

## HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO: UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA\*

MARÍA HELENA ANCOS FRANCO

**SUMARIO:** I. REFLEXIONES SOBRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ENTORNO DEL CONSUMIDOR. LAS DIFICULTADES PARA UNA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO TRANSNACIONAL Y ELECTRÓNICO. 1. La pérdida de legitimidad. 2. La localización múltiple de las relaciones jurídicas.— II. ¿UN NUEVO CONCEPTO DE CONSUMIDOR PARA UNA NUEVA FORMA DE COMERCIO? 2.1. El nuevo entorno electrónico.— III. LA PROBLEMÁTICA DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA EN LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS. DE LA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN A DISTANCIA A LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO: SU PROBLEMÁTICA DESDE LA ÓPTICA DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS. 1. Análisis de las disposiciones de la propuesta de Directiva. a) Período de reflexión. b) Comunicaciones no solicitadas. c) Información de los consumidores. d) No disponibilidad del servicio. e) Pagos por tarjeta. f) Inderogabilidad de los derechos.— IV. CONCLUSIONES.

---

\* Segundo Accésit.

*Antes de levantar un muro querría  
saber quién quedará a cada lado...*

(ROBERT FROST)

*El beneficio del comercio internacional consiste  
en el empleo más eficiente de las fuerzas  
productivas del mundo.*

(JOHN STUART MILL)

## I. REFLEXIONES SOBRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ENTORNO COMERCIAL. LAS DIFICULTADES PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO TRANSNACIONAL Y ELECTRÓNICO

El desarrollo del comercio electrónico<sup>1</sup> se halla condicionado a la consolidación de un marco legal predecible y seguro para el consumidor. La definición de un marco jurídico integral y unitario, superior de gran parte de las disfuncionalidades causadas por la actual normativa, implicaría considerar como en otros ámbitos científicos, dos dimensiones transversales y secantes: la del tiempo y la del espacio. La del tiempo nos aconsejaría incluir todas las etapas de las relaciones comerciales: la información y la publicidad, la promoción, la comercialización de los bienes o servicios, las informaciones precontractuales, la formación del contrato, el pago, la entrega, las garantías y los servicios post-venta, y finalmente, la eventualidad de

---

<sup>1</sup> Podríamos definir el comercio electrónico como cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación, como Internet. Esta es la definición dada por ejemplo, por el «Estudio de situación del comercio electrónico en España» de la Secretaría General de Comunicaciones. Según esto, el comercio electrónico incluiría no sólo la compra y venta electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la red para actividades anteriores o posteriores a la venta, incluyéndose por tanto, tanto el comercio electrónico directo (pedido electrónico de bienes tangibles) como el indirecto (entrega en línea de bienes tangibles). Así, publicidad, búsqueda de información sobre productos o proveedores, negociación sobre condiciones contractuales, atención al cliente, cumplimiento de trámites administrativos, etc.

un litigio con el planteamiento de un recurso judicial o la siempre más conveniente solución arbitral. La segunda dimensión, la espacial, se relacionaría con todos aquellos aspectos que recaen en la persona del consumidor y que son susceptibles de afectarle, en su calidad de sujeto pasivo de esa relación que se prolonga en el tiempo: la validez legal de las transacciones y contratos sin papel, la protección de los derechos de propiedad intelectual, la protección de los consumidores en cuanto a la publicidad engañosa y no deseada, el fraude, los contenidos ilegales, la protección de datos de carácter personal, la protección de los menores, la falta de seguridad en las transacciones y medios electrónicos de pago, etc.

Sin embargo, si tuviéramos que atender al núcleo de los problemas planteados por el comercio electrónico y hubiera que buscar un elemento definitorio de su verdadera naturaleza jurídica, habríamos de estar a su carácter transnacional o mejor dicho, su potencialidad para devenir transnacional, factor que sin duda acrecienta la especial volatilidad de cualquier transacción en la red. El carácter global de las redes permite cuestionar por un lado, las limitaciones geográficas de las legislaciones nacionales y por otro, proporciona el cauce idóneo para la fragmentación espacial del *iter relacional*, dando lugar a una localización múltiple de sujetos y facetas jurídicas. De ahí que sea el marco transnacional el entorno natural de las transacciones electrónicas y que las dimensiones más estrechas —nacionales, regionales o locales—, carezcan de sentido a la hora de abordar la problemática del comercio electrónico en cualquiera de sus facetas<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> A finales de 1995, *Compuserve Inc.* bloqueó el acceso por sus suscriptores en el mundo entero a cerca de 200 grupos de discusión de *Usenet* de contenidos sexuales y a las bases de datos de gráficos, en respuesta a una orden dictada por un fiscal en Munich de que el materia violaba las leyes de pornografía alemanas y de protección de niños. En efecto, los estándares legales y éticos dictados por el gobierno de un país determinaron a lo que el mundo podía acceder. El caso *Compuserve* ilustra como la información cargada en Internet en un país puede provocar una respuesta legal negativa en otro país, y en la medida en que los proveedores de datos alteran los comportamientos de la completa audiencia.

Pero las empresas extranjeras también han notado los efectos mundiales de la publicidad. El transportista británico, *Virgin Atlantic Airways*, anunció en Internet que la compra adelantada a 21 días de los billetes de avión entre Nueva York y Londres era de 499\$ en los días laborables durante ciertos períodos

## 1. LA PÉRDIDA DE LEGITIMIDAD

En efecto, en el origen de muchos problemas planteados por las transacciones electrónicas se halla una cuestión fundamental. La deslocalización geográfica del lugar de desenvolvimiento de la relación jurídica respecto del de situación física del actor, produce por un lado, una cierta *deslegitimación* de las normas reguladoras en la materia por cuanto el comercio electrónico implica el progresivo distanciamiento entre los núcleos formativos del Derecho, y los sujetos, su propia fuente de legitimación. Este fenómeno de deslocalización cobra un significado particular en el caso del Derecho de consumo. El distanciamiento en términos físicos se traduce también en un distanciamiento jurídico, pues el consumidor constituye al mismo tiempo, la fuente de legitimación del Derecho en cuanto elector-votante y sujeto pasivo directo de las relaciones comerciales. Así, la tradicional asimetría regulatoria que el derecho del consumidor trataba de corregir<sup>3</sup>, se ha visto complicada por una dialéctica que enfrenta cuestiones de soberanía nacional con la legitimidad dada por los verdaderos actores del mercado.

En este punto hemos de recordar que en el Derecho internacional privado han primado tradicionalmente más las consideraciones de soberanía y de seguridad que las de justicia. El proceso de creación normativa en el Derecho internacional privado ha estado caracterizado tradicionalmente por la acción motora de las autoridades gubernamentales y el alejamiento de los grupos más directamente involucrados, otorgando al hacer normativo un tamiz conservador, ora demasiado generalista, ora excesivamente minimalista. Si bien esta tendencia ha remitido hoy en día, y el actual dinamismo del

---

de viaje. En una sección separada de su sitio web, la compañía aconsejaba a los compradores a comprobar sus reservas. El departamento de transporte estadounidense impuso una multa a la compañía británica de 14.000\$ por no demostrar claramente que se aplicaba una tasa de 38.91\$ sobre cada billete. Independientemente de que el anuncio fuese legal conforme a las leyes del Reino Unido y sin tener en cuenta donde estaba localizado el servidor de Internet de *Virgin Atlantic Airways*, el gobierno estadounidense afirmó con éxito su jurisdicción sobre la publicidad que podía ser mostrada en los ordenadores personales de EE.UU.

