

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA
COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS
FINANCIEROS DESTINADOS A LOS CONSUMIDORES
(¿Hacia la modificación de la LOCM?)

Jesús Antonio Romero Fernández
Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO. I. Introducción. II. Ámbito de aplicación. III. Información del consumidor. *1. Información del consumidor antes de la celebración del contrato. 2. Comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa.* IV. Derecho de retractación tras la celebración del contrato. V. Ejecución del contrato y pago del servicio prestado antes de la retractación. VI. Indisponibilidad del servicio, pago con tarjeta y restitución de los documentos originales. VII. Servicios no solicitados. VIII. Comunicaciones no solicitadas. IX. Carácter imperativo de las disposiciones de la Directiva. X. Recurso judicial o administrativo y recurso extrajudicial. XI. Carga de la prueba, transposición y revisión del texto comunitario. XII. Conclusiones

I. Introducción

Desde bastante tiempo, la Comisión de las Comunidades Europeas viene sintiendo la necesidad de regular a escala comunitaria la comercialización a distancia de servicios financieros. Y es que en pleno desarrollo de la denominada sociedad de la información resulta cada vez más frecuente y habitual el empleo de las nuevas tecnologías para la realización de transacciones comerciales relativas a estos servicios por medios electrónicos y prescindiendo del tradicional documento escrito sobre papel. Esto ha provocado que el asunto haya estado presente en varias iniciativas, no sólo de la Comisión, sino también del Parlamento Europeo (en adelante PE) y del Comité Económico y Social (en lo sucesivo CES)¹, pero las circunstancias determinaron que la comercialización a distancia de productos financieros no se incluyese en la Directiva 97/7/CE del PE y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia en general². Esta Directiva, que establece las principales disposiciones aplicables a estos tipos de contratos en los que la oferta, la negociación y la celebración se efectúan a distancia, excluye de su

su aplicación (art. 3.1.1º) a los contratos que se refieran a los servicios financieros enumerados en la lista no exhaustiva que figura en su Anexo II (servicios de inversión, operaciones de seguro y reaseguro, servicios bancarios, operaciones relativas a fondos de pensiones y servicios relacionados con operaciones a plazo o de opción³). Ante la necesidad de adoptar medidas específicas en este ámbito, la Comisión pidió a todas las partes interesadas que le trasmitan sus observaciones, con motivo, en especial, de la elaboración de su Libro verde denominado "Servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores"⁴.

Del resultado de las consultas realizadas en este contexto se deriva la necesidad de reforzar la protección de los consumidores en materia de comercialización de servicios financieros a distancia. Tenemos que tener presente, por un lado, que estamos en el período de introducción del euro como moneda única en el espacio de la Unión Europea; por otro lado, que asistimos a un desarrollo creciente de los mecanismos e instrumentos tecnológicos propios de la sociedad de la información⁵; y, por último, que vivimos actualmente en una economía más global, donde las fronteras entre países, dentro y fuera de la Unión Europea, tienen cada vez menos significado. Estas circunstancias determinan una demanda creciente y la necesi-

¹ El CES ha ocupado un lugar destacado entre las entidades favorables a la elaboración de una reglamentación comunitaria en la materia, habiendo sido, en cierto modo [como reconoce en su dictamen de 29 de abril de 1999 sobre la Propuesta de Directiva (1999/C 169/15)], "pionero" en sugerir esta iniciativa. Así, en su Dictamen sobre la realización del mercado interior y la protección de los consumidores, de 26 de septiembre de 1991 (DO C 339/06 de 31.12.1991, ponente Sr. Ataíde Ferreira y coponente Sr. Proumens), se señalaba las dificultades que encuentran los consumidores que pretenden realizar operaciones bancarias transfronterizas y la ausencia de reglamentación con fuerza coercitiva de los servicios financieros y, en particular, de las transacciones transfronterizas, calificándose de "importante instrumento de progreso" la entonces reciente Propuesta de Directiva relativa a los contratos negociados a distancia, que, en esa fecha, incluía los servicios financieros. En la Adenda al Dictamen antes referido (DO C 19 de 25.1.1993, ponente Sr. Ataíde Ferreira y coponentes Sres. De Knecht y Proumens) el Comité reconocía que es fundamental la existencia de normas comunes de protección de los consumidores en este ámbito y se congratulaba de la propuesta de directiva relativa a los contratos a distancia, que incluía los servicios financieros. Posteriormente, en su Dictamen sobre el Libro Verde de la Comisión sobre Servicios Financieros (DO C 56 de 24.2.1997, ponente Sr. Pellarini), el Comité, aunque se mostró crítico con la limitación que el citado Libro Verde impone a la comercialización a distancia, no dejó de señalar a este respecto que "debería aplicarse una legislación equivalente a la prevista en la directiva horizontal en materia de contratos a distancia", aunque adaptada a las especificidades de los servicios financieros, y sin olvidar los nuevos aspectos de las "ventas por vía telemática o televisiva de productos financieros, sobre todo si son realizadas por intermediarios no autorizados".

² DOL 166 de 11 de junio de 1998, p. 51.

³ La decisión de excluir los servicios financieros de la Directiva sobre las ventas a distancia se tomó en el Consejo de Ministros sobre los asuntos de los consumidores de 17 de mayo de 1995, ante la necesidad de adoptar medidas concretas en este ámbito, por las particularidades subyacentes a los servicios financieros comercializados a distancia, y la conveniencia de reforzar específicamente la protección de los consumidores en esta materia. De conformidad con el citado Anexo II de la Directiva 97/7/CE, estos servicios incluyen, en particular: - los servicios de inversión a que se refiere el Anexo de la Directiva 93/22/CE (DOL 141 de 11.6.1993, p. 27); - los servicios de empresas de inversiones colectivas; - los servicios correspondientes a actividades que gozan de reconocimiento mutuo y a los que se refiere el Anexo de la Directiva 89/646/CEE (DOL 386 de 30.12.1989, p. 1); - las operaciones correspondientes a actividades de seguro y reaseguro a que se refieren el artículo 1 de la Directiva 73/239/CEE (DOL 228 de 16.8.1973, p. 3), el Anexo de la Directiva 79/267/CEE (DOL 63 de 13.3.1979, p. 1), la Directiva 64/225/CEE (DOL n.º 56 de 4.4.1964, p. 878/64) y las Directivas 92/49/CEE (DOL 228 de 11.8.1992, p.1) y 92/96/CEE (DOL 360 de 9.12.1992, p. 1).

⁴ COM/96 209 final de 22.5.1996.

⁵ El legislador comunitario, consciente de este desarrollo, ha adoptado la Directiva 2000/31/CE 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 sobre el comercio electrónico) (DOL 178 de 17.7.2000, p. 1). En el considerando 11 de la presente Directiva se pone de manifiesto que su entrada en vigor no afecta a la futura Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y se reconoce en su considerando 27 que tanto una como otra contribuyen a la creación de un marco jurídico para la provisión en línea de servicios financieros.

dad de recurrir a la comercialización a distancia, sin que los participantes en las transacciones transfronterizas, incluso en las relaciones de consumo, se encuentren frente a frente. Además, no podemos olvidar que el mundo de los servicios financieros, que sirve de base y de vehículo fundamental para la realización de dichas transacciones, ya es actualmente y, sin duda, seguirá siendo, debido a las circunstancias antes descritas, un ámbito en el que la demanda, la oferta y la celebración de negocios se realizarán cada vez más sin la presencia física de los participantes e incluso sin los soportes físicos de las transacciones.

Para hacer frente a estas circunstancias la Comisión adoptó el 19 de noviembre de 1998, una Propuesta de Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CE del Consejo y 99/7/CE y 98/27/CE⁶. El CES aprobó, por 78 votos a favor, 47 votos en contra y 9 abstenciones, un Dictamen sobre dicha Propuesta en su sesión plenaria n.º 363 (de 29 de abril de 1999)⁷. Por su parte, el PE aprobó el 5 de mayo de 1999 una resolución legislativa por la que emitía un Dictamen sobre la referida Propuesta⁸. Tras diversas reuniones de los Grupos de Trabajo del Consejo, se celebró un debate político en la reunión n.º 2171 del Consejo que tuvo lugar el 13 de abril de 1999 en Luxemburgo⁹.

En este contexto legislativo, la Comisión presenta, siempre en el marco del procedimiento establecido en el artículo 250.2 del Tratado CE, la Propuesta modificada de Directiva del PE y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE [COM (99) 385 *final* – 98/0245(COD) publicado en *DOC* 177 E de 27.6.2000, p. 21-27]. La referida Propuesta modificada se elaboró teniendo en cuenta las enmiendas del PE, con la inclusión de un determinado número de modificaciones relativas al grado de armonización total de esta Propuesta y a la

necesidad de prever una clara articulación con los textos existentes. Asimismo, para su elaboración se han tenido en cuenta las aportaciones del Consejo y del CES. Sobre este texto, aún no definitivo (pero con respecto al cual la versión final de la Directiva seguramente no presentará demasiados cambios), se centrará nuestro análisis. En especial, nos ocuparemos de las particularidades que conlleva la celebración de contratos a distancia cuando su objeto viene representado por servicios financieros, y dejaremos de lado aquellos aspectos comunes a los contratos negociados sin que se dé la presencia simultánea del proveedor y del consumidor a que se refiere la Directiva 97/7/CE.

