



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 12 de marzo de 2020¹

Asunto C-639/18

KH
contra
Sparkasse Südholstein

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Kiel (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Kiel, Alemania)]

«Directiva 2002/65/CE — Protección del consumidor — Servicios financieros — Comercialización a distancia — Contrato de crédito al consumo — Acuerdo posterior sobre el tipo de interés — Sistema organizado de prestación de servicios a distancia»

1. La presente petición de decisión prejudicial del Landgericht Kiel (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Kiel, Alemania) insta al Tribunal de Justicia a interpretar por primera vez el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65/CE² y el concepto de «contrato a distancia». En ese contexto, un acuerdo posterior mediante el cual se modifica un contrato de préstamo vigente únicamente en lo que respecta al tipo de interés pactado, ¿es un «contrato» al que se aplican las disposiciones de la Directiva 2002/65? Y ¿cuáles son los criterios para determinar si un contrato celebrado sin la presencia física simultánea del proveedor y el consumidor es un «contrato a distancia» en el sentido de lo dispuesto en el artículo 2, letra a), de dicha Directiva?

Derecho de la Unión

Tratado FUE

2. El artículo 12 del TFUE establece que «al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores».

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

3. El artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³ establece que en las políticas de la Unión «se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores».

¹ Lengua original: inglés.

² Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DO 2002, L 271, p. 16). Ciertas disposiciones de esa Directiva han sido modificadas desde su adopción (la última versión consolidada data de 2018), pero las disposiciones que son pertinentes en el presente caso no se han modificado.

³ DO 2007, C 303, p. 1.

Directiva 97/7/CE

4. La Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, fue la primera medida de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los contratos a distancia en general entre consumidores y proveedores.⁴

5. En el apartado 1 del artículo 2 se define el «contrato a distancia» como «todo contrato relativo a servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para este contrato, utilice exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la propia celebración del contrato».

6. La versión original del primer guion del apartado 1 del artículo 3 fue sustituida por el artículo 18 de la Directiva 2002/65 para indicar expresamente que los contratos relativos a los servicios financieros a los que se aplica la Directiva 2002/65 se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva 97/7.

Directiva 2002/65

7. En los considerandos de la Directiva 2002/65 se afirma lo siguiente. «En el marco del mercado interior, es beneficioso para los consumidores poder acceder sin discriminación a la gama más amplia posible de servicios financieros disponibles [...]. A fin de garantizar la libertad de elección de los consumidores, que es un derecho esencial de estos, es necesario un alto nivel de protección de los consumidores para que pueda aumentar la confianza de los consumidores en la venta a distancia».⁵ «La presente Directiva debe garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, a fin de garantizar la libre circulación de los servicios financieros».⁶ «La presente Directiva abarca todos los servicios financieros que pueden prestarse a distancia».⁷ «Los contratos negociados a distancia implican la utilización de técnicas de comunicación a distancia, utilizadas en el marco de un sistema de venta o de prestación de servicios a distancia sin que exista una presencia simultánea del proveedor y el consumidor. La evolución permanente de estas técnicas exige la definición de principios válidos incluso para las que todavía se utilizan poco. Los contratos a distancia son, pues, aquellos en que la oferta, la negociación y la conclusión se efectúan a distancia».⁸ «Un mismo contrato que comporte operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo, escalonadas en el tiempo, puede recibir calificaciones jurídicas diferentes en los diferentes Estados miembros, pero es preciso que la presente Directiva se aplique de la misma manera en todos los Estados miembros. A tal efecto, cabe considerar que la presente Directiva se aplica a la primera de una serie de operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo, escalonadas en el tiempo, y que puede considerarse que forman un todo, tanto si esta operación o esta serie de operaciones son objeto de un único contrato o de diferentes contratos sucesivos».⁹ «Se considera “acuerdo inicial de servicio”, por ejemplo, la apertura de una cuenta bancaria, la adquisición de una tarjeta de crédito o la celebración de un contrato de gestión de cartera y que las “operaciones” pueden consistir, por ejemplo, en el depósito o retirada de dinero de una cuenta bancaria, los pagos efectuados mediante tarjeta de crédito o las transacciones realizadas en el marco de un contrato de gestión de cartera. No supone una “operación” el hecho de añadir nuevos

4 Véase el artículo 1 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 (DO 1997, L 144, p. 19). Esa Directiva fue derogada y sustituida por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2011, L 304, p. 64).

5 Considerando 3.

6 Considerando 13.

7 Considerando 14.

8 Considerando 15.

9 Considerando 16.

elementos a un acuerdo inicial, como la posibilidad de utilizar un instrumento de pago electrónico en combinación con la propia cuenta bancaria ya existente, sino un contrato adicional al que se aplicará la presente Directiva. La suscripción de nuevas participaciones del mismo fondo de inversión colectiva se considera una de las “operaciones sucesivas de igual naturaleza”.¹⁰ «Al hacer referencia a un sistema de prestación de servicios organizado por el proveedor de servicios financieros, la presente Directiva pretende excluir de su ámbito de aplicación las prestaciones de servicios efectuadas con carácter estrictamente ocasional y al margen de una estructura comercial cuyo objetivo sea celebrar contratos a distancia». ¹¹ «La utilización de técnicas de comunicación a distancia no debe provocar una limitación indebida de la información proporcionada al cliente. A fin de garantizar la transparencia, la presente Directiva establece exigencias destinadas a conseguir un nivel adecuado de información del consumidor, tanto antes de la celebración del contrato como después de esta». ¹² «Es importante, a fin de garantizar la mayor protección posible del consumidor, que este reciba suficiente información sobre las disposiciones de la presente Directiva y, en su caso, sobre los códigos de conducta existentes en este ámbito y que disponga de un derecho de rescisión». ¹³

8. El artículo 1 tiene el siguiente tenor:

«1. La presente Directiva tiene por objeto la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

2. En el caso de los contratos de servicios financieros que comprendan un acuerdo inicial de servicios seguido de operaciones sucesivas o una serie de operaciones separadas de la misma naturaleza realizadas a lo largo del tiempo, las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán únicamente al acuerdo inicial.

En caso de que no exista un acuerdo inicial de servicio pero que las operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo escalonadas en el tiempo se realicen entre las mismas partes contratantes, los artículos 3 y 4 solo se aplicarán cuando se realice la primera operación. No obstante, cuando no se realice operación alguna de la misma naturaleza durante más de un año, la realización de la operación siguiente se considerará como la primera de una nueva serie de operaciones y, en consecuencia, serán de aplicación las disposiciones de los artículos 3 y 4.»

