

PONENCIA SOBRE EL
ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA
INDEPENDIENTE DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO

23 de mayo de 2022

1. Introducción

El Consejo de Ministros aprobó el 5 de abril de 2022 el Anteproyecto de Ley de Creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero (el “**Anteproyecto**”), abriendo su periodo de audiencia e información pública.

La finalidad de esta Ponencia es aportar los comentarios del Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (“**CNMV**”) al Anteproyecto. Sin embargo, debe señalarse, que se trata de comentarios obligadamente incompletos puesto que la disposición final undécima del Anteproyecto habilita al Gobierno para desarrollar el contenido de la ley, en particular, mediante el establecimiento de las disposiciones sustantivas o procesales necesarias para la articulación del procedimiento a seguir en la resolución de reclamaciones señalado en el capítulo V (*Tramitación de las reclamaciones*) del título II y, a diferencia de precedentes recientes (como el de la última propuesta de modificación de la Ley del Mercado de Valores), no se han sometido a audiencia pública los desarrollos reglamentarios junto con la propuesta legislativa.

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 y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (la “**Directiva**”) promueve el establecimiento de entidades independientes capaces de resolver controversias con los clientes como alternativa al procedimiento judicial.

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 (la “**Ley 7/2017**”), en su disposición adicional primera, prevé la creación por ley, y comunicación a la Comisión Europea, tras su acreditación por la autoridad competente, de una única entidad con competencias para la resolución, con carácter vinculante o no, de litigios de consumo en el sector financiero, estableciendo igualmente que dicha ley obligará a las entidades financieras a participar en los procedimientos de resolución alternativa de litigios para el ámbito de su actividad.

El objetivo del Anteproyecto, expresado en su exposición de motivos, es completar el mandato establecido en dicha disposición adicional primera de la Ley 7/2017, diseñando un nuevo sistema que “*establece una nueva Autoridad Administrativa Independiente que se apoya para su creación en los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y*

Fondos de Pensiones y da cumplimiento a los principios formulados en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre: se establece una única entidad con competencias para la resolución de las controversias entre los clientes financieros y sus entidades, cuyas resoluciones tendrán carácter vinculante en aquellos casos en que la cuantía de la reclamación sea inferior a 20.000 euros, quedando obligadas todas las entidades financieros a participar en los procedimientos ante dicha Autoridad.”

En este sentido, conviene señalar, en primer lugar, que el Anteproyecto establece una diferencia sustancial respecto de la regulación actual en materia de resolución extrajudicial de reclamaciones presentadas por los clientes frente a las entidades financieras. Así, la normativa actual regula un sistema de doble instancia para la resolución extrajudicial de reclamaciones de clientes financieros que puede sintetizarse de la siguiente forma:

(i) Instancias:

- a) En primer lugar, el artículo 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente, establecen la obligación para todas las entidades de atender y resolver las quejas y reclamaciones que sus clientes puedan presentar, debiendo contar con un servicio de atención a la clientela y, potestativamente, un defensor de la clientela, cuyas decisiones vinculen a la entidad cuando sean favorables para el cliente.
- b) En segundo lugar, el artículo 30 de la referida Ley 44/2002 y la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, regulan el funcionamiento de los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y, en particular, previendo que, en el caso de que los clientes no hayan recibido una respuesta satisfactoria de los departamentos y servicios de atención a la clientela de las entidades financieras (o, en su caso, del defensor de la clientela) o, habiendo presentado la reclamación, no hayan obtenido respuesta en el plazo de un mes desde que fue presentada, pueden acudir a los servicios de reclamaciones de los supervisores.

(ii) Carácter no vinculante de las resoluciones emitidas por los servicios de reclamaciones de los supervisores.

Como se ha señalado, el Anteproyecto modifica sustancialmente el régimen descrito. Aunque mantiene un sistema de doble instancia para la resolución extrajudicial de reclamaciones de clientes financieros, introduce dos cambios significativos en el sistema institucional mantenido hasta la fecha:

(i) Instancias:

- a) Como primera instancia, las entidades deben seguir contando con un servicio de atención a la clientela y, potestativamente, un defensor de la clientela, cuyas decisiones vinculen a la entidad financiera cuando sean favorables para el cliente.

- b) Es la segunda instancia la que cambia. El Anteproyecto suprime los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y establece una nueva autoridad administrativa independiente (de las previstas en la capítulo IV del título II de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), con la denominación de «Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero» (la “**Autoridad**”), con competencias para la resolución de las controversias entre las entidades financieras y sus clientes.

Los clientes pueden acudir a dicha Autoridad en el caso de que no hayan recibido una respuesta satisfactoria de los departamentos y servicios de atención a la clientela de las entidades financieras o cuando habiendo presentado la reclamación, no hayan obtenido respuesta en el plazo de un mes desde que fue presentada (o quince días hábiles cuando la reclamación verse sobre servicios de pago).

- (ii) Carácter vinculante para las entidades financieras de las resoluciones de la Autoridad en aquellos casos en que la cuantía de la reclamación sea inferior a 20.000 euros, quedando obligadas todas las entidades financieras a participar en los procedimientos ante la Autoridad.

2. Consideraciones previas

2.1 Situación, evolución y valoración de la actividad de los servicios de reclamaciones de los supervisores españoles

La sustitución del sistema actual de segunda instancia ante los servicios de reclamaciones de los supervisores obliga a una previa valoración de su funcionamiento.

Los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, regulados en el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, y en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, son, en palabras de la exposición de motivos de esta última, “*los órganos más adecuados para ejercer una labor de atención y solución de las quejas, reclamaciones y consultas que pueden interponer los clientes financieros*”. Su actuación se adecúa a los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.

Tal y como menciona la Orden ECC/2502/2012, se pretende “*fomentar la aplicación efectiva de la normativa de protección del usuario de servicios financieros y las buenas prácticas en el sector financiero, al tiempo que se aumenta el nivel de seguridad jurídica en las relaciones entre entidades y clientes*”.

La opinión de esta Ponencia es que los actuales servicios de reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones cumplen con dicho mandato y han alcanzado progresivamente un alto grado de desarrollo, eficiencia y especialización en el cumplimiento de sus funciones y en la protección de los derechos de los consumidores financieros en cada uno de los tres ámbitos de la actividad financiera: banca, valores y seguros.

Se observa, además, desde su constitución hasta la fecha de esta Ponencia una evolución muy destacable del número de reclamaciones resueltas y, en especial, de su porcentaje de aceptación por las entidades financieras.

Así, en relación con el ejercicio 2020 (último ejercicio para el que hay datos disponibles), de las reclamaciones en las que el servicio de reclamaciones del Banco de España emitió un informe razonado, los reclamantes obtuvieron un informe favorable a sus pretensiones en el 52,8% de los casos (57,3% en 2019). Dicho porcentaje fue del 51,7% en el caso del servicio de reclamaciones de la CNMV (51,2% en 2019).

Por lo que se refiere al servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de las 10.912 reclamaciones presentadas en 2020, 7.187 dieron lugar a un procedimiento que terminó en un informe (si bien en 2.743 de dichos casos la reclamación se inadmitió finalmente por haber sido remitida al trámite pericial, a los órganos judiciales o por tratarse de solicitudes de daños y perjuicios) y 3.725 se inadmitieron directamente. De las 4.444 reclamaciones resueltas por dicho servicio de reclamaciones, un 42,5% fue a favor del reclamante.

Por su parte, el porcentaje de rectificaciones asumidas por las entidades (incluyendo tanto informes favorables al reclamante que fueron aceptados por las entidades como los casos en los que no se llega a emitir informe final porque hubo previo allanamiento o avenimiento por parte de la entidad) por parte de las entidades en el caso del servicio de reclamaciones del Banco de España fue del 69,4% en 2020 (73,1% en 2019) y en el caso del servicio de reclamaciones de la CNMV del 78,7% en 2020 (86,4% en 2019).

Las cifras señaladas muestran el grado de desarrollo, especialización y eficiencia alcanzados por los actuales servicios de reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y el alto porcentaje de aceptación de sus resoluciones por las entidades reclamadas.

Por ello, esta Ponencia valoraría positivamente el mantenimiento de los mismos, sin necesidad de transitar hacia la creación de una única entidad de resolución alternativa de litigios de consumo en el sector financiero, aunque realizando los ajustes necesarios que permitieran facilitar la protección de los derechos de los clientes financieros y evitar que el número de reclamaciones desborde la capacidad de los órganos jurisdiccionales.

En efecto, no hay objeción en la Directiva que impida mantener los actuales sistemas de reclamaciones de los supervisores implementando los ajustes necesarios para la adaptación de su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017 (con el fin de poder ser acreditados como entidades de resolución alternativa de litigios financieros, ajustes que, de hecho, se han realizado ya para dar cumplimiento a lo previsto en el apartado 3 de la mencionada disposición adicional primera de la Ley 7/2017). Es cierto, sin embargo, que habría que modificar esta última norma para suprimir el requisito de la unicidad de la autoridad encargada de resolver las reclamaciones.

2.2 Modelo institucional: creación de una nueva entidad o mantenimiento de todos o alguno de los servicios de reclamaciones existentes

Sin perjuicio de lo expuesto en el apartado anterior respecto de la eficiencia en el funcionamiento de los servicios de reclamaciones de los supervisores españoles, esta Ponencia entiende que las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de valorar la creación de la nueva Autoridad para la resolución alternativa de litigios de consumo en el ámbito financiero son:

- (i) Su eficiencia en términos de la utilización de los recursos públicos necesarios para la creación y funcionamiento de esta nueva Autoridad.
- (ii) La adecuada coordinación de la nueva autoridad con las entidades supervisoras encargadas de establecer y supervisar el seguimiento de las normas de conducta de las entidades que operan en sus distintos ámbitos competenciales. No parece posible que las decisiones sobre las reclamaciones de los clientes se resuelvan masivamente sin interpretar las normas de conducta exigidas a las entidades supervisadas. Si la nueva Autoridad no guarda una coordinación suficiente con los supervisores se asume un riesgo de falta de coordinación que puede redundar en perjuicio para las entidades y para los consumidores.
- (iii) La creación de una nueva Autoridad requiere de un largo proceso de puesta en funcionamiento (creación, desarrollo y asignaciones presupuestarias) que requeriría más tiempo e inversiones que la adaptación, en lo que procediera, de los actuales servicios de reclamaciones de los organismos supervisores. Además, esta nueva Autoridad tendría el riesgo de incrementar la fragmentación entre supervisores y podría introducir dudas sobre su estructura de gobernanza en base a la procedencia de sus órganos gestores.
- (iv) La decisión sobre la creación de la nueva Autoridad o el mantenimiento de los actuales servicios de reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones no tiene por qué condicionar el desarrollo del procedimiento ni el alcance y carácter de sus resoluciones. Más adelante nos referiremos a estos aspectos.

Al realizar esta valoración, conviene tener en cuenta que el Anteproyecto, aunque con notable retraso, deriva de la Ley 7/2017 (y, concretamente, de su disposición adicional primera) que, a su vez, es consecuencia de la transposición de la Directiva. Por lo tanto, se enmarca en dicha normativa que lo que pretende es *“garantizar a los consumidores residentes en la Unión Europea el acceso a mecanismos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo que sean de alta calidad por ser independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos”* (artículo 1.1 de la Ley 7/2017).

