

LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS: UNA PERSPECTIVA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

Por HELENA ANCOS FRANCO *

I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas técnicas de venta a distancia ofrecen indudables ventajas para el consumidor: comodidad al efectuar la orden de compra desde casa, rapidez y disponibilidad en cualquier momento, amplia oferta de productos y servicios extensible a bienes no disponibles en su propio país, y sobre todo, precios mucho más reducidos. Sin embargo, la insuficiente regulación en la materia, los escasos conocimientos técnicos del medio por parte del consumidor y sobre todo, la «oscuridad» en la que se realizan este tipo de transacciones, aumentan el riesgo y la inseguridad para los consumidores y redundan en la ralentización del desarrollo del sector.

Esta nota pretende reflexionar sobre la propuesta modificada de Directiva sobre contratación a distancia de los servicios financieros¹ (en adelante la «propuesta»). Aunque esta propuesta se encuentra actualmente en

* Universidad Complutense de Madrid.

¹ 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 (1999) 385 final) de 23 de julio de 1999 (DO C 177 de 27 de junio de 2000, p. 21). La propuesta original, a la que nos remitiremos en varias ocasiones, era de 14 de octubre de 1998 (COM (1998) 468 final).

su fase de discusión por el Consejo², algunas consideraciones sobre su articulado nos ayudarán a comprender mejor las implicaciones de las transacciones a distancia de estos servicios y dentro de los modestos objetivos que nos hemos propuesto, servirán para poner de manifiesto, en los momentos previos a su adopción definitiva, su excesivo conservadurismo y una clara toma de partido por los intereses del sector financiero, con importantes carencias en la protección del consumidor.

II. ANTECEDENTES

La creación de un marco fiable para proteger a los consumidores en las transacciones a distancia se veía ya desde los años 70, como una necesidad, no sólo de cara a la protección de los derechos subjetivos sino para el aumento de la fiabilidad y la confianza de los compradores. Así, la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 relativa a un «Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores» ponía ya de manifiesto la necesidad de proteger a los consumidores ante los peligros del desconocimiento de las nuevas técnicas de venta: solicitud de pago de mercancías no solicitadas, métodos de venta agresivos, etc. Esta misma preocupación tendría un reflejo posterior en la Comunicación de la Comisión al Consejo «Nuevo impulso a la política de protección de los consumidores» (Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986), la Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989, sobre «Futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor», y el «Plan trienal de acción para la política de protección de los consumidores en la CEE» (1990-1992), que preveía una Directiva en esta materia³.

² Actualmente los Estados miembros tienen posiciones encontradas fundamentalmente sobre el nivel de exigencia de la obligación de información previa (art. 3). En un intento por romper este *impasse*, la Comisión presentó un informe sobre esta materia durante la presidencia portuguesa (enero-junio 2000): pretendía con ello la identificación de todas las exigencias de información establecidas a nivel nacional y que fueran más allá de las establecidas a nivel comunitario, con el objeto de que un mejor conocimiento de la cuestión permitiera llegar a un acuerdo. El acuerdo tampoco llegó durante las presidencias posteriores; habrá que esperar a la presidencia española para ver si se alcanza un acuerdo político.

³ La propuesta de la Directiva de contratos a distancia es de 1992 (COM (92) 11), DO 1992, C 176/14).

Sin embargo, el primer paso legislativo importante en la protección de los consumidores en este medio viene de la mano de la Directiva 97/7 de 20 de mayo sobre protección de los consumidores respecto a los contratos negociados a distancia⁴. Esta Directiva se adopta en base al artículo 100A TCE lo que implica que era vista como una medida necesaria para la consolidación del mercado interior (considerandos 1 a 3)⁵: la venta a distancia se configura como un servicio más, siendo indispensable para el buen funcionamiento del mercado interior que los consumidores puedan dirigirse a una empresa fuera de su país. La Directiva pretende pues, armonizar las legislaciones nacionales (art. 1) estableciendo un conjunto de normas mínimas y de contenido inderogable para el consumidor (arts. 12 y 14).

La Directiva 97/7 se adoptó sobre la base del procedimiento de codecisión del art. 189B del TCE que implicaba la participación del Parlamento en el proceso de producción normativa junto con el Consejo. Sin embargo, la tramitación legislativa distó de ser pacífica. Las negociaciones duraron más de 5 años y fue necesario recurrir a un procedimiento de conciliación para que el Consejo y el Parlamento llegaran a un acuerdo. Esto, junto con el hecho de que a pesar de la larga negociación de la Directiva se ofreciera a los Estados miembros un plazo de transposición de tres años⁶ y de que se excluyeran de la misma, entre otros, los servicios financieros, era un indicio de que los intereses eran demasiado fuertes como para que en el sector se adoptasen medidas rápidas.

La comercialización electrónica de los servicios financieros⁷ no se llegó a incluir en la Directiva sobre contratos a distancia⁸. En la segunda lec-

⁴ DO L 144, de 4 de junio de 1997 p. 19-27.

