

# Revista General de Derecho

VALENCIA  
Marzo-Abril 2001  
PUBLICACIÓN MENSUAL  
Año LVII - Núm. 678-679  
Depósito legal: V. 79 - 1958  
ISSN (International Standard  
Serial Number): 0210-0401

Inscrita en el Ministerio de Cultura como Empresa Periodística, al número 89

REDACCION Y ADMINISTRACION  
Calle Colón, 48 - 46004 Valencia  
Teléfono 96 351 71 00 - Fax 96 351 16 08  
e-mail informacion@rgid.com  
http: \\www.rgid.com

## SUMARIO

	Pág.		Pág.
<b>Sección Doctrinal</b>		<b>I. Estudios</b>	
«Significado de la expresión "delitos dolosos o culposos" del art. 121 del código penal: comentario a los pronunciamientos del T.S.», por <i>Javier Guardiola García</i> .....	1751	«Las cláusulas de barrera en la jurisprudencia del TC», por <i>Manuel Martínez Sospedra</i> .....	1911
«Ley de ordenación de la edificación versus art. 1591 Código Civil», por <i>M<sup>a</sup> Paz Sánchez González</i> .....	1773	«El régimen de visitas: restricción a causa de las creencias del padre», por <i>Remigio Beneyto Berenguer</i> .....	1959
«La protección del consumidor en la Constitución española de 1978. Notas para un debate», por <i>Alfonso Rodríguez de Quiñones y de Torres</i> .....	1789	<b>II. Tribunal Constitucional</b>	
«A propósito de los registros de uniones civiles de hecho», por <i>Diego Alonso Herreros</i> .....	1835	A) Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:	
		«La doble sanción penal y administrativa por un mismo hecho: vigencia del principio ne bis in idem (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre», por <i>Javier García González</i> .....	1979
<b>Sección Práctica</b>		«Naturaleza, contenido y límites de la ley de presupuestos (reflexiones al hilo de la STC 32/2000, 3 de febrero», por <i>Ramón Vilaroig Moya</i> .....	1999
«La reconvencción en la nueva Ley de enjuiciamiento civil», por <i>Guillermo Romero García-Mora</i> .....	1853	B) Jurisprudencia constitucional, por <i>Margarita Soler Sánchez, Ana Marrades Puig, Joaquín Martín Cubas y Alexandre H. Català Bas</i> .....	2013
«¿Es aplicable el convenio de Bruselas cuando el demandante está domiciliado en un Estado no contratante y en materia de reaseguros?», por <i>Juan Luis Cervera García</i> .....	1869	<b>III. Tribunal Europeo de Derechos Humanos</b>	
«El acoso sexual: un ataque a la libertad y a la integridad moral», por <i>Rosario Ana Gaspar Blanch</i> .....	1887	«Libertad de expresión y juicios paralelos en la jurisprudencia del TEDH. A propósito de la STEDH News Vergals GmbH & CoKG c. Austria de 11 de enero de 2000», por <i>Alexandre H. Català i Bas</i> .....	2035
<b>Sección de Derecho Constitucional y Derechos Humanos</b> , dirigida por <i>Vicente Garrido Mayol y Manuel Martínez Sospedra</i> .....	1909		

«STEDH News Vergals GmbH & CoKG c. Austria de 11 de enero de 2000».....	Pág. 2045
<b>Sección de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, coordinada por Rafael Manzana Laguarda y Manuel-Jesús Dolz Lago</b> ..... 2053	
<b>I. Sala de lo Civil</b>	
1. Derecho civil.....	2057
2. Derecho mercantil.....	2088
3. Derecho procesal civil.....	2095
<b>Sala de lo Penal</b>	
1. Derecho penal.....	2103
2. Derecho procesal penal.....	2137
<b>III. Sala de lo Contencioso-Administrativo</b>	
1. Acción administrativa.....	2157
2. Administración estatal.....	2161
3. Administración local.....	2165
4. Derechos fundamentales.....	2167
5. Expropiación forzosa.....	2173
6. Funcionarios.....	2190
7. Procedimiento y proceso contencioso-administrativo.....	2198
<b>IV. Sala de lo Social</b>	
1. Derecho laboral.....	2209
2. Derecho procesal laboral.....	2235
<b>Sección de Doctrina de la Fiscalía General del Estado, dirigida por Manuel-Jesús Dolz Lago</b> ..... 2269	
<b>I Circulares</b>	
Nº 1/2001, de la Fiscalía general del Estado, de 5 de abril. "Incidencia de la Nueva Ley de enjuiciamiento civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles".....	2271
<b>II Consultas</b>	
Nº 2/2000, de 14 de diciembre. "Sobre la aplicación de las penas accesorias en el artículo 56 del Código Penal" ....	2315
De 7 de febrero de 2001. "Consulta de la fiscalía general de Valencia al fiscal general del estado sobre el régimen transitorio de la LORPM".....	2321
<b>III Instrucciones</b>	
Nº 1/2000, de 26 de diciembre. "Sobre	

los menores infractores que se hallen cumpliendo condena en centro penitenciario o sujetos a prisión preventiva.....	Pág. 2325
Nº 2/2000, de 27 de diciembre. "Aspectos organizativos de las secciones de menores de las fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores".....	2329
<b>Sección de Derecho Internacional Privado y Comunitario, dirigida por José Luis Iglesias Buhiges</b> ..... 2341	
<b>I. Estudios doctrinales</b>	
«La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil», por Federico Garau Sobrino.....	2343
«Los servicios financieros bancarios de la sociedad de la información», por Raúl Lafuente Sánchez.....	2367
<b>II. Comentarios de jurisprudencia</b>	
«Sentencia del Tribunal de justicia de las Comunidades europeas de 27 de junio de 2000 (Asuntos C-240 a 244/98, Océano grupo Ed. C. Rocío Murciano Quintero y Salvat Editores C. J.M. Sánchez Alcón y otros», por Aurelio López-Tarruella Martínez.....	2403
<b>III. Actos legislativos comunitarios y novedades en materia de Derecho Internacional Privado</b>	
«Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, publicado en el Diario Oficial nº L 012 de 16/01/2001», con nota introductoria a cargo de José Luis Iglesias Buhiges.....	2415
«Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.	

# Los servicios financieros bancarios de la sociedad de la información

POR

RAÚL LA FUENTE SÁNCHEZ

Abogado, Profesor asociado de Derecho internacional privado,  
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.—II. EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS FINANCIEROS.—III. LOS SERVICIOS FINANCIEROS BANCARIOS Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO.—IV. CONCLUSIONES

## I. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

### A. INTRODUCCIÓN

#### 1. De la sociedad industrial a la sociedad de la información

Las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones están influyendo de manera decisiva en el cambio de actitud que se está produciendo en el desarrollo de la actividad económica tanto en el sector público (1) como en el privado. Lo que ha venido en llamarse la nueva sociedad de la información, es decir, la utilización cada vez mayor de las tecnologías de la información y las comunicaciones, afecta de un modo directo y fundamental a las empresas ya que representa un desafío importante en el *modus operandi* que habían venido aplicando hasta ahora en sus relaciones comerciales tradicionales.

(1) *Vid.* "La información del sector público: un recurso clave para Europa. Libro verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información". COM (1998) 585 final, de 20.01.1999

Por otra parte, las empresas están descubriendo el enorme potencial que la utilización de estas herramientas de trabajo representa para el desarrollo de sus negocios, tanto en términos de eficacia como de competitividad y rentabilidad. Toda esta actividad, que está siendo promovida desde la aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), se conoce con el nombre de "gobierno electrónico".

Estos cambios de distinta naturaleza, que la sociedad de la información está generando en nuestra sociedad (culturales, empresariales, tecnológicos, jurídicos...), se caracterizan por dos notas esenciales: su vocación de compartir el conocimiento y su carácter global. De este modo, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que están siendo los más significativos desde la Revolución industrial. Así, de una sociedad predominantemente industrial estamos pasando a una sociedad de la información regida por nuevas reglas (2).

Nos encontramos ante un nuevo concepto de capitalismo, un capitalismo cultural donde el factor de producción más relevante viene representado por los conocimientos y que va a marcar el futuro próximo de un mundo cada vez más globalizado y tecnificado, en el que las distancias tienden a desaparecer y se hace más palpable el concepto de aldea global.

A su vez, en este nuevo marco diseñado por la sociedad de la información, nos encontramos con un sector, el financiero, cuya actividad se ve enormemente influenciada y afectada por los cambios tecnológicos desarrollados en el ámbito de la sociedad de la información.

El presente estudio pretende centrarse en el desarrollo de una parte de esta actividad, la constituida por los servicios financieros bancarios, analizando para ello los problemas prácticos y los aspectos jurídicos más significativos que derivan de la aplicación de las nuevas tecnologías a la prestación de servicios financieros bancarios, así como el marco jurídico aplicable en esta materia en el ámbito de la Unión Europea.

