

La protección de los consumidores en los contratos de servicios según el derecho comunitario (1)

por Norbert Reich

Catedrático de Derecho Civil, Mercantil y Económico Director del ZERR Universidad de Bremen

GENERALIDADES

Cuando en el pasado se hablaba de la protección de los consumidores en los contratos de servicio, podía limitarse a la presentación de un análisis de los derechos nacionales bajo los aspectos del derecho público y del derecho privado. Se encontraba que las soluciones diferían según las tradiciones económicas, políticas y jurídicas de los países. Por ejemplo, en el caso de los contratos de seguro, el derecho inglés ha preferido siempre soluciones liberales y no reglamentadas, mientras que el derecho francés y el derecho alemán insisten sobre el control previo no solamente de la actividad comercial de los aseguradores sino también sobre los contratos propuestos a los consumidores.

Tal aproximación comparativa no es suficiente más que para comprender la dinámica del derecho de consumo actual. En un mercado interior que, en cuatro años, debe estar concluido también en el ámbito de los servicios, la perspectiva comunitaria alcanza cada vez más importancia. Esta perspectiva se refiere tanto al derecho administrativo como al derecho privado. 'La reglamentación de los contratos de servicio por los poderes públicos nacionales es objeto de un análisis cada vez más crítico por parte del derecho comunitario, lo que deja entrever un conflicto fundamental con la apertura de los mercados de servicios.

(1) La exposición es la versión abreviada de mi artículo en alemán y más documentado Die Freiheit des Dienstleistungverkehrs als Grundfreiheit, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 153 (1989), 571-594.

Las reglamentaciones enmarcadas en el derecho público nacional llegan a ser, bajo la perspectiva comunitaria restricciones más o menos directas e intensas a la libre circulación de los servicios que es uno de los objetivos fundamentales del Tratado de Roma según las recomendaciones del Acta Única (art. 8 A, párrafo 2). Este conflicto ha sido discutido fuertemente en lo concerniente a los contratos de seguro. El derecho comunitario utiliza aquí el método de la integración negativa (2): Las libertades del Tratado de Roma se oponen a las reglamentaciones nacionales que tienen un efecto discriminatorio o restrictivo sobre el libre movimiento de servicios. El derecho primario o secundario de la Comunidad tiene por fin eliminar todas las trabas directas o indirectas a esta libertad fundamental garantizada por los art. 59 y siguientes.

Pero el derecho comunitario toma también otra dirección. Se está estableciendo reglas para una protección mínima de los consumidores. Uno de los medios es el establecimiento de reglas comunes en el ámbito del derecho internacional privado. Este método es utilizado en la Convención de Roma de 1980, especialmente en el art. 5 que propone un régimen particular para "los contratos concluidos por los consumidores" (3), como la Directiva 88/357/CEE (4) que trata sobre el seguro directo. El otro medio consiste en establecer reglas armonizadas alcanzando al contenido de los contratos de servicios. Es en este punto donde la legislación comunitaria es particularmente deficitaria. Después del descalabro del intento de armonización del contrato de seguro, no existe más que instrumentos del son law (5) para los medios electrónicos de pago (6), y de las propuestas de Directiva para los contratos de viaje (7).

(2) Reich, Forderung und Schutz diffuser Interessen durch die EG, 1987, No. 8. una versión extensa está en preparación.

(3) Journal Officiel des Communautés Européennes (JO), L 266/1 del 9.10. 1980 con las explicaciones del Informe Giuliano. JO C 285/23 del 31.10.1980.

(4) JO L 172/1 del 4.7.1988.

(5) Ver el artículo de Wellens & Borchardt, "Elr" 1989, p. 267-321, el European Consumer Law Group ha criticado fuertemente esta aproximación, "JCP", 1983, 209-224.

Estas observaciones describen la tarea compleja de esta exposición que trata de comentar los cambios que el derecho comunitario contiene sobre la protección de los consumidores en los contratos de servicio, a saber con el doble fin de abrir los mercados nacionales de los servicios y garantizar una protección mínima y eficaz de los consumidores. Los contratos de seguro directo, los medios electrónicos de pago y el contrato de viaje pueden ser tomados como ejemplo de un desarrollo que no ha desembocado todavía en soluciones claras pero que es

muy importante para realizar el fin del Acta Única, es decir, para llegar a un "nivel de protección elevado" de los consumidores en el mercado interior (ver el art. 100 A párrafo 3).