9. En el artículo 2, letra a), se define el «contrato a distancia» como «todo contrato relativo a servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para este contrato, utilice exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la propia celebración del contrato».

10. En el artículo 2, letra b), se define «servicio financiero» como «todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago».

11. En el artículo 2, letra e), se define la expresión «técnica de comunicación a distancia» como «todo medio que pueda utilizarse, sin que exista una presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, para la comercialización a distancia de un servicio entre estas partes».

¹⁰ Considerando 17.

¹¹ Considerando 18.

¹² Considerando 21.

¹³ Considerando 23.

12. El artículo 3 tiene el siguiente tenor:

«1. Con la debida antelación y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato a distancia o de una oferta, este deberá recibir la siguiente información relativa a:

[...]

3) el contrato a distancia

- a) la existencia o no de derecho de rescisión de conformidad con el artículo 6 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al apartado 1 del artículo 7, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho;

[...]

2. La información a que se refiere el apartado 1, cuyo fin comercial deberá indicarse inequívocamente, se comunicará de manera clara y comprensible por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada, respetando debidamente, en particular, los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los principios que regulan la protección de las personas que, con arreglo a la legislación de los Estados miembros, carecen de capacidad de obrar, como por ejemplo los menores de edad.

[...]»

13. De acuerdo con el artículo 6:

«1. Los Estados miembros velarán por que el consumidor disponga de un plazo de 14 días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. [...]

El plazo durante el cual podrá ejercerse el derecho de rescisión comenzará a correr:

- bien el día de la celebración del contrato, salvo en relación con los mencionados seguros de vida, para los que el plazo comenzará cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado,
- bien a partir del día en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información, de conformidad con los apartados 1 y 2 del artículo 5, si esta es posterior.»

[...]

2. El derecho de rescisión no se aplicará a los contratos relativos a:

[...]

- c) contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que este ejerza su derecho de rescisión.

3. Los Estados miembros podrán disponer que el derecho de rescisión no se aplique a:

- a) los créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o a renovar o mejorar inmuebles; o

b) los créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble; [...]

6. Cuando el consumidor ejerza su derecho de rescisión, lo notificará, antes de expirar el plazo correspondiente, con arreglo a las instrucciones que se le hayan dado de conformidad con lo dispuesto en la letra d) del punto 3 del apartado 1 del artículo 3, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación y que sea conforme al Derecho nacional. Se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo.»

14. El artículo 11 tiene el siguiente tenor:

«Los Estados miembros deberán prever sanciones adecuadas en caso de incumplimiento por parte del proveedor de las disposiciones nacionales adoptadas para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva.

En particular, podrán disponer al respecto que el consumidor pueda rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna.

Dichas sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.»

15. El artículo 18 sustituye el primer guion del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 97/7 y establece que esta última Directiva no se aplica a los contratos «que se refieran a cualquier servicio financiero a los que se aplica la Directiva 2002/65/CE [...]».

Derecho nacional

16. El artículo 312b, apartado 1, del Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil; en lo sucesivo, «BGB»), en su versión vigente entre el 8 de diciembre de 2004 y el 22 de febrero de 2011, establecía que «son contratos a distancia los relativos a entregas de bienes o a prestaciones de servicios, incluidos los servicios financieros, celebrados entre un empresario y un consumidor utilizando exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, a no ser que la celebración del contrato no se produzca en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado. Se entenderá por servicio financiero a los efectos de la primera frase todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago.»

17. El artículo 312d, apartados 1 y 2, del BGB, en su versión vigente entre el 8 de diciembre de 2004 y el 10 de junio de 2010, presentaba el siguiente tenor:

«1. En los contratos a distancia, el consumidor tendrá un derecho de desistimiento en los términos del artículo 355. [...]

2. Como excepción a lo dispuesto en el artículo 355, apartado 2, primera frase, el plazo de desistimiento no comenzará antes del cumplimiento de las obligaciones de información previstas en el artículo 312c, apartado 2; [...] en el caso de prestación de servicios, no antes del día de celebración del contrato.»

18. El artículo 312d, apartados 1 y 2, del BGB, en su versión vigente entre el 11 de junio de 2010 y el 3 de agosto de 2011, presentaba el siguiente tenor:

«1. En los contratos a distancia, el consumidor tendrá un derecho de desistimiento en los términos del artículo 355. [...]

2. Como excepción a lo dispuesto en el artículo 355, apartado 3, primera frase, el plazo de desistimiento no comenzará antes del cumplimiento de las obligaciones de información previstas en el artículo 246, apartado 2, en relación con el artículo 1, apartados 1 y 2, de la *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* [Ley de introducción al Código Civil] [...]».

19. El artículo 495 del BGB, en su versión vigente entre el 1 de agosto de 2002 y el 12 de junio de 2014, disponía que «en el caso de un contrato de préstamo celebrado por un consumidor, el prestatario tiene un derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 355».

Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales planteadas

20. Sparkasse Südholstein es un banco con sucursales que opera en el ámbito regional y que celebra contratos de préstamo de financiación inmobiliaria con garantías reales exclusivamente en sus sucursales. En algunos casos concretos, en relaciones contractuales en curso se efectúan modificaciones o adiciones a dichos contratos mediante técnicas de comunicación a distancia. Es un hecho acreditado que, a comienzos de 2008, Sparkasse Südholstein ya había celebrado contratos utilizando exclusivamente técnicas de comunicación a distancia en varios casos.

21. El procedimiento ante el tribunal nacional versa sobre tres contratos de préstamo que KH suscribió en su condición de consumidora con Sparkasse Südholstein:

El 1 de julio de 1994, KH acordó con la antecesora legal de Sparkasse Südholstein la concesión de un préstamo de financiación inmobiliaria por importe de 114 000 DEM (aproximadamente 58 000 euros; en lo sucesivo, «primer préstamo») que vencía el 30 de diciembre de 2017. El tipo de interés aplicado al préstamo era del 6,95 % anual, fijado por un plazo inicial de diez años. Seis semanas antes del 30 de mayo de 2004 como pronto podía cada parte exigir a la otra la negociación de una actualización del tipo de interés con efectos a partir del 1 de junio de 2004. En caso de no llegarse a un acuerdo al respecto, desde esa fecha se aplicarían las «condiciones variables» fijadas por Sparkasse Südholstein para este tipo de préstamos (tipo de interés variable). El préstamo quedó respaldado con la constitución de una garantía real inmobiliaria.