II. Ámbito de aplicación

Según su artículo 1.a), la Propuesta modificada de Directiva tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores¹⁰. El legislador comunitario es consciente de la necesidad de adecuar los contratos a distancia de servicios financieros a la progresiva internacionalización del comercio en general. No podemos olvidar que la contratación a distancia de los servicios financieros constituye un elemento imprescindible para traspasar nuestras fronteras, facilitando, por consiguiente, la unificación del mercado de la Unión Europea. Naturalmente, para que semejante unificación se produzca es preciso que se adopten medidas encaminadas a crear un único marco jurídico para tales contratos, a lo que va a contribuir de manera rele-

⁶ *DOC* 385 de 11.12.1998, p. 10.

⁷ Cfr. Dictamen del CES sobre la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo"; Propuesta del Sr. Ataíde Ferrerira (CES 458/99); *DOC* 169 de 16.6.1999, p. 43.

⁸ A propuesta de su ponente Sr. Oomen-Ruiter (A4-0190/99); *DOC* 279 de 1.10.1999, p. 197.

⁹ *DOC* 7206/99.

¹⁰ No ha sido aceptada la enmienda 57 del Parlamento destinada a introducir, en un apartado 1.bis, una disposición que prohíba a los Estados miembros adoptar otras disposiciones distintas de las establecidas por la Directiva. Y es que dado que los Estados miembros no están expresamente habilitados por la Propuesta de Directiva para adoptar o mantener medidas que prevean una mayor protección de los consumidores que las previstas por ella, se deduce que no pueden adoptar otras medidas que las contempladas en la Propuesta de Directiva. De este modo no se atiende la recomendación contenida en Dictamen del CES aprobado en su sesión plenaria de 29 de abril de 1999 (*DOC* 169 de 16.6.1999, p. 43) que pretendía que la Comisión introdujese una "cláusula mínima", similar a la que figura en la Directiva 97/7/CE, que reflejase lo establecido en el apartado 5 del artículo 129 A del Tratado y que permitiese que, sin perjuicio de que el régimen establecido por la Directiva (proyectada) confiera un elevado nivel de protección a los consumidores, se deje a los Estados miembros la posibilidad de definir normas más estrictas de protección, de acuerdo con la tradición de las normas comunitarias.

vante la Propuesta modificada de Directiva que analizamos si, como todo parece indicar, finalmente termina por ser aprobada. Esto tenderá a evitar que los Estados miembros puedan adoptar disposiciones divergentes o diferentes en esta materia lo que podría generar confusión en el funcionamiento del mercado interior y en la competencia entre las empresas dentro de éste.

Ciertamente, la contratación a distancia de servicios financieros constituye uno de los principales resultados tangibles de la realización del mercado interior. El carácter específico y la naturaleza inmaterial de los servicios financieros y su reconocida complejidad e importancia para los consumidores, no sólo justifican la propuesta de unas disposiciones particulares que no sean una mera copia de las disposiciones generales relativas a la comercialización a distancia, sino también la adopción de un elevado nivel de protección para los consumidores en los ámbitos que se pretende armonizar. Dentro del mercado interior europeo resulta aconsejable que los consumidores puedan acceder sin discriminación a la más amplia gama posible de servicios financieros disponibles, con la finalidad de poder elegir los que mejor se adapten a sus necesidades, lo que conlleva que aquéllos gocen de un elevado nivel de protección para que pueda incrementarse su confianza en el comercio a distancia. Con este objetivo, la Propuesta modificada de Directiva, cuya finalidad última es la armonización total en torno a la libre circulación de los servicios financieros para los consumidores, insiste en la imposibilidad de que los Estados miembros puedan prever otras disposiciones distintas de las establecidas por ella¹¹.

A los efectos de su aplicación, el artículo 1.b) establece que para los contratos relativos a servicios financieros que comporten operaciones sucesivas o una serie de operaciones separadas escalonadas en el tiempo, las disposiciones de la presente Directiva solamente se aplicarán en la primera operación, independientemente del hecho de que, con arreglo a la legislación nacional, pueda considerarse que estas disposiciones forman parte de un único contrato o de contratos individuales distintos. Es decir, el legislador comunitario, consciente de la necesidad de que la Directiva se aplique de la misma manera en todos los Estados miembros y de la posibilidad de que un mismo contrato, que comporte operaciones sucesivas, pueda recibir calificaciones jurídicas diferentes en el territorio de cada uno

de ellos, pretende conseguir que la Directiva se termine por aplicar a la primera de una serie de operaciones sucesivas, o a la primera de una serie de operaciones distintas que se distribuyen durante un período determinado de tiempo y que puede considerarse que forman una unidad, tanto si esta operación o esta serie de operaciones son objeto de un único contrato como de diferentes contratos sucesivos. En esta línea, la Propuesta modificada de Directiva, al hacer referencia a un sistema de prestación de servicios organizado por el proveedor de servicios financieros, pretende excluir de su ámbito de aplicación las prestaciones de servicios efectuadas con carácter estrictamente ocasional y fuera de una estructura comercial cuyo objetivo sea celebrar contratos a distancia¹².

La Propuesta modificada de Directiva tiene por objeto regular exclusivamente los contratos a distancia, entendiendo por éstos "cualquier contrato relativo a servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para este contrato, utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia hasta –y para– la celebración del contrato"¹³. Se ha modificado la definición de contrato a distancia respecto del texto originario a fin de incluir los contratos para los que el proveedor utilice *exclusivamente* técnicas de comunicación, ajustándose, este concepto, lo más posible a la contenida en la Directiva 97/7/CE, porque, salvando algunas variaciones gramaticales acertadas (al margen de la sustitución lógica de "bienes o servicios" por "servicios financieros"), el artículo 2.a) de la Propuesta modificada de Directiva traslada íntegramente el concepto de contrato a distancia expresado en el artículo 2.1º de aquella

¹¹ Por ejemplo, será aplicable la Directiva al contrato de seguro de responsabilidad civil celebrado a distancia, y consecuentemente sin la presencia física de los participantes, que se mantiene concertado entre una entidad aseguradora francesa, ubicada en París, y un consumidor de Madrid, que actúa con fines que no entran en el marco de su actividad comercial o profesional y que utiliza exclusivamente técnicas de comunicación a distancia hasta –y para– la celebración del contrato.

¹² *Vid.*, recientemente, acerca del desarrollo normativo de la contratación a distancia, ROMERO MATUTE, B.: "La obligación de información de las condiciones generales en la contratación a distancia", *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 5, 2000, págs. 3 y ss., donde se analiza, con especial detalle el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5º.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Del ámbito de regulación del presente Real Decreto se excluyen (art. 1.3) "los servicios financieros consistentes en servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, seguro y reaseguro, bancarios o prestados por entidades sujetas a supervisión prudencial, relativos a fondos de pensiones y a operaciones a plazo y de opción".

¹³ *Vid.*, Considerandos 2, 5 y 9.

Directiva. No se ha aceptado la primera parte de la enmienda 45 del PE que pretendía cubrir todo contrato a distancia tanto si se celebra en el marco de un sistema de venta o prestación de servicio a distancia organizado por el proveedor "como sí no". Y no se acepta esta parte de la enmienda en la medida en que la Comisión no desea cubrir los servicios prestados a distancia de manera ocasional por un proveedor (atendiendo así la recomendación contenida en el Dictamen del CES) y porque la definición contenida en la Directiva 97/7/CE se basa asimismo en la noción de sistema organizado, definición sobre la cual desea alinearse.

Tras definirse el término "contrato a distancia" el artículo 2 enumera una serie de conceptos, algunos de los cuales conviene resaltar. Así, se simplifica notablemente la definición de "servicio financiero", respecto de la Directiva 97/7/CE, entendiendo por éste "todo servicio bancario, de seguros, de inversión y de pago", eliminándose toda referencia a directivas preexistentes y alejándose, de este modo, de la enumeración cerrada a que se refiere el Anexo II de aquella Directiva al que se remite su artículo 2.1.1°. Con ello se pretende, por una parte, garantizar que esté cubierto todo servicio financiero que pueda proponerse a un consumidor y, por otra, evitar que sigan existiendo lagunas en esta materia¹⁴. Al mismo tiempo, se crea un nuevo concepto de "crédito inmobiliario"¹⁵, se mantiene en esencia el término "consumidor" respecto del contemplado en la Directiva 97/7/CE¹⁶, y se precisa el de "proveedor" respecto del concepto simplista contemplado en esta norma comunitaria, al establecerse que se considera proveedor cualquier persona física o jurídica que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, preste por sí misma los servicios a que hacen referencia los contratos que son objeto de la presente Directiva (hasta aquí la definición resulta coincidente, en esencia, con la prevista en la Directiva 97/7/CE), "...o sirva de intermediario en el suministro de estos servicios o para la celebración a distancia de un contrato entre las partes". En relación

con esto último el Considerando 15 se encarga de aclarar que aunque proveedor es la persona que presta servicios a distancia, debe aplicarse las disposiciones de la Directiva asimismo cuando una de las etapas de la comercialización se desarrolle con la participación de un intermediario, con independencia de su situación jurídica.