<sup>3</sup> Véanse *supra*, págs.11 y ss., las tesis de BOURGOIGNIE, SCHERHORN, REICH, TONNER y ROPPS.

Derecho internacional y del Derecho comercial internacional se debe fundamentalmente a la acción de los particulares en la práctica comercial transfronteriza, el nuevo desafío del Derecho internacional y del Derecho del consumo en particular, es el pleno acceso del individuo como sujeto de derecho a las relaciones privadas internacionales.

El Derecho del consumo ha de ser el garante de una recíproca correlación de obligaciones y licitudes, de una ordenación más democrática del desarrollo jurídico internacional, donde lo económico deje de ser el *leit motiv* de la producción normativa y del juego de intereses. La cuestión clave será pues, si queremos proteger adecuadamente los intereses de los consumidores, encontrar los *cauces institucionales* que permitan el acceso de sus intereses al estadio de negociación y elaboración de normas, además de garantizar la vigilancia permanente de aquéllos.

El Derecho del consumo ha estado hasta ahora condicionado por un acercamiento sectorial a la protección del consumidor que ha minado la consideración global del individuo como sujeto del mercado y lo ha concebido únicamente como sujeto de cada *acto de consumo* particular. La consecuencia de esta concepción ha sido por un lado, la carencia de *efecto directo horizontal* que los textos y la jurisprudencia comunitaria han sentenciado para la invocación de las normas por los particulares y, lo que es igualmente importante, la escasa participación del consumidor en la reivindicación de sus derechos y la nimia incidencia del asociacionismo en la materia.

El marco internacional no ha ayudado a paliar estas deficiencias. Hasta el momento, el debate en el seno de los foros internacionales se ha centrado más en la dialéctica entre el carácter global de las redes y las limitaciones geográficas de la legislación, cuestionándose la territorialidad de las previsiones legislativas nacionales<sup>4</sup>. En este

---

<sup>4</sup> Las negociaciones entre la UE y los EE.UU. en materia de protección de datos, que finalmente han concluido en el acuerdo basado en el «Safe Harbour Principle» han estado marcadas por la negativa de los Estados Unidos a asumir los estándares «extraterritoriales» comunitarios en materia de protección de datos, frente a la concepción liberal que impera en el régimen norteamericano, basada en la asunción voluntaria por los operadores de códigos de conducta. Sobre este tema ver, ANCOS, «La progresiva configuración de la protec-

contexto, el debate no es ajeno a consideraciones de política industrial y de competitividad. Comparada con EE.UU., Europa no obtiene los mismos beneficios económicos del crecimiento de Internet, debido en parte a que la completa liberalización del mercado de las telecomunicaciones comenzó en 1998, produciendo hoy una parte muy pequeña del software, del equipamiento y lo que es más importante, de los servicios de Internet e Intranets<sup>5</sup>.

En el fondo, la reflexión ha de encauzarse desde un punto de vista institucional, esto es, desde una consideración de los esquemas orgánicos y organizativos necesarios para dar enraizamiento a estos problemas. En la práctica, se traducirá en considerar cuál ha de ser el papel de la Administración Pública frente a la autorregulación del sector privado, o dicho de otra forma, si el mercado y los particulares pueden asumir la iniciativa reguladora en un medio donde la ausencia de reglas y la neutralidad tecnológica se han esgrimido siempre como panacea de los problemas fundamentales.

## **2. LA LOCALIZACIÓN MÚLTIPLE DE LAS RELACIONES JURÍDICAS**

La anterior consideración institucional nos lleva al planteamiento de un tema que no por debatido deja de ser totalmente indubitado. La indagación del papel que hayan de desempeñar las administraciones nacionales y los operadores privados permite plantear si los intereses de los consumidores estarán mejor amparados por medidas protectoras públicas o por iniciativas autónomas, en el bien entendido que la pregunta anterior no afecta al carácter tuitivo del Derecho del consumo, no a su finalidad, sino a la *instrumentación*

---

ción de datos personales como barrera comercial», *Información Comercial Española*, diciembre 2000.

<sup>5</sup> «A large portion of the computers, software, and Internet services sold in Europe are provided by U.S. —based on U.S.— owned companies. In many cases, Microsoft is selling software developed in the U.S.; Cisco and others are selling switches and routers designed and sometimes built in the U.S.; and AOL is selling Internet services that include content largely designed in the United States», COHEN, «An economic model of future changes in the U.S. communications and media industries», 28, *Communications & Strategies*, 4<sup>th</sup> Quarter 1997, 87-104, pág. 96.

*de estos objetivos*. Esta cuestión nos llevaría a abordar un debate más profundo, esto es, los fundamentos mismos del Derecho privado (la libertad contractual y la fuerza vinculante de las obligaciones contractuales)<sup>6</sup>.

Estrechamente conectado con lo anterior es la definición que deba darse al consumidor en este nuevo entorno. Desde hace algún tiempo ya se venía cuestionando la necesidad de extender el ámbito de aplicación del Derecho del consumo. Ahora, las características técnicas de las redes y de sus aplicaciones, junto con la falta de continuidad de las normas nacionales y su aplicación extraterritorial, provocan la extensión de su ámbito de influencia por un lado, a individuos que caen fuera de la definición tradicional de consumidor —esto es, sujetos que actúan al margen de su actividad comercial o profesional— y por otro, a sujetos que sólo se conectan tangencialmente con un ordenamiento jurídico nacional. Por ello, aunque la definición de consumidor permanezca hoy por hoy inalterada, su carácter nuclear en el Derecho del consumo y las nuevas modalidades de comercio, permiten cuestionar la definición tradicional.

## II. ¿UN NUEVO CONCEPTO DE CONSUMIDOR PARA UNA NUEVA FORMA DE COMERCIO?

Un sano ejercicio, aplicable tanto a la dogmática jurídica como a cualquier otro ámbito científico, consiste en cuestionar —y cuestionarse— de vez en cuando los axiomas que sustentan el conocimiento humano y que nos acompañan en el desenvolvimiento de nuestras actividades cotidianas.

Según este planteamiento, en el derecho del consumo, el término «consumidor» es una de esas cuestiones que no por asentadas dejan de suscitar interrogantes. La definición que demos al *consumidor* no sólo va a determinar el ámbito subjetivo de su aplicación sino que va a permitir deshilar la instrumentación técnica de su pro-

---

<sup>6</sup> Jules STUYCK, «European consumer law after the treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market?», *Common Market Law Review*, 37, 367-400, 2000, pág. 367.

tección al evidenciar la cobertura pública o privada que haya de darse a su regulación. En este sentido y con carácter previo, el acercamiento más idóneo a la definición del consumidor y al papel de la Administración en el nuevo orden electrónico internacional, pasa por una serie de reflexiones de tipo sociológico-funcional.