II. EL IMPACTO LLAMADO "NEGATIVO" DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIO

1. El impacto del derecho comunitario es la consecuencia de una aplicación muy prolongada de las reglas sobre la libertad de los servicios a las reglamentaciones de etiquetados que tienen un efecto negativo, en el mercado interior. Estos principios del derecho comunitario no son el resultado del Acta Única, sino de una Jurisprudencia innovadora de la Corte de Justicia de Luxemburgo sobre el objeto y la aplicación de los art. 59 y siguientes. No es necesario repetir toda la discusión sobre la aplicabilidad del art. 59 a los contratos de servicios. En la doctrina y jurisprudencia moderna se ha llegado a una interpretación completamente análoga de las proposiciones sobre la libertad de las prestaciones de servicios y de las reglas sobre el libre movimiento de los productos. Hay algunas excepciones para los servicios caracterizados por un elemento personal o profesional como los servicios de los abogados, de los médicos etc. Los problemas especiales que tienen los servicios públicos frente al derecho comunitario no serán tratados más en esta exposición.

(6) JO L 317/55 del 24.12.1988.

En lo que concierne a los servicios que pueden ser "vendidos" fuera de las fronteras como los servicios de los seguros, las tarjetas de pago y de crédito, y los contratos de viajes, el derecho comunitario protege y sostiene su "movilidad". (8) Este derecho fundamental es garantizado al empresario que tiene así el derecho de acceso a todo el mercado interior en condiciones análogas sin restricciones desproporcionadas o discriminatorias. El consumidor tiene también el derecho de elegir libremente donde él quiera aprovisionarse de servicios. La libertad de prestación de los servicios tiene pues dos objetivos, si mi interpretación de la nueva jurisprudencia es correcta: por una parte, la protección del profesional, y por otra, la protección del consumidor actual o potencial de los servicios. La doctrina, hasta ahora, no ha reconocido todavía claramente este segundo aspecto del derecho de la libre prestación de servicios pero está presente en la nueva jurisprudencia como en las sentencias Luisi (9) y Co-wan (10).

No es necesario hacer una presentación exacta de las nociones del derecho comunitario para justificar este punto de vista. Es suficiente señalar que los servicios de los que se habla aquí se caracterizan evidentemente por su aspecto remuneratorio(11) y transfronterizo que es siempre la condición de aplicabilidad de las reglas del derecho comunitario. Está pues claro que el derecho comunitario es siempre aplicable a los servicios a los cuales se refiere este artículo. Este punto de vista ha sido confirmado en lo que concierne a los contratos de seguro por la sentencia de la Corte de Justicia del 4 de diciembre de 1986 (12). Las mismas características son aplicables evidentemente a los servicios turísticos. En relación a los medios de pago, esta libertad está garantizada por el artículo 106 y también por la liberación de los mercados de capitales prevista por la Directiva 88/361/CEE (13).

(8) Ver para una explicación más profunda. Schapira, Le Tallec, Blaise, Droit européen des affaires, segunda ed. 1988. pp. 591-594.

(9) CJCE, 31 de enero de 1984, asunto jtes. 286-82 y 26-83. Rea 377, ver también Mattera, Le marché unique européen. -Ses règles, son fonctionnement, 1988, pp. 497-506.

(10) CJCE, dos de febrero, asunto jtes. 186-87, nep.

(11) Lo que no es el caso en lo que concierne a los servicios públicos como la enseñanza secundaria de la Educación nacional, CJCE, 27 de septiembre de 1988, asunto 263-86, nep.

(12) Asunto 205/84, Rec. 3755 - Comisión/RFA.

(13) JO L 178/5 del 8 de julio de 1988. Mattera, ob. cit., pp. 477-491.

Esta libertad tiene unas consecuencias jurídicas muy amplias. Se debe reconocer al empresario de servicios todo un abanico de derechos suplementarios para realizar su derecho de libre acceso al mercado, por ejemplo, la libertad de publicidad, la libertad de dirigir su actividad de un país a otro sin estar establecido en el país receptor, el libre acceso a los mercados públicos (14). El consumidor tiene derecho a una información completa sobre el carácter de los servicios que le son ofrecidos, las restricciones del derecho nacional que limitan su acceso a la información verídica no pueden ya ser justificados ante el derecho comunitario.

