 es uno de los más interesantes del anteproyecto. De su destacable contenido se ha de poner el acento en la obligatoriedad de cumplimiento de las resoluciones de la AAIDCF cuando el importe reclamado sea inferior a 20.000 euros. Esto constituye un avance largamente esperado en orden a dotar de mayor eficacia a la actividad de estos servicios de reclamaciones. Lo primero que llama la atención es la cuantificación en 20.000 euros. Desconozco porque son 20.000 y no otra cantidad concretamente. Se echa en falta una motivación al definir dicha cantidad. A la vista de las similitudes con algunos textos procesales, la ausencia de postulación en el proceso civil establece el límite de dos mil euros, tal vez se pudiese haber empleado una referencia similar.

En España, el presidente del Consejo de Consumidores y Usuarios¹⁵ es partidario de no imponer un límite de euros en la vinculación u obligatoriedad de las reclamaciones presentadas. A mi forma de ver, sin tener un razonamiento contrario en el sentido de cuantificar las reclamaciones con algún criterio, comparto esta postura acerca de no establecer límites económicos.

Las resoluciones vinculantes emitidas por la AAIDCF, ex artículo 43, ponen fin a la vía administrativa y, por tanto, podrán ser recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Este hecho llama poderosamente la atención debido a, por un lado, este tipo de asuntos corresponde ventilarlos a la jurisdicción civil en procedimiento ordinario de acuerdo con el artículo 249.1. 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: (...) 5º. Las demandas que se ejerciten acciones relativas a condiciones

¹⁵ Entre otras consideraciones que desglosa en <https://confilegal.com/20220428-critica-al-anteproyecto-de-ley-de-creacion-de-la-autoridad-administrativa-independiente-de-defensa-del-cliente-financiero/> (última consulta 20 de junio de 2022).

generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el punto 12º del apartado 1 del artículo 250.” Por otro lado, resulta llamativo acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para la resolución de un asunto que, competencialmente, está llamado a resolver pretensiones entre particulares y entidades financieras que adoptan la forma de Sociedades Anónimas, por tanto, susceptibles de que les corresponda la aplicación de remedios de Derecho Privado.

En los países de nuestro entorno y en los que la norma se fija a la hora de delimitar esta nueva figura para nuestro ordenamiento, las decisiones del *Financial Ombudsman* inglés¹⁶ pueden ser recurridas por el consumidor ante los tribunales dentro de un plazo que goza de cierta flexibilidad de acuerdo con el supuesto planteado. En el supuesto -poco frecuente- de que la entidad financiera se niegue a cumplir, el consumidor podrá instar la ejecución del acuerdo alcanzado.

4. SANCIONES Y AUSENCIA DE POSTULACIÓN

El propio artículo 41 encargado de regular la resolución de las reclamaciones incluye un apartado que merece un interés singularizado ya que supone la posible imposición de una sanción en caso de que se aprecie una supuesta temeridad o mala fe en la interposición de una reclamación. La multa solo podrá ser impuesta de manera motivada y en el supuesto de que se hayan desestimado totalmente las pretensiones formuladas. La cuantía podría llegar a alcanzar los 1.000 euros, aunque podrá ser modificada por el régimen reglamentario que se dicte.

Parece ciertamente exótico la imposición de este tipo de sanciones, aunque existen algunos ejemplos, acerca de la imposición multas¹⁷ por reclamaciones ante órganos administrativos. En cualquier caso, en lo que podríamos denominar el Derecho del Mercado Financiero no se encuentran ejemplos.

Esta posibilidad de sanción tenemos que ponerla en sintonía con el contenido del artículo 36.4 del anteproyecto “Para la presentación de reclamaciones no es necesario contar con los servicios de abogado y procurador”. A la vista de la posibilidad de una sanción pecuniaria ante una posible desestimación de las pretensiones ejercitadas y habida cuenta del carácter económico inherente a las reclamaciones, parece razonable pensar que se ha de contar con una asesoría técnica en este sentido ya que la postulación más que una carga debiera ser una garantía del cliente financiero. Debe pensarse que las reclamaciones ante la AAIDCF se producen en un ámbito del Sector Financiero (Banca, inversiones, seguros) que contiene una enorme carga técnica jurídica-económica, por tanto, un conocimiento parcial o insuficiente de la materia que se trate y que no fuese canalizado como corresponde podría añadir el

¹⁶ Vid. ESTANCONA PÉREZ, A. A., *La protección de los usuarios de servicios financieros. Mecanismos de prevención y control*, Aranzadi, ob. cit., págs. 148 y 149.