Si tenemos en cuenta la función económica del consumidor y su posición estructural en el sistema de mercado de la competencia, la protección del consumidor sería objeto de la división económica del trabajo. El mercado se concebiría como un proceso de circulación y de intercambio de las mercancías organizadas, donde el consumo constituye el último eslabón en un sistema de producción y circulación basado en la división del trabajo, es decir, la utilización de las mercancías no como valores de cambio sino como valores de uso o consumo.

Algunos autores como Bourgoignie (1988), Scherhorn (1969, 1975) y otros (Reich, 1974, Tonner 1975, Ropps, 1976) parten de esta tesis y consideran que el derecho del consumo no puede asumir un papel neutral sino que su papel es restablecer el equilibrio entre los comerciantes y los consumidores. Según esto, y en relación con la posición que ocupan las empresas, el consumidor se encontraría en una posición de subordinación estructural en el mercado, ya que, en contraposición a los operadores del mismo, los valores de uso son adquiridos por el consumidor para no volver a ser usados como valores de cambio, y por tanto, éste como simple adquirente de tales valores, no está en situación de poder ejercer poder de mercado alguno o, como mínimo, de poder organizar un «contrapoder» que actúe de forma más o menos duradera en el mismo<sup>7</sup>. Este desequilibrio estructural que existe entre empresarios y consumidores tendería a agravarse a medida que se incrementase el grado de concentración en el mercado.

---

<sup>7</sup> Se apuntan diversas razones para ello: una podría ser la estructura atomizada del consumo en el proceso de circulación. Otra razón estribaría en la relativamente puntual cobertura o satisfacción de las necesidades que afectan al individuo consumidor. Una tercera podría encontrarse en la imposibilidad de organizar en forma duradera los intereses de los consumidores, contrariamente a lo que sucede con los intereses empresariales, de organización relativamente fácil.



Resulta obvio decir que este enfoque sociológico del Derecho del consumo no sería políticamente neutral sino que tendría unos objetivos de política jurídica claros: compensar mediante medidas legislativas la situación estructural del consumidor, o desde un punto de vista económico, las deficiencias funcionales del mercado<sup>8</sup>. La legitimación del consumidor en este nuevo marco normativo, reside pues en que es un actor esencial del mercado, y por tanto, su rol viene determinado más por la fuerza de los hechos que por el reconocimiento de una regla de derecho.

En este sentido, la distinta evolución que ha tenido la protección del consumidor en el Derecho estadounidense y en el comunitario nos aportan argumentos adicionales en la reflexión anterior y sobre la idoneidad de una y otra solución jurídica.

La Sherman Act de 1890, primera ley antitrust estadounidense, fue promulgada a instancia del senador del mismo nombre, en defensa de los agricultores del medio oeste contra los *trusts* que controlaban el sector alimentario: el tamaño y poder de ciertas empresas había devenido tal que constituía un peligro no sólo para las otras empresas sino también para el mercado en sí mismo concebido como un espacio de dinamismo e igualdad. Leyes posteriores como la Clayton Act de 1914 y la Robinson-Patman Act de 1936, completaron un sistema que definía las infracciones del derecho a la competencia y las prácticas desleales como atentados a los derechos del consumidor. Robert H. Bork valoraba así la importancia del derecho de la competencia estadounidense:

«The antitrust laws, as they now stand (1978) have only one legitimate goal, and that goal can be derived as rigorously as any theorem in economics. (...)

i) The only legitimate goal of an American antitrust law is the maximization of consumer welfare; therefore

---

<sup>8</sup> Así, REICH, *Mercado y Derecho*, pág. 175. En el mismo sentido se manifiestan DREXL y BOURGOIGNIE, quien en su obra, *Eléments pour une Théorie du droit de la consommation* (cit. por STUYCK, *op. cit.*, págs. 369 y ss.) afirma la necesidad de intervención pública para compensar la debilidad de los consumidores, mejorando la transparencia del mercado y regulando el comportamiento de los actores. Por el contrario, otros autores como STRAETMANS, o los economistas de la Escuela de Chicago, se basan en la asunción de que el consumidor es incapaz de escoger libremente en el mercado.

ii) «Competition» for purpose of antitrust analysis, must be understood as a term signifying any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by judicial decree».

En el derecho estadounidense el consumidor *legítima*, pues, la política de la competencia estableciendo una diferencia entre su protección por efecto de la ley y su verdadero papel en un mercado en función de hechos objetivos y no en base a la voluntad del legislador<sup>9</sup>.

En el Derecho comunitario de la competencia, por el contrario, el consumidor no es directamente su objeto, sino en cierto sentido, medida de su eficacia. Aparece como un sujeto más económico que jurídico. Razonamiento lógico en una concepción del liberalismo económico según la cual el mercado podía satisfacer todas las demandas sociales de las que se beneficiaba enteramente el consumidor. En resumen, el consumidor va a ser considerado más como usuario final que como agente económico.

Consecuentemente, el Derecho comunitario va a abordar la protección del consumidor de forma fragmentaria y restrictiva, en un acercamiento secuencial que sólo lo cubrirá tangencialmente en función de las distintas facetas normadas: consumidor/asegurado, consumidor/víctima de publicidad engañosa, consumidor/afectado por contaminación de productos, etc. El resultado será un gran número de disposiciones sectoriales que rezuman una concepción *economista y estrecha* del consumidor y de su protección.

En efecto, el mencionado tratamiento sectorial de la protección del consumidor en el derecho derivado comunitario se ha traducido en una falta de uniformidad de la noción de consumidor que a) en algunos textos incluye a personas físicas y personas legales y en otros no; y que b) restringe la protección a aquellos sujetos que no actúen

---

<sup>9</sup> La política estadounidense de protección del consumidor obtuvo un respaldo fundamental en el famoso discurso del Presidente Kennedy al Congreso del 15 de marzo de 1962, mencionando los derechos fundamentales del consumidor (derecho a la seguridad, derecho de información, derecho de elección y derecho a ser oído). En la misma línea, aunque no tuvieran repercusión inmediata en el derecho comunitario, el Informe Molony de la misma fecha en el Reino Unido, donde se examinaban las medidas para mejorar la protección del consumidor.

en el ámbito de su negocio o profesión en la mayoría de la normativa, ampliándolo a terceros relacionados de alguna forma con una actividad comercial o profesional, en algún articulado más progresista.

Así, mientras el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento de sentencias en materia civil y mercantil incluyen en la noción de consumidor tanto a personas físicas como a personas jurídicas<sup>10</sup>, las Directivas sobre protección del consumidor únicamente hacen referencia a personas físicas.

Por su parte, la exclusión de actividades de carácter comercial o profesional<sup>11</sup> como premisa para la aplicación del derecho de consumo, se incardina dentro de una concepción general del Derecho comunitario y del derecho occidental<sup>12</sup> que concibe al consumidor como una persona que adquiere bienes o servicios para un uso privado. Como ejemplo de ellos tomemos la Directiva 85/577 relativa a la protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de establecimientos comerciales<sup>13</sup>, que define al consumidor como «toda persona física que actúa por un uso considerado ajeno a su actividad profesional». La Directiva 87/102 de 22 de diciembre de 1986 sobre crédito al consumo<sup>14</sup> se dirige a toda persona física que, para las transacciones regidas por la Directiva, actúa con un fin aje-

---

<sup>10</sup> Artículo 5 Convenio de Roma y artículo 13 del Convenio de Bruselas.