⁵ A pesar de que la Directiva se dictó con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de la Unión, que preveía el nuevo artículo 129 A, la base jurídica de la Directiva no se cambió.

⁶ El plazo de transposición de tres años, hasta junio de 2000 (art. 15.1), suponía un período más largo que el establecido por ejemplo en las Directivas sobre términos desleales en contratos de consumidores y sobre seguridad general del producto (18 meses y dos años, respectivamente).

⁷ La implicación de los servicios financieros en el mercado electrónico abarca tanto su concepción como servicios en sí mismos que se pueden vender electrónicamente —seguros de vida y no de vida, pensiones, créditos hipotecarios, etc.— como los pagos efectuados en el comercio electrónico, ya sea a través de una tarjeta de crédito o de dinero electrónico.

⁸ Junto con los servicios financieros se excluyó, la contratación a distancia de los contratos concluidos por medio de distribuidores automáticos o de locales comerciales automatizados; con operadores de telecomunicación por la utilización de

tura ante el Parlamento europeo el 15 de diciembre de 1995, la enmienda que pretendía incluir los servicios financieros en el ámbito de aquella Directiva, no logró conseguir la mayoría necesaria para su adopción. Aunque éstos ya estaban incluidos en la propuesta original de la Comisión, su exclusión se justificó sobre la base de que la creciente complejidad del sector financiero en Europa exigía una especial consideración⁹, a la par de necesitar un examen detenido de la extensión de la protección ofrecida por las Directivas existentes a los servicios financieros antes de introducir nueva legislación.

Ciertamente, los servicios financieros tenían unas características especiales respecto a otros tipos de servicios que requerían una protección especial de los consumidores: las relaciones contractuales entre consumidores y entidades financieras se establecen a largo plazo; los consumidores suelen adolecer de falta de experiencia y de los conocimientos necesarios para concluir este tipo de contratos —lo que se agravaría aún más en el nuevo entorno electrónico—; los productos financieros no son productos estandarizados que puedan compararse fácilmente, etc. Pero, en definitiva, la realidad era que la comercialización a distancia de los servicios financieros agravaba aún más la vulnerabilidad de los consumidores¹⁰.

Como causa para la exclusión de estos servicios de la Directiva de los

cabinas telefónicas públicas; para la construcción o venta de bienes inmobiliarios (con excepción del alquiler) y los celebrados en subastas (art. 3.1 de la Directiva). Al mismo tiempo, ciertas disposiciones de la Directiva relativas a la información previa, la confirmación escrita de informaciones, el derecho de rectificación y la ejecución de la orden de pedido en los 30 siguientes, no son aplicables a los contratos de suministro de productos alimenticios, de servicios de alojamiento, de transporte, de restauración y de ocio (art. 3.2).

⁹ No obstante, el artículo 8 de la Directiva sí hace referencia al pago mediante tarjeta de crédito y en concreto, a la posibilidad de que el consumidor pueda solicitar la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta, lo cual, irremediablemente, venía a relacionar una y otra esfera de acción.

¹⁰ En el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (COM (2000) 248 final) se incluyen entre los sectores más problemáticos, a los servicios financieros. El control de las cláusulas abusivas en este tipo de contratos resulta ser muy complejo, y un buen número de ellas infringe las disposiciones de la Directiva 93/13. En el mismo sentido, se manifestó el estudio del *Centre du Droit de la Consommation*, de la Universidad de Montpellier, de julio de 1995 sobre el que se basaba el informe de la Comisión.

contratos a distancia¹¹ se ha apuntado en diversas fuentes el poder del *lobby* del sector financiero, y un examen más detenido del articulado de la Directiva 97/7 y de la normativa comunitaria, parece confirmar las sospechas en este sentido. Si examinamos las directivas existentes sobre servicios financieros comprobaremos que éstas presentaban importantes carencias:

- En primer lugar, no se establecía la confirmación escrita (en papel o en otro medio duradero) del contrato (con excepción del crédito al consumo y seguro de vida);
- No existía el derecho de anulación a favor del consumidor (con excepción del seguro de vida);
- Tampoco existían normas sobre comunicaciones no deseadas;
- No se preveían soluciones a los supuestos de fallos del servicio;
- Ni existían normas que estableciesen los principios básicos para la resolución de controversias.

En respuesta a estas lagunas, y a sucesivas peticiones del Parlamento Europeo y el Consejo, la Comisión publicó en 1998 una propuesta de Directiva¹², que posteriormente sería objeto de la propuesta modificada que ahora estudiaremos. Aunque la Comisión había hecho un llamamiento en 1997 a la industria y a los consumidores para que de forma común promovieran la mejora de la información en el sector (COM 97, 309 final ap. 7)¹³, este acuerdo no llegó, y el rápido crecimiento en los servicios financieros a distancia determinó que finalmente la Comisión se decidiera a actuar.