## B. LA NUEVA ACTIVIDAD ECONOMICA

### 1. La mundialización o globalización de mercados

La liberalización del comercio mundial encuentra sus orígenes recientes en los años cuarenta, fundamentalmente, a partir del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). Sin embargo, esta tendencia a la mundialización o globalización de mercados se viene haciendo más patente a raíz de la creación y entrada en vigor de la Organización Mundial de Comercio (OMC) (3).

(2) *Vid.* "Una sociedad de la información para todos. Comunicación sobre una iniciativa de la Comisión para el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa, los días 23 y 24 de marzo de 2000" <http://www.cordis.lu/ist/home.html>

(3) El Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio se adoptó en el Acta final de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay, firmada en Marrakech el 15 de abril de 1994, entrando en vigor la OMC el 1 de enero de 1995. *Vid.*, en este sentido, la Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DOCE L 336, de 23.12.1994)

De este modo, a nivel internacional podemos afirmar que tanto el Acuerdo sobre servicios de telecomunicaciones básicas de la OMC, como el Acuerdo ATI sobre aranceles de los productos de tecnología de la información y el Acuerdo sobre la protección de la propiedad intelectual OMPI, están contribuyendo al desarrollo de las comunicaciones y el comercio electrónico y, de este modo, al desarrollo de la sociedad de la información.

Así, parece evidente que la nueva sociedad de la información solo tiene sentido contemplada desde una perspectiva mundial, es decir, con la colaboración de la comunidad internacional de tal forma que, utilizando las herramientas puestas a su alcance por las nuevas tecnologías, pueda ser partícipe de los beneficios que de ella se derivan.

Por otra parte, a partir de la entrada en vigor del Acuerdo OMC hemos asistido a la conclusión de acuerdos sectoriales que están contribuyendo a reafirmar la tendencia globalizadora de la economía. Nos referimos fundamentalmente al Acuerdo General sobre el comercio de Servicios (AGCS) y al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), los cuales vienen a confirmar la importancia de la liberalización del comercio mundial y la necesidad de un marco legal que regule esta liberalización.

### 2. La aparición del mercado electrónico

La aparición de la sociedad de la información está generando una nueva actividad económica caracterizada fundamentalmente por la globalización de los mercados y por lo que se ha venido en denominar la economía "en línea", es decir, el desarrollo económico generado por el comercio electrónico (4).

Esta nueva forma de desarrollar la actividad económica representa beneficios cuantificables no solo para el sector privado sino también para los consumidores. A su vez, esta nueva actividad económica, dirigida por los servicios de la sociedad de la información ofrece magníficas posibilidades que han de ser aprovechadas por los operadores en el mercado -pertencientes tanto al sector público como al privado- para estimular el crecimiento económico, la innovación empresarial y la creación de empleo.

Por otra parte, la aparición del mercado electrónico supone un auge fundamental en las transacciones transfronterizas. Este hecho pone de manifiesto la relativa importancia que a partir de este momento van a tener las fronteras entre Estados o Uniones aduaneras a la hora de efectuar transacciones con usuarios o consumidores

(4) El comercio electrónico consiste en realizar electrónicamente transacciones comerciales. Está basado en el tratamiento y transmisión electrónica de datos, incluidos texto, imágenes y vídeo. El comercio electrónico comprende actividades muy diversas, como comercio electrónico de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencia electrónica de fondos, compraventa electrónica de acciones, conocimientos de embarque electrónicos, subastas, diseños y proyectos conjuntos, prestación de servicios en línea (*on line sourcing*), contratación pública, comercialización directa al consumidor y servicios posventa. *Vid.* la Comunicación de la Comisión "Iniciativa europea de comercio electrónico", COM (97) 157 final, Bruselas, 16.04.1997.

situados fuera su ámbito territorial. El mercado electrónico, sin duda, va a favorecer el crecimiento del tráfico transfronterizo. En este sentido, podemos hablar de un antes y un después a partir del cual las transacciones se harán mayoritariamente a través de las redes electrónicas.

Sin embargo, más que de una nueva actividad económica podríamos hablar de las nuevas formas que reviste la actividad económica frente a lo que hemos venido conociendo tradicionalmente. Nuevas formas de actividad económica basadas en los servicios que configuran la sociedad de la información y que han dado lugar al desarrollo del comercio electrónico. Esta nueva forma de comercio (electrónico) presenta dos vertientes, dependiendo de que el desarrollo de la actividad se realice entre empresas -business to business (B to B e-commerce)-, o entre empresas y consumidores -business to consumers (B to C e-commerce)-, si bien en el momento actual podemos afirmar que el B to B e-commerce se encuentra más desarrollado que el B to C e-commerce.

Una de las características principales de esta nueva actividad económica o también llamada "nueva economía" es el desarrollo global que la misma representa. Ello es así por cuanto tiene su fundamento en el uso de las nuevas tecnologías (internet) lo cual permite que el desarrollo de sus servicios y contenidos pueda ser accesible a escala universal (5).

### 3. Los servicios de la sociedad de la información

El comercio transfronterizo, efectuado fundamentalmente a través del comercio electrónico -internet-, está cambiando la forma de trabajar de las empresas y los consumidores y, con ello, la filosofía del mercado tradicional. El mercado electrónico trae consigo nuevas formas de actividad económica y una gran parte de estas encuentran su origen en sectores relacionados con la información. De ahí que nos encontremos ante una nueva sociedad donde los nuevos retos comerciales, los desafíos y posibilidades que las empresas tienen ante si vengán caracterizadas por un denominador común: la prestación de nuevos servicios de información, en definitiva, relacionados con la sociedad de la información (6).

Por otra parte, tal y como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al interpretar el artículo 60 del Tratado CE (7), podemos incluir en el concepto de servicio toda prestación que se realice por un prestador a cambio de una contrapartida o remuneración (8).

(5) *Vid.*, "Europe 2002. Una sociedad de información para todos. Plan de acción preparado por el Consejo y la Comisión Europea para el Consejo Europeo de Feira, 19-20 junio 2000". Bruselas, 14.06.2000 <http://www.cordis.lu/jsi/home.html>

(6) *Vid.*, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social y al Comité de las Regiones: "La mundialización y la sociedad de la información. Necesidad de reforzar la coordinación internacional". COM (1998) 50 final, de 4.02.1998

(7) Hoy artículo 50 tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (en vigor desde el 1 de mayo de 1999), que modifica el Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 1992 y, en consecuencia, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

Siguiendo esta línea interpretativa podríamos definir como servicios de la sociedad de la información aquellos servicios que, relacionados con una actividad económica, pueden desarrollarse a distancia y, concretamente, mediante vía electrónica (9).

Una vez acotado y definido el término "servicio de la sociedad de la información", podemos señalar que, con carácter general, en el catálogo de los servicios de la sociedad de la información o "gobierno electrónico" podemos distinguir tres grandes bloques, atendiendo a la función primordial a la que sirven: a) servicios de información, que nos permiten acceder a la información solicitada a través de los sitios web; b) servicios de comunicación, que facilitan las relaciones -comerciales o no- entre los operadores (personas físicas y jurídicas), y c) servicios de transacción, a través de los cuales se puede acceder a la adquisición de productos o servicios prestados *on line* (10).

#### 4. El acceso al nuevo mercado: Normas de competencia

Para que la prestación de los servicios que se desarrollan a la luz de las nuevas tecnologías de la información alcancen un desarrollo óptimo será necesario que, al igual que sucede en el ámbito de toda actividad comercial, el acceso al mercado por parte de los operadores y su actuación en el mismo venga regulado por las normas de competencia que favorezcan la libre competencia y unas condiciones mínimas de igualdad entre todos los competidores.

De este modo, el acceso al mercado electrónico mundial requiere una regulación apropiada que contemple de una parte el libre acceso de los operadores al mercado y, de otra, la protección de los competidores y los consumidores mediante la aplicación de las normas de competencia.

### C. HACIA UN MARCO JURÍDICO QUE REGULE EL DESARROLLO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

#### Regulación y conflictos jurisdiccionales

El desarrollo del comercio electrónico mundial trae consigo la aparición de nuevos retos y desafíos desde la óptica del marco jurídico aplicable a las transacciones comerciales.

Así, el uso de las redes electrónicas y las posibilidades técnicas que estas encierran está generando nuevos conflictos legales auspiciados por el aumento de las transacciones comerciales "on line". Es decir, vamos a asistir con una mayor frecuencia a situaciones fácticas que generen conflictos jurisdiccionales y pongan de manifiesto las diferencias existentes entre las distintas legislaciones nacionales. Es-

(8) Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 1988 (Asunto 263/86, *État belge v. Humbel*, Rec. 1988, p.3356)

(9) La Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DOCE L 217, de 5.08.1998) define en su artículo 1 los servicios de la sociedad de la información como ".....todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios".

(10) *Ut supra* nota 1

to significa que, al menos en el momento actual, la falta de un marco jurídico adecuado para resolver estos conflictos generados en el ámbito del comercio electrónico pone en evidencia una cierta inseguridad jurídica, fundamentalmente a nivel del consumidor, que cuestiona el desarrollo de esta actividad.