<sup>11</sup> Por su parte, la Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación, señala que el consumidor protegido «...será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional». En el mismo sentido se pronuncia el art. 1 de la ley de 26 de julio de 1984 para defensa de los Consumidores y Usuarios.

<sup>12</sup> Esta concepción es asumida por la mayoría de los derechos occidentales. Así por ejemplo, la Ley Suiza de Derecho Internacional privado de 1987 en su art. 120. No obstante existen excepciones: la ley alemana de 9 de diciembre de 1976 sobre condiciones generales de contratación no hace ninguna alusión al consumidor; del mismo modo, la «Supply of Goods and Services» adoptada en el Reino Unido en 1982, o el nuevo Código Civil holandés, que reglamentan las condiciones generales de venta sin limitar el alcance a las relaciones profesionales/consumidores.

<sup>13</sup> DOCE L 372, 31 de diciembre de 1985.

<sup>14</sup> DOCE L 42, 12 de febrero de 1987.

no a su actividad comercial o profesional (excluyéndose también las personas morales en estas dos hipótesis, aunque actúen sin un fin lucrativo, imponiéndose la externalidad de una actividad comercial o profesional habitual).

Del mismo modo, y volviendo al plano convencional, la definición del consumidor como persona que concluye un contrato para un uso que esté fuera de su comercio o profesión, del art. 5 del Convenio de Roma<sup>15</sup> coincide con la del Convenio de Bruselas (art. 13). En el Segundo Plan de acción trienal para los años 1993-1995, se confirmaba esta constante en el Derecho comunitario: «los consumidores son personas físicas o morales, dotadas de un poder de compra más o menos elevado, que adquieren bienes o servicios para un uso no profesional». El consumidor responde pues en el Derecho comunitario a la vez a un criterio subjetivo «uso privado» y negativo «uso extraño al ejercicio de una actividad profesional».

Por su parte, la interpretación del Tribunal de Justicia comunitario de la noción de consumidor ha sido restrictiva y ha venido a confirmar la letra de las definiciones anteriores. Así, en relación con una cuestión planteada sobre el artículo 13 del Convenio de Bruselas, el Tribunal de Justicia estimó que un «demandante que ha concluido un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual, sino futura, no puede considerarse consumidor» protegiendo —el artículo 13— solamente al consumidor final privado, no comprometido en actividades comerciales o profesionales. (Sentencia TJCE 3 julio de 1997, *Francesco Benincasa / Dentalkit S.R.L.*, asunto C-269/95). Así todo vínculo presente o futuro con una actividad profesional rechaza la calificación de consumidor y por tanto, la protección de ello derivada.

Este fallo sin embargo, aún dentro de la racionalidad de su argumentación, contiene ya el germen de un razonamiento disidente. Se afirma en el fallo que «para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva (puesto que las reglas de competencia judicial en materia de consumo constituyen excepciones a los criterios generales en el Con-

---

<sup>15</sup> En este sentido, ver definición de la propuesta del Reglamento del Consejo para sustituir el Convenio; COM (1999) 348 final. La noción de consumidor se mantiene en este borrador de Reglamento.

venio de Bruselas), hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona». Este criterio objetivo sobre el que bascula permite por un lado, fragmentar el iter contractual del consumidor en actos de consumo y no consumo y por otro lado, atender a la verdadera naturaleza y finalidad de cada acto buscando el fin de la protección del consumidor.

En el caso Dietzinger<sup>16</sup> el Tribunal de Justicia comunitario aplicó un razonamiento extremadamente formalista en la interpretación de la Directiva de venta a distancia. El padre del Sr. Dietzinger y su esposa concluyeron un contrato de préstamo avalado por su hijo por importe de 100.000 marcos alemanes. Posteriormente el banco reclamó 50.000 marcos al Sr. Dietzinger en base a la garantía prestada. El Sr. Dietzinger solicitó renunciar a la garantía basándose en la ley alemana que implementaba la Directiva 85/577 de protección de los consumidores respecto a los contratos negociados fuera del establecimiento del comerciante, ya que el contrato de sus padres con el banco se había concluido en el domicilio familiar. Según la Directiva y la ley alemana, en el supuesto de un contrato de suministro de bienes o servicios concluido durante la visita del comerciante a la casa del consumidor, se exige que el comerciante dé al consumidor aviso por escrito del derecho de cancelación del contrato dentro de un período determinado. La cuestión que se planteó ante los tribunales nacionales y posteriormente, ante el TJCE, fue si el señor Dietzinger era «un consumidor» según el significado del art. 2 de la Directiva («toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional»).

El TJCE afirmó que si bien el contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúa en el marco de una actividad profesional está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/577, ésta cubre solamente una garantía auxiliar a un contrato por el que un consumidor asume obligaciones hacia el comerciante con vistas a obtener bienes o servicios de él y donde el otorgante de la garantía ha concluido el contrato para un propósito que puede ser visto como ajeno a su negocio o profesión.

---

<sup>16</sup> C-45/96, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG v. Edgar Dietzinger* (1998) R. I-1201.

Si atendemos a la finalidad de la Directiva 85/577, apreciamos que es proteger a los consumidores, permitiéndoles desistir de un contrato celebrado no a iniciativa del cliente sino del comerciante, cuando ese cliente haya podido hallarse en la imposibilidad de apreciar todas las consecuencias de su acto. Según esto, el carácter accesorio del contrato de fianza respecto de la entrega de bienes o servicios a domicilio y su vínculo con el contrato principal, no puede estar a merced del destino final de los bienes o servicios. Las circunstancias concretas que se pretenden proteger son las mismas en uno y otro caso, y si se aprecia que hubo desconocimiento, falta de información o abuso hacia el fiador, éste tendrá también la condición de consumidor. No hay nada que exija que la persona que haya celebrado el contrato, en virtud del cual deban entregarse los bienes o prestarse servicios, sea el destinatario de esos bienes o servicios. No puede excluirse por tanto de su ámbito de aplicación un contrato en beneficio de un tercero, por el mero hecho de que los bienes o servicios adquiridos se hayan destinado al uso de esta persona, que es ajena a la referida relación contractual. Al igual que el comprador, el fiador se compromete a cumplir sus obligaciones y debe estar protegido, máxime cuando *no recibe contrapartida alguna a cambio de su compromiso*.

Existen sin embargo, supuestos de Directivas que han ampliado el ámbito de protección más allá de los consumidores finales. Tal es el caso de la Directiva 90/314 de 13 de junio de 1990<sup>17</sup> sobre paquetes de vacaciones que protege a los viajeros privados y a los de negocios. Por otra parte, la Directiva 84/450 de 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa se apoya sobre «los consumidores y sobre las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal así como los intereses del público en general». Dicho de otra forma, esta disposición va más allá de los consumidores finales a los que no diferencia del resto, a imagen de la Directiva 85/374 de 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad derivada de productos defectuosos<sup>18</sup>, que omite toda definición del concepto de consumidor. A la inversa, las medidas ligadas a la indicación de los precios, etiquetaje, denominación, y presentación de los productos textiles, alimenticios y no alimenticios, están reservadas a los consumidores

---

<sup>17</sup> DO L 158, 23 de junio de 1990.