2. Esta "integración negativa" protege el interés tanto de los profesionales como de los consumidores. No ha sido alcanzada todavía en el mercado de los seguros. La Corte de Justicia, en su sentencia de 4 de diciembre de 1986, ha dado una interpretación amplia de las reglas sobre la aplicabilidad del derecho de establecimiento con un espíritu protector del tomador del seguro. Esta jurisprudencia fuertemente criticada ha conseguido, en efecto, continuar cerrando los mercados de seguros. La Comunidad, en la segunda Directiva 88/357 de 22 de junio de 1988 sobre el seguro directo (16), ha abierto el mercado con algunas calificaciones a los "grandes riesgos" (17) donde los tomadores "no tienen necesidad de una particular protección en el Estado donde el riesgo está situado" (cons. 12). Para los riesgos de masa, el tomador está siempre protegido por la aplicabilidad del derecho del país donde se sitúa el riesgo, y comprende la vigilancia de las autoridades públicas, lo que puede entrañar una restricción de la libre circulación de los servicios acordados a los aseguradores extranjeros y por consiguiente limitar la libertad de elección de los consumidores.

(14) Ver los detalles en el estudio de Micklitz y Reich, *Legal Aspects of European Space Activities*, 1989, pp. 56-60, CJCE del 5 de diciembre de 1989, asunto C-3-88, nep. Comisión/Italia.

(15) Ver la crítica de Schlappa, *Die Kontrolle von AVB im deutschen Versicherungsaufsichtsrecht und der freie Dienstleistungsverkehr in EG-Recht*, pp. 235 y ss; también Schwintowski, "NJW" 1987, pp. 521, Berr/Grontel, "RTDE" 1987, pp. 83, Steenberg, "CDE" 1987, pp. 542, Hogdin, "CMLR" 1987, pp. 273.

(16) JO L 172/1 del 4 de julio de 1988.

(17) Ver sobre esta noción Berr, *Innovation fondamentale de la Directive*, "RTDE" 1988, pp. 655 (661).

Este cierre de los mercados de seguros ha sido mantenido todavía en la propuesta original de la segunda Directiva en lo concerniente al seguro directo sobre la vida (18). La Comisión quería conceder la libertad de elección solamente a los tomadores de seguros que se acogieran a la "la iniciativa de solicitar la obligación ante "la empresa", art. 13. Esta noción debía ser restringida a los dos casos de aplicación siguientes:

— Cuando el primer contacto entre el tomador y el empresario, cualquiera que sea el medio utilizado, es efectuado por el tomador, o

— Cuando el contrato es concluido en el Estado miembro donde la empresa está establecida sin que haya habido contacto previo entre el tomador y la empresa en el Estado miembro donde el tomador tiene su residencia habitual.

Siempre según esta proposición, el asegurador no puede servirse de los intermediarios para comercializar sus contratos de seguros en el Estado del tomador, ni hacer prospección o publicidad comercial. Estas proposiciones, si hubieran sido adoptadas por el Consejo, ¡habrían limitado sustancialmente la libertad de los servicios que ellos pretendían garantizar! Hubieran podido asimismo oponerse al derecho primario comunitario sobre el efecto directo de la libertad de prestación de los servicios (19). Es verdad que el consumidor pasivo debe ser protegido contra la comercialización de los contratos de seguros de vida que están sometidos a una jurisdicción extranjera y que no garantizan ni la rentabilidad de su bloqueo ni la protección del riesgo asegurado. Pero la propuesta inicial de la Comisión parece ser excesiva visto el fin perseguido.

(18) JO C 38/7 del 15 de febrero de 1989.

(19) Ver en este sentido la sentencia del 10 de febrero de 1982, asunto 76/81, rec. 417 (427 No. 14).

En su nueva aproximación, la Comisión ha reconocido que es preciso establecer reglas comunes que devuelvan transparencia a las condiciones del seguro para el tomador-consumidor y abran al mismo tiempo los mercados a los seguros de todos los países miembros (20). La Comisión ha modificado por consiguiente sus propuestas de Directiva del seguro de vida (21). Un nuevo art. 13(1) párrafo 2 permitirá la conclusión de contratos de seguro por vía de intermediarios que tienen su residencia en el país del tomador, siempre que éste haya firmado una declaración indicando que el asegurador está sometido al control del Estado de origen y no de Estado de residencia del tomador-consumidor. La antigua propuesta sobre la prohibición de la publicidad y de la actividad comercial de los aseguradores e intermediarios no figura ya en el nuevo texto, salvo a título transitorio por un período de tres años después de la puesta en marcha de la Directiva, art. 24b (2).