Por todo ello, parece evidente que la aparición del mercado electrónico mundial precisa un marco apropiado que regule los aspectos más importantes para el desarrollo de esta actividad. Así, junto a los aspectos técnicos —sistema de nombres de dominio, normas en materia de protección de datos, firma digital, compatibilidad de los sistemas electrónicos de pago,...- y comerciales, especial importancia ha de darse a los aspectos jurídicos —protección de los derechos de autor, problemas de Juez competente y ley aplicable,...- que permitan desarrollar un marco legal que facilite una respuesta ágil y flexible a los problemas legales planteados.

Para alcanzar este marco jurídico global a nivel internacional es preciso que exista una interacción entre los gobiernos de todo el mundo sin olvidar al sector privado que, en definitiva, va a ser el destinatario último de estas normas de actuación. De este modo, se conseguirá una regulación más clara y estable que permita el correcto desarrollo de los servicios de la sociedad de la información con los beneficios que de ello se derivan tanto para los operadores en el mercado cuanto para los consumidores.

Por otra parte, en tanto no se adopte un marco jurídico adecuado y adaptado a las nuevas necesidades derivadas del entorno creado por la sociedad de la información la legislación vigente en la actualidad, tanto de carácter internacional como nacional, será de aplicación a las relaciones comerciales que emerjan en este nuevo contexto.

#### D. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

A nadie escapa que el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación afecta no solo a las empresas sino, igualmente, a los consumidores. Si bien es cierto que el desarrollo de la sociedad de la información implica innumerables ventajas para el consumidor tampoco debemos olvidar los nuevos retos planteados.

Los mecanismos que los mercados de la llamada nueva economía presentan ante el consumidor requieren una adaptación progresiva. De otro modo, los beneficios que ofrece la sociedad de la información podrían tornarse desventajas para el consumidor si este se ve abocado a sobrevivir en un mercado tecnológico cuyas pautas de conducta desconoce.

Por todo ello, para el correcto desarrollo de la sociedad de la información resulta imprescindible que el consumidor participe en su gestación y desarrollo de un modo activo. Igualmente, para conseguir la confianza de los consumidores en la sociedad de la información es requisito *sine qua non* que las normas aplicables a las transacciones electrónicas otorguen un nivel de protección al menos equivalente al

que se viene aplicando en las transacciones comerciales tradicionales, (11) tal y como tendremos ocasión de exponer en el capítulo III del presente trabajo.

## II. EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS FINANCIEROS

### A. INTRODUCCIÓN

Desarrollar un sistema multilateral de comercio que permita el comercio de bienes y servicios ha sido uno de los objetivos fundamentales de los Estados desde mediados del siglo pasado. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) constituyó en su momento un referente importante para lograr la progresiva reducción de los aranceles aduaneros y demás obstáculos comerciales que los Estados imponían en favor de la defensa de sus sistemas proteccionistas.

A partir del establecimiento del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (12) se establece un marco institucional para el desarrollo de las relaciones comerciales entre los Estados. A su vez, este marco incluye otros aspectos del comercio más allá de la reducción arancelaria contemplada en el GATT.

Debido a la creciente importancia del comercio de servicios en el ámbito del comercio mundial, es este uno de los aspectos que se incluyen en el marco de la OMC. El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) (13), persigue la liberalización del comercio de servicios e incluye entre los mismos de modo permanente a los servicios financieros (14).

### B. LOS SERVICIOS FINANCIEROS EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC)

#### 1. La liberalización de los servicios financieros

Con la entrada en vigor del AGCS y su incorporación permanente en la OMC se pretenden reducir los obstáculos al comercio de servicios aplicando a los mismos el tratamiento de la nación más favorecida (15). Se trata del primer instrumento internacional en esta materia y abarca a todas aquellas medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios (16).

(11) *Id.*, en este sentido, la Resolución del Consejo de 19 de enero de 1999 sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información. DOCE C 23, de 28.01.1999

(12) *Ut supra* nota nº 3

(13) Anexo 1 B del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (*Ut supra* nota nº 3)

(14) La incorporación del sector de los servicios financieros en la OMC se produce a partir de la aprobación de las negociaciones sobre dichos servicios llevada a cabo por el Comité sobre comercio de servicios financieros a finales de 1997. La Comunidad Europea, y en su nombre el Consejo, aprobó el Quinto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios relativo a los servicios financieros mediante Decisión de 14 de diciembre de 1998 (DOCE L 20, de 27.01.1999)

La liberalización de servicios financieros en el marco de la OMC representa una ocasión única para las instituciones financieras (entidades financieras, compañías de seguros, sociedades de inversión,...) que podrán prestar sus servicios más allá de sus fronteras en condiciones de igualdad con sus competidores establecidos en los mercados de destino. A su vez, esta liberalización supone también importantes ventajas para los consumidores que, en definitiva, se beneficiarán de la existencia de un mayor número de prestadores de servicios financieros operando en su mercado de actuación, así como una mayor competencia entre ellos.

Sin embargo, el buen funcionamiento de este proceso de liberalización auspiciado por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios requiere la presencia de unas normas de supervisión cautelar y prudencial de las entidades que operan en el mercado, con el fin de asegurar una adecuada protección del consumidor y, en definitiva, del propio sistema financiero internacional.

## 2. El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)

Al declarar que "el término servicios comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales" (17), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios incluye también los servicios financieros (18). Además, el Acuerdo define el "suministro de un servicio" en un sentido lato, al considerar que abarca tanto la producción cuanto la distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio (19).

Este Acuerdo que, como ya hemos señalado, prevé con carácter general la aplicación del principio de tratamiento de la nación más favorecida para todos los servicios, no incluye la aplicación con carácter general de otro de los principios básicos, el del tratamiento nacional (20). Este principio se aplicará únicamente para aquellos servicios en los que el Estado miembro haya adquirido un compromiso.

En lo concerniente a los servicios financieros, el Acuerdo comprende el comercio de todos los servicios bancarios, de seguros y de valores, incorporando un Anexo en el que se definen aquellos servicios financieros que han de considerarse incluidos en el texto del mismo. Así, establece una división de los servicios

(15) *Ut supra* nota nº 13. El artículo II del AGCS establece: "Con respecto a toda medida aharcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares a los de cualquier otro país".

(16) *Ibidem*, en su artículo I, apartado 1

(17) *Ibidem*, en su artículo I, apartado 3, párrafo b)

(18) *Vid.*, el trabajo de S. GARCIA TRUJILLO: "El GATS y los servicios financieros", en Noticias de la Unión Europea, Nº 135, abril 1996, pp. 61-77

(19) *Ut supra* nota nº 13, en su artículo XXVIII

(20) *Ibidem*, en su artículo XVII, donde se establece: "En los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares"

financieros en dos grandes grupos. En el primero de ellos, Servicios de seguros y relacionados con seguros, incluye los seguros directos, los reaseguros y retrocesión, las actividades de intermediación de seguros y los servicios auxiliares de los seguros. El segundo grupo, el integrado por los Servicios bancarios y demás servicios financieros (excluidos los seguros), incluye todas aquellas actividades propias de las entidades financieras, así como las referidas al mercado de valores (21).

Por otra parte, consciente de la importancia de garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero internacional y de los efectos negativos que una quiebra en el mismo puede acarrear a las economías de los distintos Estados, el Anexo sobre servicios financieros no excluye la posibilidad de que los Miembros puedan adoptar medidas cautelares y de supervisión, pensando así en la protección de los inversores, depositantes y tenedores de pólizas o personas con las que un proveedor de servicios financieros tenga contraída una obligación fiduciaria (22).

## C. EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (23)

En el marco de actuación de la OMC, la Conferencia Ministerial que tuvo lugar en Ginebra en mayo del año 1998 (24) declaró la importancia del paulatino desarrollo del comercio electrónico y su incidencia en el mercado mundial. En esta Conferencia, sus miembros afirmaban que con carácter general una gran parte de las transacciones que se llevan a cabo por vía electrónica -internet- se engloban en el ámbito de los servicios que, a su vez, abarca el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Así, las disposiciones del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios serán aplicables al comercio de servicios desarrollado por medios electrónicos.

Por su parte, el Consejo General de la OMC, en su reunión de septiembre de 1998 definía el comercio electrónico como "la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos" (25)

En definitiva, en el programa de trabajo sobre el comercio electrónico adoptado por el Consejo General se delegaba en el Consejo del Comercio de Servicios para llevar a cabo el examen y estudio de las implicaciones del comercio electrónico en el marco jurídico del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Se reconoce así la importancia de una nueva forma de prestación de servicios -por medios electrónicos- y el desarrollo que va a alcanzar en un futuro próximo.