Por lo demás el artículo 2 se mantiene, en esencia, en una línea marcadamente continuista, respecto de la Directiva 97/7/CE, a la hora de definir los términos "técnica de comunicación a distancia" y "operador o proveedor de una técnica de comunicación a distancia", y omite, inexplicablemente, el concepto de "incitación desleal", al que se hace referencia en el artículo 4.2, dejando, de este modo, al criterio de cada Estado miembro su definición. Pensamos que al tratarse esta conducta de una práctica ilícita, que por la propia naturaleza del Derecho debe estar tipificada de modo exhaustivo por la Ley, resulta lamentable que el fundamento de la "incitación desleal" no se vaya a definir con precisión en sus elementos típicos en la normativa comunitaria, siendo éste uno de los aspectos que consideramos deben ser tenidos en cuenta por el legislador antes de aprobar finalmente el texto comunitario. Y es que es recomendable, no sólo por motivos de legalidad, sino también de igualdad y seguridad, que no se deje al criterio de cada Estado miembro la definición de lo que se entiende por "incitación desleal" y que, en el marco de la Directiva, se tipifique con precisión lo que se entiende como tal¹⁷. No parece aceptable que, en particular en el caso de una Directiva que pretende ser de armonización total, y en un aspecto tan importante como éste, del que se derivan consecuencias de gran relevancia en lo que se refiere al ejercicio del derecho de retractación y de la obtención de indemnizaciones, el texto comunitario no defina con exactitud los elementos típicos de aquella conducta ilícita¹⁸.

¹⁴ A esta preocupación responde la enmienda 46 del PE.

¹⁵ Según el artículo 2.b. *bis*, a los efectos de la Directiva se entiende por crédito inmobiliario "todo crédito, cualquiera que sea el derecho de garantía accesorio al mismo, principalmente destinado a permitir la adquisición o el mantenimiento de derechos de propiedad sobre un terreno o sobre un edificio construido o por construir, o destinado a permitir la renovación o la mejora de un inmueble".

¹⁶ A este respecto conviene señalar que en la Propuesta modificada de Directiva que analizamos se ha simplificado el concepto de consumidor al aceptarse la enmienda 19 del PE. Con ello se ha conseguido hacer desaparecer la referencia a la residencia en el territorio de la Comunidad que podría crear problemas de interpretación.

¹⁷ Por ejemplo debemos considerar un supuesto claro de "incitación desleal" el hecho de que el proveedor entregue obsequios, conceda primas y realice actos análogos —participación en concursos o sorteos, por ejemplo— cuando induzca a error al consumidor o le pongan en el compromiso de contratar la prestación principal. Igualmente nos encontraremos ante casos evidentes de "incitación desleal" cuando el proveedor comunique al consumidor informaciones, que pueden ir o no acompañadas de las condiciones contractuales, que conlleven el descrédito o menosprecio de una persona, empresa o de sus productos servicios o actividades; aquellas otras que tienen por finalidad comparar el producto o servicio que se ofrece y sus competidores; así como las que implican un riesgo de confusión entre lo que se ofrece y las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores.

¹⁸ El CES en su Dictamen (*vid. supra*, nota 6) entiende que debe incluirse en el concepto de "incitación desleal" la frecuente combinación de aspectos publicitarios y propagandísticos con las condiciones contractuales, debiendo separarse claramente los unos de las otras.

III. Información del consumidor

1. Información del consumidor antes de la celebración del contrato

El artículo 3.1 de la Propuesta modificada de Directiva que analizamos (cuyo contenido, en lo esencial, se corresponde básicamente con el establecido en el artículo 4.1 de la Directiva 97/7/CE, a salvo de algunas informaciones particulares que deben comunicarse al consumidor en relación con determinados servicios contemplados en las Directivas 92/49/CE, 92/96/CE, 85/611/CE, 89/298/CE, 93/22/CE) pretende garantizar la posibilidad de que el consumidor de servicios financieros comercializados a distancia pueda examinar el contrato antes de dar su consentimiento y comparar las ofertas antes de elegir, evitando que la utilización de técnicas de comunicación a distancia pueda provocar una limitación indebida en la información a que tiene derecho. Con este objetivo el texto comunitario (artículo 3.1) exige que el consumidor, antes de la celebración del contrato, reciba unas informaciones previas necesarias para que pueda apreciar convenientemente el servicio financiero que se le propone y, en consecuencia, realice su elección con el mejor conocimiento de causa. Se pretende, con este artículo, que las "propuestas de contratación" de servicios financieros gocen de toda la información imprescindible, porque si el consumidor da el consentimiento a esa propuesta el contrato queda perfeccionado, tanto si esa aquélla se formula explícitamente en forma de oferta como si se formula a modo de *invitatio ad offerendum*¹⁹. La finalidad última

de aquel precepto es, por un lado, ofrecer al consumidor una información previa a la celebración del contrato a fin de que goce de una lista de informaciones que posean un valor añadido en el marco de los contratos relativos a la venta a distancia de servicios financieros y, por otro, articular estas informaciones con las disposiciones existentes en las directivas sectoriales (seguros no de vida, seguros de vida, organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, folletos y servicios de inversión).

La lista de esas informaciones que debe suministrarse al potencial aceptante de un contrato de servicios financieros a distancia del artículo 3.1 ha sido elaborada bajo la referencia del artículo 4.1 de la Directiva 97/7/CE (que a su vez se corresponde con el contenido de los artículos 39.2 y 40 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista –en adelante LOCM–); al menos así lo pone de manifiesto el contenido de los apdos. a), b), c), d), e), g) y k) del artículo 3.1 de la Propuesta modificada de Directiva que coincide, a salvo algunas mejoras gramaticales en aras de una sintaxis más correcta, con los apdos. a), b), c), d), e), f), g) h) e i) del artículo 4.1 de la Directiva 97/7/CE. Por consiguiente, en el caso de comercialización de servicios financieros a distancia, antes de la celebración del contrato, y con la debida antelación, el consumidor deberá recibir las siguientes informaciones (que no estaban previstas en el artículo 4.1 de la Directiva 97/7/CE):

- cuando el precio pueda variar entre el momento en que se transmite la información y el momento en que se celebra el contrato, una mención de esta posibilidad de variación y los elementos que permitan al consumidor verificar el precio en el momento de la celebración del contrato [art. 3.1.f)];
- la existencia, la duración, las condiciones y las formas de ejercicio del derecho de retracción, tal como se prevé en el artículo 4,

Por lo que respecta al artículo 2, simplemente cabe destacar que la Propuesta modificada de Directiva introduce el término "soporte duradero" que es "cualquier instrumento que permita al consumidor conservar informaciones que se le transmitan personal y específicamente y que estén contenidas, en particular, en disquetes informáticos, CD-ROM, así como el disco duro del ordenador del consumidor donde almacene el correo electrónico". Este concepto fue modificado respecto del texto inicial (adoptado por la Comisión el 19 de noviembre de 1998) con el fin de clarificar su alcance. Este deseo de clarificar los términos se encontraba también presente en la enmienda 20 del PE, que finalmente no fue aceptada como tal, habida cuenta de las consecuencias que tendría su formulación por lo que respecta al comercio electrónico. En esta enmienda se pretendía añadir a la definición antes reseñada los siguientes términos: "el soporte duradero sólo debe poder utilizarse si puede demostrarse que está protegido contra toda forma de manipulación, en particular, en lo que respecta al contenido y a las partes contratantes".

¹⁹ Ciertamente tal y como indica BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Ventas a distancia", en AA.VV., *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, (coord. Rodrigo Bercovitz

Rodríguez-Cano y Jesús Leguina Villa), Madrid, 1997, pág. 698-699, para que pueda existir contrato de compraventa basta con que la oferta o incitación a contratar identifique al vendedor, la cosa que se pretende vender y el precio, de tal modo que, en opinión de este autor, si están determinados esos elementos, aunque sólo sea esencialmente, bastará con el consentimiento del consumidor (aceptación u oferta acorde con los mismos) para que quede perfeccionado el contrato de compraventa a distancia. A juicio de ROMERO MATUTE, B., op. cit., pág. 41, "la utilización de las vías telefónica, telemática y electrónica no debe conducir a una reducción –sino más bien a una ampliación– de la información que ha de ser facilitada al cliente", lo que justifica que el art. 2 del Real Decreto 1906/1999 imponga al predisponente el deber precontractual de facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato; a propósito de este precepto *vid.*, op. ult. cit., págs. 41-45.

y la inexistencia de derecho de retracción para los servicios financieros contemplados en el segundo párrafo del apdo.1 de éste artículo [art. 3.1.h) e i)];

- el importe contemplado en las letras a) y b) del apdo. 1 del artículo 5 y el importe que sirva de base de cálculo para el precio que deberá pagarse si el consumidor ejerce su derecho de retracción [art. 3.1.j)];

- los datos relativos a la resolución del contrato [art. 3.1.l)];

- la legislación aplicable al contrato, cuando exista una cláusula contractual por la que se elija una legislación distinta de la de residencia del consumidor [art. 3.1.m)];

- el tribunal competente en caso de litigio, cuando exista una cláusula de elección del fuero que atribuya la competencia a un órgano jurisdiccional diferente del de residencia del consumidor en caso de litigio, sin perjuicio de lo previsto en el Convenio de Bruselas [art. 3.1.n)];

- los datos de la autoridad supervisora de que depende el proveedor, cuando esté sujeto a supervisión [art. 3.1.o)];

- los procedimientos extrajudiciales de reclamación y de recurso [art. 3.1.p)].