El 25 de mayo de 2004, las partes acordaron modificar el contrato con efectos a partir del 1 de junio de 2004 por un plazo de diez años, aplicando un tipo de interés del 5,03 % anual.

En octubre de 2010,¹⁴ utilizando exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, las partes celebraron un nuevo acuerdo de modificación de los intereses conforme al cual, a partir del 1 de junio de 2014 y durante el tiempo restante de contrato, se aplicaría un tipo de interés del 4,01 %. No se informó a HK de un posible derecho de desistimiento.

En virtud del contrato, HK pagó entre junio de 2014 y noviembre de 2017 la suma de 8 180,76 euros a Sparkasse Südholstein. El 29 de diciembre de 2017, HK amortizó íntegramente el préstamo mediante un pago de 58 287,27 euros.

El 17 de julio de 1994, HK acordó con la antecesora legal de Sparkasse Südholstein la concesión de otro préstamo de financiación inmobiliaria por importe de 112 000 DEM (aproximadamente 57 000 euros; en lo sucesivo, «segundo préstamo»). El tipo de interés aplicado al préstamo era del 5,7 % anual, fijado por un plazo inicial de cinco años. Seis semanas antes del 30 de mayo de 1999 como pronto podía cada parte exigir a la otra la negociación de una actualización del tipo de interés con efectos a partir del 1 de junio de 1999. En caso de no llegarse a un acuerdo al respecto, desde esa

¹⁴ Esta fecha se basa en la información proporcionada por el tribunal remitente. Observo que parece ser anterior a los 10 años previstos en el acuerdo de modificación de 25 de mayo de 2004.

fecha se aplicarían las «condiciones variables» fijadas por Sparkasse Südholstein para este tipo de préstamos (tipo de interés variable). El préstamo quedó respaldado con la constitución de una garantía real inmobiliaria.

En 1999, las partes acordaron modificar el contrato con efectos a partir del 1 de junio de 1999 por un plazo de diez años, aplicando un tipo de interés del 4,89 % anual.

El 15 de abril de 2009, utilizando exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, las partes acordaron modificar el contrato de préstamo. A partir del 1 de junio de 2009, por un plazo de diez años, se pactó un tipo de interés del 5,16 % anual. No se informó a HK de un posible derecho de desistimiento.

En virtud del contrato, HK pagó entre junio de 2009 y febrero de 2018 la suma total de 18 243,75 euros a Sparkasse Südholstein. Asimismo, el 30 de noviembre de 2009 HK pagó a Sparkasse Südholstein 12 euros en concepto de comisión de mantenimiento de la cuenta.

El 4 de noviembre de 1999, la antecesora legal de Sparkasse Südholstein concedió a KH un préstamo por importe de 30 000 DEM (aproximadamente 15 000 euros; en lo sucesivo, «tercer préstamo»). De conformidad con el contrato, el préstamo se dirigía a financiar una «participación empresarial», si bien se había acordado que fuese un préstamo privado. El tipo de interés aplicado al préstamo era del 6,6 % anual para un plazo inicial de diez años. Seis semanas antes del 30 de noviembre de 2008 como pronto podía cada parte exigir a la otra la negociación de una actualización del tipo de interés con efectos a partir del 1 de diciembre de 2008. En caso de no llegarse a un acuerdo al respecto, desde esa fecha se aplicarían las «condiciones variables» fijadas por Sparkasse Südholstein para este tipo de préstamos (tipo de interés variable). El préstamo quedó respaldado con la constitución de una garantía real inmobiliaria.

A finales de 2008, utilizando exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, las partes celebraron un acuerdo de modificación de los intereses conforme al cual, a partir del 1 de diciembre de 2008 y durante un plazo de diez años, se aplicaría un tipo de interés del 4,87 % anual. Sparkasse Südholstein no informó a KH de un posible derecho de desistimiento.

En virtud del contrato, KH pagó a Sparkasse Südholstein entre diciembre de 2008 y febrero de 2018 la suma de 8 328,33 euros.

22. El 2 de septiembre de 2015, KH desistió de los tres acuerdos de modificación de los intereses celebrados en 2008, 2009 y 2010. La razón alegada para el desistimiento es que se trataba de negocios celebrados a distancia, y que Sparkasse Südholstein dispone de un sistema organizado de ventas a distancia. Por consiguiente, KH alegó que le asiste el derecho de desistimiento en virtud del artículo 495, apartado 1, del Bürgerliches Gesetzbuch (en su versión vigente en el momento de los hechos) o, subsidiariamente, en virtud del artículo 312d, apartado 1, primera frase, del BGB (en la versión vigente en el momento de los hechos).

23. KH entabló entonces el presente procedimiento ante el Landgericht Kiel (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Kiel; en lo sucesivo, «tribunal remitente»), exigiendo el reembolso de los pagos de intereses y de amortización del capital efectuados desde la celebración de los acuerdos de modificación de los intereses de los que ha desistido, el reembolso de la comisión de mantenimiento de cuenta que ha pagado y una compensación por el uso de dichos importes efectuado por el demandado.

24. Más específicamente, KH solicita al tribunal remitente: (1) que se condene a Sparkasse Südholstein a pagarle 37 285,38 euros más intereses; 2) que se declare que, en virtud del desistimiento de 2 de septiembre de 2015, ya no existe acuerdo alguno sobre un tipo de interés fijo en relación con los préstamos segundo y tercero; 3) que se declare que, en virtud del desistimiento de 2 de septiembre de

2015, ya no está obligada al pago de las cuotas de amortización de los préstamos segundo y tercero, y 4) que se declare que Sparkasse Südholstein está obligada a reembolsarle todas las cantidades abonadas en las cuentas de los préstamos segundo y tercero entre el día siguiente a la celebración de la vista y la fecha en que la sentencia devenga firme, más los correspondientes intereses desde sus respectivos abonos en la cuenta del préstamo.

25. Sparkasse Südholstein alega que a KH no le asiste el derecho de desistimiento y solicita al tribunal remitente que desestime la demanda.