<sup>18</sup> DO L 210, 7 de agosto 1985.

finales. En el mismo sentido, la segunda Directiva sobre Seguros no de vida<sup>19</sup> hizo una distinción entre grandes riesgos (sujetos al control exclusivo del Estado) y riesgos de masas. Los grandes riesgos se definían por referencia al tamaño (en términos de hoja de balance, producción, empleados del asegurado) como resultado de lo cual las pequeñas empresas se beneficiaban de la misma protección (en términos de la exigencia de licencia impuesta a la compañía aseguradora) que los consumidores.

Del mismo modo, en materia de pagos con tarjeta, las Recomendaciones de la Comisión de 17 de noviembre de 1988 y de 8 de diciembre de 1987, identifican al consumidor con los titulares de la tarjeta de crédito, por oposición al emisor.

En definitiva, la perspectiva de protección más amplia que adoptan estos textos legislativos permite cuestionar el fondo de los razonamientos aportados en el caso Dietzinger y Benincasa. ¿Es tan decisivo si la garantía cubre un crédito profesional o privado? ¿Podría privarse a estos sujetos de la legítima confianza en la protección de los principios generales del derecho privado? ¿Hay que atender al sujeto que realiza la operación o a la finalidad de la misma? Evidentemente a estas preguntas no se puede dar una respuesta en abstracto y las circunstancias de cada caso particular dirán la última palabra. No obstante, es fundamental retomar aquí la finalidad del derecho del consumo de la que partíamos más arriba pues veremos que el ámbito de la contratación electrónica pondrá en entredicho una vez más, la noción tradicional de consumidor.

Justificábamos la protección del consumidor sobre la necesidad de reestablecer la situación de desequilibrio estructural que padece en el mercado como consecuencia de la imposibilidad de repercutir en otro operador, en su calidad de usuario final de un producto o servicio, ningún acto del proceso de producción ni las consecuencias de su acción. Según esto, aunque existan situaciones de clara hegemonía de una de las partes, el acto de consumo también puede recaer en la figura del comerciante, actuando desprovisto de cualquier finalidad productiva. Inversamente, y de forma paralela a la situación del consumidor, ciertos profesionales pueden estar en una situación de

---

<sup>19</sup> Directiva 88/357, DO L 172/1, ahora sustituida por la Tercera Directiva de seguros no de vida, Directiva 92/49/CE DO L 228/1.

inferioridad frente a sus proveedores o clientes. En este caso, como ocurrió en el caso Dietzinger, una calificación que atendiera exclusivamente al sujeto y no a la finalidad de la compra, se alejaría del verdadero propósito del derecho del consumo.

Pero hay más argumentos. La definición tradicional del consumidor parte de un posicionamiento económico en el mercado, herético, que ha de ser corregido con otro tipo de enfoques. Así los estudios psicológicos y sociológicos del consumo han apuntado perspectivas que aportan nuevas valoraciones a la situación del consumidor: así, la semiótica ha puesto de manifiesto la falsa premisa de que los bienes tienen un destino concreto o una finalidad por sí mismos<sup>20</sup> y no la finalidad que quiera darle verdaderamente el consumidor; o los estudios sociológicos que evidencian la falsa creación de necesidades por la publicidad invasiva<sup>21</sup>. El consumidor tendrá forzosamente el papel que le reserve el mercado, y esta situación se agravará a medida que se acentúen las imperfecciones del mercado (concentración, globalización). El consumidor tiene un lugar propio en el mercado y no el que el mercado le quiera dar. Una función exclusivamente económica deja a un lado otro tipo de consideraciones como la valoración del producto, el grado de satisfacción, o la diferenciación del producto para el consumidor. En este sentido, algunos autores como Drexl, han mencionado que el derecho contractual debe garantizar la autodeterminación del individuo en sus relaciones contractuales, de tal manera que la autodeterminación económica o la autonomía privada del consumidor devendría un derecho fundamental del consumidor<sup>22</sup>. El derecho tiene que hacerse eco de esta nueva concepción del consumidor y de su realidad garantizando la autodeterminación del individuo en las relaciones contractuales (acercamiento sustantivo no formal). El punto de partida no sería pues una situación de inferioridad sistemática del consumidor en general, sino *la identificación de situaciones específicas donde la autodeterminación del consumidor* —ya sea éste comerciante o no— esté afectada (ej. cuando el consumidor se vea inducido a error o cuando sea cogido por sorpresa o sin posibilidad de reflexión)<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> BAUDRILLARD, *La société de consommation* (París, 1970).

<sup>21</sup> GALBRAITH, *The Affluent Society*, 1958.

<sup>22</sup> STUYCK, *op.cit.*, págs. 372 y ss.

<sup>23</sup> Según esto, para DREXL habría dos partes dentro del Derecho de consumo: una parte compensatoria y otra estructural o constitutiva. La autonomía



En este sentido recordar las palabras de Virgós Soriano cuando afirma en su comentario al Convenio de Roma que «...no se es consumidor o no consumidor de un modo permanente, pues es una condición que surge por referencia a un acto material concreto (el acto de consumo)»<sup>24</sup>. Éste es el significado que cabe dar a la exclusión contenida en la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 de abril de 1980, al excluir de su ámbito en el art. 2.a) las compraventas «de mercaderías compradas para un uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para este uso».

## 1. EL NUEVO ENTORNO ELECTRÓNICO

El nuevo entorno propiciado por las tecnologías de la información aporta argumentos adicionales a esta nueva noción más amplia de consumidor. La accesibilidad de las nuevas tecnologías —y por ende, la realización de operaciones o transacciones electrónicas— permite su operatividad por cualquier sujeto, que permanecerá además en la «oscuridad» de la red, siendo imposible determinar *a priori* la identidad de los participantes por un lado, y el establecimiento de unas condiciones objetivas y transparentes de comercialización, por otro.

Si la protección del consumidor se fundamenta en su debilidad frente a los proveedores, ¿cómo conciliar este estado de cosas con el anonimato que permiten las transacciones en la red, por no decir ya el desconocimiento del uso que destinará al bien o servicio?

---

privada y la competencia serían los principios básicos de esta parte constitutiva del derecho del consumo que serían los fundamentos del derecho de autodeterminación del consumidor. Las medidas de compensación (ej. derecho de cancelación del contrato en caso de información insuficiente) se contemplarían cuando la autonomía privada y la competencia fracasasen y no baste una ordenación social a través del derecho.

<sup>24</sup> VIRGÓS SORIANO, M., *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*. Dir. Garrido Falla, F. González Campos, J. D. y Muñoz Machado, S., T. III, pág. 795.