III. LAS PRESTACIONES TODAVÍA JUSTIFICADAS ANTE EL DERECHO COMUNITARIO

El derecho comunitario es muy criticado con respecto a todas las restricciones sobre los movimientos transfronterizos de los servicios. Este acercamiento negativo se ejerce también sobre restricciones de la libertad de los servicios más o menos indirectas y potenciales. Esto no quiere decir que estas restricciones no puedan estar justificadas ante el interés público de los Estados miembros, por ejemplo en el caso de la defensa de los intereses de los consumidores.

Se sabe muy bien que la Corte ha desarrollado una teoría llamada "Casos-de-Dijon" (22) justificando las restricciones a la libre circulación de mercancías que no están inscritas en el art. 36. Derivan de las "exigencias imperativas" de los Estados miembros. Citemos como ejemplo la defensa del interés de los consumidores y la lealtad de las transacciones comerciales.

(20) En este sentido, Schlappa, *Versicherungsmarkte*, 1984, aao pp. 224.

(21) Comisión (90) 46 final del 1 de marzo de 1990.

(22) 20 de febrero de 1979, asunto 120/78, Rea 649. La discusión de esta teoría no puede ser continuada aquí, cf. Manera, ob. cit., pp. 213-226.

Los mismos principios han sido aplicados a fin de justificar las restricciones a la libertad de las prestaciones de servicios. La protección del consumidor es un objetivo que es reconocido por el derecho comunitario y se integra en el cuadro de propuestas justificadas por el interés general" reconocido por la Corte de Justicia. Pero hay tres excepciones importantes a esta regla:

— Es preciso que el derecho secundario no haya creado todavía un nivel análogo de protección de los consumidores.

— Es indispensable que las reglas nacionales no sean discriminatorias, es decir, que no traten con desventajas a las empresas o a los consumidores extranjeros.

— Es preciso siempre respetar el principio de proporcionalidad que exigen que las restricciones sean necesarias, apropiadas y proporcionadas para lograr el fin legítimo de la reglamentación por los poderes públicos.

La jurisprudencia comunitaria ha precisado cada vez más el deber de justificación del Estado miembro. Por otra parte, ha reconocido materias "particularmente sensibles" que exigen la reglamentación y el control de los poderes públicos, especialmente desde que el seguro se ha convertido en un fenómeno "de masa" (23). Esto deja pensar que los mismos principios pueden ser aplicados a los servicios turísticos y a los medios electrónicos de pago. En estos dos casos, una reglamentación o un control es necesario para personalizar a los consumidores el funcionamiento del sistema y su libertad de elegir.

El verdadero problema planteado por la jurisprudencia reciente consiste en saber cuando una reglamentación tiene efectos discriminatorios o desproporcionados. Es aquí donde el derecho no es del todo claro. En sentencia del 4 de diciembre de 1986, la Corte ha insistido sobre la regla de la proporcionalidad que prohíbe al Estado destinatario repetir sin necesidad unos controles que han sido efectuados ya en el Estado de origen.

(23) CJCE, 4 de diciembre de 1986, Rec 3755 (3803 No. 30-31), ver también la sentencia Webb de 17 de diciembre de 1981, asunto 279-80. Rec 3305 (3.325 No. 18).

. Si hay un monopolio de servicio, este monopolio puede tener efectos discriminatorios excluyendo prestadores extranjeros (24). Este monopolio no puede ser ya mantenido en su estado actual (25).

En lo que concierne a las reglamentaciones sobre el contrato de viaje, hay sistemas diferentes imponiendo o no un seguro obligatorio y un fondo de garantía. En Francia la Ley 75-627 de 11 de julio de 1975 y el Decreto 77-363 de 28 de marzo de 1977 (26) exigen un seguro obligatorio de la agencia de viaje.

Esta propuesta trata de proteger al consumidor contra los riesgos de perder su dinero y de no poder ejercer sus derechos de garantía en caso de no conformidad. Esto está efectivamente justificado por el interés general, y así lo comprende la Corte. ¿La reglamentación francesa tiene efectos discriminatorios para los prestadores extranjeros? ¿prohíbe la publicidad de las agencias extranjeras que no están sometidas a las reglas francesas? El consumidor se encuentra libre de proveerse de servicios de viaje allí donde él quiera, siempre que esté bien informado. ¿Existe una regla para los productos análogos a ésta establecida por la Corte en la sentencia Cassis de Dijon?