La Directiva no obliga, por tanto, a que, en el ámbito financiero, la resolución alternativa de litigios de consumo se encomiende a una única entidad o a una nueva entidad distinta de los servicios creados o mantenidos en los supervisores sectoriales, siendo una decisión que se deja a la exclusiva voluntad de los Estados miembros.

A este respecto, la referida disposición adicional primera de la Ley 7/2017 optó por que *“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". De esta forma, la Ley 7/2017 prevé:

- (i) Que se cree por ley una entidad de resolución alternativa (que estará acreditada y, por tanto, que deberá cumplir los requisitos para su acreditación, de la Ley 7/2017) en el ámbito de la actividad financiera.
- (ii) Que dicha entidad sea única, pero no se establece que tenga que ser una autoridad administrativa independiente nueva de los artículos 109 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. No hay ninguna razón jurídica para que no pueda estar radicada en una autoridad administrativa independiente ya existente o en cualquier otra parte del sector público.
- (iii) La resolución de litigios en el ámbito financiero por dicha entidad única podrá ser *"con carácter vinculante o no"*. La Ley 7/2017 no lo determina ni obliga a nada al respecto. La Directiva, tampoco.

Dado el rango normativo del Anteproyecto (se trata de una ley ordinaria, igual que la Ley 7/2017) y no existiendo ninguna contradicción con la Directiva, la asignación de la resolución de las reclamaciones a una única autoridad administrativa independiente, de nueva creación o preexistente, debería, en opinión de esta Ponencia, ser reconsiderada por las razones expuestas.

Además, si analizamos el Derecho comparado, al proponer la creación de una autoridad administrativa independiente de nueva creación con facultad para emitir resoluciones vinculantes, España se apartaría de la práctica del resto de los países de la Unión Europea. El único precedente existente es el del Reino Unido, país que estableció su sistema sin base en la transposición de la Directiva, que no es un Estado miembro de la Unión Europea y que no comparte la tradición jurídica e institucional de la Europa continental. Por el contrario, países como Francia, Bélgica o Portugal sólo han incluido adaptaciones menores en sus sistemas preexistentes de resolución alternativa de conflictos en el ámbito financiero. Y aquellos países comunitarios que han optado por sistemas nuevos de resolución extrajudicial, lo han hecho, con carácter general, sobre la base de fórmulas de resolución no vinculante, como Alemania, Italia o Dinamarca.

El que el sistema de resolución de conflictos resida en una autoridad administrativa independiente nueva que, además, pueda emitir resoluciones vinculantes únicamente para la entidad financiera, es, por tanto, una decisión del Anteproyecto que no viene ni exigida ni recomendada por la Directiva, ni por la Ley 7/2017 y que no tiene precedente en los países de la Unión Europea.

Por lo expuesto, esta Ponencia aboga por replantear la opción seguida por el Anteproyecto, que al eliminar los actuales servicios de reclamaciones de los organismos supervisores y sustituirlos por una figura de nueva creación desatiende este buen funcionamiento y abre muchas incertidumbres sobre el encaje en el esquema institucional español de una nueva autoridad administrativa independiente que, en la configuración dada por el Anteproyecto, no encuentra equivalente en otro sector de actividad ni en otros países de nuestro entorno.

Se considera, además, que separar la resolución de las reclamaciones del ámbito de los supervisores sectoriales supondrá, con total seguridad:

- (i) Problemas de coordinación con los supervisores, teniendo en cuenta que existe un estrecho y necesario vínculo entre la supervisión y el conocimiento de las normas de conducta y de las prácticas supervisoras, gran parte de las cuales se fijan, además, en las autoridades europeas (EBA, EIOPA y ESMA);
- (ii) Perder buena parte del importante nivel de capacitación técnica, conocimientos, dilatada experiencia, prestigio y especialización alcanzados por los servicios de reclamaciones actuales de los supervisores; y
- (iii) La necesidad de un largo periodo de implantación y de la curva de aprendizaje necesarios para que la nueva Autoridad alcance, siquiera, los niveles de eficiencia de los servicios de reclamaciones actuales.

Por los motivos expuestos que redundarán en un perjuicio, al menos en el medio plazo, para la protección de los clientes financieros y por motivos de eficiencia, esta Ponencia aboga por el mantenimiento del actual sistema de resolución alternativa de litigios de consumo en el sector financiero en los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, mejorados en aquello que, en su caso, se considere necesario o pertinente.

En caso de que, en contra del criterio antes mantenido, se decidiera continuar con la idea apuntada en la disposición adicional primera de la Ley 7/2017 de creación por ley de una única entidad con competencias en este ámbito, esta Ponencia no puede pronunciarse, por carecer del pre-diseño normativo necesario, sobre la preferencia por la creación de una nueva autoridad administrativa independiente o por la atribución de estas competencias a uno de los actuales órganos supervisores.

En todo caso, esta Ponencia hace una mención especial a la situación particular del mercado de seguros, en la medida en que, al contrario del ámbito bancario y de valores, no cuenta con una autoridad especializada independiente (como el Banco de España o la CNMV) para la supervisión de conductas de mercado y de la solvencia de las entidades aseguradoras, lo que deberá ser objeto de atención prioritaria en futuros desarrollos normativos y tenido en consideración al diseñar la nueva Autoridad si así, finalmente, se decide.

Por último, conviene destacar que, como establece el artículo 1 de la Orden ECC/2502/2012, los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones atienden no solo las reclamaciones de los clientes sino también sus quejas y consultas, funciones que el Anteproyecto no atribuye (y que esta Ponencia está de acuerdo en que no le sean atribuidas) a la nueva Autoridad que se pretende crear. Por lo tanto, en todo caso y en la medida en que se decida continuar por la vía de la creación de una autoridad administrativa independiente, el Anteproyecto (revocando lo previsto en la disposición adicional primera de Ley 7/2017) deberá prever el mantenimiento de los referidos servicios de reclamaciones de los supervisores españoles, para lo que se deberá adaptar, al menos, la disposición transitoria primera del Anteproyecto.

2.3 Consideraciones sobre la tramitación del Anteproyecto

El Anteproyecto, tal y como se establece en su exposición de motivos, pretende completar el mandato establecido en la disposición adicional primera de la Ley 7/2017, por la que se transpone la Directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo al ordenamiento español.

Por lo tanto, con independencia del criterio de esta Ponencia en cuanto al contenido material del Anteproyecto, desde un punto de vista de proceso legislativo, deberían considerarse las siguientes cuestiones:

- (i) La posible aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en la medida en que podría entenderse que el Anteproyecto se refiere a la “*ejecución, cumplimiento o desarrollo*” de la Directiva (a través de la ejecución del mandato de la disposición adicional primera de la ley 7/2017 que la transpone). Además, teniendo en cuenta la complejidad de encaje de algunos de los temas que toca el Anteproyecto con elementos esenciales del ordenamiento jurídico español (cuestiones de constitucionalidad de ciertos planteamientos, encaje con la Ley Orgánica del Poder Judicial, etc.), esta Ponencia considera muy conveniente que se solicite dictamen previo del Consejo de Estado sobre este proyecto normativo, al amparo del artículo 2.2 de la referida Ley Orgánica 3/1980 (que permite solicitar dictamen al Consejo de Estado aunque cuando este no sea preceptivo), haciendo uso de la garantía de legalidad que ello representa.
- (ii) Modificación, al margen de las consideraciones constitucionales que más adelante se efectúan, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para lo que se requiere igualmente de una ley orgánica tramitada como tal, por la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de funciones propias de la jurisdicción civil como consecuencia de:
 - a) Que el Anteproyecto reconduce al ámbito administrativo la resolución de controversias propias de contratos civiles y mercantiles. A diferencia de otros organismos independientes, la función de la nueva Autoridad no se limita a analizar si la actuación llevada a cabo por la entidad financiera se ha adecuado a las previsiones normativas aplicables, sancionándola en caso de existir algún incumplimiento, sino que, al contrario, se le habilita para resolver de forma vinculante para la entidad financiera, sobre los efectos civiles del contrato, acordando, en su caso, la restitución de importes al cliente hasta un máximo de 20.000 euros.
 - b) Que se asigna al orden contencioso-administrativo la revisión de las resoluciones de la Autoridad que resuelvan el fondo de las reclamaciones (artículo 43 del Anteproyecto, que se comentará más adelante), lo que vulnera la competencia natural para conocer de estas cuestiones por los jueces y tribunales del orden civil.

Asimismo, también debería plantearse la cuestión de si este Anteproyecto puede invadir competencias autonómicas. Debe tenerse en cuenta que los Servicios de Consumo de las Comunidades Autónomas son el órgano encargado de llevar a

cabo las labores que marca la normativa de protección del consumidor, en su ámbito geográfico de actuación (así, por ejemplo, la Generalitat de Cataluña ostenta competencia exclusiva en materia de consumo (artículo 123 del Estatuto de Autonomía de Cataluña) y que otros artículos del referido Estatuto (artículos 28, 34 y 49) se refieren a los consumidores y usuarios de Cataluña).

En la misma línea, en relación al Título III (*Cooperación con otros órganos*) del Anteproyecto (artículos 48 a 51), se observa una omisión de referencia a órganos de las Comunidades Autónomas con competencias de supervisión.

2.4 Sobre la oportunidad temporal de la reforma

Transcurridos años desde la finalización del plazo de ocho meses concedido por la disposición adicional primera de la Ley 7/2017 para la creación por ley de una única entidad para la resolución de litigios de consumo en el sector financiero, esta Ponencia llama la atención sobre el hecho de que no parece que este sea el mejor momento para acometer una reforma como la planteada.

En efecto, la Comisión Europea publicó una consulta pública, cerrada el 3 de agosto de 2021, en la que dedicaba toda una sección (la décima) a lo que el Anteproyecto denomina “*sistema de resolución extrajudicial de conflictos*” (artículo 5 del Anteproyecto), esto es, los servicios de atención a la clientela y defensores de la clientela de las entidades financieras y los mecanismos de resolución alternativa de disputas, en este caso la Autoridad.

Inicialmente estaba previsto que los hallazgos y la previsión de modificaciones normativas necesarias derivadas de esta consulta europea se hiciesen públicos en el segundo trimestre de este año, algo que todavía no ha sucedido¹.

La revisión de los mecanismos de resolución de disputas es parte de la Estrategia para el inversor minorista de la Comisión Europea, por lo que convendría intentar prever que el modelo que se adopte en España, especialmente si supone un cambio estructural costoso, no quede desactualizado antes de su implantación.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el buen funcionamiento del actual sistema de resolución alternativa de litigios de consumo en el ámbito financiero a través de los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y su adaptación a los criterios de funcionamiento y procedimiento a la Ley 7/2017 (conforme a lo previsto en el apartado 3 de su disposición adicional primera), y con años de retraso en la implementación del sistema, no parece urgente una modificación legal de tanto calado como la planteada, sin contar con el resultado de los mencionados trabajos en el seno de la Comisión Europea, que pudieran modificar su orientación.

¹ Tan solo se ha publicado por la Comisión Europea, con fecha 3 de mayo y hasta el 31, una nueva consulta pública para recabar determinada información adicional, al objeto de publicar las próximas medidas en el cuarto trimestre de 2022.