## III. LOS SERVICIOS FINANCIEROS BANCARIOS Y EL COMERCIO ELECTRONICO

(21) *Ibidem*, en el apartado 5 de su Anexo sobre servicios financieros

(22) *Ibidem*, en el apartado 2

(23) *Vid.*, al respecto, R. PEREZ ESTEVE: "A Quantitative Assessment of Electronic Commerce", September, 1999, en [http://www.wto.org/english/tratop\\_c/ecom\\_c/ecom\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_c/ecom_c/ecom_e.htm)

(24) *Vid.* <http://www.wto.org/>

(25) *Ibidem*

## A. EL MERCADO FINANCIERO EN LA UNIÓN EUROPEA

### 1. Hacia un mercado integrado de servicios financieros y de capitales en la Unión europea

#### a) Planteamiento

La introducción de la moneda única, el euro, unido al actual fenómeno de globalización al que estamos asistiendo de un tiempo a esta parte y a la aplicación de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, son factores decisivos en el cambio operado en los mercados financieros que cada vez son más abiertos (26). En la Unión Europea, la creación de un mercado único de servicios financieros representa uno de los aspectos esenciales del mercado único ya contemplado en el Tratado de Roma, así como un excelente instrumento para que nuestra economía alcance un mayor grado de desarrollo y competitividad.

El Consejo Europeo en su reunión de Cardiff (27) acordó la elaboración de un marco de acción para los servicios financieros. Esta solicitud se plasmó en una Comunicación de la Comisión de 28 de octubre de 1998 (28). El objetivo principal de la misma es reflexionar sobre aquellas cuestiones relacionadas con el establecimiento de un mercado único de servicios financieros. Cuestiones como la legislación prudencial y de supervisión del mercado único de servicios financieros, la modernización de los mercados financieros al por mayor, la realización de un verdadero mercado único de servicios financieros al por menor, las operaciones financieras transfronterizas, las condiciones de competencia entre operadores financieros o la eliminación de las disparidades fiscales en el tratamiento del ahorro privado son objeto de estudio en esta Comunicación.

Continuando en esta línea, el Consejo Europeo de Viena (29) solicitó la elaboración de un programa de trabajo que desarrollase el marco de acción ya definido en la Comunicación de la Comisión de 28 de octubre de 1998. Así, la Comisión, en su Comunicación de 11 de mayo de 1999 (30) establecía un calendario de medidas para alcanzar el objetivo del mercado único de los servicios financieros.

Finalmente, el Consejo Europeo de Lisboa (31) reconocía la importancia del desarrollo de la nueva economía y el papel fundamental que estaba llamado a desarrollar el mercado financiero. Así, se adoptó una medida política importante: que el

(26) *Vid.*, S.L. LUMPKIN, "Impact of the Euro on Financial Markets" OECD, [http://www.oecd.org/daf/financial\\_affairs/markets/EMT72/ImpactO/Euro.pdf](http://www.oecd.org/daf/financial_affairs/markets/EMT72/ImpactO/Euro.pdf)

(27) Consejo Europeo de Jefes de Estado y de Gobierno celebrado en Cardiff durante los días 15 y 16 de Junio de 1998. *Vid.* conclusiones de la Presidencia en <http://ue.eu.int/es/Info/eurocouncil/index.htm>

(28) Comunicación de la Comisión "Servicios financieros. Establecimiento de un marco de actuación". Documento COM (1998) 625 final, de 28.10.1998.

(29) Celebrado durante los días 11 y 12 de diciembre de 1998. *Vid.* conclusiones de la Presidencia en <http://ue.eu.int/es/Info/eurocouncil/index.htm>

(30) Comunicación de la Comisión "Aplicación del marco para los mercados financieros: plan de acción". Documento COM (1999) 232, de 11.05.1999.

Plan de acción para la consecución de un mercado de capitales y servicios financieros integrados en la Unión Europea (32) se acabe antes del año 2005.

#### b) Beneficios de la integración de los mercados financieros

Sin lugar a dudas, el papel fundamental que los servicios financieros desempeñan en el conjunto de la actividad económica de la Unión Europea, así como su incidencia directa en el crecimiento económico y la creación de empleo, ha sido un factor esencial para establecer un plan de acción con fechas y objetivos muy determinados en el seno de la Unión Europea.

Un mercado integrado de servicios financieros y de capitales en la Unión Europea representa beneficios indudables tanto para las empresas -aumento del capital disponible en el seno de la Unión Europea, financiación más accesible, barata y adecuada especialmente para las nuevas empresas, mayor accesibilidad a los mercados financieros que redunde en la creación de nuevas empresas y en la creación de empleo...-, como para los consumidores -mayor rentabilidad para los inversores, mayor productividad para los ahorradores y, en definitiva, mayor competencia a la hora de dirigirse a los prestadores de servicios financieros-Del mismo modo, un mercado único de inversores profesionales en la Unión Europea puede generar importantes beneficios económicos para los grandes inversores (33).

Por todo ello, resulta necesario establecer un marco legal que regule todos estos aspectos y permita obtener el máximo beneficio de la integración de los mercados financieros en la Unión Europea.

#### c) Principio de la licencia única y control en el Estado de origen

En el ámbito de la Unión Europea se viene aplicando el principio del "pasaporte europeo único" (34). Ello significa que los prestadores de servicios autorizados para ofrecer tales servicios pueden ejercer su actividad en todo el ámbito de la Unión Europea una vez hayan obtenido la autorización preceptiva por parte de la autoridad supervisora en el Estado de establecimiento.

Sin embargo, la actividad financiera transfronteriza en la Unión Europea no se encuentra totalmente desarrollada. Entre otras cosas, por la inexistencia de un mercado monetario único. No obstante, con la puesta en marcha, aún inconclusa, del

(31) Celebrado durante los días 23 y 24 de marzo de 2000. *Vid.* conclusiones de la Presidencia en <http://ue.eu.int/es/Info/eurocouncil/index.htm>

(32) *Vid.*, la Comunicación de la Comisión de 11 de mayo de 1999. *Ut supra* nota n° 30

(33) *Vid.*, el Informe de la Comisión "Servicios financieros. Prioridades y avances. Tercer informe" COM (2000)692 final, de 8.11.2000

(34) Este principio se encuentra recogido en la Directiva del Consejo 89/646, de 15 de diciembre de 1989 (Segunda Directiva de coordinación bancaria), para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/80/CEE (DOCE L 386, de 30.12.1989)



mercado único financiero se va a generar un beneficio indudable para los consumidores: mayores posibilidades de elección y mejora en los servicios utilizados.

De este modo, frente al *modus operandi* que han venido desarrollando los prestadores de servicios financieros en el mercado único europeo, a través del establecimiento de filiales en otros Estados miembros, parece evidente que la aparición y desarrollo del mercado electrónico, juntamente con la introducción de la moneda única y la cada vez mayor convergencia legislativa, van a contribuir a desarrollar en toda su extensión un mercado único de servicios financieros.

Por este motivo, la puesta en marcha y desarrollo del comercio electrónico de servicios financieros lleva aparejada indefectiblemente la prestación de servicios transfronterizos sin ningún tipo de condición o esfuerzo añadido, es decir, la prestación de servicios desde el establecimiento de origen del prestador de servicios.

Por todo ello, podemos concluir que la prestación de los servicios financieros a través del comercio electrónico va a beneficiar de una forma clara tanto a proveedores de servicios cuanto a los usuarios.

La Directiva sobre Comercio electrónico (35), así como la Propuesta de Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (36) no solo van a facilitar esta operativa sino que, al mismo tiempo, van a constituir el marco jurídico que regule la relación entre los prestadores de servicios a distancia y los consumidores.

Sin embargo, a nivel internacional, donde aún no existe una convergencia en el plano legislativo, resulta evidente que las transacciones transfronterizas de productos financieros al por menor, fomentadas por el cada vez mayor uso de internet, está poniendo en evidencia los problemas jurídicos derivados de las distintas normativas aplicables. En estas circunstancias, el consumidor ha de ser consciente de su aceptación de la legislación que configura los sitios de internet de aquellos prestadores de servicios financieros a los que acude a través de la red.

#### d) Importancia de las normas de supervisión prudencial de las entidades financieras

Contribuir a la estabilidad del mercado de servicios financieros en un marco globalizado como lo es el mercado financiero exige el establecimiento de unas normas de supervisión cautelar claras y rigurosas que regulen la actividad del comercio electrónico en los servicios financieros.

La legislación comunitaria vigente en la materia pretende limitar y supervisar el riesgo institucional y sistémico en un sector donde la interacción entre los mercados

(35) 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) (DOCE L 178, de 17.07.2000)

(36) Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 97/35/CE y 97/36/CE COM (1999) 385 final, de 23.07.1999 (DOCE C 177, de 27.06.2000)

bancario y de valores es muy importante. Se trata de prevenir posibles riesgos que puedan afectar al mercado único financiero (37).

Pese a ello, no podemos olvidar que los cambios introducidos por la aplicación de las nuevas tecnologías vaticinan la aparición de nuevos desafíos y la liberalización internacional de los servicios financieros auspiciada por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) -suscrito en el marco de la Organización Mundial de Comercio- pone de manifiesto que, con la integración del mercado financiero mundial, resulta cada vez más importante establecer unas normas de supervisión cautelar del sector financiero contemplada desde una perspectiva global.

## B. LAS ENTIDADES FINANCIERAS Y LA BANCA ELECTRÓNICA

### 1. Introducción

Con la aparición del comercio electrónico el mercado de los servicios financieros está sufriendo una convulsión impensable hace tan solo unos años. Frente a los sistemas comerciales tradicionales, el comercio electrónico supone un impacto sobre las transacciones transfronterizas hasta ahora desconocido (38).