La reglamentación inglesa ha introducido unos fondos de garantía. L'Air Travel Guáranete Fund. Este sistema colectivo contra los riesgos de quiebra, protege al consumidor inglés que ha contratado el servicio en Inglaterra. Esta regla localiza la protección. ¿Cómo son tratados los turistas extranjeros que participan en los viajes ofertados en Inglaterra? ¿Es que la participación en el fondo obligatorio, comprendiendo elementos de derecho privado y de derecho público, está abierta a todos los prestatarios o está restringida a las empresas inglesas?

(24) Este problema ha sido tratado por la sentencia "Ka- belregeling" del 26 de abril de 1988, asunto 352-85, Rec. 2085, modificando la sentencia Sacchi del 30 de abril de 1974, asunto 155-73. Rec. 409.

(25) Se puede también citar las reglas de concurrencia, particularmente el art. 90 siendo aplicables, ver las sentencias del 4 de mayo de 1988, asunto 30-87, Rec. 2479-Pom- pas fúnebres, y 11 de abril de 1989, asunto 66-86, nep- Saed.

(26) JO del 5 de abril de 1977.

El derecho alemán no conocía ni el seguro obligatorio ni los fondos de garantía ¿Las empresas alemanas no tienen de hecho un privilegio concurrencial sobre las empresas francesas e inglesas que deben pagar para adherirse a un seguro obligatorio o un fondo de garantía? ¿Podría exigirse, para Alemania, a todas las agencias de viajes que participen de tal sistema? ¿Tal sistema debería restringirse a empresas establecidas en Alemania o a todas las empresas provenientes de otro país miembro que ofrezcan estos servicios en Alemania? Es imposible responder a todas estas cuestiones.

En lo que concierne a las tarjetas de pago me parece que, a excepción de Dinamarca, no existe ni reglamentación administrativa ni reglamentación contractual en los Estados miembros. Es pues por la deontología profesional (contratos-tipos, convenciones colectivas etc.) por lo que debe llegarse a un cierto nivel de protección (27). El resultado es una cierta colectivización de los contratos que tienen problemas desde el punto de vista de la concurrencia (28).

IV. PROTECCIÓN PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Algunos ejemplos:

¿El derecho comunitario ha desarrollado ya los medios de obtener una protección uniforme o al menos mínima del consumidor en el mercado interior? Es bien conocido que el legislador comunitario está más bien interesado en la apertura de los mercados más que en la protección del consumidor. En lo relativo a la protección contractual del consumidor de servicios, los resultados alcanzados no son muy convincentes.

(27) Ver sobre este tema BOURGOIGNIE, en *Libéralisation des services financiers bancaires en Europe*, 1989, pp. 67-86. Stauder (ed.)

1. La solución cuasi clásica de este problema se refiere al derecho internacional privado. La Convención de Roma contiene, en su art. 5, una regla particular apuntando a la protección del consumidor en los contratos concluidos por éste. El consumidor "pasivo" tiene el privilegio de ser prolongado por las normas imperativas de su país de residencia que no pueden ser derogadas por la libre elección de las leyes. Solamente siendo activo es posible ponerse de acuerdo sobre la aplicación del derecho del país de residencia del prestador del servicio. Esta regla del art. 5 que ha sido introducida en el derecho alemán (art. 29 EGBGB) parece suficiente para garantizar un alto nivel de protección. Una jurisprudencia reciente en Alemania ha planteado problemas particulares de los consumidores alemanes que se encuentran en vacaciones en otro país y que, a través de ventas a domicilio, han sido inducidos a concluir un contrato en ese país. ¿El vendedor o prestador puede - hacer aplicar, por cláusulas contractuales el derecho del país de vacaciones-sin que el consumidor tenga lazos más profundos con este país, incluso en los casos donde el prestador definitivo reside en el país de domicilio del consumidor? ¿Cuando se aplica el derecho donde el consumidor alemán para sus vacaciones (por ejemplo España) pero este derecho no ha sido adaptado a la Directiva 85/577/CEE del 20 de diciembre de 1985 sobre ventas a domicilio (29), éste no podrá rescindir el contrato! Hay un conflicto entre diferentes Cortes de apelación alemanas para saber si se debe aplicar el principio de libertad de elección de las jurisdicciones (30) o si es preciso controlar previamente el contenido abusivo de las cláusulas del art. 9 de la Ley sobre las condiciones generales de los contratos (31). El art. 5 de la Convención no tiene ninguna importancia para resolver este conflicto porque "inmoviliza" al consumidor y no toma en cuenta su movilidad que es uno de los principios fundamentales del mercado interior según el principio de "libre movimiento de las personas" del art. 8 A párrafo 2.