La Directiva de protección de los consumidores respecto a los contratos a distancia es consciente de las dificultades que para el consumidor provoca esta nueva forma de comercio. Así lo establece en el considerando 14: «(Considerando que) el consumidor no es capaz de ver el producto o adivinar la naturaleza del servicio antes de la conclusión del contrato». Los bienes o servicios pueden ser de menor calidad que lo que el consumidor esperaba; o el vendedor puede ser un vendedor fraudulento. Un consumidor al que se le provee de bienes o servicios de baja calidad o que sufre el engaño de un fraude, estará teóricamente en una posición más débil que si la transacción se hubiera realizado en presencia física de ambos.

Si el entorno del mercado electrónico pretende efectivamente consolidar el mercado interior dando a los consumidores la confianza para comprar a través de las fronteras, esto es, favoreciendo la *movilidad de los consumidores*, la definición de éstos habría de incluir sin duda a aquellos compradores que adquieren bienes «incidentalmente», o que simplemente por estar «al otro lado» de la red telefónica puedan verse desfavorecidos por una decisión de compra.

En este sentido conviene recordar que el carácter dinámico y vivo del derecho comunitario permitió en su día ampliar el ámbito tuitivo de la seguridad social y de la libre circulación a personas que no tenían la condición de trabajadores o que no realizaban en sentido estricto una actividad económica como jubilados y estudiantes.

Del mismo modo, otros ordenamientos como el norteamericano se han mostrado más receptivos a la necesidad de un cambio. El actual borrador de revisión del art. 2-102 de Código Comercial Uniforme norteamericano define al consumidor como todo individuo que compra o contrata para comprar bienes que, al tiempo del contrato, no se pretenden por el particular que sean usados primeramente con propósitos comerciales o profesionales<sup>25</sup>.

En definitiva, es posible y necesario adoptar una perspectiva más amplia, como ya retuviera el Consejo en 1975 y que tome en consideración al consumidor en tanto que individuo sometido a los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indi-

---

<sup>25</sup> <http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucc2/597art.2htm>

rectamente. A este respecto, el consumidor es percibido tanto como consumidor individual —usuario final de un bien económico—, tanto como una entidad que pertenezca a un grupo —actor «de un ciclo económico global», incluso de un contrapoder ejercido frente a suministradores, distribuidores y otros intervinientes. En este mismo sentido, se pronunció el TJCE en el asunto Benincasa ya mencionado, aunque luego desgraciadamente, no quedara más que en un *obiter dicta* (punto 16): «...una única y misma persona puede ser considerada como un consumidor en el marco de ciertas operaciones y un operador económico en el marco de otras operaciones».

### III. LA PROBLEMÁTICA DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA EN LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS. DE LA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN A DISTANCIA A LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO: SU PROBLEMÁTICA DESDE LA ÓPTICA DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS

El paradigma regulatorio de la contratación a distancia viene dado por la Directiva 97/7, perfeccionada en el ámbito electrónico por la más reciente Directiva sobre comercio electrónico de 8 de junio de 2000. Entre ambas, la contratación a distancia de servicios financieros es una buena muestra de cómo, a pesar de las declaraciones de principios, los intereses de determinados grupos económicos echan por tierra los pequeños y costosos avances en materia de protección del consumidor. En aras de otorgar un sesgo crítico a nuestro estudio, un análisis comparado de estos tres ejes ayudará a comprender mejor el alcance de estas normas de derecho derivado y de su significado en el Derecho del Consumo.

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<sup>26</sup>. Así, la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975

---

<sup>26</sup> El rápido desarrollo de las nuevas técnicas de comunicación permitía la negociación de contratos a distancia, planteándose nuevos problemas para el consumidor: a pesar de la interactividad, la información ofrecida por el pro-

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» y la 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 materia<sup>27</sup>.

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 distancia<sup>28</sup>. La 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)<sup>29</sup>: 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<sup>30</sup>. 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).

---

veedor es parcial; el carácter efímero y la mayoría de las veces no registrable de las transacciones previas a la conclusión del contrato; el desconocimiento general del consumidor de las cuestiones técnicas de la red, etc.

<sup>27</sup> La propuesta original de la Directiva de contratos a distancia es de 1992 (COM (92) 11), DO 1992, C 176/14).

<sup>28</sup> DO L 144, de 4 de junio de 1997 pág. 19-27.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Este considerando no hace más que reforzar la tesis del papel activo del consumidor en el mercado comunitario y por ende, el reconocimiento de sus derechos como tal a través del reforzamiento de su situación estructural.

La Directiva 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 trasposición de tres años<sup>31</sup> 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 financieros<sup>32</sup> no se llegó a incluir en la Directiva sobre contratos a distancia<sup>33</sup>. En la segunda lectura 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 exi-

---

<sup>31</sup> El plazo de trasposición 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).

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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 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).

gía una especial consideración<sup>34</sup>, 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 consumidores<sup>35</sup>.

Como causa para la exclusión de estos servicios de la Directiva de los contratos a distancia<sup>36</sup> se ha apuntado en diversas fuentes

---

<sup>34</sup> 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, irremediamente, venía a relacionar una y otra esfera de acción.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> Jeremy MITCHELL and CONSUMERS IN EUROPE GROUP, «Response to the Commission Green Paper: Financial Services: Meeting Consumer's Expectations», *Journal of Consumer Policy*, 20, págs. 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.

el poder del *lobby* del sector financiero, y un examen más detenido del articulado de la Directiva 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 un borrador de Directiva<sup>37</sup>, que posteriormente sería objeto de la propuesta modificada que ahora estudiaremos<sup>38</sup>. 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)<sup>39</sup>, este acuerdo no llegó, y el rápido crecimiento en los servicios financieros a distancia determinó que finalmente la Comisión se decidiera a actuar.

---

<sup>37</sup> Borrador de 18 de noviembre de 1998, DO C 385 de 11 de diciembre de 1998, pág. 10.

<sup>38</sup> Propuesta modificada de Directiva de 23 de julio de 1999. COM (1999) 385 final. Disponible en [www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/finances/consumer/99-559.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/99-559.htm).

<sup>39</sup> COM (97) 309 Comunicación de la Comisión Servicios Financieros: Promoción de la Confianza del Consumidor.

## 1. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

El propósito de la propuesta de Directiva es armonizar las normas de los Estados miembros sobre la comercialización a distancia de servicios financieros<sup>40</sup>. 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 alcances 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 del borrador 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:

---

<sup>40</sup> 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.



- 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.
- 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, el borrador 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 del borrador) 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 *statu quo* legislativo y los intereses de los empresarios<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> 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

Del mismo modo y abundando en el razonamiento anterior, en el reparto de las competencias legislativas, se rechaza en el considerando 11 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 Comisión<sup>42</sup>. La Directiva 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*<sup>43</sup>, 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 afronta el tratamiento de los aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior desde la perspectiva de

---

garantías de bienes de consumo (DO L 171 de 7 de julio de 1999, págs. 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».

<sup>42</sup> 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, págs. 21-22. Recomendación de la que sí se hace eco la Directiva de contratos a distancia.

<sup>43</sup> 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, págs. 1-16.

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 comunitarios<sup>44</sup> (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.

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 establecidos<sup>45</sup>; 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).

---

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> 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.

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 del borrador 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 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 período 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 derecho<sup>46</sup>.

No obstante esta posibilidad, en la práctica y como muestra el estudio de Stiftung Warentest anteriormente citado, las condiciones y/o los plazos de cancelación sólo se proporcionaron en un 64.7% de los casos estudiados<sup>47</sup>.