2.5 Observación final

Sin perjuicio de las consideraciones previas que se han realizado en los apartados anteriores, para el supuesto de que, en contra del criterio manifestado por esta Ponencia, se mantuviese el diseño del nuevo sistema planteado en el Anteproyecto, en los siguientes apartados de esta Ponencia se realizan comentarios específicos a los distintos aspectos del mismo.

3. Ámbito subjetivo del Anteproyecto

3.1 Definición de «cliente»

El artículo 2.1 del Anteproyecto define «clientes» como *“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 y, en consecuencia, les sea de aplicación la normativa reguladora de estas. Se considerará también cliente al cliente potencial, entendiendo como tal a aquella persona que haya tenido un contacto precontractual con la entidad para la prestación de un servicio financiero a iniciativa de cualquiera de las partes”*.

La definición incluida en el Anteproyecto es más amplia que la prevista en la disposición adicional primera de la Ley 7/2017, que hace referencia, de forma expresa, a la *“resolución [...] de **litigios de consumo** en el sector financiero”* (énfasis añadido).

En efecto, tanto la Directiva como la citada Ley 7/2017 limitan su ámbito a la resolución extrajudicial de conflictos en los que una de las partes es un consumidor. La exposición de motivos del Anteproyecto recoge en múltiples ocasiones que su objetivo es completar esa transposición de la Directiva para el sector financiero, en línea con lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 7/2017.

Sin embargo, el alcance previsto en el Anteproyecto excede notoriamente y con manifiesta incongruencia (véase, en particular, el apartado IX de la exposición de motivos) ese ámbito al incluir, además de a las personas físicas, a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica usuarias de servicios financieros.

La Directiva se refiere a «consumidores», i.e., toda persona física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión y, al referirse al referirse al ámbito de aplicación de la resolución extrajudicial de litigios derivados de obligaciones contractuales contraídas entre comerciantes y consumidores, excluye expresamente a los litigios entre comerciantes.

La Ley 7/2017 sigue la misma línea y se refiere al «consumidor», entendido como *“toda persona jurídica que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como toda persona jurídica y entidad sin personalidad jurídica que actúe sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, salvo que la normativa aplicable a un determinado sector económico limite la presentación de reclamaciones ante las entidades acreditadas a las que se refiere esta le exclusivamente a las personas físicas”*.

La matización ante subrayada –que no ha sido incorporada a la definición de «cliente» del Anteproyecto- relativa a las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, es fundamental para que la norma cumpla sus objetivos y, además, es la definida en el artículo 3 de la Ley 1/2007, de 16 de noviembre, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

En suma, la ampliación –no sabemos si intencionada o fruto de un olvido- del ámbito subjetivo de la norma en el sentido señalado, tendría los siguientes efectos:

- (i) Es contraria a la finalidad declarada del Anteproyecto, ya que extiende potencialmente su aplicación a las grandes empresas o entidades que no se encuentran frente a la entidad financiera en una situación de “*asimetría de información*” o de “*desproporción de poder económico*” (según se refiere en la exposición de motivos del Anteproyecto), respecto de las que no tiene sentido la aplicación de reglas como las de inversión de la carga de la prueba en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas de conducta y en las buenas prácticas o la no asunción del coste de la tasa;
- (ii) Rompe con la homogeneidad y la coherencia interna del Derecho aplicable a los consumidores y usuarios;
- (iii) Podría producir, potencialmente, un incremento significativo del coste para las entidades, en términos de recursos humanos y materiales para atender las reclamaciones que se sustancien ante la Autoridad; y
- (iv) Daría lugar a la situación, que parece absurda, de que, por ejemplo, reclamaciones entre entidades financieras debieran ser sometidas a resolución de la Autoridad.

Por lo expuesto, esta Ponencia aboga por reconducir el ámbito subjetivo de la norma a los clientes consumidores, esto es, a las reclamaciones presentadas por clientes financieros personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión.

En último término, si se decide incluir igualmente a personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, debería hacerse añadiendo la matización de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y de la Ley 7/2017, i.e., que “*actúe sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”.

3.2 Inclusión de los «clientes potenciales»

El Anteproyecto extiende el alcance de la norma no solo al cliente financiero, sino también al que denomina «cliente potencial». Debe aclararse que no se trata de no proteger a los clientes financieros en la fase precontractual, pero el «cliente potencial» (i.e., aquel que no ha llegado a serlo) no puede sufrir un daño económico directo causado por la entidad que pueda ser objeto de resarcimiento. Consecuentemente, a raíz de la actuación realizada por la entidad, el «cliente potencial» únicamente podría solicitar los daños y perjuicios derivados del coste de oportunidad de no haber contratado.

Esta Ponencia considera que no debería corresponder a la Autoridad la determinación de ese tipo de daños (que exceden de sus competencias) y, por lo tanto, que los «clientes potenciales», en los términos definidos, deberían quedar excluidos del ámbito de aplicación subjetivo del Anteproyecto.

3.3 Alcance de las entidades financieras

3.3.1 Observación general

El apartado a) del artículo 2.2 del Anteproyecto establece que son «entidades financieras» a estos efectos *“todas las personas físicas o jurídicas sujetas a: a) la supervisión del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y las entidades análogas [...]”*.

Seguramente de forma inadvertida, la inclusión de una referencia genérica a todas las entidades sujetas a la supervisión de la CNMV amplía excesivamente el ámbito de esta definición, pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 233 (*Ámbito de la supervisión, inspección y sanción*) del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, quedarían incluidas desde las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales o los asesores de voto hasta todas las sociedades emisoras de valores y *“las restantes personas físicas o jurídicas, en cuanto puedan verse afectadas por las normas de esta ley [el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores] y sus disposiciones de desarrollo”*, y muchas otras personas físicas y jurídicas que nada tienen que ver con el ámbito de aplicación del sistema de resolución alternativo de litigios de consumo en el ámbito financiero.

Por lo tanto, debería revisarse la forma de definir las «entidades financieras» a las que resulta de aplicación el Anteproyecto a efectos de evitar este tipo de distorsiones.

3.3.2 Entidades que no cuenten con servicios de atención al cliente

A pesar de lo indicado en la exposición de motivos, no queda claro que la regulación y los procedimientos previstos en el Anteproyecto permitan considerar comprendidas entre las «entidades financieras» a las entidades y operadores del denominado sector *Fintech* y, en general, a aquellas entidades que operen en España sin estar sujetas a la normativa sobre servicios de atención al cliente en los mismos términos que las entidades financieras (por no figurar dentro del ámbito de aplicación de la Orden ECO/734/2004).

Para hacer efectiva la intención expuesta en la exposición de motivos del Anteproyecto, esta Ponencia considera necesario que se adapte el procedimiento en doble instancia para que queden protegidos los derechos de los clientes financieros que contraten con entidades que no cuenten con servicios de atención al cliente. A tal fin puede ser necesario revisar la definición de «entidades financieras» del artículo 2.2 del Anteproyecto y será preciso adaptar el artículo 32 del Anteproyecto con la finalidad de adaptarlos a aquellas entidades no sujetas a la obligación de contar con un servicio de atención a la clientela o un defensor de los clientes.

3.3.3 Exclusiones

El artículo 3.2 del Anteproyecto establece que *“Quedan excluidas las reclamaciones relativas a: (...) b) Seguros colectivos o planes de pensiones que instrumenten compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores o beneficiarios, que no se refieran a la condición de cliente de servicios financieros de las entidades aseguradoras o de entidades gestoras de fondos de pensiones.”* [énfasis añadido]

En coherencia con esta lógica exclusión y siguiendo el mismo procedimiento, sería necesario considerar igualmente la exclusión de aquellas entidades que típicamente no operan con clientes financieros:

(i) Gestoras de instituciones de inversión colectiva (SGIIC)

La actividad típica y habitual de las SGIIC es la gestión colectiva de los vehículos y, por tanto, la gestión de un patrimonio perteneciente a una pluralidad de inversores para generar un rendimiento que se establece en función de los resultados colectivos. Cualquier reclamación contra dicha gestión solo podría fundamentarse en el previo incumplimiento por el gestor de la normativa financiera que la regula. La detección y sanción de esos incumplimientos no deben ser competencia de la Autoridad sino de la CNMV.

No obstante, la legislación permite a las SGIIC la prestación de los siguientes servicios de inversión: gestión discrecional e individualizada de carteras; asesoramiento sobre inversiones en instrumentos financieros; custodia y administración de las participaciones de los fondos de inversión y las acciones de las sociedades de inversión; y recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o varios instrumentos financieros. Estos servicios son prestados de forma personalizada a cada cliente, lo que los hace susceptible de reclamación ante la Autoridad.

(ii) Planes de pensiones del sistema individual

La exclusión de las aseguradoras y entidades gestoras de fondos de pensiones prevista en la letra b) del artículo 3.2 del Anteproyecto debería alcanzar también a los planes de pensiones del sistema individual y no solo a los planes de pensiones de empleo, con la excepción de aquellos supuestos en los que la entidad comercialice el instrumento.

4. Ámbito objetivo del Anteproyecto. Concepto de «reclamación»

El artículo 2.3 del Anteproyecto define «reclamación» como *“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 [...] La Reclamación, a los efectos de la presente norma, tendrá carácter económico, exclusivamente”*.

En primer lugar, esta Ponencia llama la atención sobre las diferencias entre esta definición de «reclamación» y la incluida en la Orden ECC/2502/2012 (artículo 3.2) que se circunscribe a *“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”*. En este sentido, esta Ponencia considera que sería recomendable mantener la actual definición de la Orden ECC/2502/2012, que goza de muchos años de aplicación práctica y ha demostrado ser adecuada para la finalidad de la norma, y trasladarla al Anteproyecto, manteniendo únicamente a efectos aclaratorios la referencia expresa a su carácter exclusivamente económico.

En todo caso, de mantenerse la nueva definición, y respecto del contenido exclusivamente económico de las reclamaciones, con lo que esta Ponencia está de acuerdo por ser coherente con el procedimiento diseñado en el Anteproyecto, sería conveniente aclarar si la reclamación debe tener un importe económico definido en el momento de su interposición o si este pudiera ser meramente cuantificable y, en este último caso, dada la relevancia que el Anteproyecto anuda a su cuantía, cómo y cuándo se deberá proceder a su cuantificación.

En efecto, esta cuestión es de vital importancia para el correcto funcionamiento del sistema institucional de resolución extrajudicial de conflictos que se diseña en el Anteproyecto, tanto porque si no tiene carácter exclusivamente económico, la reclamación no será tal (y, por lo tanto, no podrá presentarse válidamente ante la Autoridad), como por cuanto que el importe de la reclamación determina si la resolución de la Autoridad tendrá carácter vinculante, o no, para la entidad financiera.

Por lo tanto, la trascendencia de esta cuestión justifica que esta Ponencia recomiende que se dote de mayor precisión a la redacción del artículo 2.3 para clarificar los aspectos anteriormente apuntados (aclarar si el término reclamación incluye tanto las reclamaciones que tengan un carácter económico cierto y definido en el momento de su interposición como aquellas que no lo tengan en dicho momento pero pueda ser determinado a posteriori) y sus efectos sobre el carácter vinculante de las resoluciones que se dicten (sin perjuicio de la opinión de esta Ponencia sobre dicho carácter vinculante, que se expondrá más adelante).