¹¹ Jeremy MITCHELL and CONSUMERS IN EUROPE GROUP, «Response to the Commission Green Paper: Financial Services: Meeting Consumer's Expectations», *Journal of Consumer Policy*, 20, p. 379-394, 1997. Además, en opinión del *Verbraucher-Zentrale Nordrhein-Westfalen* (Oficina Central de los Consumidores de la Región Norte Rin-Westfalia) sobre el Libro Verde sobre los Servicios financieros, los mercados nacionales estaban dominados por los monopolios financieros nacionales o regionales.

¹² Propuesta de 18 de noviembre de 1998, DO C 385 de 11 de diciembre de 1998, p. 10.

¹³ COM (97) 309, Comunicación de la Comisión Servicios Financieros: Promoción de la Confianza del Consumidor.

III. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DE LA PROPUESTA MODIFICADA DE DIRECTIVA

El propósito de la propuesta modificada de Directiva es armonizar las normas de los Estados miembros sobre la comercialización a distancia de servicios financieros¹⁴. Si el principio del reconocimiento mutuo permite que los bienes y servicios legítimamente suministrados en un Estado miembro sean comercializados en otro Estado miembro sin más restricciones que las que estén justificadas, el marketing a distancia de los servicios financieros ofrecía sin duda claros alicientes para los proveedores. Sin embargo, el medio utilizado acentuaba la vulnerabilidad de los consumidores: el empleo de un idioma diferente, la distancia geográfica, las complejidades técnicas y la ausencia de conocimientos expertos por el consumidor, y el elevado coste de muchos servicios financieros. Esta ignorancia podría ser aprovechada por proveedores fraudulentos para sacar partido del alto valor de muchos servicios y de las discontinuidades normativas y jurisdiccionales.

Es por ello que es el método de venta —comercialización a distancia— la justificación fundamental de la Directiva y no la regulación del contenido de estos servicios. Sin embargo, el umbral de protección de la propuesta está muy por debajo de los «mínimos» estándares de protección de otras Directivas en materia de consumo, y tampoco supera las deficiencias contenidas en la Directiva de contratos a distancia. Veamos cuáles son estas carencias.

1. En líneas generales, la Directiva parte del *esquema regulador de la Directiva de contratos a distancia*, reproduciendo los principios de:

- información sobre datos del proveedor antes de la conclusión del contrato con confirmación escrita o en soporte duradero en el momento de ejecución del contrato;

¹⁴ Servicio financiero es definido como todo servicio bancario, de seguros, de inversión y de pago; mientras el consumidor es definido conforme a la noción tradicional «como cualquier persona física que, en los contratos que son objeto de la presente directiva, actúe con fines que no entran en el marco de su actividad comercial o profesional» (art. 2d). La definición de contrato a distancia es fiel a la establecida en la Directiva 97/7 incluyéndose la palabra *exclusivamente* al hacer referencia al empleo de las técnicas de comunicación a distancia. Por otra parte, la Directiva sobre comercio electrónico, directiva de carácter horizontal que actuará fundamentalmente complementando a la legislación sectorial, va a respetar las definiciones anteriores.

- derecho de retractación;
- no obligación de aceptación de suministros no solicitados;
- ejecución del pedido en plazo de 30 días;
- necesidad de consentimiento previo del consumidor en caso de utilización de sistemas automatizados de llamada sin intervención humana o de fax, exigiéndose en el resto de técnicas de comunicación a distancia, la oposición manifiesta del consumidor;
- protección del consumidor en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago con derecho a la anulación del pago y restitución de las sumas pagadas.

2. *Nivel de armonización.*—Como todas las Directivas en materia de consumo, la propuesta sigue el principio de armonización mínima, pero «reforzándolo» en el sentido de incluir la «Cláusula del mercado interior» esto es, la armonización total sin margen para las disposiciones nacionales más estrictas (por ejemplo, en el ámbito de la información dada a los consumidores previamente a la conclusión del contrato o a la confirmación de las condiciones contractuales tras la celebración del contrato). En este sentido, son interesantes los considerandos 8 y 9: so pretexto de armonizar las disposiciones nacionales en la materia y para evitar cualquier divergencia, no se menciona la posibilidad de que los Estados puedan mejorar la protección de los consumidores en este ámbito, sino que «habida cuenta del elevado nivel de protección de los consumidores» (Considerando 9 de la propuesta) establecido en la Directiva, los Estados miembros no pueden prever otras disposiciones distintas de las establecidas en ella para los ámbitos armonizados. Se trata de una disposición ultraconservadora claramente en contradicción con la filosofía del mercado interior que evita la competencia legislativa entre los Estados manteniendo el *status quo* legislativo y los intereses de los empresarios¹⁵.