#### 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 comunicación 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

---

<sup>46</sup> 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 al contrato.

<sup>47</sup> Final report..., *op. cit.*, pág. 57.

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 Directiva 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. El borrador 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<sup>48</sup>. Además, hay que lamentar que

---

<sup>48</sup> El listado es prolijo: la identidad y la dirección del proveedor y en su caso, la identidad y la dirección del representante del proveedor; las principales características del servicio financiero, el precio total del servicio financiero, las formas de pago y de suministro o de ejecución del contrato; el período de validez de la oferta o del precio; la mención a la posibilidad de variación del precio; el coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia; la existencia, la duración, las condiciones y las formas de ejercicio del derecho de retractación; la inexistencia del derecho de retractación para los servicios financieros del art. 4.1; el importe que sirva de base de cálculo para el precio que deberá pagarse si el consumidor ejerce su derecho de retractación, la duración contractual mínima de contratos de prestación de servicios financieros permanentes o periódicos; datos relativos a la resolución del contrato, la legisla-

la enmienda del Parlamento en el sentido de incluir que esta exigencia se realizara antes de la celebración del contrato, no haya prosperado<sup>49</sup>. El legislador comunitario no tiene sin embargo, ningún reparo —en otros casos invoca la necesaria armonización legislativa— para enmendar las dos Directivas sobre crédito al consumo y seguro de vida que contienen ciertas exigencias de escritura por medio de papel<sup>50</sup>.

En este sentido y por reflejar una práctica habitual en la contratación electrónica, un estudio sobre comercio electrónico realizado por Stiftung Warentest para la Comisión Europea en recomendaba a los consumidores:

«Consumers buying on the internet should always check whether the supplier gives his name and address, so that they know where the company has its headquarters. (...) If these details are not given, then it is better not to place the order. Consumers should print out the general terms and conditions of business and read through them carefully»<sup>51</sup>.

---

ción aplicable al contrato; el tribunal competente en caso de litigio; los datos de la autoridad supervisora de que depende el proveedor; y los procedimientos extrajudiciales de reclamación y de recurso.

<sup>49</sup> En la propuesta modificada se justificó sobre la base de que la enmienda 21 del Parlamento podría tener como consecuencia que se impidieran algunas formas de celebración de contratos de ejecución inmediata (por ejemplo, contratos por teléfono). Sin embargo, conviene señalar dos cuestiones: este argumento no impide que los contratos telefónicos, se confirmen con una notificación previa de las condiciones contractuales enviadas por ejemplo, también *telefónicamente*, vía fax por ejemplo. Y en segundo lugar, la seguridad y el derecho de información de los consumidores no puede obviarse por este tipo de consideraciones.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> Final report on the investigation into «Electronic Commerce in Europe», September 1999, pág. 55.

*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 electrónico<sup>52</sup> 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 (punto IV.2), en materia de datos personales (III. 4) o el de la irreversibilidad del pago (III. 4).

---

<sup>52</sup> Recomendación 87/598/CEE, DO L 365 de 24 de diciembre de 1987, pág. 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».



Por el contrario, en términos mucho más precisos y contundentes se pronuncia la Recomendación de la Comisión de 17 de noviembre de 1988<sup>53</sup>: 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 habían de soportar el riesgo de utilización fraudulenta del número de la tarjeta de pago.

---

<sup>53</sup> 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, pág. 55).

Por su parte, el proyecto de Directiva sobre servicios financieros, no 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 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 electrónicos<sup>54</sup>, 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 efectivo<sup>55</sup>. 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, el borrador 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 pro-

---

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> COM (98) 395 de 1 de julio de 1998.

tección 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.

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)<sup>56</sup>. 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 resultado<sup>57</sup>.

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 pare-

---

<sup>56</sup> 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, pág. 31).

<sup>57</sup> 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, pág. 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».

ce 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 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»<sup>58</sup>. 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 sin duda aboga por una respuesta favorable.

#### IV. CONCLUSIONES

El borrador de Directiva que hemos examinado presenta algunos aspectos positivos. Acertada es la disposición referente a la carga de

---

<sup>58</sup> Los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil, reconoce el foro del domicilio del consumidor como criterio de protección especial.

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 Consejo<sup>59</sup>— que pretenda invertir esta carga de parte del consumidor.

Del mismo modo, el borrador de Directiva pretende reforzar los mecanismos para la resolución de litigios entre proveedores y consumidores (art. 12.1). Estos procedimientos deben permitir a las entidades públicas, 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 Directiva 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 *status quo* de los operadores financieros y está lejos del objetivo de protección del consumidor de la Directiva.

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

---

<sup>59</sup> DO L 95 de 21.4.1993, pág. 29.

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.

Es desalentador que no existan indicios de una mayor sensibilización hacia los derechos de los consumidores. A pesar de la creciente importancia que está cobrando por ejemplo, la actuación de las entidades financieras en Internet<sup>60</sup>, los últimos documentos legislativos no prevén propuestas concretas a favor de los consumidores. Así, si acudimos al Informe de la Comisión «Avances en los Servicios Financieros (COM (2000) 336 final) de 30 de mayo de 2000, sorprende que en el Plan de acción de los servicios financieros (PASF) que deberá concluirse en el 2005, el espacio reservado a acciones a favor de los consumidores pone de manifiesto la escasa atención que a este tema siguen prestando las autoridades comunitarias<sup>61</sup>.

El nuevo entorno electrónico tiene todas las potencialidades para devenir un fabuloso foro comercial y de información, pero en un primer estadio de desarrollo acentúa la debilidad estructural del con-

---

<sup>60</sup> Las entidades financieras británicas tienen 18 sitios bancarios en Internet; les sigue Alemania con 16, España con 12; Austria con 9; Suecia con 7; y Portugal, Francia e Italia con 5. Finlandia, Irlanda y Países Bajos con 3 sitios; Dinamarca 2 —excluyéndose los bancos virtuales—. Se prevé que el número de europeos que utilizarán las actividades bancarias a través de Internet crecerá un 30%, superando los 20 millones antes de 2004. Ya se ha creado el primer banco virtual que tiene su oficina central en Francia pero que efectúa sus operaciones desde Dublín. Otros dos bancos virtuales recibieron también recientemente licencias bancarias en Francia y Alemania. (Fuente: *Datamonitor*, abril de 2000).

<sup>61</sup> Habrá que ver el desarrollo legislativo de los textos, que con incidencia para los consumidores, están previstos en este documento: Comunicación de la Comisión relativa a una información clara y comprensible para los compradores; propuesta de Directiva sobre dinero electrónico; Libro Verde de la Comisión sobre una política de servicios financieros por medios electrónicos; Plan de acción de la Comisión para combatir el fraude y la falsificación en los sistemas de pago; Informe de la Comisión sobre las diferencias sustantivas entre las disposiciones nacionales relativas a las transacciones entre empresas y consumidores. Por otra parte, en el «Tercer Informe sobre Servicios Financieros: Prioridades y Avances» de 8 de noviembre de 2000, COM (2000) 692 final, ciertamente el establecimiento de un marco fiable para la protección de los pequeños y medianos inversores figura entre las diez prioridades de la Comisión en su agenda de trabajo aunque luego estas proclamas se vean desmentidas por la realidad.

sumidor en el mercado tornando su posición más opaca, difuminando antiguas consideraciones de carácter comercial como domicilio, renta, o nivel cultural, y al mismo tiempo, democratizando la vulnerabilidad de los usuarios, que se convierten por igual, en consumidores.