Por otra parte, esta Ponencia también recomienda que se considere la inclusión de un umbral mínimo para reclamar por esta vía (esencial como consecuencia de la imposición de una tasa por reclamación presentada que, en su configuración actual, podría llevar a las entidades financieras a tener que atender, por una mera cuestión de lógica económica, cualquier pretensión inferior a dicho importe con independencia de su grado de solidez).

5. Carácter vinculante de las resoluciones sobre reclamaciones de menos de 20.000 euros

Tal y como se ha señalado anteriormente, una de las principales novedades del Anteproyecto es que dota de carácter vinculante para las entidades financieras a las resoluciones que emita la Autoridad siempre que el importe reclamado sea inferior a 20.000 euros.

El carácter vinculante de las resoluciones que no superen el umbral señalado no viene exigido por la Directiva, que se limita a definir un modelo europeo de mediación y recomendación por el que los mecanismos de resolución establecidos persiguen en una primera fase alcanzar acuerdos sobre la reclamación y, en la segunda, emitir -ante la falta de acuerdo- una recomendación no vinculante.

Tampoco viene exigido por la Ley 7/2017 (ni, concretamente, por su disposición adicional primera, que deja abierta una u otra posibilidad). En efecto, La Ley 7/2017 contempla que haya entidades de resolución alternativa que «ofrezcan» (es el verbo que utiliza la Ley) procedimientos de resolución con resultado no vinculante (el procedimiento termina con una “propuesta de solución”) y con resultado vinculante (el procedimiento finaliza “*con la imposición a cualquiera de las partes de la solución adoptada*”). La creación o constitución de “*entidades de resolución alternativa [que] ofrezcan procedimiento con resultado vinculante para el consumidor*” requiere “*norma con rango de ley o reglamentario*” (artículo 6.2). Pero la Ley 7/2017 ni prevé la necesaria creación de entidades de uno u otro tipo ni las crea. Es sólo la regulación de las posibilidades que se otorgan.

Como se ha señalado anteriormente, los países de la Unión Europea, incluso aquellos que han optado por sistemas nuevos de resolución extrajudicial, utilizan, con carácter general, fórmulas de resolución no vinculante. Sin duda, la razón es que son ajenos a la tradición y a la lógica jurídica de que la Administración Pública intervenga o influya en relaciones jurídico-privadas, sustituyendo, además, procesalmente al propio cliente en su legitimación si luego la entidad decide recurrir en la jurisdicción contencioso-administrativa tal resolución (artículo 43 del Anteproyecto, que se comenta más adelante).

Por lo tanto, esta Ponencia aboga por mantener el sistema actual y que las resoluciones de los servicios de reclamaciones de los supervisores o, en caso de decidirse la creación de la nueva Autoridad, las de esta, sigan teniendo carácter no vinculante para ninguna de las partes.

No obstante lo anterior, para el caso de que se decida mantener el carácter vinculante para las entidades financieras de las resoluciones de la Autoridad sobre asuntos de menos de un determinado importe, esta Ponencia llama la atención sobre las condiciones necesarias para que la imposición de dicho carácter vinculante no pueda verse afectado de inconstitucionalidad.

En efecto, como dispone el Anteproyecto, el sistema de resolución alternativa de conflictos en el ámbito financiero será obligatorio para las entidades financieras, por lo que, de mantenerse el carácter vinculante para estas de las resoluciones de la

Autoridad, es necesario asegurar que el Anteproyecto es compatible con los artículos 24.3 (derecho a la tutela judicial efectiva) y 117.3 (principio de exclusividad jurisdiccional) de la Constitución Española.

Esta cuestión ha sido tratada por el Tribunal Constitucional en su relativamente reciente sentencia 1/2018, de 11 de enero de 2018 (Cuestión de inconstitucionalidad 2578-2015), que declaró la inconstitucionalidad del artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro por ser contrario precisamente a los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución Española por prescindir *“de la voluntad de una de las partes en el sometimiento a arbitraje de cualquier controversia que pueda suscitarse en relación con el contrato de seguro”*.

La doctrina sentada por la citada sentencia es aplicable al caso que nos ocupa. El artículo 76 e) de la Ley de Contrato de Seguro (una ley ordinaria) establecía que *“El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro”* y se planteó cuestión de inconstitucionalidad por vulnerar *“el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del asegurador, en relación con el principio de exclusividad jurisdiccional establecido por el artículo 117.3 CE”*, puesto que *“el precepto establece un sistema imperativo para una sola parte en una relación jurídica bilateral, lo que equivale a admitir que por imperio de la ley se podrá imponer a la otra el cauce arbitral, con exclusión del derecho a someter la cuestión a la jurisdicción ordinaria”*.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, con cita en otras sentencias del mismo Tribunal, concluye sobre la inconstitucionalidad del mencionado artículo 76 e) de la Ley de Contrato de Seguro (que ha quedado expulsado del ordenamiento jurídico español):

“De este modo un arbitraje obligatorio para una de las partes en la controversia resultaría plenamente compatible con el artículo 24.1 CE si «en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado, ya que no es otro que ‘procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo’ (STC 217/1991, de 14 de noviembre, FJ 6)». [SSTC 119/2014, FJ 5 B), y 8/2015, FJ 5 c)].”

“Una vez recordada la doctrina de este Tribunal acerca del arbitraje y confirmada la constitucionalidad del mecanismo cuando es fruto del concurso de voluntades de ambas partes del litigio, las cuales voluntariamente desplazan el juego del artículo 24 CE o lo que es lo mismo, renuncian expresa y puntualmente al ejercicio del derecho a la tutela de los jueces y magistrados para someterse a la decisión arbitral, debemos plantearnos si se alcanza la misma conclusión cuando la sumisión a este mecanismo de resolución de conflictos queda en manos de uno solo de los litigantes, como sucede en la norma recogida en el artículo 76 e) LCS.”

“La posible vulneración del artículo 24 CE no vendría dada tanto por el hecho de que el contrato de defensa jurídica haya de someterse inicialmente a un procedimiento arbitral, sino, más precisamente, por impedir su posterior acceso a la jurisdicción, ya que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por

motivos formales (arts. 40 y ss. de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo.”

De esta forma, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, un sistema de resolución alternativa de conflictos en el ámbito financiero como el propuesto, que es obligatorio para las entidades financieras, para que pueda resultar igualmente vinculante para estas sin violentar el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) y al principio de exclusividad jurisdiccional (artículo 117.3) de la Constitución Española, debe permitir que dichas resoluciones puedan ser recurridas, y no solo en cuanto a aspectos procedimentales sino, también, materiales (debe poder discutirse la cuestión de fondo), ante la jurisdicción ordinaria.

El artículo 41.2 del Anteproyecto no contiene mención alguna a la posibilidad de las entidades financieras de recurrir las resoluciones vinculantes de la Autoridad ante la jurisdicción. Dicha posibilidad se contempla, sin embargo, en el artículo 43 del Anteproyecto, que establece lo siguiente:

“Las resoluciones vinculantes de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptible de recurso de reposición. Cualquiera de las partes podrá recurrir dichas resoluciones vinculantes ante la jurisdicción contencioso-administrativa.”

La redacción propuesta del artículo 43 del Anteproyecto, considerando lo anteriormente expuesto, merece dos comentarios por parte de esta Ponencia:

- (i) Para evitar incurrir en un riesgo de inconstitucionalidad del Anteproyecto, debe quedar claro que las resoluciones vinculantes de la Autoridad son recurribles ante la jurisdicción ordinaria no sólo en cuanto a aspectos procedimentales sino también en cuanto al fondo del asunto.

La propuesta de redacción del artículo 43 del Anteproyecto no es clara al respecto y, además, la atribución de dicha competencia al orden contencioso-administrativo (que no parece el competente para conocer el fondo de un asunto de naturaleza civil), acrecienta la duda de si lo que se ha querido regular es simplemente un recurso limitado a cuestiones relacionadas con el derecho administrativo, con el procedimiento, y no con el fondo del asunto resuelto, lo que no sería compatible con la doctrina constitucional.

Por lo tanto, desde este punto de vista, sería necesario aclarar en el artículo 43 del Anteproyecto que en el recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa se podrán discutir tanto los aspectos procedimentales de las resoluciones vinculantes como el fondo de la cuestión, sin perjuicio de lo que se comenta a continuación sobre el orden jurisdiccional competente.

- (ii) El segundo comentario se refiere al orden jurisdiccional competente para revisar las resoluciones vinculantes de la Autoridad, en el supuesto de que se quiera seguir por esta vía. En efecto, el Anteproyecto puede plantear una colisión entre las competencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el orden civil, sin que este proyecto de norma pueda alterar la distribución de competencias entre órdenes jurisdiccionales prevista en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio,

del Poder Judicial ni limitar, como anteriormente se ha expuesto, el acceso de ambas partes a la jurisdicción civil respecto del fondo de la reclamación.

La atribución al orden contencioso-administrativo de la revisión (tanto del procedimiento como del fondo del asunto) de las resoluciones vinculantes de la Autoridad, al margen de vulnerar la competencia natural para conocer de estas cuestiones por los jueces y tribunales del orden civil, requeriría precisamente una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial que la ampare, para lo que se requiere una norma del mismo rango legal (ley orgánica).

Finalmente, en caso de mantenerse el carácter vinculante para las entidades financieras de las resoluciones de la Autoridad en reclamaciones de importe inferior a un determinado umbral (sin perjuicio de los comentarios anteriores), esta Ponencia considera que debería reducirse sustancialmente el umbral de 20.000 euros y en ningún caso debería aplicar dicho carácter vinculante a reclamaciones sin cuantía o presentadas por clientes que (de mantenerse la actual definición de «cliente») no tengan la condición de consumidores.

6. Financiación: tasa por resolución de reclamaciones

La disposición adicional primera del Anteproyecto contempla la creación de una tasa por la resolución de reclamaciones en materia de defensa al cliente financiero. Esta Ponencia considera que la creación de esta tasa puede adolecer de graves problemas de técnica tributaria y de fondo que se exponen a continuación.

6.1 Sobre la adecuación de la figura de la tasa tributaria al propósito del Anteproyecto

La primera cuestión se plantea, exclusivamente, desde un punto de vista jurídico-tributario para llamar la atención sobre el diseño de la tasa que financia la actividad de la Autoridad y evitar, de esta forma, eventuales problemas futuros de legalidad.

Se plantea que el sistema institucional de resolución extrajudicial de conflictos y, concretamente, el servicio que presta la Autoridad sea gratuito para los clientes. Aunque se trata de un objetivo último de la Directiva, no constituye una obligación para los Estados miembros (considerando 41 y artículo 8.c) de la Directiva). Se prevé, igualmente, en la misma norma que la financiación sea pública, aunque tampoco esta es una imposición de la mencionada Directiva (considerando 46).

En trasposición de estos principios, el Anteproyecto configura el régimen económico mediante una tasa de carácter tributario y cuantía fija que deben pagar las entidades financieras por la mera interposición de una reclamación por el cliente. Esta cuestión, en la forma que está articulada, plantea relevantes problemas normativos.