Por último el apdo. 2 del artículo 3 mantiene el texto del artículo 4.2 de la Directiva 97/7/CE, con algunas mejoras gramaticales sin interés, y resalta, al igual que esta Directiva, la necesidad de que la información se comunique de manera "clara y comprensible". Quizá hubiera sido conveniente que la Propuesta modificada de Directiva hubiese exigido además que la información fuese "veraz, eficaz y suficiente" en línea con el artículo 13.1. de la Ley 26/1991, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2. Comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa

Según el artículo 11.1 de la LOCM las ventas a distancia "no estarán sujetas a forma alguna"; por tanto, quedarán perfeccionadas desde el

mismo momento en que concurre el consentimiento de ambas partes sobre el objeto y la causa (art. 1.262 Cc.), con independencia de cual sea la forma de uno y otro consentimiento. Ahora bien, el artículo 11.2 del mismo cuerpo legal añade que "cuando la perfección del contrato no sea simultánea con la entrega del objeto o cuando el comprador tenga la facultad de desistir del contrato, el comerciante deberá expedir factura, recibo u otro documento análogo en el que deberán constar los derechos o garantías especiales del comprador y la parte del precio que, en su caso, haya sido satisfecha". De este modo, el artículo 3*bis* de la Propuesta modificada de Directiva se mantiene en la misma línea del artículo 5 de la Directiva 97/7/CE al exigir que una vez celebrado el contrato, el proveedor comunique al consumidor, en papel o con otro soporte duradero, todas las condiciones contractuales así como la información mencionada en artículo 3.1, presentada de manera clara y comprensible. Con este deber que se impone al proveedor se pretende que el consumidor tenga la mejor información posible, así como constancia de ella. Pero al mismo tiempo se proporciona, de esta forma, una prueba documental del contrato perfeccionado, que puede ser utilizado para cualquier fin, fundamentalmente a la hora de realizar reclamaciones frente al consumidor".

Podría pensarse que el artículo 3*bis*.1 no protege íntegramente los intereses de los consumidores porque cuando dispone que la comunicación debe realizarse "en papel o con otro soporte duradero" parece no prever que este soporte, o puede no estar a disposición del consumidor, o puede no ser conocido por él, de ahí que el legislador comunitario haya dispuesto en el artículo 3*bis*.3 que "el soporte que vaya a utilizarse se determinará de común acuerdo entre las partes"; y es que el hecho de que la información deba ser "clara y comprensible", tal y como establece el artículo 3*bis*.1, no impide que el soporte duradero a que se refiere suponga un obstáculo para conocer las informaciones detalladas por el artículo 3.1. A nuestro juicio, una buena técnica de economía legislativa hubiera conseguido suprimir el apdo. 3 del artículo 3*bis*, de tal modo que el apdo. 1 de este artículo rezaría del siguiente tenor: "una vez celebrado el contrato, el proveedor deberá comunicar al consumidor, en papel o con otro soporte duradero *a su disposición...o... accesible para él...*" (alineándose, de este

El párrafo 13 de la E. de M. de la Directiva 97/7/CE justifica este deber de información en soporte duradero en los siguientes términos. "Considerando que la información difundida por determinadas tecnologías electrónicas tiene a menudo un carácter efímero en la medida en que no se recibe sobre un soporte duradero; que resulta necesario que se hagan llegar al consumidor, por escrito y con la debida antelación, los datos necesarios para la correcta ejecución del contrato".

modo, con el artículo 5.1 de la Directiva 97/7/CE). Por lo demás, la puesta en común del soporte que vaya a utilizarse no garantiza que en el momento de suministrarse la información preceptiva el consumidor pueda acceder a ella, lo que atentaría a sus intereses.

IV. Derecho de retractación tras la celebración del contrato

El artículo 4 de la Propuesta modificada de Directiva dispone un derecho de retractación a favor del consumidor de servicios financieros comercializados a distancia, sin penalización ni obligación de justificación alguna. A este respecto conviene tener presente que la Comisión tuvo en cuenta las enmiendas 38, 39 rev., 22, 48, 49 y 50 del PE (que tienen por objeto establecer un derecho de retractación generalizado, de treinta días de duración). De este modo, la Comisión modifica el texto originario del artículo 4 a fin de tener presente las principales preocupaciones del PE, pero con una serie importante de formulaciones diferentes a las del PE. Así, el plazo durante el cual el consumidor puede retractarse es de 14 a 30 días, y lo pueden fijar los Estados miembros en función de las necesidades más o menos importantes de protección del consumidor en atención a los servicios financieros de que se trate. No obstante, con la finalidad de no impedir la libre circulación de los servicios financieros, cuando el proveedor respete el plazo de retractación previsto por la legislación del Estado miembro en el que esté establecido, no estará obligado a respetar un plazo de retractación diferente que pudiera estar previsto en el Estado miembro en el que reside el consumidor (art. 4.1)²¹.

²¹ Este artículo 4.1 contiene dos subapartados: el 1^{bis} y el 1^{ter}. En el primero, se dispone que el derecho de retractación no se aplicará a los contratos relativos a: a) operaciones de divisas; b) la recepción, la transmisión y/o la ejecución de instrucciones y la prestación de servicios relativos a los productos financieros tales como instrumentos del mercado monetario, títulos negociables, organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios y otros sistemas de inversión colectiva, contratos de futuros y opciones e instrumentos basados en el tipo de cambio y el tipo de interés, cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el proveedor no pueda controlar; c) servicios distintos del de vida de una duración inferior a 2 meses; d) contratos que se hayan ejecutado en su totalidad antes de que el consumidor ejerza su derecho de retractación. A nuestro juicio, la Comisión tendría que haber tenido en cuenta la recomendación del CES, de tal modo que sin incluirlos en el texto de las excepciones al derecho de retractación la situación de los "servicios de gestión de carteras y asesoría en materia de inversiones relativos a los productos finan-

Por su parte, el apdo. 2 del artículo 4, relativo a la incitación desleal, se modifica de conformidad con las enmiendas introducidas por el PE, pero con una formulación algo diferente: así el artículo 4.2 dispone que "sin perjuicio del derecho de retractación, cuando el proveedor haya incitado de manera desleal al consumidor a celebrar el contrato, podrá resolverse este contrato, con todas las consecuencias jurídicas que se deriven de las disposiciones de la legislación aplicable a dicho contrato, sin perjuicio del derecho del consumidor a obtener una indemnización por el daño que haya sufrido en virtud del ordenamiento jurídico nacional", disponiendo a continuación que "no se considerará incitación desleal, según lo establecido en esta disposición, el hecho de que el proveedor comunique al consumidor informaciones objetivas relativas al precio del servicio financiero que dependan de las fluctuaciones del mercado".

Varias son las objeciones que se pueden formular al contenido de este importante artículo 4 que previsiblemente provocará, si no se altera su redacción, grandes problemas en su aplicación práctica y que llevará a los Tribunales de justicia a tomar partida en la resolución de los diversos interrogantes que de él se derivan.

Así, a nuestro juicio, en la Propuesta modificada de Directiva no se contempla con claridad si la comunicación del consumidor al proveedor tiene carácter recipiendario y, en dicho caso, si su recepción por el proveedor debe tener lugar durante el plazo existente para ejercer este derecho, o si es suficiente que éste sea ejercido en dicho plazo, aunque su recepción sea posterior²², máxime cuando la interpretación de casos semejantes

cieros contemplados en los apartados 5 y 7 del anexo" merecía una referencia expresa en el Preámbulo de la Directiva, donde se aclarase que los contratos de mandato para la gestión individualizada de productos financieros, si bien pueden ser siempre revocados en términos generales, ello no implica la retractación de los contratos bajo mandato que tengan por objeto los productos financieros que figuran en los puntos 5 y 7 del anexo. Por su parte, en el artículo 4.1^{ter} se establecen una serie de disposiciones específicas para los créditos inmobiliarios, habida cuenta de la importancia que poseen estos servicios para los consumidores y de la diversidad de los Derechos nacionales en esta materia, de tal modo que por lo que respecta a dichos créditos, los Estados miembros podrán prever que el consumidor no pueda invocar su derecho a la retractación: - cuando, con su consentimiento, se haya transferido al vendedor o al representante de éste el importe de la financiación del bien inmueble; - una vez que se haya otorgado el acto notarial relativo al crédito inmobiliario del que es parte. No obstante, por lo que se refiere a los créditos financiados mediante obligaciones hipotecarias, los Estados miembros podrán prever que el consumidor no disfrute del derecho de retractación previsto en el primer apartado.

²² Cfr., artículo 4, nº 1, 2 y 3.

en los Estados miembros no es uniforme e incluso existen decisiones de jurisprudencia en distintos sentidos⁴³.

Por otro lado, creemos que los plazos previstos en los apdos. 1 y 2 del artículo 4 (14 ó 30 días) no deben tener carácter restrictivo, sino representar un mínimo, que podría ser ampliado por los Estados miembros si así lo considerasen necesario para una mayor protección de los consumidores; además, consideramos que la naturaleza del plazo debe estar explícita en el articulado de la norma comunitaria, de modo que se conozca si los días se contabilizan seguidos o si sólo se trata de días hábiles, sin contar los domingos y festivos, así como la forma de resolver la cuestión si el último día del plazo coincide con un domingo o festivo.

No pensamos que estos interrogantes vengan resueltos por el artículo 4.5 cuando dispone que "los otros efectos jurídicos y las condiciones de la retractación se regularán de conformidad con la legislación aplicable al contrato" porque tanto la complejidad de la comercialización a distancia de servicios financieros, como la posibilidad de que consumidor y proveedor pertenezcan a países distintos representan circunstancias a tener en cuenta y que justifican un pronunciamiento expreso de la norma comunitaria.