Esto significa una oportunidad única para los prestadores de servicios que van a poder canalizar su actividad a través de la red, superando así los obstáculos físicos que hasta la fecha no les permitían operar en determinados mercados.

Por todo ello, no resulta extraño que de un tiempo a esta parte hayan proliferado los sitios bancarios en internet -bancos virtuales- ofreciendo a los consumidores servicios financieros "on line" (39). Probablemente la importancia de estos sitios no radique tanto en la venta transfronteriza de servicios financieros que ofrecen al consumidor cuanto en el hecho de que, a través de las nuevas tecnologías y desde su lugar de origen, estos prestadores de servicios pueden llegar a cualquier usuario de internet (40).

(37) *Id.*, en este sentido, el Informe de la Comisión: "Avances en los servicios financieros - Segundo informe" COM (2000) 536 final, de 30.05.2000

(38) *Id.*, al respecto, el Informe del Comité de mercados financieros de la OCDE "Cross-Border Trade in Financial Services: Economics and Regulation" en [http://www.oecd.org/dataoecd/1e/ff/financial\\_affairs/markets/FMT75Cross-Border.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/1e/ff/financial_affairs/markets/FMT75Cross-Border.pdf)

(39) *Id.*, entre otros, [www.first-e.com/flash.html](http://www.first-e.com/flash.html) y [www.wingspanbank.com](http://www.wingspanbank.com)

(40) Se estima que, únicamente en España, la banca por Internet tendrá un millón de usuarios este año. Fuente Cinco Días, 19 de enero de 2001, pág. 23.

## 2. Las entidades de dinero electrónico

### a) Planteamiento

El dinero electrónico, como medio de pago de reciente aparición, viene a sustituir al dinero tradicional en forma de monedas y billetes al tiempo que representa un instrumento de pago actual y moderno por el que unos valores monetarios se almacenan en un soporte electrónico. Este soporte, que puede ser tanto una tarjeta inteligente como la memoria de un ordenador, está a disposición del consumidor que lo utilizará para efectuar pagos electrónicos en sus relaciones comerciales.

La Directiva 2000/46 del Parlamento Europeo y del Consejo que establece el marco jurídico para regular el acceso, ejercicio y supervisión cautelar de las entidades de dinero electrónico en la Unión Europea (41), define el dinero electrónico como un valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor que ha de reunir los siguientes requisitos: a) encontrarse almacenado en un soporte electrónico; b) que haya sido emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no sea inferior al valor monetario emitido y c) que sea aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor (42), sin olvidar que está pensado para efectuar pagos electrónicos de pequeña cuantía.

Por otra parte, la aparición del dinero electrónico está suscitando cuestiones técnicas y jurídicas que han de ser objeto de estudio y análisis (43). Así, por ejemplo, la emisión de medios de pago en forma de dinero electrónico que habrá de llevarse a cabo por entidades de crédito (44), es decir, entidades cuya actividad reside en la recepción de depósitos u otros fondos reembosables y la concesión de créditos por cuenta propia, o por entidades de dinero electrónico —distintas a las entidades de crédito— autorizadas al efecto (45), la eficiencia en el funcionamiento de los sistemas de pago, la confianza en los instrumentos de pago, la protección del consumidor o la propia estabilidad de los mercados financieros.

(41) Directiva de 18 de septiembre de 2000 sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades (DOCE L 275, de 27.10.2000)

(42) *Ibidem*, en su artículo 1

(43) En relación a un estudio sobre estas cuestiones *Vid.* el trabajo "Cuestiones suscitadas por la aparición del dinero electrónico" en el Boletín mensual del Banco Central Europeo, Noviembre 2000, pp. 39-50 <http://www.bce.es/informes/bce/bolemenu.htm>, así como el documento "Report on Electronic Money" del Banco Central Europeo, Agosto 1998, en [http://www.e-global.es/010\\_european\\_central\\_report.pdf](http://www.e-global.es/010_european_central_report.pdf)

(44) *Vid.* en este sentido, la definición de entidad de crédito incluida en el artículo 1 de la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio (DOCE L 126, de 26.05.2000) (modificada por la Directiva 2000/27/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 18 de septiembre de 2000) (DOCE L 275, de 27.10.2000)

(45) La Directiva 2000/46/CE (*Ut supra* nota nº 41) define, en su artículo 1, las entidades de dinero electrónico como "una empresa o cualquier otra persona jurídica distinta de una entidad de crédito tal como se define en la letra a) del párrafo primero del punto 1 del artículo 1 de la Directiva 2000/12/CE, que emita medios de pago en forma de dinero electrónico".

Podemos observar, por lo tanto, que la aparición del dinero electrónico lleva aparejado un cambio en la concepción clásica de entidad de crédito. Parece evidente que las nuevas entidades de dinero electrónico nacidas al socaire del dinero electrónico habrán de incluirse en el concepto de entidad de crédito, aún cuando su actividad se limite a la emisión de medios de pago de dinero electrónico y a aquellas actividades relacionadas con la misma (46)

### b) Marco normativo comunitario

La Directiva 2000/46 (47) y la Directiva 2000/12 (48) establecen un marco comunitario normativo que regula la emisión de dinero electrónico y la supervisión cautelar de las entidades de dinero electrónico, mediante la aplicación a estas entidades de las disposiciones de reconocimiento mutuo de la supervisión llevada a cabo en origen tal y como prevé la Directiva 89/646 (Segunda directiva de coordinación bancaria) (49).

La inexistencia de un marco jurídico que regule la emisión de dinero electrónico por entidades diferentes a las entidades de crédito hacía necesaria la adopción de esta normativa. Con ello, se pretende favorecer el mercado único europeo proporcionando al consumidor una mayor seguridad jurídica y, al mismo tiempo, contribuir al desarrollo del comercio electrónico.

### I. Acceso al mercado y reconocimiento mutuo

Dado que las entidades de crédito, junto a las entidades de dinero electrónico, están autorizadas para emitir medios de pago en dinero electrónico parecía evidente que el marco jurídico definido para controlar el acceso al mercado de las entidades de dinero electrónico no debía diferir del que se viene aplicando para las entidades de crédito. Se requería una armonización de las legislaciones comunitarias que permitiese asegurar el reconocimiento mutuo de las entidades de dinero electrónico en todo el territorio de la Unión Europea, es decir, aplicar de nuevo el principio de la licencia única reconocida adoptada por el Estado miembro de origen (50).

De este modo, al tiempo que se armoniza la emisión de dinero electrónico por entidades de dinero electrónico reconocidas, a través de la unificación de criterios en relación al acceso al mercado de estas entidades, se persigue evitar la distorsión de la competencia entre los emisores de dinero electrónico.

(46) *Ibidem*, en su artículo 1 párrafo 5, donde se limitan las actividades comerciales que pueden desarrollar las entidades de dinero electrónico contrariamente a lo que sucede con las entidades de crédito.

(47) *Ut supra* nota nº 41

(48) *Ut supra* nota nº 44

(49) *Ut supra* nota nº 34

(50) La Directiva 2000/46 (*Ut supra* nota nº 41), en su artículo 9, deja este control y autorización en manos del Estado miembro en el que la entidad de dinero electrónico tenga su domicilio social

## 2. Normas de supervisión cautelar

Por otra parte la emisión de dinero electrónico y la utilización del mismo como un medio de pago está llamada a jugar un papel preponderante en la nueva actividad económica y en el desarrollo del comercio electrónico. Además, su incidencia en el sistema financiero en general, y en los sistemas de pago en particular, hace necesaria la supervisión de los sistemas de dinero electrónico.

En este sentido, el marco jurídico desarrollado por la Directiva 2000/46, autoriza al Estado miembro de origen a desempeñar esta función de supervisión cautelar de la gestión de las entidades de dinero electrónico. Para ello, aplicarán a las entidades de dinero electrónico el mismo marco jurídico de supervisión prudencial de las entidades de crédito y estabilidad del sistema financiero que se viene aplicando a las entidades de crédito (51) si bien con algunas excepciones, por cuanto se considera que la actividad desarrollada por las entidades de crédito es más amplia que las que desempeñan las entidades de dinero electrónico.

En resumen, si bien el régimen de supervisión aplicado a las entidades de dinero electrónico puede ser considerado menos oneroso que el aplicable a las propias entidades de crédito ello queda compensado con las limitaciones impuestas a las entidades de dinero electrónico en relación a las actividades comerciales que puedan desempeñar.

## C. PRESTACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS POR VIA ELECTRÓNICA

### 1. Venta transfronteriza de servicios financieros

#### a) Planteamiento

La aplicación de las nuevas tecnologías de la información al sector financiero está generando nuevas oportunidades de negocio en esta actividad. Junto a la posibilidad de facilitar información acerca de sus productos a potenciales clientes, las entidades financieras son conscientes de que pueden desarrollar una parte muy importante de su negocio a través de la red sin el problema añadido que representa el establecimiento de sucursales o filiales en otros Estados. Al mismo tiempo, se saben conscientes del escaparate que representan sus servicios *on line* de cara a un número indeterminado de usuarios que pueden acceder a los mismos a través de la red.