Cabe recordar que el artículo 31.1 de la Constitución Española establece que: *“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá carácter confiscatorio”*. La Ley General Tributaria concreta esta exigencia de capacidad económica para el establecimiento de

cualquier tributo (sean estos impuestos, tasas o contribuciones especiales) en su artículo 3, cuando señala que *“La ordenación de los tributos ha de basarse en la capacidad económica de las personas llamadas a satisfacerlos y en los principios de generalidad y equitativa distribución de la carga tributaria.”* Por tanto, cualquier tributo requiere una manifestación real o potencial de capacidad económica.

Así lo recuerda también el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la sentencia 194/2000, fundamento jurídico 8º, respecto de todos los tributos: *“el tributo es una prestación patrimonial coactiva que se satisface, directa o indirectamente, a los entes públicos (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18) que, por imperativo del art. 31.1 C.E., sólo puede exigirse cuando existe capacidad económica y en la medida -en función- de la capacidad económica (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 6)”*. Capacidad que, como se ha dicho, puede ser real o potencial, pero en todo caso existente y no meramente nominal o ficticia (sentencia del Tribunal Constitucional 194/2000, fundamento jurídico 8º). Lo que significa que la capacidad económica obliga al legislador *«a buscar riqueza allí donde la riqueza se encuentra»* (sentencia del Tribunal Constitucional 27/ 1981, fundamento jurídico 4º) o, lo que es lo mismo, que *«los poderes públicos están obligados –en principio– a exigir esa contribución a todos los contribuyentes cuya situación ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser sometida a tributación»* (sentencia del Tribunal Constitucional 10/2005, fundamento jurídico 6º y sentencia del Tribunal Constitucional 96/2002, fundamento jurídico 7º).

Por tanto, si el hecho imponible definido en la ley tributaria entra en colisión con el antedicho criterio, la obligación tributaria no será válida, no porque le falte la causa, sino porque el hecho que pretende generar el vínculo de obligación carece en sí mismo de fundamento constitucional.

También los tributos que buscan fines parafiscales, por ser tributos y por sostener los gastos públicos, como se podría interpretar que ocurre con la tasa diseñada en el Anteproyecto, por tratar de incentivar que las entidades financieras resuelvan las reclamaciones de sus clientes de forma amistosa, deben respetar los principios del artículo 31.1 de la Constitución Española. Así fue expuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de diciembre de 1989 que afirmaba que los tributos con fines no fiscales *“[...] estructural y funcionalmente son [...] auténticos tributos, sometidos en un todo al régimen común de estos, ya que también sirven en última instancia para el sostenimiento de las cargas públicas.”* De igual forma, en la sentencia del Tribunal Constitucional 194/2000, se señala que *“(...) aunque la finalidad perseguida sea constitucionalmente legítima -la lucha contra el fraude fiscal-, la prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica porque, siendo muy amplia la libertad del legislador a la hora de configurar los tributos, éste debe, “en todo caso, respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia” [STC 221/1992, FJ 4; en el mismo sentido, STC 214/1994, FJ 5 c)].”*

De forma más reciente, el Tribunal Constitucional ha vuelto a analizar la cuestión, por ejemplo, en su sentencia 182/2001 de 26 de octubre de 2021, señalando expresamente que *“(...) ya es clásica la doctrina de este tribunal que declara que «el tributo es una*

prestación patrimonial coactiva que se satisface, directa o indirectamente, a los entes públicos (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18) que, por imperativo del art. 31.1 CE, solo puede exigirse cuando existe capacidad económica y en la medida –en función– de la capacidad económica (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 6)». A este respecto, si bien puede objetarse que dicha afirmación se vertió al hilo del enjuiciamiento de determinados impuestos con protagonismo cierto en el sistema tributario (como en el caso de la previsión de la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, que tenía repercusiones principalmente en los impuestos sobre transmisiones patrimoniales y sobre sucesiones y donaciones, en la STC 194/2000, de 19 de julio, FJ 8), cabe destacar que se utilizó como ratio decidendi en procesos constitucionales contra otros impuestos con menor peso en el conjunto del sistema, como en los de la mal denominada «tasa» por emisión de informes de auditoría de cuentas (AATC 381 a 383/2005, todos de 25 de octubre, FFJJ 5, y 117 y 118/2006, ambos de 28 de marzo, FFJJ 4).”, de donde concluye que “el presupuesto de hecho del tributo debe ser, siempre y en todo caso, un índice de capacidad económica real o potencial”.

Pues bien, aunque la reclamación de un cliente se base en la previa contratación de un servicio financiero a una determinada entidad, la reclamación en sí solo puede generar a la entidad financiera, desde la perspectiva de su capacidad económica, una minoración de esta capacidad, real o potencial. Por tanto, la tramitación de una reclamación de un cliente financiero por parte de la Autoridad no supone, en ningún caso, una manifestación de la capacidad económica real o potencial de la entidad financiera sino, en su caso, de la del cliente. En consecuencia, el establecimiento de la tasa en las condiciones expuestas podría adolecer de un vicio de inconstitucionalidad y podría ser declarada nula.

Por otra parte, si desde la perspectiva del ordenamiento interno se decide financiar la actividad de la Autoridad mediante una tasa, esta debe articularse de acuerdo con los principios y la disciplina normativa de tal figura tributaria, que se regulan en el artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

En aplicación de ambas normas, el hecho imponible de las tasas solo puede ser la “*prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario*”.

Pues bien, la forma en la que la tasa está definida en el Anteproyecto no grava a quien es el “afectado” o el “beneficiado” de modo particular por el servicio que se trata de financiar, ya que, en la configuración del Anteproyecto, la Autoridad se diseña para atender exclusivamente las reclamaciones de los clientes frente a las entidades financieras.

Podría pensarse que las entidades financieras, aunque “no beneficiadas”, son “referidas” o “afectadas” de modo particular por el servicio que presta la Autoridad, pero en tal caso, al no exigirse la tasa a los consumidores que instan la intervención de dicho organismo, se estaría desconociendo un principio central del sistema tributario: el de igualdad (artículo 31.1 de la Constitución Española). Abunda en esta línea el artículo 19 de la propia Ley 7/2017, que proclama los principios de igualdad y contradicción de las partes en los procedimientos de resolución alternativa, enfatizando en el apartado 1 el

equilibrio de sus posiciones, que pudiera resultar roto si una parte recibe la prestación gratuitamente y la otra parte debe hacer frente a su coste.

Por otra parte, se advierte un claro déficit de motivación no solo respecto de la cuantía de la tasa, a la que nos referiremos en el siguiente apartado, sino por cuanto su cuantía, al ser fija, no se relaciona con la cuantía del asunto ni, por tanto, con la capacidad económica, como se exige para todo tributo.

6.2 Medidas que podrían contribuir a mitigar los elementos lesivos de la tasa

Para el caso de que no fuera acogida la observación general de esta Ponencia expuesta en el apartado anterior o se reconfigurase la tasa prevista en la disposición adicional primera en otros términos, pero se mantuviese su cuantía, es preciso llamar la atención sobre determinados aspectos.

En primer lugar, como antes se ha señalado, debe reiterarse que en la documentación que ha sido puesta a información pública, se prescinde absolutamente de cualquier justificación económica de la cuantía de la tasa, ni siquiera, en términos presupuestarios.

En segundo lugar, su importe es extremadamente elevado por lo que, con carácter general, debería revisarse. En efecto, esta Ponencia no considera justificado el establecimiento de una tasa de 250 euros por reclamación admitida. Se trata de un importe que, además, resulta desproporcionado en comparación con otros servicios públicos sujetos a tasas.

En tercer lugar, deberían introducirse criterios para su reducción en aplicación de determinados parámetros y con la finalidad de evitar los elementos lesivos que puede tener tal y como está definida. No parece, por ejemplo, que tenga sentido que la exacción pueda, por ejemplo, superar el montante en discusión.

Por tanto, en opinión de esta Ponencia, deberían incluirse:

- (i) Una cláusula de salvaguarda para que la exacción no supere, en ningún caso, un determinado porcentaje del interés económico de la reclamación o que gocen de exención del pago de la tasa las reclamaciones cuyo importe sea inferior a la misma.
- (ii) El establecimiento de una previsión que contemple la devolución de la tasa o su exención en aquellos supuestos en los que las pretensiones del cliente fueran desestimadas por la Autoridad.

En este sentido, la tasa se regula como una obligación estática de las entidades financieras, incluso en el eventual caso de que la resolución de la reclamación no sea favorable al cliente. Por ello, en los casos en los que la reclamación sea resuelta favorablemente a la entidad financiera, la tasa debería ser devuelta o girada al cliente, ya que, con arreglo al tenor actual del Anteproyecto, se impone a las entidades financieras una carga económica por el mero hecho de que un cliente interponga una reclamación ante la Autoridad y esta sea admitida, con independencia de su viabilidad, contenido y resultado.

- (iii) Sería conveniente establecer el pago de una cuantía moderada a cargo del consumidor en el momento de la interposición de la reclamación. Así, por ejemplo, en Italia y Dinamarca se establecen obligaciones de pago a cargo del consumidor de cantidades simbólicas por el hecho de la presentación de la reclamación, que le son reintegradas por la entidad en el caso que se diese la razón al cliente. Y, de la misma manera, si bien algunos países como Italia o Alemania establecen costes a cargo de las entidades, estos sin embargo les son reintegrados en caso de que la resolución final sea favorable a su posición.
- (iv) Tampoco debería pagar la tasa la entidad financiera en los casos que se apreciara temeridad o mala fe por parte del cliente.
- (v) Tal y como se ha mencionado anteriormente, se debería acompañar la tasa del establecimiento de un umbral mínimo para poder interponer reclamaciones por esta vía o de alguna otra medida que equilibre el tratamiento de reclamante y reclamado en el Anteproyecto. En efecto, la fijación de tal cuantía sin un umbral mínimo para acceder a la Autoridad puede suponer una suerte de incentivo para reclamar operaciones de escasa cuantía o cuantía sustancialmente inferior a la tasa, presumiendo que las entidades pudieran preferir allanarse a la tramitación de la reclamación por el impacto en costes que la tramitación del expediente ante la Autoridad (pago de la tasa) puede tener.
- (vi) En caso de reclamaciones presentadas por clientes financieros que no tengan la consideración de consumidores (en caso de mantenerse la definición de «cliente» del Anteproyecto), el pago de la tasa debería ser compartido entre el reclamante y la entidad financiera reclamada.

7. Organización de la Autoridad

En caso de mantenerse la propuesta de creación de una nueva autoridad administrativa independiente, esta Ponencia tiene las siguientes observaciones en relación con el régimen de organización de la misma contemplado en el Anteproyecto.

7.1 Presidencia y Vicepresidencia de la Autoridad

El artículo 12.1 del Anteproyecto establece que las personas titulares de la Presidencia y la Vicepresidencia de la Autoridad serán nombradas por el Consejo de Ministros, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Habida cuenta de que el objetivo declarado es que la Autoridad esté dotada de la mayor autonomía e independencia posibles para garantizar la mayor seguridad y protección de los clientes financieros y la tutela efectiva para la resolución de los procedimientos extrajudiciales de reclamación, esta Ponencia considera que sería imprescindible una mayor intervención parlamentaria en el nombramiento de sus máximos responsables, de manera similar a lo que ocurre con otras autoridades administrativas independientes (por ejemplo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

7.2 Consejo Rector de la Autoridad

El artículo 10.2 del Anteproyecto² establece que el Consejo Rector de la Autoridad estará compuesto por ocho consejeros: las personas titulares de la Presidencia y Vicepresidencia, dos consejeros electos y cuatro consejeros natos.