¹⁷ PALÁ LAGUNA, R., “El anteproyecto de ley de creación de la Autoridad Administrativa de Defensa del Cliente Financiero”, *Análisis Gómez Acebo y Pombo*, servicios financieros, ob. cit., págs.3 y 4.

problema de la multa a un cliente financiero que no ha articulado correctamente su pretensión. Todo ello, finalmente, contrasta con lo que expresa el apartado VI de la exposición de motivos: "Además, la resolución de las reclamaciones por la Autoridad tiene importantes ventajas para los clientes financieros, teniendo su resolución carácter gratuito para el cliente, que podrá presentar su reclamación sin necesidad de contar con la defensa de un abogado ni la representación de un procurador."

La imposición de este tipo de sanciones entiendo que producen un efecto desalentador en el ejercicio de los derechos de los consumidores, particularmente de los más vulnerables. Además, puede ser contrario a lo que expresa el artículo 5 del anteproyecto que indica la gratuidad del procedimiento para los clientes. El miedo a una posible pérdida económica colocaría a los consumidores con menos recursos en una situación de desventaja en la cual no se aventurarían a correr un hipotético riesgo que implicase un coste financiero difícil de asumir. Razonamiento que se refuerza si tenemos en cuenta que los consumidores con mayores problemas económicos van a tener más complicado tener acceso a una asesoría de carácter técnico adecuada para acometer cualquier reclamación. En este tipo de supuestos se acrecienta aún más la asimetría entre las partes y beneficia claramente la posición de las entidades financieras.

5. ABUSIVIDAD DE CLAÚSULAS CONTRACTUALES

La creación de la AAIDCF supone un cambio en la forma de abordar los conflictos entre entidades financieras y clientela. No solo el alejamiento de los supervisores que pasan a ver estas operaciones como colaboradores o espectadores cualificados, sino que la autoridad va a abordar cuestiones antes vedadas a los servicios de reclamaciones y que eran objeto de tratamiento judicial.

De esta manera, la AAIDCF entra de lleno en cuestiones que el propio departamento de Conducta de Entidades -que asume las funciones de servicio de reclamaciones- del BE rechaza¹⁸ actualmente, como son aquellas que pretenden un pronunciamiento acerca del carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato o que reclamen una valoración económica de daños y perjuicios que se les haya podido ocasionar.

El propio anteproyecto ofrece la descripción de cláusula abusiva en su artículo 2.6 como: "cualquier estipulación no negociada individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, siempre que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) que dicha cláusula u otra de idéntica significación haya sido declarada nula por abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo,
- b) que dicho carácter resulte de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resuelva específicamente sobre la materia; o

¹⁸ https://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Particulares_y_e/Servicio_de_Recl/ (última consulta 20 de junio de 2022).

c) que el carácter abusivo haya sido declarado en sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.”

Por tanto, el cliente financiero tendrá que ser un conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del contenido del registro de Condiciones Generales de la Contratación. Esta hipotética labor prospectiva refuerza aún más si cabe la necesidad de un apoyo técnico -de profesionales independientes- en la reclamación que se pretenda.