26. El tribunal remitente observa que la existencia de un derecho de desistimiento depende de la interpretación que se haga del artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65. Para que el derecho de desistimiento previsto en el apartado 1 del artículo 312b y en los apartados 1 y 2 del artículo 312d del BGB, que transpone la Directiva 2002/65, fuera de aplicación al presente caso, las operaciones en cuestión tendrían que estar cubiertas por el concepto de contrato «celebrado en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado» (apartado 1 del artículo 312b del BGB), interpretado de conformidad con dicha Directiva. Ese concepto ha sido objeto de interpretaciones divergentes en la jurisprudencia nacional y en la doctrina académica. En la exposición de motivos acompañante al proyecto de legislación nacional se explica que se pretende excluir del ámbito de aplicación de esas disposiciones las operaciones realizadas utilizando con carácter ocasional y más bien casual técnicas de comunicación a distancia. Sin embargo, Sparkasse Südholstein está capacitada (en cuanto a la dotación de personal y los medios de los que dispone) para celebrar con quienes ya son clientes acuerdos modificativos y complementarios mediante ventas a distancia realizadas de manera habitual.

27. Además, el concepto de contrato de «prestaciones de servicios, incluidos los servicios financieros» (apartado 1 del artículo 312b del BGB) también debe interpretarse de conformidad con la Directiva 2002/65. A este respecto, el Oberlandesgericht Frankfurt (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort, Alemania) ha dictaminado anteriormente que «la mera modificación de las condiciones de un crédito ya concedido no constituye un servicio (nuevo e independiente) del banco. El servicio consiste en la concesión del crédito original. Para que se aprecie la existencia de un contrato a distancia es necesaria en todo caso la entrega de un producto o la prestación de un servicio por un empresario, de manera que no basta con que, en virtud del acuerdo alcanzado, el consumidor esté obligado a realizar una prestación característica del contrato». No obstante, el tribunal remitente considera que los contratos modificativos de las condiciones de un préstamo están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/65.

28. En este contexto, el Landgericht Kiel (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Kiel) solicita una decisión preliminar sobre las siguientes cuestiones:

- «1) ¿Debe considerarse que un contrato mediante el cual se modifica un contrato de préstamo vigente únicamente en lo que respecta al tipo de interés pactado (acuerdo de modificación de los intereses) se celebra “en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor”, en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65/CE, si un banco con sucursales solo celebra contratos de préstamo de financiación inmobiliaria con garantía real en sus sucursales pero, en las relaciones contractuales en curso, celebra contratos para modificar los contratos de préstamo firmados utilizando en ocasiones exclusivamente técnicas de comunicación a distancia?
- 2) ¿Constituye un “contrato relativo a servicios financieros”, en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65/CE, la modificación de un contrato de préstamo vigente únicamente en lo que respecta al tipo de interés pactado (acuerdo de modificación de los intereses), sin que se prolongue el vencimiento del préstamo ni se modifique su importe?»

29. KH, Sparkasse Südholstein, el Gobierno alemán y la Comisión Europea presentaron sendas observaciones escritas. En la vista celebrada el 4 de septiembre de 2019, las mismas partes presentaron sus alegaciones orales.

Valoración

Admisibilidad

30. Sparkasse Südholstein sostiene que la primera cuestión preliminar es inadmisibile porque no se refiere a la interpretación del Derecho de la Unión, que es suficientemente clara, sino a su aplicación a los hechos del presente caso. También sostiene que es evidente la correcta aplicación al presente caso de las disposiciones del Derecho de la Unión a las que se refieren las dos cuestiones prejudiciales. Además, afirma que los hechos presentados por el tribunal remitente no son suficientes para que el Tribunal de Justicia pueda responder a la primera cuestión prejudicial.

31. El Tribunal de Justicia no tiene competencia, en virtud del artículo 177 del TFUE, para pronunciarse sobre la aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión a casos concretos.¹⁵ El procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE establece una «estrecha cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, basada en un reparto de funciones entre ellos, al tiempo que constituye un instrumento a través del cual el Tribunal de Justicia aporta a los órganos jurisdiccionales nacionales los elementos de interpretación del Derecho [de la Unión] que precisan para resolver los litigios de que conocen». «Una de las características esenciales del sistema de cooperación judicial establecido por el artículo 234 CE consiste en que el Tribunal de Justicia responde en términos más bien abstractos y generales a una cuestión de interpretación del Derecho [de la Unión] que se le plantea, mientras que corresponde al órgano jurisdiccional remitente resolver el litigio de que conoce teniendo en cuenta la respuesta del Tribunal de Justicia».¹⁶

32. Según jurisprudencia consolidada, las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por un tribunal nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia. El Tribunal de Justicia puede declinar pronunciarse sobre una cuestión planteada por un tribunal nacional solo cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder adecuadamente a las cuestiones que se le hayan planteado.¹⁷

33. De la petición de decisión prejudicial se desprende que el tribunal remitente recaba la orientación del Tribunal de Justicia sobre la interpretación del artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65. El tribunal remitente explica que esa orientación es necesaria para aplicar la legislación nacional, interpretada a la luz de la Directiva, al caso que tiene ante sí. Añado que, contrariamente a lo que afirma Sparkasse Südholstein, no considero que la respuesta a las preguntas del tribunal remitente sea «evidente», y menos aún que sea innecesario que el Tribunal de Justicia asista al tribunal nacional interpretando las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión.

15 Sentencia de 18 de diciembre de 1986, VAG France (10/86, EU:C:1986:502), apartado 7.

16 Sentencia de 4 de febrero de 2010, Genc (C-14/09, EU:C:2010:57), apartados 30 y 31.

17 Sentencia de 19 de diciembre de 2019, Junqueras Vies (C-502/19, EU:C:2019:1115), apartado 55 y jurisprudencia citada.

34. En lo que respecta a la alegación relativa a las supuestas deficiencias en la presentación fáctica del caso, y según jurisprudencia consolidada, el Tribunal de Justicia puede rechazar una cuestión prejudicial planteada por un tribunal nacional cuando no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado.¹⁸ Sin embargo, según mi parecer, la resolución de remisión presenta suficientemente las circunstancias de hecho en que se basan las cuestiones prejudiciales y permite que el Tribunal de Justicia responda de manera útil a esas cuestiones.

35. Por consiguiente, concluyo que las cuestiones prejudiciales planteadas son admisibles.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Observaciones preliminares

36. La Directiva 2002/65 forma parte de un marco integral establecido por el legislador de la Unión Europea para lograr un mercado integrado de servicios financieros y su comercialización a distancia. En particular, complementa a la Directiva 97/7, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia que conlleven la prestación de servicios financieros.