Del mismo modo y abundando en el razonamiento anterior, en el reparto de las competencias legislativas, se rechaza en el considerando 11

¹⁵ Se puede apreciar claramente el contraste con el art. 8.2 de la Directiva 99/44 de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo (DO L 171 de 7 de julio de 1999, pp. 12-16), donde en aras de la óptima protección del consumidor se lee: «Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más exigentes, compatibles con el Tratado, para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado».

la apelación al principio de subsidiariedad, argumentando que es el marco comunitario el adecuado para adoptar las medidas en materia de los consumidores. Cabe preguntarse aquí, qué papel corresponde dar entonces a la autorregulación y a la iniciativa de los operadores privados, en otros casos potenciada por la Comisión¹⁶. La propuesta no otorga un protagonismo propio a los códigos de conducta que, a diferencia de la mención expresa que a la autorregulación se hace en otras Directivas, sólo se mencionan en el considerando 16 bis, cuando se habla de la necesidad de informar al consumidor.

En este sentido, es preciso traer a colación la reciente *Directiva sobre Comercio electrónico*¹⁷, que va a aportar una nueva concepción de la «cláusula del mercado interior» en cierta medida correctora de la anterior. Dado el carácter incipiente de la regulación comunitaria de los servicios y transacciones electrónicas, la Directiva sobre comercio electrónico había de ser forzosamente limitada y prudente. Así, en el ánimo de convertirse en eje de la legislación comunitaria en la materia, sus disposiciones van a tener un carácter horizontal, siendo aplicables a todos los servicios de la sociedad de la información y *complementando* a la legislación sectorial (art. 1.3).

La Directiva de comercio electrónico afronta el tratamiento de los aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior desde la perspectiva de la libre prestación de servicios de los arts. 43 y 49 del Tratado, respetando en principio el principio de subsidiariedad y el nivel de protección establecido en los diversos instrumentos comunitarios¹⁸ (considerandos 6 y 11). En este sentido, la intervención comunitaria se va a *limitar conforme al principio de proporcionalidad*, a los mínimos necesarios para conseguir eliminar los obstáculos a la libre prestación de actividades en línea y para ello, apela a la protección de los menores y a la dignidad humana, la protección del consumidor y la salud pública.

¹⁶ Así, la Recomendación 92/295 de la Comisión de 7 de abril de 1992 relativa a los códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia, DO L 156 de 10 de junio de 1992, pp. 21-22. Recomendación de la que sí se hace eco la Directiva de contratos a distancia.

¹⁷ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, *Directiva 1999/31/CE*. DO L 178 de 17.02.2000, pp. 1-16.

¹⁸ El listado que ofrece el considerando 11 es muy extenso y abarca a todas las directivas que protegen la salud pública y los intereses de los consumidores.

Pues bien, en tanto que se inhibe de establecer niveles de protección más altos a los establecidos en la regulación sectorial, la Directiva sobre comercio electrónico confirma la «cláusula del mercado interior»; sin embargo, su justificación sobre la base de la libre prestación de servicios da margen a una aplicación correctora de la anterior. Se permite a los prestadores en línea ofrecer sus servicios en toda la Unión con arreglo a las normas del Estado miembro en que estén establecidos¹⁹; en este sentido, las medidas nacionales no pueden restringir la libre circulación de servicios, es decir, no pueden adoptar medidas que obstaculicen o que de algún modo hagan menos atractiva la prestación de servicios de la sociedad de la información a partir de otros estados miembros, *salvo el recurso a la protección de objetivos de interés general, como la salud pública o la protección de los consumidores*. En este sentido, la Directiva sobre comercio electrónico es consciente de la antinomia que puede plantearse en su puesta en práctica junto con la propuesta de Directiva de comercialización de servicios financieros y así, toma en cuenta la posibilidad de que los estados miembros restrinjan la libre provisión de servicios de la sociedad de la información a fin de proteger a los consumidores, incluidos los inversores (art. 3.4).

3. Por otra parte, hay que lamentar en unos casos, la desaparición —tras la posición adoptada por el Consejo— de ciertas propuestas iniciales de la futura Directiva y en otros, que ciertas enmiendas propuestas por el Parlamento, no hayan sido tenidas en cuenta en aras de una mayor protección del consumidor:

a) *Período de reflexión*. Así, se abandona una pieza central de la propuesta original de Directiva que es la concesión a los consumidores de un «período de reflexión» anterior a la conclusión del contrato (Art. 3). Según la propuesta inicial, el proveedor debía transmitir al consumidor, por escrito o en un soporte duradero (disquete informático, CD-ROM o correo electrónico), un proyecto de contrato que recogiese todas las condiciones contractuales. Este período de reflexión era de 14 días (excepto

¹⁹ La Directiva establece para ello —en una nueva fórmula jurídica, la coordinación— que los Estados miembros deben garantizar que los prestadores de servicios establecidos en su territorio cumplan los requisitos nacionales contemplados en el «ámbito coordinado» por la Directiva, esto es, los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios en relación con el inicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información o el ejercicio de una actividad de dicho tipo.

en el caso de servicios de precio fluctuante como cambio de moneda), durante los cuales las condiciones del contrato seguirían siendo válidas. Si el consumidor concluyese el contrato después del período de reflexión, no tenía periodo de rechazo.