A su vez, si la pretensión de la AAIDCF es la de declarar la abusividad de la cláusula controvertida y expulsarla del contrato puede resultar contradictorio con la necesaria actividad judicial que detalla el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el sentido que describe con precisión la Instrucción de 13 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamos y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, al advertir que: “La determinación de la eventual nulidad de una cláusula sólo es competencia de la autoridad judicial, en el correspondiente proceso contradictorio, con audiencia y con la debida tutela judicial de ambas partes, y en el que se tenga en cuenta una multitud de factores que no son susceptibles de apreciación en el ámbito del control de legalidad notarial, ni de la calificación registral. Así, en esa valoración judicial deberán tenerse en cuenta hechos como que la diferencia entre la cláusula de la escritura y las depositadas implica precisamente que aquélla en principio no sería una cláusula general, sino particular, o negociada individualmente con la entidad financiera, teniendo en cuenta el proceso de comercialización y negociación de esa cláusula y del resto del contrato, su carácter perjudicial o no (cfr., artículo 8 de la Ley 7/1998 y artículo 83.2 del TRLGDCU)”

Llama la atención la ausencia de referencias a la “transparencia material” como concepto clave en los años precedentes acerca de los cientos de miles de reclamaciones sustanciadas ante los tribunales. La falta de una delimitación conceptual más adecuada ha lastrado el asentamiento de este constructo en los textos legales. La única referencia que podemos encontrar es en la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario al tratar el control que realiza el notario en la fase precontractual, sin embargo, la propia ley tampoco define el significado de la transparencia material lo que cimienta, aún más si cabe, la necesidad de una intervención legislativa¹⁹ en este sentido para dotar de seguridad jurídica a dicho control y su relación con la contratación predispuesta.

¹⁹ AGÜERO ORTÍZ, A., “Transparencia en la contratación de consumo” en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (Directores), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022

5.1 Ámbito subjetivo de aplicación

Siguiendo la estela de otras leyes, como la 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario, el ámbito subjetivo de aplicación de la ley arroja una novedad importante ya que la ley se aplicará (Artículo 3) a *"toda reclamación alegada por uno o varios clientes financieros frente a una o varias entidades financieras para que restituyan o reparen sus intereses o derechos (...)"* entendiendo por "cliente financiero" lo que expresa el artículo 2: *"todas las personas físicas o jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, españolas o extranjeras, que estén debidamente identificadas y que sean usuarias de los servicios financieros prestados por entidades financieras (...)".* Así, se produce un cambio de denominación, pasando de los "usuarios de servicios financieros" al cliente financiero que abarca, a su vez, a personas físicas y jurídicas.

Con esta denominación se produce un salto conceptual que propugna una protección a un mayor número de operadores sin distinguir especialmente si son consumidores (o consumidores financieros en este caso). A pesar de las constantes referencias en la ley -tanto en la exposición de motivos como en el articulado- a la figura del consumidor, el contenido nos lleva a pensar que no es una norma dirigida a los consumidores. Cabe recordar, no obstante, que la mayoría de los usuarios de la autoridad van a ser consumidores y, por tanto, los remedios que se apliquen para la solución de las controversias van a verse incardinados en normas de protección a los consumidores. La importancia de la protección que puedan garantizar desde el estado y las instituciones va a tener un importante y decisivo reflejo en el mercado, por ello, se observa desde una perspectiva de políticas públicas y de relaciones privadas²⁰ entre empresas y particulares.

5.2 Responsabilidad en fase precontractual

En mi opinión, resulta adecuado prestar una mayor atención a todo aquello que sucede en la negociación de los contratos y, en definitiva, a la fase precontractual en sentido amplio para la contratación de determinados servicios financieros. En ocasiones, la multitud de datos que han de manejarse y el carácter técnico-jurídico y económico de los mismos ha dado pie a multitud de reclamaciones que en ocasiones se articula a través de la nulidad clásica que recoge nuestro código civil acerca de los vicios del consentimiento y, por otro lado y más reciente, la posible abusividad de determinadas cláusulas a las que hay que aplicar los correspondientes controles de incorporación y contenido, sin olvidar el concepto de creación jurisprudencial de la transparencia material que, a día de hoy, carece de una definición sustantiva de consenso.

El texto del anteproyecto, en su artículo 2 considera también cliente al cliente potencial que tenga un "contacto precontractual directo" con una de las entidades

²⁰ ISSACHAROFF, S. Y SAMUEL, I., "The institutional dimension of consumer protection" en CAFAGGI, F. Y MICKLITZ, H (Editores), *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Intersentia, Oxford-Antwerp-Portland, 2009, pág. 48.

financieras para la prestación de un servicio. Creo que sería deseable definir con mayor precisión ese concepto, así como otras normas regulan esos tratos preliminares (publicidad, información precontractual...) convendría precisar que actuaciones pueden encuadrarse en ese supuesto para articular mejor alguna hipotética responsabilidad.