Esta Ponencia llama la atención sobre el escaso número de consejeros electos (dos sobre un total de ocho), lo que podría resultar insuficiente para la debida representatividad del órgano. Además, se propone valorar la inclusión de exigencias de dedicación mínima para sus integrantes y, muy en especial, para los vocales electos.

7.3 Comité Consultivo de la Autoridad

El artículo 20 del Anteproyecto regula la composición del Comité Consultivo de la Autoridad, como órgano de asesoramiento. Esta Ponencia considera relevantes los siguientes aspectos.

- (i) **Denominación de “Comité Consultivo”:** El artículo 30 de la Ley del Mercado de Valores regula el Comité Consultivo de la CNMV como el órgano de asesoramiento de su Consejo. Su reconocimiento se corresponde con organismos homólogos en autoridades europeas. Por esta razón, sería preferible no utilizar la misma denominación para un órgano de esta nueva Autoridad con unas competencias tan próximas a las de la CNMV. Con esta finalidad, se podría utilizar, por ejemplo, la denominación de Comité Asesor u otra similar que no induzca a confusión.
- (ii) **Funciones:** El artículo 20.5 del Anteproyecto enumera las materias en las que el informe del Comité será preceptivo.

En esta relación podría considerarse la inclusión de aquellas materias relacionadas con resoluciones sancionadoras especialmente relevantes o significativas para una entidad o el sector.

Además, debería suprimirse la función de este Comité de emitir un informe preceptivo para la aprobación de normas de conducta, por el solapamiento que supone con respecto a la función de otros órganos consultivos (como son el Comité Consultivo de la CNMV, en el ámbito de los servicios de inversión, y la Junta Consultiva de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en el ámbito de los seguros y fondos de pensiones) y porque la Autoridad carece de competencias en relación con las normas de conducta.

Estas consideraciones pueden llevar a confusión a los receptores del informe del Comité Consultivo, sobre todo si se añaden a la identidad de la denominación a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

² Hay una errata en dicho artículo: faltaría la letra c) (en la relación de miembros, se salta de la letra b) a la d)).

(iii) **Composición:** Teniendo en consideración que la Autoridad extiende sus competencias a un número relevante de materias cuya regulación es especializada y diversa, cabría valorar las siguientes medidas:

- a) Ampliar el número de nueve miembros que conforman el Comité Consultivo en aras a poder dar cabida al mayor número de sensibilidades posibles afectadas por las actuaciones de la Autoridad.

En efecto, se considera cuantitativamente insuficiente la representación de los clientes y de las entidades financieras. El número de estos vocales debería aumentarse, respectivamente y como mínimo a seis, de forma que –aun cuando se mantuviera un número igual de representantes de clientes y de entidades- fuera posible una adecuada representación de cada uno de los sectores afectados por el Anteproyecto (servicios bancarios, seguros e inversión colectiva).

- b) Resulta llamativo que haya más miembros del Comité Consultivo que representen a Comunidades y Ciudades Autónomas (cinco vocales) que miembros que representen a consumidores, usuarios y entidades financieras (cuatro vocales). Se trata de una representación desproporcionada, sin que se aprecien unos intereses divergentes con respecto a los ya representados por los consumidores, usuarios y entidades financieras que justifiquen esta diferencia.
- c) Se echa en falta en la composición la presencia de miembros académicos o profesionales, presentes en otros comités asesores y cuya contribución podría ser de utilidad.

(iv) **Presidencia:** Se establece que el Comité Consultivo estará integrado por la persona titular de la Presidencia, que lo presidirá, por la persona titular de la Vicepresidencia y por nueve miembros. Como sucede en otros órganos consultivos similares, cabría considerar –para evitar aumentar en exceso su tamaño- que formen parte de este solamente la persona titular de la Presidencia o de la Vicepresidencia de la Autoridad, pero no ambos.

8. Funcionamiento, tramitación y resolución de reclamaciones

8.1 Selección de vocales, conocimientos y competencias (artículo 27)

Los artículos 17 y 19 del Anteproyecto distinguen entre instrucción de reclamaciones (encomendada a las vocalías integradas por vocales) y resolución de las mismas (encomendada a secciones compuestas a su vez por vocales).

El artículo 19.3 del Anteproyecto establece que *“La selección de la o los vocales se realizará entre profesionales con experiencia y conocimientos jurídicos especializados y acreditados en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional, de los servicios financieros, la protección del consumidor, el arbitraje o la mediación, con formación suficiente para el desempeño de sus funciones (...)”*. Sin embargo, al margen del artículo 25 del Anteproyecto, poco más se señala sobre su procedimiento de selección.

Por otra parte, el artículo 27.2 del Anteproyecto indica que *“La Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero ofrecerá, al menos anualmente, formación específica a los Vocales y aquellos empleados que contribuyan o participen en la instrucción o resolución de los expedientes de reclamación. A tal efecto, las autoridades de supervisión harán un seguimiento de los programas de formación establecidos”* [énfasis añadido]. De esta forma, parece apuntarse que, además de los vocales, otros trabajadores pueden instruir o resolver reclamaciones, que vendrían a sumarse a la posibilidad de externalización de la resolución de reclamaciones, expresamente prevista en la disposición adicional tercera del Anteproyecto.

Esta Ponencia entiende que la instrucción de los expedientes supone una responsabilidad que debe ser expresamente limitada, por lo que se sugiere aclarar que, en todo caso, la responsabilidad de la instrucción de los expedientes corresponde a los vocales de la Autoridad.

8.2 Causas de inadmisión de reclamaciones (artículo 38)

El artículo 38.1 del Anteproyecto establece las causas de inadmisión de las reclamaciones, reproduciendo las seis causas previstas en el artículo 18.1 de la Ley 7/2017 en el que se indica que no es posible la inadmisión por un motivo distinto de los señalados en dicho artículo.

Sin embargo, esta Ponencia entiende que deben tenerse en cuenta las especificidades del sector financiero y, por lo tanto, deberían considerarse igualmente las causas de inadmisión previstas en el artículo 10 de la Orden ECC/2502/2012 para no desvirtuar la finalidad del sistema de protección al cliente financiero y garantizar su eficaz funcionamiento.

En particular, deberían incluirse las causas de inadmisión relativas a los supuestos en los que se planteen controversias sobre hechos cuya prueba únicamente pueda ser realizada en vía judicial, sobre la cuantificación económica de los daños y perjuicios o cualquier otra valoración económica o cuando se requiera necesariamente la valoración de expertos con conocimientos especializados en una materia técnica ajena a la normativa de transparencia y protección de la clientela o a las buenas prácticas y usos financieros.

Además, específicamente en el ámbito del seguro, deberían excluirse también las reclamaciones en relación con contratos de grandes riesgos, seguros colectivos o planes de pensiones que instrumenten compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores o beneficiarios, que no se refieran a la condición de usuario de servicios financieros de las entidades aseguradoras o de entidades gestoras de fondos de pensiones.

8.3 Contenido de las resoluciones (artículo 41)

La finalidad de la Autoridad en los términos definidos por el Anteproyecto es resolver las reclamaciones planteadas por los clientes financieros. En virtud del principio de congruencia, la Autoridad debería decidir, por ello, exclusivamente sobre las pretensiones incluidas por el cliente en su reclamación y en ningún caso debería pronunciarse sobre aspectos que no hayan sido reclamados por el cliente. Con esta

finalidad, sería conveniente incluir un segundo párrafo en el apartado 1 del artículo 41 del Anteproyecto que establezca lo siguiente para evitar dudas: *“La resolución deberá decidir exclusivamente sobre las pretensiones incluidas por el cliente en su reclamación.”*

Por otra parte, el artículo 41.1 establece la posibilidad de la Autoridad de fijar una indemnización a favor del reclamante. La indemnización es la compensación por un daño o perjuicio. El sistema de resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes tiene por objeto resolver las reclamaciones, determinando para ello si la entidad reclamada actuó de conformidad con la normativa y las buenas prácticas, motivando para ello la resolución y, en su caso, ajustar las prestaciones o restituciones que procedan.

La fijación de una indemnización, que va más allá de lo señalado en el párrafo anterior, es competencia de la jurisdicción civil y requiere de información y valoración que probablemente necesite de otras herramientas procesales. Es, por tanto, una competencia que no corresponde a la Autoridad. Tampoco se define el origen de la indemnización (por ejemplo, si una entidad cobra una comisión por cajero indebidamente, procede la devolución de la comisión, pero ello no tiene por qué dar lugar a una indemnización). La redacción reflejada en el Anteproyecto parece anudar la resolución a la indemnización.

Por ello, esta Ponencia considera que el inciso final del artículo 41.1 del Anteproyecto (*“... pudiendo fijar la correspondiente indemnización a favor del reclamante”*) debería eliminarse (además de incluir como causa de inadmisión de las reclamaciones, conforme se ha expuesto en el apartado 8.2 anterior, la pretensión de cuantificación económica de los daños y perjuicios o cualquier otra valoración económica, tal y como se hace en el artículo 10.1.c) de la Orden ECC/2502/2012).

8.4 Costas procesales (artículo 44)

Las costas procesales de los litigios que se desarrollen en la jurisdicción civil con las resoluciones de la Autoridad deberán regularse conforme a las normas generales establecidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sin que esta Ponencia considere que el Anteproyecto deba alterar esas reglas generales ni limitar la potestad del juez competente para establecer las costas conforme a dicha normativa.

En su virtud, esta Ponencia entiende que debería eliminarse el artículo 44 del Anteproyecto.

9. Régimen sancionador

El título V del Anteproyecto establece un régimen sancionador específico para las entidades financieras, así como para quienes ostenten cargos de administración o dirección de las mismas, que infrinjan lo previsto en los artículos 33.5 (obligación de relacionarse con la Autoridad a través de medios electrónicos), 35.3 (carga de aportar la documentación precontractual y contractual relacionada con el servicio financiero objeto de reclamación), 35.4 (obligación de conservar la documentación precontractual

y contractual durante un plazo mínimo de seis años) y 41.2 (cumplir las resoluciones vinculantes) del Anteproyecto.

Esta Ponencia entiende que debería reconsiderarse la procedencia de que la Autoridad, además de resolver los litigios de consumo en el ámbito financiero entre los clientes y las entidades financieras, pueda imponer sanciones a una de las partes en el conflicto. Este régimen sancionador podría solaparse, además, con el de los supervisores que, lógicamente, conservan sus funciones de supervisión de la conducta, por lo que puede dar lugar a una vulneración del principio *non bis in idem*.

Por ello, esta Ponencia considera que sería preferible que la Autoridad notificara al organismo de supervisión correspondiente las conductas susceptibles de ser sancionadas y que fuera el supervisor correspondiente el que las tramitara.

De esta forma (y sin perjuicio de lo que se comenta a continuación en relación con las infracciones identificadas en el Anteproyecto), se podría modificar el artículo 53 del Anteproyecto según se indica a continuación, suprimiéndose los artículos 54 a 61 por resultar innecesarios, ya que la legislación de supervisión contiene disposiciones detalladas que regulan el procedimiento sancionador, las infracciones, las sanciones, su graduación y la prescripción:

“Artículo 53.- Las entidades financieras, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, que infrinjan lo previsto en los artículos 33.5, 35.3, 35.4 y 41.2 incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto la legislación de supervisión que les resulte de aplicación en función de su naturaleza.”