Puede argumentarse que la inmediatez de los contratos negociados a distancia es incompatible con un período de reflexión. Sin embargo, y precisamente por esta razón, este período de reflexión es importante: el período de reflexión asegura que los consumidores tengan tiempo para hacer un juicio razonado sobre una oferta, y comparar otras ofertas si lo desean; mientras tanto, la ejecución del contrato seguiría su curso.

Suprimido el período de reflexión en la nueva redacción —y tal vez como compensación— el artículo 4 ofrece la posibilidad de retractarse de la celebración del contrato sin necesidad de indicar el motivo y sin penalización, en el plazo de catorce a treinta días, en función de los servicios financieros de que se trate. Este derecho de retractación, en su modificación respecto a la propuesta inicial de la Directiva, pretende compensar la supresión del período de reflexión, estableciendo un plazo más amplio de 30 días —según las operaciones financieras contratadas—. Se excluyen del derecho de retractación ciertos servicios financieros para los cuales el ejercicio de este derecho pudiera provocar un riesgo de especulación, seguros no de vida por un período inferior a dos meses, y contratos cuya ejecución haya finalizado en su totalidad antes de que el consumidor ejerza este derecho²⁰.

b) *Comunicaciones no solicitadas*.—Si bien el suministro no solicitado de servicios financieros está prohibido (art. 9), no ocurre lo mismo con las comunicaciones no solicitadas. En la propuesta se exige el *consentimiento previo* del consumidor para la utilización de sistemas de co-

²⁰ Para su ejercicio, el consumidor lo notificará al proveedor mediante un documento en papel o con otro soporte duradero a disposición de éste. Si el contrato se comienza a ejecutar antes de la retractación, se prevé en el art. 5 el pago de los servicios prestados antes de este momento, del mismo modo que el proveedor estará obligado a reembolsar lo más rápidamente posible al consumidor, y en el plazo máximo de 30 días, las cantidades que haya percibido con motivo de la celebración del contrato a distancia. Obsérvese más adelante, la falta de simetría entre esta disposición —obligaciones del consumidor— y las obligaciones de información por parte del proveedor (art. 3) donde no se exige un soporte escrito o duradero para las informaciones previas la contrato.

municación automática a distancia sin intervención humana, y el telefax, en línea con la Directiva de contratos a distancia. Sin embargo, en el caso de otras técnicas de comunicación a distancia, la propuesta de Directiva deja en manos de los Estados miembros la elección entre un sistema que permita el consentimiento expreso previo del consumidor o bien un sistema mediante el cual el consumidor manifieste previamente su negativa (las denominadas «listas Robinson»).

Las enmiendas 52 y 28 del Parlamento Europeo tenían por objeto añadir el correo electrónico y el teléfono a la lista de los medios de comunicación que para su utilización precisaban el consentimiento del consumidor. Sin embargo, al final se ha operado la exclusión de estos medios y solamente se exige el consentimiento previo para los sistemas de llamada automática y de fax. Se arguyó como justificación la necesidad de mantener la coherencia con las disposiciones de las Directivas 97/7 y 97/66, sin embargo, no cabe duda que aquí la armonización actuó nuevamente *in peius* para el consumidor. En idéntica línea anti-proteccionista se manifiesta la Directiva sobre comercio electrónico que admite en su artículo 7 las comunicaciones comerciales no solicitadas permitiendo únicamente las listas *opt-out* como medio de exclusión.

c) *Información de los consumidores.*—En cuanto a la información a los consumidores, esta propuesta se alinea con la Directiva de crédito al consumo, la Directiva sobre contratos a distancia y la Directiva sobre transferencias de crédito transfronterizas, que incluyen la previsión que exige que las entidades financieras provean de información suficiente a los consumidores. La propuesta de Directiva coloca especial énfasis en la provisión de información al consumidor, exigiendo a los proveedores que informen a los consumidores de forma clara y comprensible de las condiciones contractuales. Tras el listado de las informaciones previas a la celebración del contrato (art. 3), el art. 3 bis establece que una vez celebrado el contrato, el proveedor deberá comunicar al consumidor en papel o en otro soporte duradero, todas las condiciones del contrato, salvo que se hayan comunicado previamente a la celebración del contrato. Resulta cuanto menos llamativo que todo el listado de las condiciones que aparece en el art. 3 se realice en un soporte que no sea papel u otro duradero. Además, hay que lamentar que la enmienda del Parlamento en el sentido de incluir que esta exigencia se realizara antes de la celebración del contrato, no haya prosperado. El legislador comunitario no tiene sin embargo, ningún reparo—en otros casos invoca la necesaria armonización legislativa— para en-

mendar las dos Directivas sobre crédito al consumo y seguro de vida que contienen ciertas exigencias de escritura por medio de papel²¹.

d) *No disponibilidad del servicio*.—En el caso de que el servicio financiero no esté disponible en el tiempo previsto, bien total o parcialmente, (por ejemplo, un consumidor puede exigir que un proveedor compre un determinado número de participaciones cuando una empresa aumenta su capital, y su número de participaciones puede que no esté disponible para el proveedor el día de la entrega) el proveedor debe informar al consumidor y reembolsar cualquier suma pagada sin demora. Sin embargo, no está previsto el supuesto de responsabilidad por fallos durante la negociación del contrato, ni tampoco durante su ejecución, debida a los medios informáticos o cualquier otra eventualidad.