La situación es todavía más grave para los países que no tienen ratificada la Convención de Roma como por ejemplo Inglaterra y España. Si éstos países aceptan la libertad de elección de las leyes, el consumidor será normalmente sometido no a su propio derecho sino al derecho del prestador extranjero. Se puede alegar que estas cláusulas son contrarias al orden público de las legislaciones nacionales

(29) JOL 372/31 del 31 de diciembre de 1985.

(30) En este sentido Olg Hamm, "NJW-RR" 1988, pp. 496, ver la crítica de REICH, "VUR" 1989, pp. 158.

(31) Olg Frankfurt/M "NJW-RR" 1989, pp. 1018.

2. La acumulación de la protección administrativa y la protección contractual del consumidor puede conducir a soluciones divergentes en las diferentes jurisdicciones europeas. Por ejemplo, el derecho francés, inglés y danés de las agencias de viajes prevén un fondo de garantía, hasta un seguro obligatorio. El derecho alemán no tiene sistema análogo, pero protege al consumidor gracias a las reglas sobre las cláusulas abusivas. La Corte Federal alemana ha prohibido en los contratos de viajes las cláusulas que exigían al consumidor-turista un pago por adelantado de los costes sin que haya documentación suficiente que pueda realizar su viaje en caso de quiebra del agente (32). Según la Convención de Roma estas reglas de bien ser aplicadas. Si un consumidor alemán ha sido inducido a firmar un contrato de viaje en Alemania y si concluye este contrato con una agencia inglesa o danesa, él se aprovecha de una doble protección: la del fondo de garantía inglés o danés, y la de la cláusula contractual del derecho alemán. Si el consumidor inglés o danés concluye el contrato en Alemania por su propia iniciativa, la protección contractual del derecho alemán puede ser excluida, el derecho inglés relativo al fondo de garantía no es ya aplicable. En estos ejemplos hay por una parte lagunas, y por otra parte una acumulación de protección que no pueden servir para establecer, en un mercado interior, condiciones análogas de protección.

3. En lo que concierne a los contratos de seguro directo, está la Directiva 88/357 que, en su art. 7, define reglas complejas sobre el derecho aplicable (33). Estas reglas parten del principio de que se debe aplicar la ley del país donde se encuentra el riesgo, pero conocen otros criterios de aplicación de la ley. ¿Cuál es el derecho aplicable al consumidor alemán que quiere asegurar su casa de vacaciones en España?

(32) BGH "NJW" 1987, pp. 1931.

(33) BERR, 05. cit., pp. 669.

El riesgo está situado en España, la residencia del tomador del seguro está en Alemania, las partes del contrato de seguro pueden elegir aplicar, bien la ley del Estado miembro donde se sitúa el riesgo (España), bien la ley del país donde el tomador tiene su residencia habitual (Alemania), o bien el derecho de un tercer país si el derecho alemán y español lo permite. Es naturalmente el asegurador quien impone la ley aplicable, es decir, el asegurador español puede imponer la aplicabilidad del derecho español, y el asegurador alemán la del derecho alemán. ¿Cuál es la situación de un asegurador inglés que quiere asegurar este riesgo en condiciones análogas y menos caras? Debe ajustarse a las reglas del país destinatario según el art. 18. Pero aquí el derecho español o alemán es siempre el que debe ser elegido. Pierde pues su competitividad, el consumidor alemán está limitado en su libertad de elección. Me parece que este resultado es contrario al objetivo del mercado interior.

4. La situación del consumidor que ha obtenido una tarjeta de pago es diferente. Normalmente el contrato de emisión de la tarjeta depende del lugar de residencia del consumidor. Si ha obtenido la tarjeta en el extranjero o, por propia petición, a través de una empresa extranjera, el derecho de un tercer Estado puede ser aplicable. Estos dos sistemas jurídicos pueden prever reglas diferentes relativas a la responsabilidad en caso de pérdida o de abuso. Como conclusión se puede decir que tarjetas diferentes, pero obtenidas por el mismo consumidor siguiendo reglas diferentes, imponen obligaciones jurídicas diferentes.