37. El concepto de «servicios financieros» no se definió en la Directiva 97/7.¹⁹ No obstante, se define en la letra b) del artículo 2 de la Directiva 2002/65 como todo servicio «bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago».

38. Esa definición se formula de manera amplia y abarca una extensa gama de productos.²⁰ En la exposición de motivos que acompaña a la propuesta modificada queda claro que esa era la intención del legislador de la Unión Europea: la propuesta explica que «se simplifica la definición de servicio financiero en relación con la propuesta inicial; se elimina toda referencia a directivas existentes, por una parte, a fin de garantizar que esté cubierto todo servicio financiero que pueda proponerse a un consumidor y, por otra, de evitar que sigan existiendo lagunas, que era el objetivo de la definición precedente».²¹ También se desprende de la propia redacción de la letra b) del artículo 2 de la Directiva 2002/65 que los servicios relativos al «crédito», como un préstamo, son servicios financieros.²² Además, esos servicios están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 97/7. De ello se desprende que KH no está en lo correcto al afirmar que la Directiva 97/7 podría ser de aplicación al presente caso.

39. A continuación, analizaré las cuestiones prejudiciales planteadas. Me parece más lógico estudiarlas en orden inverso.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

40. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta si el concepto de «contrato relativo a servicios financieros», en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65, incluye un acuerdo por el que se modifica un acuerdo de préstamo existente en lo que respecta al tipo de interés, sin prolongar el vencimiento del préstamo ni modificar su importe.

18 Sentencia de 16 de febrero de 2012, Varzim Sol (C-25/11, EU:C:2012:94), apartado 29.

19 El anexo II de la Directiva, suprimido en virtud del artículo 18 de la Directiva 2002/65, incluía una lista no exhaustiva de servicios financieros: servicios de inversión, operaciones de seguro y reaseguro, servicios bancarios y operaciones relacionadas con el comercio de futuros u opciones.

20 Haentjens, M. y de Gioia-Carabellese, P.: *European Banking and Financial Law*, Routledge, Londres y Nueva York, 2015, p. 64.

21 Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, COM 99 0385 final (DO 2000, C 177E, p. 21) (en lo sucesivo, «propuesta modificada de la Directiva»).

22 Véanse también las conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto Kareda (C-249/16, EU:C:2017:305), punto 41.

41. En esencia, como explica el tribunal remitente en su resolución de remisión, esa cuestión se plantea porque el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2002/65 establece que, en el caso de contratos relativos a servicios financieros que comprendan un acuerdo inicial de servicio seguido por operaciones sucesivas o por una serie de distintas operaciones del mismo tipo escalonadas en el tiempo, las disposiciones de la Directiva solamente se aplicarán al acuerdo inicial.

42. La celebración de un acuerdo posterior relativo al tipo de interés, ¿genera para el proveedor (el prestamista) las obligaciones establecidas en la Directiva 2000/65? ¿O este queda exento en virtud del artículo 1, apartado 2?

43. Sparkasse Südholstein y el Gobierno alemán afirman que las disposiciones de la Directiva 2002/65 no se aplican a un acuerdo posterior sobre el tipo de interés. Dicho acuerdo solo se refiere a la obligación principal del consumidor en virtud de un acuerdo de préstamo y no a los demás aspectos del contrato. Por lo tanto, un acuerdo sobre el tipo de interés no puede considerarse un contrato autónomo.

44. La Comisión Europea y KH sostienen que el acuerdo posterior sobre el tipo de interés es un «contrato relativo a servicios financieros» al que se aplica la Directiva 2002/65.

45. La Directiva 2002/65 tiene por objeto lograr la plena armonización de las legislaciones nacionales, por lo que sus términos deben interpretarse de una manera que sea común a todos los Estados miembros.²³ Según jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, de la exigencia de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión se desprende que, cuando una de sus disposiciones no remite al Derecho de los Estados miembros en lo que respecta a un concepto concreto, este debe interpretarse en toda la Unión Europea de una manera autónoma y uniforme, y que tenga en cuenta además el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate.²⁴

46. La interpretación uniforme en el contexto de la comercialización a distancia de servicios financieros permite evitar divergencias entre los Estados miembros. Esto es especialmente importante en un sector con implicaciones transfronterizas inherentes. Sin embargo, las medidas adoptadas para consolidar el mercado único no deben socavar la protección del consumidor. Por el contrario, deben — como indica el primer considerando de la Directiva 2002/65 — contribuir a conseguir un alto nivel de protección de los consumidores que actúan en el mercado. Esas normas comunes equilibran la necesidad de consolidar el mercado interior y la de ofrecer un alto nivel de protección a los consumidores, y buscan así aumentar la confianza de los consumidores, que se mostrarán entonces más proclives a celebrar contratos a distancia.²⁵ La finalidad de la Directiva 2002/65 es ofrecer a los consumidores una amplia protección, otorgándoles una serie de derechos en relación con los contratos a distancia, ya que la utilización de técnicas de comunicación a distancia no debe dar lugar a una reducción de la información proporcionada al consumidor.²⁶

47. En la letra a) del artículo 2 se define el concepto de «contrato a distancia» como «todo» contrato relativo a «servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor». El considerando 14 explica que la Directiva abarca «todos los servicios financieros» que pueden prestarse a distancia.

23 Sentencia de 11 de septiembre de 2019, Romano (C-143/18, EU:C:2019:701), apartados 34 y 55.

24 Sentencia de 7 de septiembre de 2017, Schottelius (C-247/16, EU:C:2017:638), apartado 31.

25 Véanse las conclusiones del Abogado General Pitruzzella presentadas en el asunto Romano (C-143/18, EU:C:2019:273), puntos 41 y 42.

26 En el considerando 12 se explica que la adopción de normas comunes en ese ámbito debe estar coordinada «sin menoscabar por ello la protección general de los consumidores». Véase también, a tal efecto y por analogía, la sentencia de 5 de julio de 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419), apartado 36, sentencia relativa a la Directiva 97/7.

48. Estas citas sugieren que el concepto de «contrato a distancia» al que se aplican las disposiciones de la Directiva 2002/65 debe interpretarse en sentido amplio, ya que la letra a) del artículo 2 se refiere a «*todo* contrato» y el considerando 14 a «*todos* los servicios financieros». Ese enfoque también es coherente con el objetivo de protección de la Directiva, que consiste en garantizar un alto nivel de protección al consumidor.