De este modo, el comercio transfronterizo de servicios financieros puede ser definido como la prestación de un servicio por una entidad financiera situada en un Estado diferente al del beneficiario del servicio y que no posee ningún tipo de presencia física en el país del receptor del servicio.

### b) Marco jurídico para la provisión en línea de servicios financieros

La Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico (52) juntamente con la futura directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (53) facilitan un marco jurídico apropiado para el desarrollo de los servicios financieros por vía electrónica.

#### 1. Directiva sobre el comercio electrónico

Sin duda alguna el marco jurídico general que nos presenta la Directiva sobre el comercio electrónico tiene un carácter horizontal, de tal forma que se aplica a todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en territorio comunitario, al tiempo que define las bases de lo que ha de entenderse por contratación electrónica y reafirma el principio de control en origen y reconocimiento mutuo del prestador de servicios.

Este principio conlleva una doble obligación. Para el Estado miembro de origen (donde se encuentra establecido el prestador de servicios) controlar la observancia de las disposiciones nacionales de aplicación garantizando así el acceso del prestador de servicios a todo el territorio comunitario y, lo que es tal vez más importante, la protección del receptor del servicio. Para el Estado miembro de acogida (donde se encuentra establecido el receptor del servicio) reconocer el servicio que viene prestado bajo las condiciones de la legislación del Estado de origen, sin imponer condiciones que puedan limitar la libre prestación de servicios en el territorio comunitario, más allá de las restricciones establecidas en la propia Directiva.

Asimismo, la Directiva sobre el comercio electrónico define el llamado ámbito coordinado, es decir, el conjunto de requisitos que habrán de exigirse en el Estado de residencia a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para que, una vez superado ese control en origen, puedan desarrollar su actividad en el resto del territorio comunitario sin necesidad de nueva autorización previa.

Con ello se pretende integrar el comercio electrónico en el mercado interior, haciéndolo participe de los beneficios que genera la existencia de un mercado único y garantizando, al mismo tiempo, la libre prestación de servicios de la sociedad de la información, de conformidad al artículo 49 del Tratado CE.

De este modo, los servicios suministrados por prestadores establecidos fuera de la Comunidad no gozan del beneficio de la libre circulación de servicios de la sociedad de la información. Al contrario, estos servicios habrán de ser regulados por cada Estado miembro y, en todo caso, resulta muy conveniente fomentar la coordinación internacional a través de los organismos competentes -OMC, UNCITRAL,

(52) *Ut supra* nota nº 35. Para un estudio acerca de la repercusión de la Directiva sobre el comercio electrónico en los servicios financieros de la sociedad de la información *Vid.*, M. DESANTES REAL, "La Directiva sobre el Comercio Electrónico. Mercado interior y servicios financieros de la sociedad de la información", en *Derecho de Internet, Contratación electrónica y firma digital*, Coordinado por R. Mateu de Ros y J.M. Cendoya Méndez de Vigo, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 323-338

(53) *Ut supra* nota nº 36

OCDE,...- con el fin de hacer compatibles las disposiciones de derecho comunitario con el derecho internacional (54).

## 2. Propuesta de Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores

Por su parte, la Propuesta de Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores establece el marco legal aplicable a los servicios financieros concluidos a distancia por medios electrónicos.

Como ya hemos indicado, en el origen de esta Directiva subyace la necesidad de adoptar un marco jurídico que regule estas relaciones, por cuanto del ámbito de aplicación de la Directiva 97/7, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (55), quedan expresamente excluidos los contratos referidos a servicios financieros (56).

A su vez, conviene recordar que la libre circulación de servicios financieros posibilita al consumidor mayores posibilidades de elección. En este sentido, para lograr un correcto y adecuado funcionamiento del mercado interior en el ámbito de la comercialización a distancia de los servicios financieros es preciso alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores que, a su vez, incremente la confianza de los mismos en el uso del comercio electrónico. De este modo, la propuesta de Directiva regula todos los servicios financieros prestados a distancia y establece un marco jurídico que da confianza al consumidor.

Así, para entender el alcance del marco jurídico establecido por la propuesta de Directiva, conviene señalar aquellos elementos esenciales que regula la misma. En primer lugar, al definir los servicios financieros como "todo servicio bancario, de seguros, de inversión y de pago" (57) la propuesta de Directiva pretende incluir todas aquellas actividades que en su práctica habitual desarrollan las entidades financieras. En este sentido no difiere de la concepción de servicio financiero que podemos encontrar en otros textos jurídicos (58).

(54) *Vid.*, en este sentido, M. DESANTES REAL, "La Directiva sobre el Comercio electrónico... (U*l* *supra* nota n° 52). Igualmente, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo "Comercio electrónico y servicios financieros", Bruselas, 26.01.2001, en [http://europa.eu.int/comm/inter-market/en/finances/general/ecom\\_es.pdf](http://europa.eu.int/comm/inter-market/en/finances/general/ecom_es.pdf)

(55) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 (DOCE L 144, de 4.06.1997)

(56) *Ibidem*, en su artículo 3, apartado 1, y en el Anexo II donde se detallan los servicios financieros que quedan excluidos de la aplicación de la Directiva

(57) *U*l* *supra* nota n° 36*, en su artículo 2, apartado b)

(58) *Vid. ad example*, el Anexo sobre servicios financieros del Acuerdo General del Comercio de Servicios (AGCS) (*U*l* *supra* nota n° 13*), en su punto 5, apartado a) donde se define como servicio financiero "...todo servicio de carácter financiero ofrecido por un proveedor de servicios financieros de un Miembro. Los servicios financieros comprenden todos los servicios de seguros y relacionados con seguros y todos los servicios bancarios y demás servicios financieros (excluidos los seguros)". *Vid.*, en el mismo sentido, el Anexo I de la Directiva 2000/12 (*U*l* *supra* nota n° 44*), donde se enumerará la Lista de actividades financieras que se beneficiarán del reconocimiento mutuo.

Por otra parte, en relación al concepto de contrato a distancia debemos señalar su semejanza con lo ya establecido en la Directiva 97/7 (59), al considerar que será cualquier contrato relativo a servicios financieros que se efectúe, sin la presencia física entre el proveedor y el consumidor, a través de una técnica de comunicación a distancia, en definitiva, de medios electrónicos.

Resultan igualmente de gran importancia los aspectos recogidos en la propuesta de Directiva relativos al buen funcionamiento de estos contratos concluidos a distancia. Se trata de la información que el proveedor ha de facilitar al consumidor tanto *ex ante* -antes de la conclusión del contrato- cuanto *ex post* -una vez concluido el contrato- (60), así como la ejecución del contrato, el derecho de retracto del que dispone el consumidor y la responsabilidad del prestador de servicios derivada tanto de la no ejecución del contrato como de la incorrecta ejecución del mismo.

Conviene resaltar que la propuesta de Directiva, consciente de que establece un grado elevado de protección del consumidor, no permite a los Estados -en el momento de incorporar la misma en sus respectivos ordenamientos internos- adoptar medidas de mayor protección que las que establece la Directiva a favor de los consumidores (cláusula mínima) en los ámbitos armonizados por ésta, no así en aquellos aspectos que no armonice la Directiva.

En este sentido, llama poderosamente la atención un aspecto que merece ser destacado en la propuesta de Directiva por cuanto no lleva el ámbito de armonización de la protección de los consumidores hasta sus últimas consecuencias. Nos referimos a los plazos para ejercitar la retractación (61). Si asumimos que el plazo para ejercitar el derecho de retractación es el adoptado por el Estado de establecimiento del prestador de servicios, en caso de discrepancia con el del domicilio del consumidor (62), nos encontraremos ante una situación frontalmente opuesta a lo establecido en el Convenio de Roma (63) que, no olvidemos, favorece la aplicación de la ley del consumidor. Sin embargo, en un supuesto como el aquí planteado habría que aplicar la ley del domicilio del proveedor de servicios (64),

(59) *U*l* *supra* nota n° 55* en su artículo 2

(60) El sistema de información *ex ante* y *ex post* arbitrado en la propuesta de Directiva es muy similar al establecido en la Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas (DOCE L 43, de 14.02.1997), incorporada en derecho español mediante Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea, (BOE número 88, de 13.04.1999) y Orden de 16 de noviembre de 2000 de desarrollo de la Ley 9/1999, (BOE número 283, de 25.11.2000)

(61) *U*l* *supra* nota n° 36*. La propuesta de Directiva establece en su artículo 4 el derecho de retractación del consumidor tras la celebración del contrato, estableciendo que los Estados determinarán el plazo -entre 14 y 30 días- dentro del cual podrá ejercitarse.

(62) *Ibidem*. El tenor literal del artículo 4 de la propuesta de Directiva establece: "Los Estados miembros deberán prever que el consumidor disponga de un derecho de retractación de cuarenta a treinta días, que podrá variar en función de los servicios financieros de que se trate....."

(63) El Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (DO L 266, de 9.10.1980), establece en su artículo 5, al referirse a los contratos celebrados por los consumidores, que "...la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual".