En todo caso (tanto si se acepta la propuesta anteriormente referida como si se mantiene, en contra del criterio de esta Ponencia, el régimen sancionador propuesto en el Anteproyecto), debería reconsiderarse la relación de incumplimientos sancionables previstos en el artículo 53 del Anteproyecto y circunscribirse al supuesto de incumplimiento de las resoluciones vinculantes (si finalmente las hay) de la Autoridad, suprimiendo el resto de los supuestos actualmente previstos por los siguientes motivos:

- (i) No relacionarse con la Autoridad por medios electrónicos (artículo 33.5 del Anteproyecto). Considerando que el propio texto señala que *“La carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas de conducta y en las buenas prácticas recaerá sobre la entidad financiera”*, la no relación por medios electrónicos de la entidad reclamada con la Autoridad, incluyendo la no presentación de la documentación en la forma establecida, no debe ser una conducta sancionable toda vez que solo redundaría en perjuicio de la propia entidad, que se verá impedida de probar su proceder conforme a derecho, y por tanto que quedaría expuesta a una resolución desfavorable.
- (ii) No aportar documentación precontractual y contractual (artículo 35.3 del Anteproyecto). De nuevo, teniendo en cuenta que el propio texto prosigue señalando que *“En particular, corresponderá a la entidad financiera aportar a la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero la documentación precontractual y contractual relacionada con el servicio financiero objeto de reclamación”*, parece que la no presentación de documentación solo

puede ser perjudicial para la entidad financiera que, a lo sumo debería quedar expuesta a una resolución desfavorable, pero no, además, a una sanción por la no presentación de dicha documentación.

- (iii) No conservación de documentación durante el plazo de seis años (artículo 35.4 del Anteproyecto). El mantenimiento de registros documentales ya es una obligación de las entidades financieras, sancionada conforme a la normativa sectorial, por lo que no procede que, además, la Autoridad pueda sancionar por este hecho, que excede con mucho del ámbito de la resolución alternativa de litigios, para entrar de lleno en el de la vigilancia y la sanción por el incumplimiento de las normas de conducta aplicables.

Además, en caso de mantenerse un régimen sancionador específico en el Anteproyecto, sería necesario que –tal y como, después de sucesivas reformas, se produce en otras normas del sector financiero- la tipificación de las infracciones fuese más precisa (pues parece ponderar, por ejemplo, de igual forma un mero defecto de forma que la voluntad de incumplir las resoluciones, en su caso, vinculantes), que se observase el criterio de proporcionalidad y que las sanciones por infracciones se graduasen más, destacando que las sanciones previstas pueden ser desproporcionadamente elevadas, por lo que deberían revisarse, y que se precisase con mayor detalle qué participación (negligencia inexcusable, ausencia de controles, etc.) han de tener los órganos de administración y dirección de las entidades financieras en la comisión de la infracción para determinar su posible responsabilidad.

10. Informe anual de actividad de la Autoridad

Esta Ponencia llama la atención sobre el hecho de que la facultad que el artículo 46 (*Informe anual de actividad*) del Anteproyecto confiere a la Autoridad para publicar criterios excede de las competencias de resolución de reclamaciones, que constituyen su finalidad, y podrían entrar en colisión con la supervisión de las normas de conducta que corresponde a los organismos supervisores.

Con este criterio, sería conveniente eliminar las referencias en el artículo 46 del Anteproyecto a la publicación en el informe anual de actividad de *“los criterios mantenidos por la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero en las mismas”* y de *“las resoluciones de unificación de criterio, así como aquellas otras que, por su reiteración puedan resultar especialmente relevantes”*.

El reconocimiento, si quiera indirecto y por la vía de un informe anual, de facultades a la Autoridad para emitir criterios de resolución de reclamaciones vinculantes aproximaría su papel al de regulador y autoridad de resolución sobre controversias dimanantes de relaciones jurídico-privadas, además de generar una relevante inseguridad jurídica, ante la eventual colisión de dichos criterios con los establecidos por los supervisores nacionales y europeos (EBA, EIOPA y ESMA). Inseguridad, finalmente, que contrasta con unos de los objetivos de la Autoridad enunciados en el artículo 1.2 del Anteproyecto: *“La finalidad de esta ley es aumentar la protección de los clientes de las entidades financieras, aumentar la seguridad jurídica en el ámbito de las normas de conducta que deben observar las entidades financieras, y contribuir a la extensión de prácticas*

comunes en las relaciones de las entidades financieras con sus clientes, con unos estándares adecuados y comunes de protección, en el que se fortalezca la transparencia, la inclusión financiera de los colectivos vulnerables y la competencia en cuanto a calidad del servicio, en beneficio del conjunto de la sociedad”.

11. Comentarios técnicos al Anteproyecto

En relación con el Anteproyecto analizado, cabe realizar los siguientes comentarios de carácter técnico y para la mejora del texto propuesto:

1. **Artículo 3.1 del Anteproyecto:** Este artículo reproduce la definición de “reclamación” que ya está incluida en el artículo 2.3 del Anteproyecto, por lo que podría dar lugar a incongruencias innecesarias. Por ello, desde un punto de vista de técnica legislativa, sería preferible evitar repeticiones y utilizar simplemente el término “reclamación” con el significado que ya tiene atribuido por el propio Anteproyecto.

De esta forma, el referido artículo 3.1 podría quedar redactado simplemente como sigue: *“Esta ley será de aplicación a toda reclamación presentada por uno o varios clientes frente a una o varias entidades financieras”.*

2. **Artículo 8.5 del Anteproyecto:** Se establece que el Consejo de Ministros aprobará, mediante real decreto, el Estatuto orgánico de la Autoridad.

A este respecto, convendría establecer el plazo máximo para que el Consejo de Ministros cumpla con dicha obligación, lo que podría incluirse en la disposición final undécima (*Desarrollo normativo*) del Anteproyecto.

3. **Artículo 11 del Anteproyecto:** En el apartado I) se sugieren las siguientes correcciones ortográficas: *“Adoptar cualesquiera otros acuerdos precisos para el desempeño de las funciones encomendadas a de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero que no sean competencia exclusiva de otro de sus órganos, pudiendo delegar en las personas titulares de la Presidencia y Vicepresidencia las atribuciones y cometidos que considere oportunos”.*
4. **Artículos 12.2 y 12.5 del Anteproyecto:** Este último artículo establece que las personas titulares de la Presidencia y la Vicepresidencia de la Autoridad tendrán la consideración de alto cargo a los efectos del artículo 1.2, letra e) de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 12.2 del Anteproyecto, que enuncia las causas en virtud de las cuales cesarán las personas titulares de la Presidencia y de la Vicepresidencia de la referida Autoridad, señala en su letra c) como causa de cese el “*estar incurso en alguna de las causas de incompatibilidad*”, pero no aclara ni define qué debe entenderse por incompatibilidades.

Podría ser oportuno matizar que las “incompatibilidades” a las que se refiere el Anteproyecto son las definidas en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

5. **Artículo 14.1 del Anteproyecto:** Se establece que *“las personas titulares de la Presidencia y de la Vicepresidencia de la Autoridad deberán poseer reconocida honorabilidad comercial y profesional y acreditar para su designación que poseen conocimientos y experiencia profesional adecuados de, al menos, diez años y un reconocido prestigio en el ámbito jurídico, económico o financiero, **así como en materia de protección de los clientes financieros no incurrir en potenciales conflictos de interés como consecuencia de sus actividades anteriores**”* (énfasis añadido).

Se sugiere revisar el último inciso (resaltado en el texto anterior) del referido artículo 14.1 del Anteproyecto, pues no queda claro si falta un “y” entre “clientes financieros” y “no incurrir” (de tal forma que se trata de dos requisitos distintos, i.e. acreditar experiencia en materia de protección de los clientes financieros y, además, no incurrir en potenciales conflictos de interés) o, por el contrario, se está pretendiendo vincular la cuestión de los conflictos de interés a la protección de los clientes financieros.

A este respecto, conviene resaltar que, si bien es posible concluir sobre la base de un análisis razonado qué se considera reconocida honorabilidad comercial y profesional y cómo se acredita la posesión de conocimientos y experiencia profesional adecuados en el ámbito jurídico, económico y financiero, no existe en la regulación financiera una comparación similar con respecto al ámbito de la protección de los clientes financieros.

En cuanto a la referencia a los conflictos de interés, también podría resultar oportuno aclarar si se pretende hacer referencia al artículo 12 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, que regula el sistema de alerta para la detección temprana de conflictos de interés.

6. **Artículo 17 del Anteproyecto:** No queda clara la composición y funciones de las secciones, encargadas de la resolución de las reclamaciones, las vocalías, encargadas de la instrucción del procedimiento, y las áreas, por lo que sería recomendable revisar la redacción de este artículo.
7. **Artículo 25.4 del Anteproyecto:** En relación con el régimen de personal y, en concreto, con lo dispuesto en el artículo 25.4, llama la atención que se limite el ejercicio de ciertas funciones públicas al personal laboral. La naturaleza pública de la Autoridad da cobertura a las funciones públicas de cualesquiera de sus empleados. En cualquier caso, sería conveniente precisar de qué funciones se trataría.
8. **Artículo 26.4 del Anteproyecto:** Con arreglo al artículo 26.4 del Anteproyecto, si las partes entendieran que la falta de independencia o imparcialidad deriva de una mala práctica en la tramitación de la reclamación, podrán dirigirse a la Sección Especial prevista en el artículo 18 para que dé traslado al Consejo Rector. En este

caso, debería aclararse que este hecho debe dar lugar a la suspensión del procedimiento hasta la resolución del incidente.

9. **Artículo 27.2 del Anteproyecto:** Debería reconsiderarse la previsión de que las autoridades de supervisión hagan un seguimiento de los programas de formación establecidos, puesto que las mismas ya forman parte del Consejo Rector de la Autoridad a través de los consejeros vocales natos.
10. **Artículo 32 del Anteproyecto:** En el apartado 1 de este artículo llama la atención la ausencia de referencia a la preceptiva presentación de reclamación ante el Defensor del Partícipe, que sí se contempla expresamente en la Orden ECC/2505/2012. Este defensor viene fijado en la normativa de planes y fondos de pensiones. Para no alterar la primera instancia actual configurada para los partícipes de planes de pensiones, resulta necesario introducir la mención en el texto del Anteproyecto.
11. **Artículos 32.2 (y 38.1.a) del Anteproyecto:** Reclamación previa ante el servicio de atención a la clientela o el defensor de la clientela.

El artículo 32.1 del Anteproyecto establece que para poder admitir y tramitar la reclamación ante la Autoridad debe ser presentada con carácter previo la reclamación ante el servicio de atención a la clientela o el defensor de la clientela de la entidad financiera reclamada.

Por su parte, el artículo 32.2 del Anteproyecto prevé la posibilidad de reclamación ante la Autoridad en el caso, entre otros, de que haya transcurrido un mes desde la presentación de la reclamación ante el servicio de atención a la clientela o el defensor de la clientela de la entidad sin que haya sido resuelta. El mismo plazo se prevé para la inadmisión en el artículo 38.1.a) del Anteproyecto.