V. Ejecución del contrato y pago del servicio prestado antes de la retractación

Del tenor del artículo 5.1 de la Propuesta modificada de Directiva se desprende que el consentimiento en la contratación de servicios financieros debe manifestarse de forma expresa, al disponer que el proveedor solamente puede iniciar la ejecución del contrato, antes de que haya transcurrido el plazo previsto en el apdo. 1 del artículo 4, con el consentimiento expreso del consumidor. El legislador comunitario pretende evitar una práctica comercial particularmente agresiva consistente en forzar la adquisición del producto mediante su envío al domicilio de un consumidor que no lo ha

solicitado⁴⁴. De este modo, queda claro que el mero silencio por parte del consumidor no puede ser considerado como declaración de voluntad negociada, esto es, como aceptación de la propuesta u oferta, de ahí la pertinencia de la especificación, recogida también en el artículo 9 de la Directiva 97/7/CE y en el artículo 41 de la LOCM. Sin respuesta a la propuesta del proveedor no queda pues perfeccionado el contrato, porque el artículo 5.1 de la Propuesta modificada de Directiva resalta que no vale cualquier consentimiento o aceptación, sino que es preciso que el mismo sea expreso. La regla del artículo 5.1 es absoluta y no tolera ningún poder de disposición sobre las partes, tal y como se desprende del adverbio ("solamente") con el que se inicia el precepto. Quedan excluidas, por consiguiente, las aceptaciones tácitas, por muy concluyentes o inequívocas que puedan parecer como, por ejemplo, el pago del producto o artículo recibido⁴⁵.

El artículo 5 dispone, a continuación, que cuando el consumidor ejerza el derecho de retractación que le otorga el apdo. 1 del artículo 4, solamente estará obligado a pagar lo más rápidamente posible: a) bien un tanto alzado correspondiente al precio del servicio financiero efectivamente prestado por el proveedor antes del ejercicio del derecho de retractación, con independencia del momento en que se haya producido esta retractación; b) o bien, cuando el coste del servicio financiero efectivamente prestado por el proveedor dependa del momento en que se ejerce el derecho de retractación, un importe que permita al consumidor calcular el precio que debe pagar a prorrata del periodo transcurrido entre el día de celebración del contrato y el día en que éste ejerció su derecho de retractación. Además se prevé, gracias a la enmienda 23 del PE, que tanto en uno como en otro caso, el importe debido no podrá ser de tal magnitud que pueda constituir una penalización. A nuestro juicio, el contenido de esta parte del artículo 5.1 resulta plausible aunque quizás tendría que haberse suprimido la expresión "lo más rápidamente posible" y fijarse un plazo máximo, como

⁴³ Y es que como señala PASQUAU LIAÑO, "Ventas a distancia. Artículo 41", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, (dir. Beitrán Sánchez, E.), Madrid, 1997, pág. 317, en unos casos la pereza, en otros la ignorancia del Derecho, y en otros incluso el no resistirse a desembalar y utilizar el producto recibido, suelen inducir al consumidor a dar por concluido un contrato que nunca habría celebrado en condiciones normales. En términos similares se ha pronunciado BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Ventas...", cit., pág. 702. En una misma línea se mantiene MARÍN LÓPEZ, "Ventas a distancia. Art. 41. Necesidad de consentimiento expreso", en AA.VV., *Ordenación del comercio minorista* (direcc. Torno, Marín López, Cases, Arimany y Manubens), Barcelona, 1996, págs. 306-307.

⁴⁴ En contra MARÍN LOPEZ, "Ventas a distancia...", cit., pág. 308.

⁴⁵ El CES en su Dictamen recomienda que se clarifique expresamente la cuestión del carácter de la comunicación del derecho de retractación, con objeto de evitar dudas de interpretación.

por ejemplo "que no exceda de X horas" o "dentro de un máximo de X días", con el objeto de evitar incertidumbres e inseguridad.

Por otra parte, el artículo 5 de la Propuesta modificada de Directiva suprime, acertadamente, su apdo. 2 que imponía la obligación al proveedor de informar al consumidor, antes de la celebración del contrato, por todo medio adaptado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, sobre el precio o el importe que sirva de base de cálculo para el precio que deberá pagar en virtud del apdo. 1 en caso de que ejerza su derecho de rescisión⁴⁸. Esta exigencia ha sido contemplada en el artículo 3 del texto comunitario.

Por último, el artículo 5.3 de la Propuesta modificada de Directiva obliga al proveedor a reembolsar lo más rápidamente posible al consumidor, y en un plazo máximo de treinta días, todas las cantidades que haya percibido de éste con motivo de la celebración del contrato a distancia, con excepción de las cantidades mencionadas en el apdo. 1. La enmienda 23 del PE tenía entre sus objetivos fijar un plazo máximo para el reembolso de las sumas percibidas por el proveedor en caso de retractación. Este objetivo, como se observa, ha sido tenido en cuenta pero se ha ampliado el plazo fijado por el PE en su enmienda ("...a más tardar en un plazo no superior a catorce días...") a treinta días [se prevé un plazo similar en la Directiva 97/7/CE (art. 7)].

VI. Indisponibilidad del servicio, pago con tarjeta y restitución de los documentos originales

Uno de los principios esenciales sobre los que se asienta la Propuesta modificada de Directiva, como se desprende de su articulado, es la protección de los consumidores durante todas las etapas que dura la contratación de servicios financieros a distancia. Esa protección debe manifestarse, igualmente, en los supuestos en los que devienen circuns-

⁴⁸ El artículo 5.2 de la Propuesta modificada de Directiva dispone que "En caso de que no pueda aportar la prueba de que el consumidor ha sido informado de conformidad con lo establecido en la letra j) del apartado 1 del artículo 3, el proveedor no podrá reclamar ninguna cantidad al consumidor cuando éste ejerza su derecho de retractación".

tancias con posterioridad a la celebración del contrato y ajenas a la voluntad del proveedor que le impiden atender el servicio tal y como se contrató. En esta línea el artículo 8⁴⁹ dispone que en caso de indisponibilidad parcial o total del servicio financiero que es objeto del contrato, y sin perjuicio de las normas del Derecho civil de los Estados miembros relativas al incumplimiento contractual, el proveedor deberá informar inmediatamente al consumidor de esta indisponibilidad. Además, se establece que tanto si la indisponibilidad es total como parcial el proveedor tendrá que reembolsar al consumidor inmediatamente, y en un plazo máximo de treinta días, las cantidades que éste haya pagado. Ahora bien, si la indisponibilidad es parcial el contrato únicamente quedará perfeccionado con el consentimiento expreso del consumidor y del proveedor y éste quedará obligado a reembolsar a aquél, junto con las cantidades antes indicadas y en el mismo plazo, todas aquellas otras correspondientes a la parte no realizada del servicio. En la redacción de este artículo 8 se ha tenido en cuenta la enmienda 25 del PE, relativa a los apdos. 1 a 3 de este precepto, que tenía por objeto establecer un plazo máximo para el reembolso que debe realizarse en caso de indisponibilidad del servicio, pero se amplía el plazo a treinta días en lugar de los catorce previstos por el PE.

La segunda parte de la enmienda 25 del PE, que tenía por objeto introducir en el texto de la Propuesta de Directiva el mecanismo de protección previsto en el artículo 8 de la Directiva 97/7/CE en caso de utilización fraudulenta de un pago con tarjeta, ha sido finalmente aceptada figurando, ahora, este instrumento de protección del consumidor, para mayor claridad, en el artículo 8*bis*, según el cual, los Estados miembros velarán porque existan medidas para que el consumidor:

⁴⁹ Se han suprimido los artículos 6 y 7 del texto originario de la Propuesta de Directiva. En el primero se disponía que "el proveedor deberá informar al consumidor, de una manera clara y comprensible, sobre los derechos que se le otorgan en virtud de los artículos 3 y 4 antes de la celebración del contrato, por todo medio adaptado a la técnica de comunicación a distancia utilizada". La desaparición de este artículo viene motivada porque ya se prevé en el artículo 3 la información previa del consumidor sobre el derecho de retractación y porque se ha eliminado el derecho de reflexión. El artículo 7 por su parte establecía que "La comunicación de las condiciones contractuales previstas en los artículos 3 y 4 podrá realizarse por escrito o en un soporte duradero que se encuentre a la disposición del consumidor y al cual éste tenga acceso, no obstante lo dispuesto en cualquier otra disposición en la que se prevea que esta comunicación deba realizarse únicamente por escrito". La supresión de este artículo viene motivado en primer lugar, porque la comunicación de las informaciones previas y las condiciones contractuales en papel o en otro soporte duradero, según decidan las partes, ya se prevé en el artículo 3*bis* y en el apdo. 3 del artículo 4 y, en segundo lugar, porque se aplica adecuadamente la exigencia de un "escrito" con arreglo a lo establecido en otras directivas, tanto si este escrito existe en papel o con otro soporte duradero.

- pueda pedir la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago en el marco de contratos cubiertos por la presente Directiva;
- en caso de una utilización fraudulenta del tipo descrito, se le reembolse el importe pagado, o le sea restituido.