(64) *Vid.*, el Libro verde presentado por la Comisión, "Servicios financieros: como satisfacer las expectativas de los consumidores", COM (96) 209 final, de 22.05.1996 y la Comunicación de la Comisión: "Servicios financieros: reforzar la confianza del consumidor", COM (97) 309, final, de 26.06.1997

atendiendo a la prioridad que el propio Convenio de Roma atribuye al Derecho comunitario (65).

Además, aún cuando con esta medida se pretenda facilitar la libre circulación de servicios financieros, resulta evidente que si estos plazos no se unifican el consumidor habrá de conocer de antemano el plazo de retractación previsto en el Estado miembro en el que se encuentre establecido el prestador de servicios con el que está contratando, de otro modo corre el riesgo de ejercitar la retractación fuera de plazo.

A *sensu contrario*, ¿qué plazo se aplica cuando el proveedor de servicios no se encuentre establecido en ningún Estado miembro? En estos supuestos, cuando el consumidor contrata con un prestador de servicios establecido fuera de la Unión Europea, el marco jurídico aplicable no será el comunitario por lo que habrá que estar a lo pactado por las partes y, en su defecto, la normativa de aplicación vendrá determinada por la norma de conflicto, es decir, por el Convenio de Roma.

Finalmente, no podemos olvidar los acuerdos suscritos en el marco de la OMC. El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) se aplica íntegramente a los servicios financieros y prevé la posibilidad de que los consumidores puedan acceder a los servicios financieros a través de prestadores de servicios establecidos en otros estados no comunitarios, por lo que en estos casos habrá que estar a lo que se disponga en el mencionado Acuerdo (66).

## 2. Medios electrónicos de pago (67)

### a) Planteamiento

El paulatino desarrollo del comercio electrónico exige cada vez más la puesta a disposición de las empresas y el consumidor de unos medios electrónicos de pago seguros, fiables y eficaces (68). Este hecho nos enfrenta a tres cuestiones básicas: la autenticación de las partes –asegurar la identidad tanto del proveedor cuanto del consumidor que se encuentran a ambos lados de la red–; la integridad de los mensajes –es decir, la garantía de que los mensajes enviados no van a ser modificados– y

(65) Así, el artículo 20 del Convenio de Roma (*Ut supra* nota nº 63) establece: "El presente Convenio se entiende sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o estarán contenidas en los actos derivados de las instituciones de las Comunidades Europeas o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos"

(66) *Ut supra* nota nº 13

(67) Un análisis sobre los sistemas electrónicos de pago y los aspectos jurídicos que de su uso derivan podemos encontrarlo en K. BÖHLE, M. ARDIER y U. RIBHM, "Electronic Payment Systems in European countries. Country Synthesis Report on <http://www.itas.fzk.de/deu/projekt/pep/enuis.htm>; y L. HOGAR "Electronic Payment Systems" en [http://www.eclip.org/eclip\\_1.htm](http://www.eclip.org/eclip_1.htm)

(68) *Vid.*, entre otros, A. MARTINEZ NADAL: "Medios de pago en el comercio electrónico", en Actualidad Informática Aranzadi, Nº 37, Octubre 2000, pp. 5-11 y I.MAGUIROS y D. WILSON "Sistemas de pago electrónico más eficaces promoverán el crecimiento del comercio electrónico", en The IPTS, Número 44, Mayo 2000, pp.6-14. En relación a la seguridad de los medios electrónicos de pago, *Vid.*, la Propuesta de Decisión marco del Consejo sobre lucha contra el fraude y falsificación de medios de pago

la confidencialidad de los mismos –que vendrá garantizada por la firma electrónica (69) y los proveedores de servicios de certificación– (70).

Tal y como hemos tenido ocasión de señalar en el presente trabajo tanto la emisión del dinero electrónico cuanto las entidades encargadas del mismo gozan ya de una regulación jurídica. No podemos decir lo mismo de los medios de pago electrónico, ámbito en el no encontramos una legislación específica que regule todos los aquellos aspectos contractuales derivados de los mismos y, que afectan a las partes implicadas (entidades financieras, emisores, comerciantes y titulares) en los medios electrónicos de pago.

Frente a esta laguna legal, que habrá que cubrir aplicando la normativa interna existente en la materia, nos encontramos con algunas iniciativas comunitarias en forma de actos no vinculantes como son las Recomendaciones adoptadas por la Comisión hasta la fecha.

### b) Regulación jurídica

Así, a finales de los años 80, la Comisión adoptó dos Recomendaciones; una, en materia de pago electrónico (71) y otra en la que regulaba las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas (72). Consciente del importante papel que en la consecución del mercado interior deben desempeñar los medios de pago, la Comisión abogaba en estas Recomendaciones por la necesidad de alcanzar la compatibilidad y complementariedad entre los distintos sistemas de pago operantes en la Comunidad Europea. Es este un tema aún abierto por cuanto en él radica uno de los principales problemas para la consecución de un verdadero mercado único financiero en la Unión Europea (73). Por otra parte, la Comisión establecía una serie de directrices aplicables a los pagos efectuados por medios electrónicos con el fin de regular y

(69) *Vid.*, al respecto, la iniciativa comunitaria en materia de firma electrónica, Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE L 13, de 19.01.2000), así como la normativa nacional sobre esta materia, Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, BOE nº 224, de 18.09.1999.

(70) *Vid.* M. RAYNAUD, "Les regles juridiques applicables au commerce par voie électronique" en Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, 1997, v.4, pp. 895-907

(71) Recomendación de la Comisión (87/598/CEE) de 8 de diciembre de 1987 sobre un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (Relaciones entre los organismos financieros, comerciantes-prestadores de servicios y consumidores) (DOCE L 365, de 24.12.1987)

(72) Recomendación de la Comisión (88/590/CEE) 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 L 317, de 24.11.1988). Sobre el alcance y contenido de esta Recomendación *Vid.* J. SÁNCHEZ-CALERO GUJTARTI: "La armonización comunitaria de los sistemas de pago electrónicos (tarjetas)", en Noticias CEE, nº 58, noviembre 1989, pp.39-44; y M.P. DIEZ CREMADES: "Comentario a la Recomendación de la Comisión de 17 de noviembre de 1988 relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas", en Noticias CEE, número 64, mayo 1990, pp.45-52

(73) *Vid.* en este sentido, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: "Pagos de poco valor en el mercado interior". Documento COM (2000) 36 final, de 31.01.2000, donde se proponen algunas soluciones para lograr la compatibilidad y complementariedad de los sistemas operantes en el mercado interior.

definir las obligaciones tanto de las entidades emisoras de estos medios como de los usuarios de los mismos.

Más recientemente, hemos de mencionar una nueva Recomendación de la Comisión, de 30 de julio de 1997, que se aplica a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago (74), entendiendo por tales los instrumentos de dinero electrónico recargable, es decir, las tarjetas de pago y los servicios de telebanco y de banca a domicilio; así como los instrumentos de pago recargable -instrumentos de dinero electrónico recargable en forma de tarjetas y de fichas electrónicas almacenadas en la memoria de una red de ordenadores-.

Esta Recomendación recoge todo un catálogo de las obligaciones del emisor y del titular de cualesquiera de estos instrumentos electrónicos de pago. Aún cuando es bien conocido su carácter no vinculante, no cabe duda que esta Recomendación intenta llenar el vacío existente en la regulación jurídico-privada entre las partes implicadas en estos instrumentos electrónicos de pago.

Tampoco debe olvidarse que algunas iniciativas legislativas vinculantes (75) adoptadas por la Comisión en materia financiera han tenido como antecedente una Recomendación, pretendiendo así que fuese el propio sector implicado el que se autorregulase en la materia objeto de la Recomendación.

Por otra parte, un aspecto esencial que debería ser objeto de regulación en un futuro no muy lejano es el relativo al derecho de reembolso del consumidor que se vea perjudicado cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) error en el tratamiento del medio de pago utilizado; b) utilización fraudulenta del medio de pago o, c) no conclusión o prestación del servicio solicitado cuando este haya sido previamente abonado (76).

### 3. Transacciones transfronterizas

#### a) Marco jurídico aplicable

De un tiempo a esta parte, se ha podido observar una mejora en la eficacia de las transferencias transfronterizas. Este medio electrónicos de pago cuenta con un marco jurídico que, sin duda alguna, ha contribuido a ello. Nos referimos a la Directiva 97/5 relativa a las transferencias transfronterizas (77).

(74) Recomendación 97/489/CE, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos (DOCE L 208, de 2.08.1997)

(75) Así, la Directiva 97/5/CE, relativa a las transferencias transfronterizas (U*l supra* nota n° 60) vino precedida de la Recomendación de la Comisión (90/109/CEE) de 14 de febrero de 1990, sobre la transparencia de las condiciones bancarias en las transacciones financieras transfronterizas (DOCE L 67, de 15.03.1990)

(76) Comunicación de la Comisión "Comercio electrónico y servicios financieros" (U*l supra* nota n° 54)

(77) U*l supra* nota n° 60

Sin embargo, todavía se detectan en este ámbito algunos obstáculos a la libre prestación transfronteriza de servicios financieros. Por ejemplo, las transferencias transfronterizas aún siguen siendo más costosas que las transferencias internas, algo que no debe mantenerse en un mercado único.