VI. DIVERSOS ASPECTOS DE LA INTEGRACIÓN POSITIVA EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS

1. El espíritu del derecho comunitario actual es un espíritu "antirreglamentario". La Comunidad quiere abrir no solamente los mercados de bienes y de capitales, sino también de servicios. Incluyendo servicios financieros. La Comunidad quiere utilizar como principio reglamentario e integrador el principio del país del Estado de

origen. Este ha sido ya adoptado para los servicios de teledifusión por la Directiva 89/552/CEE del 3 de octubre de 1989(34) y los servicios financieros según la adopción de la segunda Directiva bancaria 89/646/CEE del 15 de diciembre de 1989(35). La idea básica de este principio es muy simple y muy clara. Todo prestador de servicio que está legalmente establecido en un Estado miembro puede mantener su actividad profesional en los Estados miembros siempre que siga las reglas comunitarias y las del Estado de origen. Normalmente la Comunidad se contenta estableciendo algunas reglas básicas que son uniformes. Al mismo tiempo el Estado destinatario pierde su poder autónomo de control de las actividades profesionales que vienen de los otros Estados miembros a menos que no tengan cláusulas de salvaguarda.

Este principio conduce a graves problemas en la protección de los consumidores porque limita las actividades reglamentarias de los poderes públicos del país destinatario. Ante este espíritu de liberalización y antirreglamentación, se hace urgente que la Comunidad establezca normas uniformes de un alto nivel de protección para los servicios de consumo. Desgraciadamente, este desarrollo no es todavía muy avanzado. Parece ser más fácil abrir los mercados que ponerse de acuerdo sobre reglas comunes tendentes a una protección mínima. Demos dos ejemplos.

2. En lo que concierne a las reglas sobre las transferencias electrónicas de fondos (incluidas las tarjetas de pago), los Estados miembros a excepción de Dinamarca (36), no han tomado todavía medidas protectoras, ni reglamentarias, ni contractuales. En los Estados Unidos existe un código sobre la «Electronic Fund Transfer» (37) que ha servido de modelo en la discusión comunitaria. La Comisión quería primeramente crear un sistema interoperable de transferencia electrónica de fondos. Se espera llegar al establecimiento de tal sistema no por un acto de derecho sino por la cooperación voluntaria de los bancos y de otras instituciones financieras. La Comisión puede utilizar sus poderes de exención de los contratos de cooperación según las reglas concurrenciales, especialmente el art. 85 párrafo 3. Este cuadro jurídico comunitario no está desgraciadamente todavía establecido.

(34) JO L 298/23 del 17 de octubre de 1989.

(35) JO L 386/1 del 30 de diciembre de 1989

(36) The Payment Cards Act. No. 284 of 6th Junio de 1984.

Es siempre al nivel de los Estados miembros que se fuerza a crear- medios electrónicos de pago, por ejemplo utilizando la Tarjeta Eurocheque para retirar el dinero de las máquinas automáticas o pagar directamente con los aparatos POS.

En lo relativo a las reglas protectoras para el consumidor, especialmente en caso de pérdida o en caso de abuso de la tarjeta, la Comisión había primeramente propuesto una Directiva estableciendo en la Comunidad standars uniformes. La oposición de los bancos ha impedido que este instrumento pueda ser adoptado. Más tarde la Comisión ha elegido el instrumento de recomendación. La primera data del 8 de diciembre de 1987(38), la segunda del 17 de noviembre de 1988(39). La primera recomendación se limita a aspectos más bien técnicos. La segunda es interesante porque contiene algunas reglas protectoras que, según este texto, debían ser adoptadas por los Estados miembros o por las instituciones financieras antes de finales de año permitiendo de este modo una utilización uniforme de estos medios de pago. La recomendación prevé que el consumidor sea protegido contra abusos si ha notificado la pérdida de su tarjeta a la red centralizada. Ante esta notificación, la responsabilidad del consumidor debería estar limitada "hasta un límite equivalente a 150 ECU, salvo si ha habido prueba de una negligencia extrema o ha actuado fraudulentamente" Art. 8.3.

Esta recomendación tiende a seguir el modelo americano que diferencia las consecuencias jurídicas según el tiempo de notificación. Sería interesante saber como se ha puesto en marcha en los Estados miembros esta recomendación, bien por el legislador o las autoridades reglamentarias, bien en las condiciones generales de las instituciones financieras que comercializan tales instrumentos de pago.

(37) Ver para una discusión y documentación más profundas, B. Stauder (ed.) Les nouveaux moyens de paiement 1986 pp. 125-140, Bourgoignie, Transférís électroniques de fonds et protection du consommateur, 1989. Mitchell: Electronic Banking and the Consumer, 1988.

(38) JO L 365/72 del 24 de diciembre de 1987.

(39) JO 1 317/55 del 24 de noviembre de 1988, ver el comentario de FISCHER, "WM" 1989, pp. 397-400.)