La *ratio* del precepto se explica porque son en las ventas a distancia donde se acrecientan de manera significativa el riesgo de utilización fraudulenta de tarjetas de pago ajenas, ante la inexistencia de mecanismos suficientes de control para evitar que el que realiza un pedido a distancia efectúe el pago ofreciendo el número de una tarjeta de pago correspondiente a tercera persona, al no ser posible la identificación del titular ni tampoco la identificación electrónica. Como resulta inviable en las ventas a distancia una prohibición de dicho medio de pago, por la extraordinaria simplificación que ofrecen para consumidor y proveedor, el legislador comunitario quiere extremar las cautelas, ofreciendo al titular de la tarjeta de pago utilizada fraudulentamente un eficaz y automático medio de protección. Ahora bien, a la luz del texto del artículo *8bis* creemos que este objetivo no se ha conseguido plenamente al tratarse de un precepto que adolece de graves e importantes deficiencias que no han sido tenidas en cuenta a lo largo del acelerado proceso legislativo que viene rodeando la elaboración de la presente Directiva. Veamos cuales son.

De entrada hay que advertir que, según el texto del artículo, la persona protegida es el "consumidor" a distancia. Quizás sería conveniente dejar claro que la persona que se pretende proteger es "el titular de una tarjeta de pago", sea o no finalmente consumidor. El supuesto típico contemplado por el precepto es el siguiente: cuando el titular de una tarjeta de pago recibe la notificación de los cargos efectuados en la cuenta asociada a la misma, descubre que ha sido utilizada indebidamente para la adquisición a distancia de servicios financieros²⁸. Ante esta situación, y al margen de las responsabilidades penales pertinentes y de aquellas otras derivadas de las normas de Derecho común aplicables de cada Estado (que en la mayoría de los casos resultan poco efectivas, ante la dificultad para identificar quien la utilizó fraudulentamente), el titular de la tarjeta de pago puede, gracias a este precepto, exigir la anulación del pago y el reembolso del importe pagado o su restitución. Las enormes deficiencias apreciadas

en el caso contemplado por la norma comunitaria, al margen de la ya apuntada, se centran en los siguientes extremos.

En primer lugar, se reconoce al consumidor el derecho a pedir "la anulación del pago", cuando en realidad se debe permitir que el titular de la tarjeta de pago pueda solicitar "la anulación del cargo"; anulación que, por otro lado, debiera recogerse que fuese "inmediata", en cuyo caso las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del proveedor y del titular se efectuarán a la mayor brevedad.

En segundo lugar, tal y como está redactado la norma comunitaria el derecho de anulación del pago sólo procederá cuando haya existido una utilización fraudulenta, lo que parece, pues, que el proveedor puede negarse al reembolso o restitución del importe pagado si el consumidor no prueba el carácter fraudulento de la utilización de su tarjeta. Esta redacción no resulta muy afortunada si se tiene en cuenta que uno de los objetivos de la Propuesta modificada de Directiva es, tal y como dispone el Considerando 3, elevar el nivel de protección de los consumidores para que pueda incrementarse su confianza en el comercio a distancia.

En tercer lugar, el precepto parece ignorar el riesgo de ejercicio abusivo o indebido del derecho a la anulación del pago que debe ser mitigado permitiendo al proveedor la prueba de dicho abuso. La situación ignorada es aquella que se puede producir cuando la compra se realiza efectivamente por el titular de la tarjeta y, en cambio, exige indebidamente la anulación del correspondiente cargo. Ante esta situación que, insistimos, debiera ser tenida en cuenta en el texto final de la Directiva, creemos que lo lógico sería disponer que el comprador quede obligado frente al proveedor al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación.

El artículo *8ter* nace gracias a la enmienda 26 del PE que tiene por objeto obligar al consumidor a devolver los documentos que estén en sus manos en caso de que ejercite el derecho de retractación o de indisponibilidad del servicio, y ello a fin de prevenir un posible fraude. La Comisión acepta el principio de esta enmienda aunque aquella obligación se limita a los documentos originales que tengan la firma del proveedor, que son los únicos que pueden dar fe. No tendría sentido ampliar esta obligación a las

²⁸ Este supuesto es descrito por PASQUAU LIAÑO, op. cit., pág. 352.

copias, a salvo las debidamente compulsadas, ya que no puede controlarse su reproducción, ni tampoco a los documentos publicitarios²⁹.

VII. Servicios no solicitados

El artículo 9 de la Propuesta modificada de Directiva dispone que "Sin perjuicio de las normas previstas en la legislación de los Estados miembros relativas a la reconducción tácita de los contratos, cuando éste permita dicha reconducción tácita, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de: - prohibir la prestación de servicios financieros a un consumidor sin la solicitud previa de éste, cuando esta prestación implique una exigencia de pago inmediata o diferida en el tiempo; - dispensar al consumidor de toda obligación en caso de prestación no solicitada, ya que la ausencia de respuesta no equivale a un consentimiento". Hay que tener presente que el problema más importante que plantea las ventas a distancia es el envío no solicitado a los consumidores³⁰ que se ha convertido en una práctica frecuente y rentable para los comerciantes. El objetivo de este precepto es, por consiguiente, evitar, en lo posible, esta práctica cuando lo que se suministran son servicios financieros al consumidor que llevan implícito una petición de pago y, también, armonizar la regulación de esta conducta, en las distintas legislaciones nacionales.

La norma invita a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias tendentes a prohibir la prestación de servicios sin que medie la pre-

via solicitud del consumidor, en el caso de que dicha prestación lleve aparejada el pago inmediato o diferido en el tiempo³¹. Lo cierto es que difícilmente puede imaginarse una prestación de servicio financiero que no incluya una petición de pago o una opción entre pagar y reexpedir, que comporte un riesgo de extorsión del consentimiento del consumidor³². Como quiera que sea, lo que se pretende evitar son los servicios no solicitados, entendiéndose por éstos los que no se hayan pedido expresamente³³. Como se ha apuntado³⁴. El legislador comunitario quiere dejar sentado que el mero silencio no puede equipararse a una aceptación contractual; es decir, sólo una aceptación explícita de una oferta previa de contrato puede evitar la aplicación del régimen jurídico de los envíos no forzados. O hay aceptación expresa, o no hay contrato, y por lo tanto el suministro del servicio financiero de que se trate no habrá de considerarse ejecución o cumplimiento de aquél, sino envío no solicitado, con las consecuencias que ello pueda llevar aparejadas, entre las que la norma comunitaria recoge expresamente la dispensa al consumidor de cualquier obligación, entre las que se encuentra la de su posible devolución (de tal modo que si opta por ello no deberá indemnizar por los daños o deméritos sufridos por el servicio —así se deduce del artículo 42 LOCM-) o la de pagar el precio. Por consiguiente, del contenido de los artículos 9 del texto comunitario y 42 de la

²⁹ La Comisión no ha aceptado la enmienda 27 del PE por lo desacertado de su redacción que tendría como efecto suprimir la prohibición prevista pero mantendría sus consecuencias.

³⁰ PASQUAU LIAÑO, op. cit., pág. 321, entiende que quizás en estas situaciones cabe referirse a los envíos de revistas o publicaciones hechos por entidades benéficas, asociaciones religiosas, etc., que por indicación de personas conocidas envían un ejemplar gratuitamente, recabando al cabo del tiempo una cantidad voluntaria en concepto de donativo o como modo de sufragar los gastos de la publicación que se le envía, y sin que quede comprometida la continuidad del envío. Por su parte, MARÍN LÓPEZ, "Ordenación...", cit., pág. 312, que califica a los envíos no solicitados que lleven aparejados una petición de pago de "onerosos" frente a los gratuitos, considera que la admisibilidad de los envíos gratuitos debe ponerse en relación con la licitud de remitir a los consumidores "muestras comerciales".

³¹ En el ámbito de Unión Europea existe una medida prohibitiva análoga para las tarjetas de crédito; así el punto del Anexo de la Recomendación de la Comisión 88/950/CE, de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas (DOCE nº L 317, 24.11.1988), advierte que "no se enviará ningún instrumento de pago a un cliente, a menos que éste así lo haya solicitado expresamente". De igual modo, el artículo 3.1.a) de la Recomendación de la Comisión 87/598/CE, de 8 de diciembre de 1987, sobre un código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (relaciones entre organismos financieros, comerciantes-prestadores de servicios y consumidores) (DOCE nº L 365, 24.12.1987), indica que los contratos celebrados entre los emisores de tarjetas de pago de uso electrónico y los consumidores "deberán ser objeto de una petición previa".

³⁴ Vid. *supra*, apdo. V.

²⁹ En concreto el artículo 8*ter* dispone que "En caso de que el consumidor haga uso de los derechos que se le reconocen en el apartado 1 del artículo 4, así como en los casos hipotéticos contemplados en el artículo 8, el consumidor deberá remitir inmediatamente al proveedor todo documento contractual original, con la firma del proveedor, que se haya entregado con motivo de la celebración del contrato".

³⁰ Así lo entiende BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Modalidades especiales de venta y protección de los consumidores", en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (A. y R. Bercovitz), Madrid, 1987, págs. 159 y ss., para quien en este caso el empresario cuenta con la pusilanimidad del consumidor o con la falta de tiempo de éste para devolver el envío, y la consecuencia es que en un número elevado de ocasiones consigue cobrar el precio del producto enviado, no porque el consumidor tenga interés en adquirirlo, sino para evitar los problemas relacionados con su devolución". En un mismo sentido se ha pronunciado el autor en "Comentarios a las leyes...", cit., págs. 706-709.

LOCM deducimos que los servicios prestados a los consumidores sin que haya mediado su consentimiento expreso deben ser considerados como muestras gratuitas o donativos⁶⁵.