e) *Pagos por tarjeta*.—Especial mención merece el tema de los pagos por tarjeta. El pago por tarjeta, incluso más que en otros medios de comercio, es un elemento crucial en la promoción de la confianza del consumidor. Sin embargo, esta cuestión, a pesar de su generalización en el tráfico comercial y probablemente como consecuencia de la renuencia de los operadores financieros a que se adoptase normativa vinculante en la materia, únicamente había sido objeto de varias recomendaciones de la Comisión donde se trataban de establecer pautas de conducta para aquellas entidades. Así, la Recomendación de la Comisión de 8 de diciembre de 1987 sobre un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico²² reconduce las condiciones de contratación al clausulado que libremente establezcan las partes. Llama la atención la ausencia —máxime en un texto de libre adopción por los operadores— de disposiciones sobre responsabilidad en casos de fallo de los sistemas informáticos, recordándose por el contrario al titular de la tarjeta la diligencia que debe guardar para garantizar la seguridad de la tarjeta emitida o evitar el robo

²¹ Por su parte, la Directiva sobre comercio electrónico no vendrá a añadir nada nuevo a la obligación general de información al consumidor. El artículo 5 hace referencia a los datos sobre el prestador del servicio, su dirección geográfica y señas y datos registrales; en el artículo 6 se incluirá la identificación del prestador de servicios en las comunicaciones comerciales y finalmente el artículo 10 menciona la necesidad de informar sobre el procedimiento técnico a seguir como paso previo a la realización del pedido.

²² Recomendación 87/598/CEE, DO L 365 de 24 de diciembre de 1987 p. 72. Recomendación que había sido precedida de la Comunicación de la Comisión al Consejo de 12 de enero de 1987 con el título «Una baza para Europa: las nuevas tarjetas de pago».

(punto IV.2), en materia de datos personales (III. 4) o el de la irreversibilidad del pago (III. 4).

Por el contrario, en términos mucho más precisos y contundentes se pronuncia la Recomendación de la Comisión de 17 de noviembre de 1988²³: junto con la recomendación de la forma escrita para los contratos se subordina el comienzo de la vinculación del contrato a la recepción por el consumidor del instrumento escrito y el conocimiento pleno de sus cláusulas. Del mismo modo, corresponde al emisor probar que la operación fue correctamente registrada y contabilizada, así como en casos de fallos técnicos, quedando exonerado el titular de la pérdida, robo o falsificación sufrida a partir del momento de su notificación al emisor, salvo en casos de negligencia o fraude.

Finalmente, las previsiones de la Directiva de contratos a distancia quedarán muy por debajo de su precedente de 1988. La Directiva vendrá a establecer que los Estados miembros deberán poner en marcha disposiciones particulares para proteger al consumidor únicamente contra el uso fraudulento de su tarjeta de pago. Así, el consumidor podrá demandar la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta y ser reembolsado de las cantidades abonadas, correspondiendo pues al consumidor aportar la prueba de ello. Sin embargo, el texto original de la Directiva (proposición de la Directiva hecha por el Consejo el 21 de mayo de 1992), se manifestaba en términos más amplios, al prever en su art. 12 que cualquier cuestionamiento por el titular de una tarjeta de crédito de la validez de una operación en la que el número de la tarjeta hubiera sido revelado sin que el medio de pago se hubiera presentado o identificado electrónicamente entrañaba su anulación, debiéndose reembolsarse al titular en el plazo más breve posible. La inspiración de este texto del borrador se hallaba en la Recomendación de 17 de noviembre de 1988 sobre sistemas de pago, donde en caso de litigio sobre una transferencia electrónica de fondos, la carga de la prueba de que «la operación ha sido correctamente registrada y correctamente contabilizada» (Art. 6-2 de la Recomendación) recaía en el emisor, no en el titular (el cliente). De este modo, son las empresas de venta a distancia las que habrían de soportar el riesgo de utilización fraudulenta del número de la tarjeta de pago.

Por su parte, la propuesta de Directiva sobre servicios financieros, no

²³ Recomendación 88/590/CEE, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas (DO L 317 de 24 de noviembre de 1988, p. 55).

supone ningún avance en este punto, y al igual que dispuso el art. 8 de la Directiva de contratos a distancia, únicamente se prevé la adopción por los estados miembros de medidas para que el consumidor pueda pedir la anulación del pago y la restitución del importe pagado (art. 8 bis).