En algunos supuestos, como la contratación inmobiliaria, se puede precisar con mayor acierto los apartados que componen la fase precontractual. Podríamos entender como todo aquel contacto que se produce desde la publicidad hasta la perfección del contrato durante el cual las partes se intercambian información y datos de todo tipo que buscan llevar a cabo la prestación de un servicio financiero -en el sentido que indica el propio anteproyecto- pero que, por alguna razón, no llega a formalizarse.

El concepto de "cliente potencial" me parece que puede tener un desarrollo interesante ya que es en esa fase previa donde se produce la conflictividad posterior de manera más frecuente. Anudar una regulación tuitiva en la fase precontractual es reforzar la seguridad jurídica de manera prudencial.

6. CONCLUSIONES

Tras el breve análisis del anteproyecto es posible dar la bienvenida sin fisuras a algunas de las reformas que pretende. La capacidad de hacer vinculantes las resoluciones emitidas por la AAIDCF es una vieja aspiración que se logra por fin y será, sin duda, de gran utilidad para el futuro. A su vez, la pretensión de acelerar la resolución de los procedimientos de reclamación es también un avance a celebrar, pero sin caer en la trampa del cómputo de plazos descrita en el cuerpo del presente escrito. Finalmente, el cambio de sistema hacia una figura más cercana al *Financial Ombudsman*, debe medirse únicamente en términos de eficacia. Resulta necesario volver a tratar las consultas y las quejas, recuperando su figura en los términos de la norma actualmente vigente y solucionar con ello el olvido del legislador.

Considero que debe repensarse el acudir a la vía contencioso-administrativa para resolver cuestiones que, como la abusividad de determinadas cláusulas, son propias de la jurisdicción civil. Estas nuevas atribuciones de la AAIDCF distintas a las asumidas por los organismos supervisores deben ser pulidas antes de que la norma vea la luz depurando la técnica legislativa empleada que, a mi modo de ver, mezcla cuestiones procesales y sustantivas sin demasiado éxito y que poco o nada ayudan a una mejora de la seguridad jurídica del mercado financiero.

Por lo demás, como explicaba al inicio del artículo, se trata de una reforma que arroja aspectos interesantes que pueden suponer mejoras palpables, pero, tal vez, hubiese sido suficiente con una mera reforma legislativa de aspectos concretos y determinados.

7. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTÍZ, A., "Transparencia en la contratación de consumo" en GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (Directores), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022

ALIYEV, F., "Review of the European Financial Supervisors. BEUC response to the Commission consultation", *Position Paper*, mayo 2017

"Atención de reclamaciones y consultas de los inversores", Memoria 2021, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Cálamo y Cran, Madrid, Barcelona, Bilbao, 2022, ISSN: 1979-2071

BELANDO GARÍN, B., "La respuesta europea para la supervisión de las Fintech: avanzando hacia la *smart regulation*" en *Retos del mercado financiero digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020

ESTANCONA PÉREZ, A. A., *La protección de los usuarios de servicios financieros. Mecanismos de prevención y control*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2020

ISSACHAROFF, S. Y SAMUEL, I., "The institutional dimension of consumer protection" en CAFAGGI, F. Y MICKLITZ, H (Editores), *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Intersentia, Oxford-Antwerp-Portland, 2009

"Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2021", Banco de España, Madrid, ISSN: 1695-4343 (edición electrónica)

"Memoria del Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones 2021", Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, 2022

PALÁ LAGUNA, R., "El anteproyecto de ley de creación de la Autoridad Administrativa de Defensa del Cliente Financiero", *Análisis Gómez Acebo y Pombo*, servicios financieros, abril 2022

RAMSAY, I., *Consumer Protection. Text and materials*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1989

THOMAS, D. Y FRIZON, F., "Resolving disputes between consumers and financial businesses: Fundamental for a financial ombudsman. A Practical guide based on experience in western Europe", *The World Bank, Global Program on Consumer Protection and Financial Literacy*, January 2012