Por lo demás, nada dice la Propuesta modificada de Directiva sobre los casos de error en la prestación del servicio por parte del proveedor, en cuyo supuesto es de aplicación la normativa interna de cada Estado. En nuestro caso, si se produce un error evidente en la prestación del servicio no solicitado o, dicho de otro modo, si resulta manifiesto que el suministro del servicio tiene la finalidad de responder a una demanda que, en realidad, no se ha producido, nos encontraríamos ante un pago o cobro de lo indebido y resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 42 LOCM, de tal modo que el consumidor del servicio tendría la obligación de conservarlo a disposición del proveedor durante el plazo de un mes a contar desde que comunicase tal recepción errónea, y el derecho de compensación por el depósito, garantizado con retención de la cosa. Creemos que aunque el texto comunitario tiene la ventaja de omitir cualquier referencia a los supuestos de error en la prestación del servicio por parte del proveedor, para evitar grietas interpretativas por las que pueda diluirse y frustrarse su finalidad, lo cierto es que esto se consigue a costa de propiciar soluciones manifiestamente injustas; y es que la propia naturaleza de los servicios financieros aconseja que se hubiera especificado los supuestos en los que se produce "error manifiesto o evidente" en la prestación del servicio, en vez de remitirse a la legislación de cada Estado.

VIII. Comunicaciones no solicitadas

El artículo 10.1 de la Propuesta modificada de Directiva pretende proteger al consumidor que no desea ser objeto de actividades comercia-

les en su domicilio a través del sistema automático de llamada sin intervención humana (llamadas automáticas) y el telefax, de tal modo que el proveedor únicamente puede hacer uso de estas técnicas si media consentimiento previo de aquél. Las enmiendas 52 y 28 del PE tenían, entre otros objetivos, añadir el correo electrónico y el teléfono dentro de los medios de comunicación que, para su utilización, precisan el consentimiento previo del consumidor. Esta pretensión del PE finalmente ha sido rechazada por la Comisión a fin de mantener la coherencia con las disposiciones de las Directivas 97/7/CE y 97/66/CE. Esto ha sido un desacierto del legislador comunitario que puede aprovechar la aprobación final del texto de Directiva Proyecto para, en aras de una mayor claridad, modificar en este aspecto las Directivas 97/7/CE y 97/7/CE y exigir también para el empleo del correo electrónico y el teléfono el consentimiento previo del consumidor.

Por su parte, el artículo 10.2 dispone que para el empleo de aquellas otras técnicas de comunicación a distancia distintas a las contempladas en el apdo. 1, cuando permitan una comunicación individual, los Estados miembros deberán velar porque no se autoricen si no se ha obtenido el consentimiento previo de los consumidores afectados [artículo 10.2.a)], "o" solamente puedan utilizarse en caso de que no exista ninguna oposición manifiesta del consumidor [art. 10.2.b)]⁶⁶. Consideramos injustificado el empleo de la conjunción "o", y consecuentemente dejar al criterio de cada Estado miembro la posibilidad de optar por uno de los sistemas previstos en el apdo. 2 del artículo 10, de tal modo que en el texto final de la Directiva debiera optarse inequívocamente por el sistema mencionado en la letra a) del apdo. 2; es decir, las comunicaciones no serán autorizadas si no se ha obtenido el consentimiento previo de los consumidores.

Por lo que respecta al contenido del artículo 10, simplemente cabe destacar por un lado, que han sido tenidas en cuenta las enmiendas 52 y 28 del PE que recogían la conveniencia de que en las comunicaciones telefónicas se precisara claramente, al comienzo de la conversación, la identidad del proveedor y el fin comercial de la llamada (apdo. 4 del art. 10); y, por otro lado, que los Estados miembros deben prever sanciones adecuadas, efectivas y proporcionadas en caso de incumplimiento por parte del

⁶⁵ BERCOVITZ y CARRASCOSA, en su *Borrador de Anteproyecto de Ley de Ventas por Correo* ("Estudios sobre Consumo", núm. 21, pág. 46) consideran que "quien envía a un tercero un producto que éste no ha solicitado, se entiende que dona"; en una misma línea MARÍN LOPEZ, "Ventas a distancia...", cit., pág. 313, considera que "el envío no solicitado constituye a todos los efectos una donación"; este mismo autor mantiene esta idea, con otras palabras, en "La venta a distancia", en AA.VV., *Nueva Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, 1996, pág. 165, al considerar que "el empresario que realiza un envío no solicitado está en realidad regalándolo".

⁶⁶ El apdo. 3 del artículo 10 precisa que todas estas medidas contempladas en los apartados 1 y 2 no deben comportar ningún gasto para los consumidores.

proveedor de las disposiciones del artículo 10 y velar porque el consumidor pueda resolver el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización.

IX. Carácter imperativo de las disposiciones de la Directiva

El artículo 11 de la Propuesta modificada de Directiva, fiel a la tendencia de aquellas otras leyes que atribuyen derechos a los consumidores, a la Directiva 97/7/CE y a la práctica habitual y consolidada en la legislación intervencionista de carácter proteccionista de una de las partes del contrato (en la medida en que sus normas resulten favorables a la parte a la que se pretende proteger, tienen carácter imperativo, y son por tanto inmunes a cualquier previsión contractual que se les oponga), declara la imperatividad de sus preceptos e impide la renuncia de los derechos reconocidos en ellos, al disponer que "el consumidor no podrá renunciar a los derechos que se le confieren en virtud de la presente Directiva".

Se trata de una imperatividad de mínimos, que persigue la tutela de intereses privados, y no la consecución de fines de interés general. Ahora bien, el texto comunitario resulta, en este extremo, altamente deficiente, porque el consumidor siempre podrá renunciar a sus derechos, al margen de la validez legal de esta renuncia. Por tanto, la norma que comentamos tendría que especificar las consecuencias jurídicas que emanan de la decisión de aquél consumidor de un servicio financiero comercializado a distancia que opta por la renuncia de los derechos reconocidos en la presente Directiva. En estos casos, creemos que el recurso a la "nulidad" es el mejor remedio para reprimir las decisiones de los consumidores tendentes a la renuncia de los derechos que legalmente les corresponden. Por ello, el texto definitivo de la Directiva debiera hacer constar este extremo y modificar su contenido que quedaría del siguiente tenor: "la renuncia efectuada, explícita o implícitamente, por el consumidor de un servicio financiero comercializado a distancia de los derechos que le son reconocidos en virtud de la presente Directiva será nula y no impedirá la debida aplicación de las normas contenidas en ella".

De igual modo, creemos que cualquier cláusula que explicita o implícitamente suponga, total o parcialmente, una renuncia del consumidor a los derechos reconocidos por la norma comunitaria, sería nula. El contrato subsistiría plenamente y la cláusula quedaría sustituida por la norma cuyo derecho a favor del consumidor se ha pretendido desconocer. Sería un supuesto de nulidad (art. 6.3 Cc.) parcial, que sólo podría ser alegado por el consumidor, puesto que es el único que tendría interés legítimo.

Como quiera que sea, lo cierto es que del texto del artículo 11, antes transcrito, se deduce que lo que se condena es la renuncia anticipada de los derechos, sea gratuita o mediante contraprestación, pero no la renuncia al ejercicio de los derechos adquiridos por el consumidor de un servicio financiero a distancia, que es válida si no es contraria al interés o al orden público, ni perjudica a terceros. Aunque el artículo 11 no diferencia debidamente ambas modalidades de renuncia, lo cierto es que esta norma no puede ser interpretada en el sentido de que el consumidor deba obligatoriamente ejercitar los derechos que le son legalmente reconocidos. El consumidor a distancia no puede renunciar a los derechos que le atribuye la norma comunitaria, pero es perfectamente libre para decidir sobre su efectivo ejercicio.

La prohibición de la renuncia en cuestión debe ir acompañada con la prohibición del fraude a la misma, que, creemos, debiera ser sancionada con el mismo tipo de nulidad. Una vía especialmente fácil de fraude en este tipo de contratos a distancia es la de acudir a la aplicación de otro ordenamiento que tenga una protección menor del consumidor. De ahí que el artículo 11 de la Propuesta modificada de Directiva disponga que "El consumidor no podrá verse privado de la protección concedida por la presente Directiva cuando la ley por la que se rija el contrato sea la de un país tercero, en la medida en que el consumidor tenga su residencia en el territorio de uno de los Estados miembros, por un parte, y el contrato posea un vínculo estrecho con la Comunidad, por otra". Piénsese que a los efectos de los artículos 6.2 y 12.3 del Cc., hay que estimar que la protección de los derechos de los consumidores (en este caso de servicios financieros comercializados a distancia), en cuanto imperativo constitucional (cfr. art. 51 CE), forma parte del "orden público". Por tanto, la exclusión voluntaria de la protección concedida por la norma comunitaria cuando la Ley por la que se rija el contrato sea la de un país tercero, bajo los condicionantes a que se refiere el artículo 11, será nula por resultar contraria al orden público (cfr. art. 6.2 Cc.). Además cualquier maniobra que tienda a defraudar la

aplicación del régimen de la comercialización a distancia de productos financieros no impedirá la debida aplicación de la normativa que se hubiera tratado de eludir (cfr. art. 6.4 Cc.).