El comercio electrónico no se desarrollará más que si existen medios de pago seguros y el debate suscitado por este punto fue el inicio de la publicación de diversas disposiciones que comenzaron a sentar las bases de una política comunitaria en la materia. Así, tras la Recomendación sobre Sistemas de pago (1988), un documento sobre una Política de la Comisión sobre Nuevos Medios de Pago de 21 de junio de 1996, establece salvaguardias para el consumidor exonerando su responsabilidad cuando las tarjetas son perdidas o robadas. Otras iniciativas incluyen la Recomendación 97/489 relativa a las operaciones efectuadas por medio de instrumentos de pago electrónicos²⁴, la Comunicación «Promoviendo la Confianza de los Consumidores en los medios electrónicos de pago en el mercado único» adoptada por la Comisión el 9 de julio de 1997 (Documento COM (97)353), y la Comunicación sobre un marco de acción para luchar contra el fraude y falsificación de los medios de pago distintos al pago en efectivo²⁵. Sin embargo, la forma adoptada por estos documentos —recomendación, comunicación— es un serio obstáculo de cara a reforzar la debilidad de los consumidores y a conseguir los propósitos de la Recomendación inicial de 1988.

f) *Inderogabilidad de los derechos*.—Finalmente, la propuesta de Directiva establece que los consumidores no pueden obviar los derechos que se les confieren, y además que (art. 11.3) «los consumidores no pueden ser privados de la protección otorgada por esta Directiva cuando la ley que rija el contrato es de un país que no pertenece a la Comunidad Europea, cuando el consumidor es residente en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad y cuando el contrato tiene un vínculo estrecho con la Comunidad». Aunque en este artículo se establece en primer lugar la inderogabilidad de los derechos por los consumidores, sin embargo, la dicción del art. 11.3, lejos de parecer un complemento necesario a lo anterior, resulta algo engañosa. Veamos por qué.

²⁴ DO L 208 de 2 de agosto de 1997. Si bien esta Recomendación amplía el ámbito de la Recomendación sobre nuevos medios de pago de 1988, no aborda los temas fundamentales de desacuerdo entre las instituciones financieras y los consumidores, sobre todo, la carga de la prueba en relación con la responsabilidad en caso de abuso, pérdida o robo de tarjetas.

²⁵ COM (98) 395 de 1 de julio de 1998.

El criterio del país que no pertenece a la Comunidad Europea nos recuerda al supuesto de las exportaciones de datos en la Directiva de protección de datos personales (art. 25)²⁶. Allí se establecía el criterio de la «protección adecuada», en el sentido de que no se autorizarán transferencias de datos personales a países que no gocen de un nivel de protección que se considere «adecuado». Aquí no cabe sino entender, a pesar de la falta de una mención expresa a cualquier procedimiento de evaluación, que operará a favor del consumidor toda protección que resulte superior a la establecida en la Directiva. Sin embargo, la crítica anterior relativa a la «cláusula del mercado interior» y el carácter totalizante de la Directiva, parecen cuestionar este resultado²⁷.

En segundo lugar, el criterio de la residencia y el criterio del vínculo estrecho con la Comunidad, permiten reproducir las críticas anteriores. La residencia en un Estado miembro como detonante para la aplicación de las normas comunitarias parece estar en claro paralelismo con el criterio de la sede social para el reconocimiento de la libertad de establecimiento de actividades financieras, y parece estar reconociendo implícitamente la libre circulación del consumidor comunitario. Este criterio es homogéneo con los utilizados en el Convenio de Bruselas de 1968 y en el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 5). Del mismo modo, el criterio de conexión referente al vínculo estrecho con la Comunidad, nos recuerda al utilizado en el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, como criterio de determinación de la ley aplicable en defecto de elección por las partes y otras Directivas comunitarias. Así, el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que «los Estados miembros adoptarán las

²⁶ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, 23 de noviembre de 1995, p. 31).

²⁷ Nótese la diferencia con los artículos 14.1 y 15 de la Directiva 87/102/CE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 en materia de crédito al consumo (DO L 42 de 12/2/1987, p. 31). Art. 14.1. «Los Estados miembros garantizarán que los contratos de crédito no se sustraigan, en perjuicio del consumidor, a las disposiciones de la legislación nacional que apliquen o que correspondan a la presente Directiva». Art. 15: «La presente Directiva no impedirá que los Estados miembros conserven o adopten disposiciones más severas para la protección del consumidor, y que sean acordes con sus obligaciones en virtud del Tratado».

medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad». En el mismo sentido se pronuncia la Directiva 94/47/CEE, sobre contratos de adquisición de un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido, cuyo artículo 9 establece: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro». Sin embargo, nuevamente, la supuesta protección del consumidor cuando la ley que rija el contrato es de un país que no pertenece a la Comunidad Europea, plantea la intervención de la «Cláusula del Mercado Interior». ¿Podría aplicarse una ley más protectora? Sin duda, la ratio de protección del consumidor aboga por una respuesta favorable.

IV. CONCLUSIÓN

La protección del consumidor en un marco transfronterizo exige tanto una nueva redefinición de la noción de consumidor como también un marco fiable. Las soluciones no son evidentemente, fáciles de arbitrar. A los tradicionales intereses y obstáculos existentes a nivel nacional hay que añadir las incertidumbres de un entorno de contratación todavía joven y sin soluciones armonizadas, y las reticencias de los Estados a situarse en la vanguardia de la protección internacional del consumidor. Pero ha de avanzarse en la búsqueda de soluciones globales.