49. En el considerando 16 se explica además que, al redactar la Directiva 2002/65, el legislador de la Unión Europea era consciente de que un mismo contrato que comporte operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo, escalonadas en el tiempo, puede recibir calificaciones jurídicas diferentes en los distintos Estados miembros. En los considerandos de la Directiva se ofrece cierta orientación sobre cómo deben interpretarse esos conceptos.

50. Así, en los considerandos se explica que la Directiva debe aplicarse «a la primera de una serie de operaciones sucesivas o distintas del mismo tipo, escalonadas en el tiempo, y que puede considerarse que forman un todo, tanto si esta operación o esta serie de operaciones son objeto de un único contrato o de diferentes contratos sucesivos».²⁷ El concepto de «acuerdo inicial de servicio» se explica mejor si se ofrecen algunos ejemplos, como «la apertura de una cuenta bancaria, la adquisición de una tarjeta de crédito» o «la celebración de un contrato de gestión de cartera», mientras que «el depósito o retirada de dinero de una cuenta bancaria, los pagos efectuados mediante tarjeta de crédito» y «las transacciones realizadas en el marco de un contrato de gestión de cartera» se consideran «operaciones». No obstante, «no supone una “operación” el hecho de añadir nuevos elementos a un acuerdo inicial, como la posibilidad de utilizar un instrumento de pago electrónico en combinación con la propia cuenta bancaria ya existente, sino un contrato adicional al que se aplicará la presente Directiva».²⁸

51. De ello se desprende que el elemento clave para que exista un «contrato» en el sentido del artículo 2, letra a), es que haya un acuerdo entre las partes, es decir, un concierto de voluntades. En el considerando 15 de la Directiva se ofrecen algunas orientaciones sobre cuáles son los elementos constitutivos de un «contrato», a saber, la oferta, la negociación y la conclusión. Aunque las definiciones de «contrato» y «acuerdo» pueden diferir en cada legislación nacional, parece que lo que se requiere a los efectos de la Directiva 2002/65 es una oferta y una aceptación que lleven a un concierto de voluntades. Un «acuerdo» que entra en el ámbito de la Directiva se define poniéndolo en contraste con una «operación». Una «operación» es un acto de *ejecución* de un acuerdo existente *sin añadir elementos para los que se requeriría un nuevo concierto de voluntades*. En el contexto de un contrato de préstamo, una «operación» abarcaría así las transacciones individuales, como los pagos que reducen el importe total adeudado.²⁹

52. En el contexto de un contrato de préstamo, la «obligación característica» es la propia entrega de la cantidad prestada, mientras que la obligación del prestatario consistente en reembolsar esa suma no es más que la consecuencia de la ejecución de ese servicio por el prestamista.³⁰ El prestamista ofrece una cantidad de dinero disponible en concepto de préstamo. Además de la cantidad prestada, los otros elementos clave del contrato necesarios para llegar a un acuerdo son la estructura y la duración del período de reembolso y el tipo de interés. Una pregunta clave para el posible prestatario es si debe optar por un tipo de interés fijo o variable. Un consumidor muy reacio al riesgo será más propenso a optar por un tipo de interés fijo, mientras que un consumidor menos reacio al riesgo podrá optar por un tipo de interés variable. Cuando el consumidor opta por un tipo de interés fijo, a veces se pacta que, una vez transcurrido cierto período de tiempo, el tipo de interés sea renegociado por las partes. Esto es lo que sucedió en el procedimiento principal. Como explica el tribunal remitente y confirmó Sparkasse

²⁷ Considerando 16.

²⁸ Considerando 17.

²⁹ Véase Linaritis, I.: *The access to financial services through the Internet: in light of Directives 2002/65/EC, 2000/31/EC, 1999/93/EC* (en griego), Sakkoulas, Atenas, Tesalónica, 2005, p. 119.

³⁰ Sentencia del 15 de junio de 2017, Kareda (C-249/16, EU:C:2017:472), apartado 41.

Südholstein en sus observaciones escritas, los tres contratos de préstamo incluían una cláusula similar, por la que se establecía que, entre 6 y 2 semanas antes del vencimiento del período para el que se había fijado el tipo de interés, cada parte podía solicitar que se renegotiara el tipo de interés. Si, una vez finalizado ese período, las partes no hubiesen llegado a un acuerdo sobre un ajuste, se aplicaría a ese préstamo un tipo de interés variable, según lo especificado por Sparkasse Südholstein para la categoría de préstamo en cuestión.

53. Al parecer, las partes renegotiaron el tipo de interés a partir de una nueva propuesta del banco. Si no se llegaba a un acuerdo, los términos iniciales del contrato no se mantendrían inalterados. Es más, cambiarían sustancialmente. Más concretamente, el tipo de interés cambiaría de tipo fijo a tipo variable. Así pues, el nuevo acuerdo no era una mera «operación» cuyos elementos estaban cubiertos por el acuerdo anterior, sino un nuevo acuerdo sobre el tipo de interés, que hacía necesario un nuevo concierto de voluntades. Una de las partes tomó la iniciativa de iniciar las negociaciones y se discutieron los posibles tipos de interés. Las partes podían acordar un nuevo tipo de interés fijo o pasar a un tipo de interés variable. Esa segunda posibilidad operaba como acuerdo por defecto.

54. Contrariamente a lo que afirman Sparkasse Südholstein y el Gobierno alemán, el hecho de que en virtud del acuerdo posterior sobre el tipo de interés no se modificaran otros elementos del préstamo, como el importe de dinero y la duración, no significa que ese acuerdo fuera una mera «operación» no sujeta a las disposiciones detalladas de la Directiva 2002/65. Esta interpretación limitaría excesivamente el ámbito de aplicación de una directiva que tenía por objeto abarcar «todo contrato» relativo a servicios financieros [artículo 2, letra a)]. Nada de lo dispuesto en la Directiva 2002/65 indica que, para que sus disposiciones sean aplicables, un acuerdo modificativo tenga que cambiar la totalidad o la mayoría de los elementos del contrato anterior. Cuando un elemento clave del acuerdo cubierto por el contrato inicial vence y se renegocia, y después de llegar a un nuevo acuerdo (o en virtud de un acuerdo por defecto) se aplican nuevas condiciones, el consumidor debe disponer de toda la información necesaria para dar su consentimiento, según lo establecido en la Directiva 2002/65.