En este sentido, la negociación a distancia por medios electrónicos reclama un nivel de protección más elevado que el otorgado hasta ahora. El ejemplo estudiado de las transacciones financieras en línea pone de relieve cómo se puede burlar la confianza del consumidor. Y es que en efecto, el Derecho del consumo ha estado hasta ahora condicionado por un acercamiento sectorial a la protección del consumidor que ha minado la consideración global del individuo como sujeto del mercado y lo ha concebido únicamente como sujeto de cada *acto de consumo* particular. La consecuencia de esta concepción ha sido por un lado, la carencia de *efecto directo horizontal* que los textos y la jurisprudencia comunitaria han sentenciado para la invocación de las normas por los particulares y, lo que es igualmente importante, la escasa participación del consumidor en la reivindicación de sus derechos y la nimia incidencia del asociacionismo en la materia.

Como ya tuvimos ocasión de ver, los fallos en los casos Marshall, Dori<sup>62</sup> o El Corte inglés S.A. en relación con la Directiva 87/102/CEE sobre crédito al consumo<sup>63</sup>, marcan unos desafortunados hitos hacia la «desprotección comunitaria del consumidor». El razonamiento formalista del Tribunal en estos casos, sobre la base de que sólo los Reglamentos confieren obligaciones para los particulares con efecto inmediato, expone lo que Weatherill ha llamado a «loophole in the practical vigour of EC consumer protection law»<sup>64</sup>. La negativa de este efecto directo horizontal tiene una variedad de consecuencias adversas para los consumidores<sup>65</sup>:

---

<sup>62</sup> Caso 152/84 Marshall v. Sotuhampton and South West Area Health Authority (N 1) (1986) ECR 737; Caso 152/84 Paola Facini Dori v. Recreb (1994) ECR I-3325.

<sup>63</sup> Caso c-192/94 El Corte Inglés SA v. Cristina Blázquez Rivero (1996) ECR I-1281.

<sup>64</sup> S. WEATHERILL, *EC Consumer Law and Policy* (London, 1997), pág. 144.

<sup>65</sup> Thomas DE LA MARE, «The effective vindication of EC Consumers Righths: direct effect and the alternatives», *RAE*, 1998, 217-220.

- a) La disminución potencial del comercio transfronterizo.
- b) La negativa del efecto directo horizontal no casa bien con el establecimiento de estándares armonizados mínimos.
- c) El test establecido en el caso Foster v. British Gas de que el «comerciante» ante el que se pueda invocar el efecto director vertical sea una entidad pública, mina la uniformidad del Derecho comunitario, en función de los distintos patrones de propiedad que revistan las instituciones financieras, bancos, compañías de gas, etc.

A mayor abundamiento, el reparto jurisdiccional tampoco ayuda. No obstante el encomiable esfuerzo de los últimos años en las iniciativas de la Comisión por conseguir un mayor acceso de los particulares a la resolución de sus litigios con los comerciantes, la ausencia de efecto directo de las directivas en materia de consumo mina considerablemente el alcance práctico de estos derechos. La cuestión clave será pues, si queremos proteger adecuadamente los intereses de los consumidores, encontrar los *cauces institucionales* que permitan el acceso de sus intereses al estadio de negociación y elaboración de normas, además de garantizar la vigilancia permanente de aquéllos. En este sentido, hay que mirar con cautela las iniciativas autorreguladoras que, aunque no carentes de sentido, no resultan todavía eficaces en un mercado inmaduro técnica y normativamente. Aquí es precisamente donde se halla el barómetro de la iniciativa privada como promotora de los derechos del consumidor. Para ser realistas, podríamos decir que la efectividad de los códigos de conducta y soluciones contractuales es directamente proporcional al grado de desarrollo de un mercado.

La promoción de la información de los consumidores, el reforzamiento del papel de las asociaciones y su intervención transnacional, la promoción de un etiquetaje o sello de calidad que respete la normativa de consumo como medio para incentivar a las empresas en línea, son algunos de los instrumentos más disuasorios y atractivos por su sencillez y economía a la par de respetar la territorialidad de las jurisdicciones.

Al mismo tiempo, es necesario interpretar más extensivamente el artículo 5 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligacio-



nes contractuales, que no contemplaba los supuestos de contratación electrónica. La situación del consumidor en relación a la ley aplicable es similar a su situación jurisdiccional según las normas establecidas en el Convenio de Bruselas: sólo el consumidor «pasivo» se ve favorecido por la aplicación de la ley de su lugar de residencia habitual o por unas normas de competencia judicial que le permitirán interponer una demanda en los tribunales de cualquiera de los estados miembros sólo si ha recibido ofertas en su domicilio o hubiere realizado en ese estado los actos necesarios para la conclusión del contrato.

Una hermenéutica de las distintas obligaciones impuestas a las partes en función de las nociones de transparencia, buena fe, etc., resulta obligada, máxime si se tiene en cuenta que la elección de la ley aplicable por las partes significa que en teoría la protección exigida por las directivas comunitarias puede soslayarse, en contra del principio de protección mínima que pretende el derecho comunitario y que está reflejado en algunas de sus previsiones, especialmente con la elección de la ley de un tercer país tal como establece el art. 6 para 2 de la Directiva 93/13, o el art. 12.2 de la Dir. 97/7.

En la medida en que las directivas comunitarias no tienen un efecto directo horizontal, la situación no puede ser remediada por el derecho comunitario. Corresponde por tanto a los tribunales nacionales interpretar la normativa de forma que no se prive de esta mínima protección a los consumidores, considerándolas como «leyes de policía» según el artículo 7 o en aplicación de las disposiciones imperativas del art. 3.3. En este sentido, el Proyecto de Convenio de la Conferencia de la Haya sobre ley aplicable a ciertas ventas a los consumidores, afirma que la ley elegida por las partes rige los contratos regulados por el Convenio. Sin embargo, la elección de las partes no puede en ningún caso privar al consumidor de la protección de las disposiciones imperativas de la ley interna de su residencia habitual en el momento del encargo (a falta de declaración de expresa voluntad, el art. 7 establece que regirá la ley interna del país de la residencia habitual de consumidor en el momento del encargo).

Si en definitiva, el desarrollo de las redes de telecomunicación ha impuesto a todos su lógica y una revolución en todos los órdenes a un ritmo exponencial, el legislador y todos los operadores del mer-

cado tenemos que afinar el ingenio para participar en igualdad de condiciones en un medio global y cada vez más democrático. Porque la red no distingue entre usuarios. El consumidor ha de devenir por fuerza, un *homo digitalis*<sup>66</sup>. Y es que, queramos o no, el comercio nunca será el mismo.

---

<sup>66</sup> TERCEIRO, *Sociedad digital. Del homo sapiens al homo digitalis*, pág. 27.