En este sentido, los esfuerzos desarrollados por la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional, la OMC o la OCDE suponen un avance en esta dirección. La Unión Europea tiene una importante responsabilidad en tanto que entidad supranacional con un derecho vinculante propio. Sería beneficioso para el consumidor que de un foro como éste nacieran normas armonizadas que supieran adaptar la posición económica y jurídica del consumidor en los nuevos contextos comerciales y dentro de una perspectiva internacional.

Del mismo modo, los progresos en materia de derecho de consumo no pueden venir de la mano de medidas *ex post* sino de soluciones preventi-

vas. La atención desmesurada que se ha prestado en los últimos años a la mejora de los recursos judiciales y a la búsqueda de mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias no sólo pone de manifiesto las deficiencias de las soluciones materiales sino que no es la única vía a seguir en un contexto transnacional. El establecimiento de normas mínimas materiales es por tanto, condición ineludible para la promoción de la contratación a distancia. Eso implica adoptar una visión amplia que no sólo tenga en cuenta la participación de asociaciones de consumidores y de todas las partes involucradas, sino que también extienda el radio de acción de las políticas de protección. Se ha repetido ya en numerosos textos comunitarios, la necesaria integración de los intereses de los consumidores en las distintas políticas sectoriales de modo que la dimensión del consumidor fuera tenida en cuenta en el diseño de los diferentes programas. Este acercamiento sin duda contribuiría a elevar al consumidor a su verdadero papel de sujeto y no de objeto del mercado, promoviendo la creación de nuevos mecanismos de protección, fomentando la participación de asociaciones de consumidores, y ayudando sin duda a redefinir su nuevo papel en el entorno internacional. En este sentido, y como propuestas más concretas, esta noción amplia del consumidor implica abandonar normativas centradas únicamente en el criterio de la residencia habitual del consumidor —que se ha esgrimido hasta ahora como panacea de su protección—, incorporando esquemas más amplios que incluyan estándares rigurosos de información al consumidor; de transparencia en la contratación, con exigencia de documentación escrita o en otro soporte duradero; y aprovechar la interactividad que ofrecen los nuevos métodos de comunicación a distancia para potenciar todos los elementos anteriores.

En el caso de los servicios financieros, la propuesta de Directiva que hemos examinado presenta algunos aspectos positivos. Acertada es la disposición referente a la carga de la prueba (art. 13) que recaerá en el proveedor en todo lo relativo a la información al consumidor, el consentimiento de éste para la celebración del contrato y cuando proceda, en su ejecución, considerándose abusiva la cláusula contractual —en línea con la Directiva 93/13 del Consejo²⁸— que pretenda invertir esta carga de parte del consumidor. Del mismo modo, la propuesta pretende reforzar los mecanismos para la resolución de litigios entre proveedores y consumidores (art. 12.1). Estos procedimientos deben permitir a las entidades públicas,

²⁸ DO L 95 de 21.4.1993, p. 29.

organizaciones de consumidores y organizaciones profesionales adoptar acciones para asegurar el cumplimiento de las disposiciones nacionales de aplicación de la Directiva. Del mismo modo, se alentará a que estas entidades cooperen en la resolución de controversias transfronterizas.

Sin embargo, en líneas generales, esta propuesta sigue el esquema de la Directiva de contratos a distancia sin introducir mejoras en la protección del consumidor. Y además, amenaza con perpetuar sus propias deficiencias. Resulta sorprendente que no se aceptase la enmienda del Parlamento relativa a la obligación de que la Comisión presentara un informe sobre la Directiva en el plazo de cuatro años desde su entrada en vigor y la posibilidad en su caso, de introducir reformas a la vista de su funcionamiento. El rápido desarrollo de la comercialización a distancia de los servicios financieros hace de partida no sólo aconsejable sino previsible su pronta modificación. Y en segundo lugar, esta negativa viene una vez más, a confirmar las sospechas sobre el mantenimiento del *statu quo* de los operadores financieros y está lejos del objetivo de protección del consumidor que pretende la propuesta.

La Directiva sobre comercio electrónico ha venido a dar un sesgo algo distinto a la protección del consumidor en la negociación de servicios electrónicos. A través del planteamiento de la prestación de los servicios de la sociedad de la información como libre prestación de servicios dentro del ámbito *coordinado* de la Directiva, se atenúa el rigor de la «cláusula del mercado interior», permitiendo la entrada por vía de excepción de la protección del consumidor en el ámbito de los servicios financieros. Sin embargo, una óptima protección del consumidor no puede venir por la vía de la excepción, ya sea como exigencia esencial en las limitaciones legítimas a la libre prestación de servicios o no confiriendo un carácter de derecho sustantivo propio al derecho del consumidor comunitario.