Por lo demás, creemos que el término "vínculo estrecho" debiera aclararse en el artículo 2 en el mismo sentido que se usa la expresión "conexión más estrecha" en el Convenio de Roma, al margen de que el legislador deba ponderar la ventaja de utilizar la misma expresión, tanto más cuando se confirma la diversidad terminológica en otros textos, en particular en el artículo 6 de la Directiva 93/13/CE de 5 de abril³⁷.

X. Recurso judicial o administrativo y recurso extra-judicial

El legislador comunitario tiene en cuenta que es importante, a fin de proteger a los consumidores, abordar la cuestión de los litigios, y que resulta conveniente prever procedimientos apropiados y eficaces de reclamación y recurso en los Estados miembros para la resolución de posibles litigios entre proveedores y consumidores, utilizándose, cuando proceda, los procedimientos existentes³⁸. Con este objetivo se crea el artículo 12 de la Propuesta modificada de Directiva³⁹, sin que haya sido aceptada la enmien-

³⁷ El texto originario de la Propuesta de Directiva contenía un apdo. 2 relativo a las sanciones por incumplimiento de los artículos 6 y 10 que ha sido finalmente suprimido, a la vista de la supresión del artículo 6 y haberse transferido directamente la sanción relativa al artículo 10 al mismo cuerpo del artículo (apdo. 5).

³⁸ *Vid.*, Considerando 21.

³⁹ El artículo 12 dispone lo siguiente. 1) Los Estados miembros velarán por la instauración de procedimientos adecuados y eficaces de reclamación y de recurso para la resolución de los litigios entre proveedores y consumidores. 2) Los procedimientos mencionados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a uno o varios de los siguientes organismos, tal como se establezca en la legislación nacional, acudir, según la legislación nacional, a los tribunales o a los organismos administrativos competentes para hacer que se apliquen las disposiciones nacionales previstas para la aplicación de la presente Directiva: a) los organismos públicos o sus representantes; b) las organizaciones de consumidores que posean un interés legítimo en la protección de los consumidores; c) las organizaciones profesionales que posean un interés legítimo para actuar. 3) suprimido (su contenido integra el artículo 12*bis*). 4) Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los operadores y proveedores de técnicas de comunicación a distancia, cuando estén en condiciones de hacerlo y a partir de una decisión judicial, de una decisión administrativa o de una autoridad de control que se les notifique, pongan fin a las prácticas declaradas no conformes con las disposiciones de la presente Directiva.

da 31 del PE, que tenía por objeto prever normas específicas sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales comunitarios que permitiesen un acceso más fácil del consumidor a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que tiene su domicilio, y que venía a introducir normas diferentes a las del Convenio de Bruselas infringiendo su espíritu. A este respecto, consideramos que quizás fuese aconsejable introducir en el texto final de la Directiva una disposición sobre la competencia de los tribunales que permitiese que, en caso de litigio transfronterizo, el consumidor pudiese decantarse por entablar una acción contra la parte contraria, bien en el Tribunal del Estado en que residiese, bien en el Tribunal del Estado donde el proveedor tuviese su sede o domicilio, pero que, por el contrario, cualquier acción contra el consumidor debiera entablarse siempre ante el Tribunal del Estado de su residencia⁴⁰.

Por su parte, el artículo 12*bis* se refiere a la conveniencia de que los Estados miembros alenten a los organismos tanto públicos como privados creados para la resolución extrajudicial de litigios a que cooperen para resolver los conflictos transfronterizos que pudieran surgir. Esta cooperación, entendemos, podría tener como principal objetivo permitir al consumidor acudir a los órganos extrajudiciales establecidos en el Estado miembro en el que reside para presentar reclamaciones contra proveedores establecidos en otros Estados miembros.

XI. Carga de la prueba, transposición y revisión del texto comunitario

Finalmente, del texto de la Propuesta modificada de Directiva, únicamente nos queda por resaltar tres temas relevantes: la carga de la prueba, la transposición de sus normas y la revisión de su texto. Según el artículo 13, que no es objeto de enmienda por el PE y no sufre modificación alguna desde su versión originaria, sobre el proveedor recae la carga de la

⁴⁰ Téngase en cuenta que por lo que respecta al acceso de los consumidores a la justicia y, en particular, a los tribunales en caso de litigios transfronterizos, resulta conveniente tener en cuenta la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo denominada "Hacia una mayor eficacia en la obtención y la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea" (DOC 33 de 31.1.1998, p. 3).

prueba respecto del cumplimiento de las obligaciones a que está sometido en materia de información del consumidor, así como de su consentimiento para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución. Y ello es así hasta tal punto que cualquier cláusula por la que se establezca que recaer sobre el consumidor la carga de la prueba del cumplimiento, por parte del proveedor, de la totalidad o de parte de las obligaciones que le incumben en virtud de la norma comunitaria, será considerada abusiva de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo⁴¹.

Por lo que respecta a la transposición de las normas contenidas en el texto comunitario, la Propuesta modificada de Directiva (art. 17) insta a los Estados miembros a que apliquen las disposiciones que resulten necesarias para ajustarse a su normativa, a más tardar, el 30 de junio de 2002 e informen inmediatamente de ello a la Comisión. En esta comunicación los Estados miembros deberán presentar un cuadro en el que se indiquen, en relación con cada artículo de la norma comunitaria, las disposiciones nacionales que le corresponden. Afortunadamente en la redacción de este precepto no fue aceptada la enmienda 35 del PE que tenía por objeto reducir el período de transposición, puesto que el plazo fijado por aquél era demasiado corto (30 de junio de 2001).

Por lo demás, se hecha en falta en el texto de la Propuesta modificada de Directiva, una disposición en la que se obligue a la Comisión a presentar al PE, al Consejo y al CES, a más tardar cuatro o cinco años después de su entrada en vigor, un informe sobre la aplicación de la presente Directiva, acompañado, en su caso, de una propuesta de revisión de su texto, sin perjuicio, de que a su vez, sea sometida a una evaluación periódica⁴². Esta idea fue propuesta por el PE (enmienda 36) y por el Dictamen del CES sobre dicha Propuesta [sesión plenaria nº 363 (de 29 de abril de 1999)]. Y es que la particularidad de la comercialización que viene a regular el texto de la Propuesta modificada de Directiva (servicios financieros a distancia) aconseja una disposición de esta naturaleza sobre todo a la vista del desarrollo creciente de los mecanismos e instrumentos tecnológicos

⁴¹ DOL 95 de 21.4.1993, p. 29.

⁴² Una disposición de esta naturaleza aparece contenida en el artículo 26 de la Directiva 89/552/CEE de 3.10.1989 según el cual "A más tardar al final del quinto año después de la fecha de adopción mencionada en el artículo 25 y después cada dos años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe relativo a la aplicación de la presente Directiva y, si fuere necesario, formulará propuestas para adaptar la presente Directiva a la evolución en el campo de la radiodifusión televisiva".

propios de la sociedad de información, el carácter específico y la naturaleza inmaterial de los servicios financieros, su reconocida complejidad e importancia para los consumidores y las características propias de los procedimientos utilizados en la comercialización a distancia.

XII. Conclusiones

La presente Propuesta modificada de Directiva nace con el propósito básico de aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto de la práctica comercial, cada vez más frecuente, que consiste en la realización de transacciones comerciales relativas a servicios financieros y celebradas entre un proveedor y un consumidor, en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia, mediante la utilización exclusiva de medios electrónicos. Si como todo parece indicar finalmente termina por ser aprobado el texto comunitario, el legislador habrá contribuido indudablemente a la unificación del mercado de la Unión Europea, en el que se viene sintiendo la necesidad de crear un marco jurídico común para tales transacciones. Ahora bien, consideramos que el texto final de la Propuesta de Directiva debe ser revisada en algunos aspectos fundamentales ya apuntados porque de lo contrario se podrían generar confusiones en el funcionamiento del mercado interior y en la competencia entre las empresas dentro de éste.

Al margen de las propuestas legislativas ofrecidas, lo realmente importante a destacar es que la regulación, en el ámbito comunitario, de los servicios financieros celebrados sin la presencia física de las partes contratantes debe contribuir a reformar y replantear el actual sistema de la contratación a distancia en nuestro Derecho. A una nueva regulación comunitaria de la contratación de servicios financieros celebrados mediante técnicas de comunicación a distancia, debe seguir una revisión del sistema de la contratación a distancia a que específicamente se refiere la LOCM, con una clara variación de sus principios básicos. Por ello, la importante trascendencia que previsiblemente va a acompañar la aprobación de la Directiva proyectada debe contemplarse con una repercusión global en el conjunto del sistema de la contratación a distancia.

La norma comunitaria (art. 17) impone a los Estados miembros a que adopten cuantas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas estimen oportunas para ajustar su Derecho al texto proyectado a más tardar el 30 de junio de 2002. Previsiblemente las dificultades del tema impedirán el cumplimiento en plazo de este mandato legal. Lo que se pretende es un desarrollo de las disposiciones estatales que se vean afectadas por esta materia y una actualización de aquellas otras que no resulten acordes con la nueva regulación.

Como quiera que sea, lo cierto es que se ha abierto, pues, una nueva etapa en la historia de la contratación a distancia; pero no se ha escrito todavía su futuro en nuestro país. Quedan por despejar muchas incógnitas, pero sin lugar a dudas el texto de la Directiva proyectada, si, como todo parece indicar, finalmente termina por ser aprobado, habrá iniciado un nuevo capítulo en la no demasiada larga ni azarosa historia de la contratación a distancia. pero el siguiente está todavía por escribir; ¿contribuirá a ello la modificación de la LOCM?