55. Sparkasse Südholstein y el Gobierno alemán también sostienen que, en una relación contractual, el contrato de préstamo inicial y las modificaciones posteriores por las que se establece un nuevo tipo de interés deben considerarse en su conjunto y constituyen un único contrato. Sparkasse Südholstein se remite, a este respecto, a un auto del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) de 15 de enero de 2019 en el que dicho tribunal sostuvo que, en los casos de «Unechte Abschnittsfinanzierung»,³¹ un acuerdo sobre el tipo de interés no es un contrato independiente, sino una parte del contrato de préstamo. Así pues, el consumidor solo dispone de un derecho de desistimiento respecto del contrato de préstamo inicial, y no de los acuerdos posteriores sobre el tipo de interés.

56. Según lo entiendo, esa resolución se basó exclusivamente en consideraciones de Derecho nacional. Sin embargo, como he explicado anteriormente (en el punto 45), la Directiva 2002/65 procede a una plena armonización de las legislaciones nacionales y sus términos deben ser objeto de una interpretación que sea común a todos los Estados miembros.³² El hecho de que un determinado ordenamiento jurídico nacional clasifique un acuerdo posterior sobre el tipo de interés como parte del contrato de préstamo inicial no influye, por tanto, en la interpretación del concepto de «contrato a distancia» en virtud del artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65 y de las «operaciones» a las que no se aplican las disposiciones de la Directiva en virtud del artículo 1, apartado 2) de la misma. La Directiva excluye expresamente de la aplicación de sus disposiciones solo determinadas «operaciones»; y un acuerdo sobre el tipo de interés celebrado al vencimiento del acuerdo inicial sobre el tipo de interés constituye, por los motivos que he mencionado,³³ un nuevo «contrato relativo a servicios financieros».

31 Literalmente, la expresión viene a significar «subdivisión no genuina del calendario de pagos».

32 Sentencia de 11 de septiembre de 2019, Romano (C-143/18, EU:C:2019:701), apartados 34 y 55.

33 Véanse los puntos 47 a 53 anteriores.

57. Por consiguiente, concluyo que el concepto de «contrato relativo a servicios financieros», a efectos de lo dispuesto en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65, debe interpretarse en el sentido de que incluye un acuerdo posterior sobre el tipo de interés que no amplía el plazo ni modifica el importe del préstamo. Un acuerdo de este género no es una «operación» a efectos de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2002/65 y, por lo tanto, se le aplican las disposiciones de dicha Directiva.

Sobre la primera cuestión prejudicial

58. Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta en esencia si, en una situación en la que un banco celebra determinados tipos de contratos de préstamo únicamente en sus locales comerciales, pero a veces celebra posteriormente contratos para modificar acuerdos de préstamo haciendo uso exclusivo de técnicas de comunicación a distancia, existe un «sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor» en el sentido de lo dispuesto en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65.

59. La definición de «contrato a distancia» del artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65 se inspira en la que recoge el artículo 2, letra a), de la Directiva 97/7.³⁴ Se caracteriza por dos elementos clave. En primer lugar, las dos partes contratantes—el proveedor y el consumidor—no están presentes física y simultáneamente cuando se elaboran y se celebran los contratos a distancia. En segundo lugar, esas transacciones se llevan a cabo en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, el cual se vale exclusivamente de técnicas de comunicación a distancia.³⁵

60. En cuanto al primer elemento, es importante señalar que la definición de «contrato a distancia» solo exige la utilización exclusiva de una técnica de comunicación a distancia para el contrato. En la letra e) del artículo 2 se define la expresión «técnica de comunicación a distancia» como «todo medio que pueda utilizarse, sin que exista una presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, para la comercialización a distancia de un servicio entre estas partes». Esa definición es amplia e incluye cualquier técnica de comunicación sin la presencia física simultánea de las dos partes, como teléfonos, correos electrónicos, correo, fax, etc. Todas las etapas necesarias para la conclusión del contrato deben llevarse a cabo mediante el uso exclusivo de técnicas de comunicación a distancia.³⁶ Estoy de acuerdo con el enfoque defendido por la doctrina académica según el cual el hecho de que, con anterioridad al momento de la contratación, se haya producido algún contacto cara a cara entre el proveedor y el consumidor con fines *distintos* de la oferta, la negociación y la conclusión del contrato no debe impedir por sí mismo que el contrato se considere como un contrato a distancia.³⁷

61. El tribunal remitente afirma que los acuerdos modificativos del tipo de interés por los que se modificaron los pactos iniciales señalados en el procedimiento principal se celebraron utilizando exclusivamente técnicas de comunicación a distancia. Ese elemento no parece ser objeto de controversia entre las partes.

³⁴ Véase la exposición de motivos que acompaña a la propuesta modificada de la Directiva.

³⁵ Véanse los considerandos 15 y 18 y los apartados a) y e) del artículo 2 de la Directiva 2002/65. Véanse también, por analogía, las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto *Handelsgesellschaft Heinrich Heine* (C-511/08, EU:C:2010:48), punto 27.

³⁶ Véase a tal efecto la letra e) del artículo 2 de la Directiva 2002/65. Véase también Yonge, W.: «The distance marketing of consumer financial services directive», *Journal of Financial Services Marketing*, tomo 8, 2003, p. 80.

³⁷ Fisher, J., Bewsey, J., y Waters, M., Ovey, E.: *The Law of Investor Protection*, Sweet & Maxwell, Londres, 2.^a ed., 2003, p. 247.

62. Lo que se discute es si Sparkasse Südholstein gestionaba un «sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia». Esa expresión no se define con más detalle en la Directiva. El considerando 18 proporciona cierta orientación toda vez que explica que la finalidad de ese requisito es excluir del ámbito de aplicación de la Directiva «las prestaciones de servicios efectuadas con carácter estrictamente ocasional y al margen de una estructura comercial cuyo objetivo sea celebrar contratos a distancia».³⁸

63. Corresponde al tribunal remitente hacer la necesaria comprobación de los hechos en cuanto a los métodos específicos utilizados por Sparkasse Südholstein para celebrar acuerdos modificativos del tipo de interés. No obstante, el Tribunal de Justicia es competente para dar orientaciones sobre cómo interpretar el concepto de «sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor» en el sentido de la Directiva 2002/65.