Sin embargo, el artículo 15 de la Orden ECO 734/2004 establece el plazo máximo de dos meses a partir de la fecha en que la queja o reclamación fuera presentada en el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente para resolver la misma (el mismo plazo de dos meses se prevé por el artículo 7.2 de la Orden ECC/2502/2012).

Por ello sería necesario ampliar el plazo que se menciona en el artículo 32.2 del Anteproyecto hasta dos meses para que, iniciada la reclamación ante el servicio de atención a la clientela o el defensor de la clientela de la entidad reclamada y no habiendo sido resuelta, el cliente pueda interponer la reclamación ante la Autoridad.

12. **Artículo 34 del Anteproyecto:** Con arreglo al artículo 34 del Anteproyecto, la Autoridad debe asegurar a los reclamantes la disponibilidad de canales presenciales, telefónicos o telemáticos para el servicio asistencia en la interposición de reclamaciones, atendiendo al principio de prestación personalizada.

El precepto matiza que *“se entiende por prestación personalizada aquella que tiene en consideración la edad de la persona que se dirige a la autoridad para*

interponer la reclamación, las características de la zona geográfica en la que reside la persona en términos de población y el nivel de competencias digitales de dicha persona, entre otras cuestiones”.

A este respecto, se formulan las siguientes sugerencias:

- (i) El Anteproyecto no establece ninguna indicación de qué debe entenderse por “edad” suficiente o de que criterios o características se consideran relevantes a efectos de que un cliente financiero pueda beneficiarse del servicio de atención personalizada en la interposición de reclamaciones.
- (ii) Es imprescindible coordinar la redacción de este servicio personalizado con el texto del anteproyecto de ley por la que se regulan los servicios de atención a las personas consumidoras y usuarias que actúan en calidad de clientela para garantizar que los mecanismos que se establezcan para eliminar o minorar la mayor vulnerabilidad de determinados colectivos sea realmente efectiva.
- (iii) Si bien la edad de la persona o las características de la zona geográfica en la que reside el cliente financiero son elementos a considerar en la asistencia personalizada para la interposición de reclamaciones, se considera que existen circunstancias igualmente relevantes a tener en consideración y no necesariamente vinculadas con la edad, la zona geográfica o las competencias estrictamente digitales, tales como el nivel de formación y experiencia en general como cliente financiero o sus circunstancias personales.

13. **Artículo 35.5 del Anteproyecto:** El primer párrafo de dicho artículo establece que *“En la resolución de una controversia, y cuando sea necesario a juicio de la persona titular de la Presidencia de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero, las autoridades de supervisión asistirán a dicha autoridad mediante la prestación de un servicio de evaluación e información técnica solicitada por ésta, en la medida en que ya esté disponible.”*

Sería conveniente aclarar a qué se refiere el “servicio de evaluación e información” y si la expresión “en la medida en que ya esté disponible” se refiere al acuerdo de colaboración o a este servicio.

14. **Artículo 36 del Anteproyecto:** El artículo 36 del Anteproyecto establece, en relación con la legitimación activa para la interposición de reclamaciones, que también están legitimados para presentar reclamaciones en su condición de clientes de entidades financieras *“los inversores institucionales cuando actúen en defensa de los intereses particulares de sus clientes, ya sean partícipes, inversores, tomadores de seguros, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualquiera de ellos, así como partícipes y beneficiarios de planes de pensiones”.*

El Anteproyecto no contiene una definición de qué debe entenderse por «inversor institucional» ni efectúa referencia alguna a otra normativa sectorial que pueda contener una definición de tales inversores.

Se sugiere incorporar en el texto del Anteproyecto una definición de qué se entiende por inversor institucional a los efectos del artículo 36 de dicho texto o, en su caso, efectuar referencias concretas a la normativa sectorial que pueda permitir esclarecer que tipo de inversores se consideran «institucionales» a estos efectos.

Por su parte, el apartado 3 de dicho artículo se refiere a la legitimación activa de las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los clientes. A este respecto, sería conveniente aclarar que las referidas asociaciones y organizaciones representativas están legitimadas para poner reclamaciones en representación de los afectados, i.e., que no se trata de una legitimación abstracta.

15. **Artículo 38 del Anteproyecto:** En la causa de inadmisión del apartado f) del artículo 38.1, se plantea la duda de si la existencia o no de un delito debería ser más una causa de suspensión de la reclamación (por posible prejudicialidad penal) que una causa de inadmisión de plano de la misma.

Por otra parte, en este mismo supuesto, no queda claro por qué se limita a los procedimientos con resultado vinculante **para el cliente** (de hecho, tampoco queda claro cuáles son esos procedimientos).

Por otra parte, en el artículo 38.2 se incluye una referencia a un plazo de diez días para notificar la resolución final de inadmisión, pero sin precisar si se trata de días hábiles o naturales (parece que es lo primero). En todo caso, esto contrasta con el artículo 18.3 de la Ley 7/2017, que establece un plazo máximo de 21 días naturales.

16. **Artículo 39 del Anteproyecto:** Sin perjuicio de que los plazos parciales puedan no agotarse y el plazo total acabe reducido, sería conveniente, como es habitual, reflejar el plazo máximo total posible a efectos de la desestimación por silencio.

En cuanto a la posible ampliación del plazo de resolución en el caso de litigios de índole particularmente compleja, cabría considerar la inclusión en el artículo 39.3 de una mención a que la referida ampliación deberá motivarse de forma expresa.

Por otra parte, en relación con el apartado 4 de dicho artículo, no se entiende bien la referencia a la interposición de recurso contencioso-administrativo, puesto que las cuestiones de fondo que se plantean entre el cliente y la entidad financiera son de naturaleza civil y mercantil.

17. **Artículo 41 del Anteproyecto:** El artículo 41.4 del Anteproyecto, que hace referencia a la fase de resolución de las reclamaciones, establece que en el caso de que resolución fuera desfavorable a la entidad, esta deberá comunicar expresamente, en el plazo de 30 días desde la notificación, la aceptación o no de la misma.

Se entiende que el referido plazo de 30 días debe ser considerado, a efectos de su cómputo, como “días hábiles”, tal como ocurre en diferentes preceptos del Anteproyecto y, en particular, en el propio artículo 41, en el apartado 2. Por ello, dado que a lo largo del articulado del Anteproyecto se precisa en cada caso si se

trata de días hábiles o naturales, se sugiere precisar, en aras de una mayor claridad, que se trata de un plazo en días hábiles.

18. **Artículo 42.1 del Anteproyecto:** En el apartado b) se utiliza la expresión “competencia de las salas” y debería ser “competencia de las secciones”.
19. **Artículos 48 y 52 del Anteproyecto:** El artículo 48 del Anteproyecto regula la cooperación de la Autoridad con diferentes administraciones y autoridades regulatorias, tales como Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el Ministerio de Consumo, el Banco de España y la CNMV. Dichas entidades deben cooperar e intercambiar mutuamente cuanta información, general o específica, resulte necesaria para el mejor cumplimiento de sus respectivas competencias.

No obstante lo anterior, y pese a que el servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones se ve igualmente afectado por el Anteproyecto del mismo modo que los servicios de reclamaciones del Banco de España y de la CNMV, no se incluye a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones entre las autoridades que deben formar parte del marco de cooperación.

En su virtud, aunque ya se incluye una referencia general al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, podría ser recomendable hacer una mención específica a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Este mismo comentario resulta aplicable al artículo 52 del Anteproyecto relativo a las actuaciones para la promoción de la educación financiera.

20. **Artículo 51 del Anteproyecto:** En el apartado 1 de dicho artículo cabría mencionar de forma expresa que la educación financiera de los ciudadanos incluye igualmente la formación sobre sus derechos y obligaciones en las respectivas materias, así como el conocimiento de cómo ejercitar y reclamar sus derechos.

En el apartado 2 sería conveniente reconsiderar la mención específica en una norma con rango de ley a dos guías concretas, que dan a entender su importancia frente a otras.

21. **Artículo 52 del Anteproyecto:** En el apartado 2 de dicho artículo se podría incluir una referencia expresa a las asociaciones de consumidores más representativas con ámbito de actuación nacional, así como a los colegios profesionales y sus consejos como entidades con las que se podrán celebrar convenios para mejorar la educación financiera. De hecho, por ejemplo, actualmente, el Consejo General de Economistas es colaborador del plan de educación financiera.

Por otra parte, en el apartado 3 de dicho artículo cabría realizar una referencia específica a las etapas de educación secundaria y bachillerato para reforzar la importancia de la educación financiera en esta fase del ciclo formativo.

22. **Disposición adicional primera del Anteproyecto:** La disposición adicional primera del Anteproyecto establece la obligatoriedad del abono de una tasa por la resolución de las reclamaciones y cuyo sujeto pasivo serán las entidades financieras objeto de la reclamación. El importe de la tasa se fija en 250 euros. Pese a que el apartado 1 de la referida disposición adicional establece que las tasas serán exigibles por la “resolución” de las reclamaciones, el apartado 5 de la misma fija como fecha del devengo la admisión a trámite de la reclamación por parte de la Autoridad.

De mantenerse la tasa tal y como está actualmente configurada en el Anteproyecto, deberían, al menos, coordinarse los apartados de dicha disposición y, en su virtud, en el apartado 5 (*Devengo*) debería indicarse que “La tasa se devengará en el momento de la **resolución** de la reclamación” y en el 7 (*Cuota tributaria*) que “La cuota de la tasa será de 250 euros por reclamación **resuelta**”.

23. **Disposición adicional segunda del Anteproyecto:** Cabría añadir que los supervisores también darán publicidad, a través de sus respectivas páginas webs, de la posibilidad de acudir a la Autoridad. Ello es congruente con la publicación actual de los datos de los servicios de atención al cliente/defensor del cliente en el Portal del Cliente Bancario o la publicación en las webs de otros supervisores.
24. **Disposición transitoria primera del Anteproyecto:** La primera línea de dicha disposición es errónea pues no existe en el Anteproyecto ningún artículo 34.1 en el que se haga referencia a un desarrollo reglamentario.
25. **Disposición final séptima del Anteproyecto:** El Anteproyecto incorpora una disposición final séptima que modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, para añadir un nuevo artículo 10 ter que incorpora en dicha norma el principio de prestación personalizada de servicios relacionados con los partícipes potenciales, los partícipes y los beneficiarios.

En la medida en que la inmensa mayoría de las gestoras no comercializan los planes de pensiones, sino que se limitan a gestionar los activos de los fondos de pensiones en que aquellos materializan sus recursos, se hace necesario concretar el ámbito de aplicación del principio de prestación personalizada, evitando recoger en la norma una obligación que en la práctica no produce ningún beneficio y sí costes de implementación. Para ello, se sugiere añadir en el apartado 1 el texto subrayado: “1. Las entidades gestoras de fondos de pensiones que comercialicen planes de pensiones asegurarán a su clientela la disponibilidad de canales presenciales, ya sea permanentes o intermitentes, o telefónicos o telemáticos para la prestación de servicios relacionados con los planes de pensiones de los que sean partícipes potenciales, los partícipes y los beneficiarios, atendiendo al principio de prestación personalizada”.

* * *