Es preciso añadir que a comienzos de este año, los bancos privados por una parte y los bancos públicos (cajas de ahorros etc.) por otra parte de la República Federal Alemana han cambiado sustancialmente las cláusulas generales de las condiciones de emisión de las tarjetas. Es interesante destacar las diferencias entre las dos aproximaciones. Los bancos privados siguen a grosso modo el ejemplo de la recomendación y limitan la responsabilidad de los consumidores ante la notificación a una franquicia del 10% de los daños, esta cláusula es válida independientemente de una falta grave o leve del consumidor. Por otra parte las cajas de ahorro exoneran al consumidor de toda responsabilidad hasta la suma de 6.000 marcos siempre que no haya habido una falta grave por parte del consumidor y que haya efectuado la notificación tan rápidamente como haya sido posible tras el descubrimiento de la pérdida. Las dos cláusulas han mejorado sustancialmente la posición del consumidor. Por otra parte, no se debe olvidar que la franquicia que el consumidor debe pagar eventualmente según su contrato con un banco privado puede ser más elevada que 150 ECU. En lo relativo a las condiciones de las cajas de ahorro, toda responsabilidad depende de la gravedad de la falta del titular de la tarjeta, del respeto de las obligaciones que le son impuestas en cuanto a la salvaguardia de la tarjeta y en cuanto a la protección del secreto del número PIN (40).

Una iniciativa reciente de la Federación Bancaria de la Comunidad Europea, del Grupo de Cajas de ahorros y de Bancos Cooperativas de la CEE propone la adopción de un "Código de mejor práctica". Este código deontológico parece esforzarse en introducir en la práctica bancaria las recomendaciones mencionadas anteriormente. Los riesgos del consumidor titular de la tarjeta dependerán de su comportamiento antes 6 después de la notificación. Hasta la notificación, "el titular de la tarjeta soportará la pérdida sufrida de toda alteración, robo y pérdida únicamente hasta un cierto límite, salvo cuando haya actuado con negligencia, con conocimiento de causa o de manera fraudulenta". A decir verdad, el consumidor no está de ningún modo privilegiado porque él es responsable de toda negligencia, y no solamente, como en la recomendación de la Comisión del 17 de noviembre de 1988, por falta grave.

(40) Ver la crítica de Derleder, "JZ" 1990, pp. 84.

Después de la notificación, el titular está teóricamente liberado de toda responsabilidad, a excepción de que haya actuado de "manera fraudulenta, con conocimiento de causa o con negligencia". En realidad, la notificación no exonera al titular de su responsabilidad. Esta recomendación no puede ser mirada como una puesta en marcha de la recomendación de la Comisión.

3. En lo que concierne a los contratos de viaje, la Comisión, en su propuesta de Directiva modificada, que no ha sido adoptada por el Consejo, prevé por una parte el establecimiento de un fondo de garantía y por otra parte un seguro obligatorio a todos los prestadores de servicios turísticos.

Se trata de combinar el sistema danés y el sistema francés para proteger al consumidor. El sistema alemán de protección puramente contractual no parece satisfactorio al legislador comunitario, pero es dudoso que la proposición sea adoptada bajo su forma actual por el Consejo. El Gobierno alemán se opone formalmente porque impide un nivel elevado de protección de los consumidores como es exigido por el art. 100 A, párrafo 3 del Tratado de Roma.

En su posición común adoptada el 21 de diciembre de 1989, el Consejo ha renunciado en efecto a prever un fondo de garantía. Se limita a insistir sobre la introducción, por los Estados miembros, de un sistema de seguro obligatorio. Es probable que la Directiva que deberá ser adoptada en mayo de 1990 siga esta orientación restrictiva.

CONCLUSIÓN

Mi exposición no puede más que dar breve cuenta del estado de desarrollo del derecho de los servicios de consumo en la Comunidad. En el momento actual, el objetivo protector es ciertamente secundario comparado con el objetivo integrador que define el mercado interior. Además, el legislador comunitario no ha abierto los mercados cerrados de los seguros en interés del consumidor, ni parece estar decidido a hacerlo en el futuro. El estado actual de las cosas no puede ser tolerado más que durante un breve plazo de tiempo. Es preciso que la Comunidad llegue a un nivel uniforme y elevado de protección del consumidor en las condiciones de un mercado abierto y único.

* La presente conferencia ha sido traducida del francés por D^a. Gemma Botana García, profesora de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.