64. De la propia redacción del artículo 2, letra a), se desprende que tal sistema debe cumplir ciertos criterios. En primer lugar, debe estar «organizado». Esto significa que el proveedor debe estar preparado, en lo que respecta a su estructura comercial, incluido el personal y los medios, para celebrar contratos sin la presencia física simultánea del proveedor y del consumidor. Segundo, debe estar «organizado por» el proveedor. Es el proveedor quien establece el marco para proponer al consumidor la celebración de contratos a distancia. En tercer lugar, su uso debe ser «exclusivo» a los efectos del contrato en cuestión «hasta la celebración del contrato, incluida la propia celebración del contrato». Por lo tanto, debe abarcar todas las etapas del contrato, tal como se prevé en la Directiva 2002/65, a saber, la oferta, la negociación y la conclusión del contrato. En cuarto lugar, no debe ser «estrictamente ocasional». La celebración de un contrato de servicios financieros sin la presencia física simultánea de las partes no debe tener lugar «excepcionalmente», «raramente» o «irregularmente». Debe ser más bien una posibilidad u opción relativamente normal al celebrar los contratos. El considerando 18 vincula ese cuarto elemento con el primero expuesto en este punto, a saber, la existencia de un «sistema organizado» en lo tocante a la estructura comercial, al personal y a los medios. Resulta difícil imaginar que, si un proveedor se ha tomado la molestia de establecer una estructura que permita la celebración de contratos a distancia, solo haga uso de esa estructura «con carácter estrictamente ocasional».

65. En mi opinión, si el sistema se ha concebido para que todo pueda hacerse a distancia, hay un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia.³⁹ Sería erróneo exigir que la celebración de contratos a distancia sea «frecuente» o «sistemática», o que constituya la norma habitual para la mayoría de los contratos, o de los contratos de una cierta categoría, que celebre el proveedor. Esa interpretación es incompatible con la redacción de la Directiva 2002/65, que no se refiere a un cierto grado de «frecuencia» sino a un comportamiento que no sea «*estrictamente* ocasional» (el subrayado es mío). También iría en contra del objetivo de protección de la Directiva, ya que limitaría su ámbito de aplicación más allá de lo expresamente previsto en su redacción. Por las mismas razones rechazo el argumento de Sparkasse Südholstein según el cual el proveedor debe «dar la impresión», por ejemplo a través de su sitio de Internet, de que gestiona un sistema general de venta a distancia. El criterio propuesto por el Gobierno alemán de que debe haber una «decisión estratégica» por parte del proveedor de crear una estructura para la celebración de contratos a distancia me parece igualmente irrelevante. La Directiva 2002/65 no considera la visión subjetiva del proveedor, sino la realidad objetiva: ¿está gestionando de hecho el proveedor un «sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia»?

³⁸ Véase también la exposición de motivos que acompaña a la propuesta modificada de la Directiva.

³⁹ Véase también, en este sentido, Van Huffel, M. : «La Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs», Euredia, tomo 3, 2003, p. 363.

66. Corresponde al tribunal remitente verificar los hechos en función de esos criterios y determinar si había, en el presente caso, un «sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia». La información presentada por el tribunal remitente indica que Sparkasse Südholstein estaba capacitada, tanto en términos de personal como de medios, para celebrar con sus clientes acuerdos modificativos y complementarios mediante la venta a distancia con carácter habitual. Como explicó la propia Sparkasse Südholstein en la vista, cuando el cliente no está domiciliado cerca del banco, es más conveniente para el cliente celebrar un contrato a distancia. Esto significa que la celebración a distancia de acuerdos posteriores sobre el tipo de interés es una posibilidad cada vez que se prevea un acuerdo de ese tipo. Que sea eso lo que realmente sucede podría depender de consideraciones prácticas. Por lo tanto, resulta plausible, en mi opinión, que Sparkasse Südholstein gestione un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia con el fin de celebrar acuerdos posteriores sobre el tipo de interés.

67. El hecho de que Sparkasse Südholstein celebre ciertos tipos de contratos de préstamo exclusivamente en sus locales comerciales o que los contratos de préstamo iniciales con KH se hayan celebrado con la presencia física simultánea de las partes no altera esta conclusión. La Directiva 2002/65 no exige que, cuando exista una relación comercial global entre el proveedor y el consumidor, toda la relación se articule a distancia. Cuando existe una secuencia de «contratos» diferenciados, como los contratos de préstamo iniciales y los posteriores acuerdos sobre el tipo de interés en el presente caso, se desprende de la redacción de la letra a) del artículo 2 [según la cual el proveedor debe utilizar exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia «para *este* contrato» (el subrayado es mío)] que es el *contrato específico en cuestión* el que debe celebrarse a «distancia» para que se apliquen las disposiciones de la Directiva 2002/65.

68. Por consiguiente, concluyo que existe un «sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor», en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65, cuando un proveedor, para celebrar un acuerdo posterior sobre el tipo de interés, utiliza exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, siempre que dichas técnicas se utilicen con carácter exclusivo y su uso no sea estrictamente ocasional, sino que forme parte de un marco establecido por ese proveedor, en lo que respecta a su estructura comercial, incluidos el personal y los medios, que le permita celebrar contratos sin la presencia física simultánea de las partes. Corresponde al tribunal nacional, como único juez de los hechos, determinar si esos elementos concurren en un caso particular.

Conclusión

69. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, sugiero que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones planteadas por el Landgericht Kiel (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Kiel, Alemania) de la manera siguiente:

«– El concepto de “contrato relativo a servicios financieros”, a efectos de lo dispuesto en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, debe interpretarse en el sentido de que incluye un acuerdo posterior sobre el tipo de interés que no amplía el plazo ni modifica el importe del préstamo. Un acuerdo de este género no es una “operación” a efectos de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2002/65 y, por lo tanto, se le aplican las disposiciones de dicha Directiva.

– Existe un “sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor”, en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65, cuando un proveedor, para celebrar un acuerdo posterior sobre el tipo de interés, utiliza exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, siempre que dichas técnicas se utilicen con carácter exclusivo y su uso no sea estrictamente ocasional, sino que forme parte de un marco establecido por ese proveedor, en lo

que respecta a su estructura comercial, incluidos el personal y los medios, que le permita celebrar contratos sin la presencia física simultánea de las partes. Corresponde al tribunal nacional, como único juez de los hechos, determinar si esos elementos concurren en un caso particular.»