No obstante, si bien la mencionada Directiva pretendía eliminar los problemas jurídicos mediante la armonización de la legislación comunitaria aplicable, es evidente que no puede dar solución a los problemas técnicos que plantean los distintos sistemas electrónicos de transferencia que en la actualidad vienen operando en el ámbito comunitario (78).

De este modo, aún cuando existen posibles soluciones en el mercado financiero, tales como el sistema TARGET (79) o las Cámaras de Compensación Automática (80) que operan en todos los Estados miembros, estos plantean problemas adicionales. Así, el sistema TARGET, que viene operando con eficacia, está concebido para el pago de grandes sumas, por lo que los pagos transfronterizos de pequeña cuantía no pueden beneficiarse del mismo. En relación a las Cámaras de Compensación Automática, el principal problema radica en la territorialidad de las mismas y la ausencia de un enlace que permita operar a todas a nivel comunitario (81).

Este escenario, en el que se cita especialmente los pagos de poco valor, requiere la adopción de medidas correctoras con el objetivo de no seguir penalizando las transacciones transfronterizas en el mercado interior. Así, la Comisión, ha venido recomendando al sector financiero un esfuerzo que redunde en la mejora de sus propias infraestructuras y, como medidas concretas, la extensión de la aplicación del sistema TARGET a determinados pagos transfronterizos, la vinculación entre las

(78) Vid. en este sentido las distintas soluciones -integradoras y de combinación de redes- propuestas por la Comisión en su Comunicación Pagos de poco valor en el mercado interior (U*l supra* nota n° 73)

(79) Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer system (Sistema trans-europeo de transferencias exprés de liquidaciones brutas automatizadas en tiempo real) Vid. en este sentido, "El sistema TARGET (Sistema automatizado trans-europeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real)" en <http://www.bde.es/informes/bce/bm0012-3.pdf> y "Improving Cross-Border Payments in the Euro Area", European Parliament, Economic Affairs Series, en <http://www.europarl.eu.int/workingpapers/econ/default251en.htm>

(80) Organismos nacionales a través de los cuales los pagos automáticos se canalizan, compensan y pagan (Automated Clearing Houses). En este sentido, Vid. la Comunicación de la Comisión sobre política de competencia y transferencias transfronterizas (DOCE C 251, de 27.09.1995) donde se define la "cámara de compensación electrónica" como "un sistema electrónico de compensación basado en un conjunto de procedimientos, mediante el cual las entidades crediticias y financieras presentan e intercambian datos o documentos sobre transferencias transfronterizas, fundamentalmente por medios magnéticos o redes de telecomunicaciones; posteriormente, los datos o documentos son procesados en un centro de tratamiento de datos". En el mismo sentido, la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 sobre la firma de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores (DOCE L 166, de 11.06.1998) se refiere al término "compensación" como "la conversión en un crédito neto o una obligación neta de los créditos y obligaciones resultantes de órdenes de transferencia que uno o varios participantes emitan a otro u otros participantes o reciben de otro u otros participantes, de modo que sólo pueda exigirse un único crédito neto o deberse una única obligación neta"

(81) Un estudio comparativo sobre los sistemas de compensación en los Estados miembros lo encontramos en el Anexo 8 del Documento presentado por la Comisión: Efectuar pagos en el mercado interior, COM (90) 447 final, de 24.10.1990

distintas Cámaras de Compensación Automática existentes en los Estados miembros o la creación de una Cámara de Compensación de ámbito europeo, sin olvidar la aplicación de otros sistemas que vienen operando en la actualidad (82).

Entendemos que los mismos problemas técnicos son extrapolables al ámbito internacional, aún cuando la Ley modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito (83) pudiese contribuir a solventar los problemas jurídicos generados por la falta de unificación en la legislación de los distintos Estados.

#### b) Política de la competencia y transferencias transfronterizas

Finalmente, conviene recordar que todos los sistemas de pagos transfronterizos que sirven de base a las entidades financieras para llevar a cabo las transferencias transfronterizas, ya sea en los sistemas de compensación o en cualesquiera otros, requieren la cooperación interbancaria por lo que pueden ser catalogados como acuerdos entre entidades participantes.

De este modo, los sistemas de transferencias transfronterizas constituyen acuerdos susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros y, en la medida que esto suceda, les serán de aplicación las normas de competencia previstas en el Tratado CE (84).

En este sentido, la "Comunicación sobre política de competencia y transferencias transfronterizas" (85), adoptada por la Comisión en 1995, nos avanza los criterios de apreciación empleados por la Comisión al evaluar la compatibilidad de los sistemas de transferencias transfronterizas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE (86).

En definitiva, se trata de evitar la distorsión de la competencia favoreciendo así las ventajas que la libre competencia genera tanto para los operadores en el mercado cuanto para los consumidores.

### 4. Normas de supervisión cautelar

#### a) Estabilidad del sistema financiero

Garantizar la estabilidad del sistema financiero y evitar así el llamado riesgo sistémico, es decir, la posibilidad de que las dificultades que afecten a una entidad o

(82) La Comisión, en su Comunicación Pagos de poco valor en el mercado interior (*Ut supra* nota nº 73) cita, a modo de ejemplo, el Sistema Euro 1 de la Asociación Bancaria del Euro (ABE), los sistemas internacionales de tarjetas de crédito (VISA, Mastercard, Eurocard) o aquellos sistemas creados por grupos bancarios (Eurogiro, TIPANET, Unico, S-Interpay).

(83) *Vid.* <http://www.uncitral.org/spanish/texts/payments/mlist.htm>

(84) *Vid.* al respecto los artículos 81 y 82 del Tratado CE

(85) *Ut supra* nota nº 80

(86) En relación a la aplicación de estas normas *Vid.*, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, "La aplicación de las normas comunitarias de la competencia a los sistemas de pagos transfronterizos, en Noticias de la Unión Europea, Nº 169, Febrero 1999, pp. 71-77

grupo de entidades financieras pueda extenderse y afectar negativamente al conjunto del sistema financiero, implica la existencia de un conjunto de normas de supervisión cautelar o prudencial de las entidades que configuran el mismo. En un sentido lato, el término regulación prudencial puede definirse como aquellas medidas adoptadas por un Estado con la finalidad de garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero así como la protección del consumidor (inversores, depositantes...) (87).

Es esta una materia donde los criterios de aplicación van evolucionando constantemente. Eso redundará en una mejora en el control de las entidades financieras y, por ende, en la estabilidad del sistema financiero. Así, en el momento actual podemos destacar los nuevos criterios de control del riesgo financiero en el que está trabajando el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (88) con el fin de que estas medidas entren en vigor en el año 2004.

En esta identificación y análisis de riesgos, relativos a la banca electrónica y el dinero electrónico, el Comité de Basilea señala cuatro grandes áreas. A saber, a) el llamado riesgo operacional (relacionado con el desarrollo de la actividad diaria de las entidades financieras); b) el riesgo relativo a la reputación (que vincula directamente el prestigio y buen nombre de las entidades financieras con la confianza de sus clientes); c) el riesgo legal (derivado de la ausencia de normas específicas aplicables a las nuevas transacciones comerciales "on line" y, d) otros riesgos (entre los que se incluyen el crediticio, el de liquidez, el de tipos de interés y el de mercado) (89). Si bien nos encontramos ante riesgos ya conocidos, parece evidente que con el desarrollo de la banca electrónica éstos pueden tener un mayor impacto en las entidades financieras.

Tradicionalmente, en el ámbito comunitario la supervisión cautelar de las entidades financieras ha sido una tarea encomendada a las autoridades nacionales. La internacionalización de la actividad bancaria y la prestación de servicios financieros *on line* añade una dificultad adicional en el control de las entidades financieras por parte de las autoridades encargadas del mismo. En este sentido, el marco institucional que representa la Unión Europea ha facilitado la cooperación entre las autoridades nacionales y la creación de instrumentos que faciliten la cooperación y control de estas autoridades con el fin de prevenir crisis financieras. De este modo, el Comité de Supervisión Bancaria del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) viene contribuyendo a esta tarea desde su creación.

(87) *Vid.*, en este sentido, el Anexo sobre servicios financieros del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) (*Ut supra* nota nº 13). Un estudio sobre los problemas actuales del sistema financiero internacional y las instituciones financieras, así como las propuestas de mejora del sistema financiero, tanto a nivel internacional cuanto comunitario, puede consultarse en los siguientes trabajos del Parlamento Europeo: "The Functioning and Supervision of International Financial Institutions", en [http://www.europarl.eu.int/workingpapers/econ/pdf/118\\_en.pdf](http://www.europarl.eu.int/workingpapers/econ/pdf/118_en.pdf), y "Prudential Supervision in the Context of EMU", en [http://www.europarl.eu.int/workingpapers/econ/pdf/102\\_en.pdf](http://www.europarl.eu.int/workingpapers/econ/pdf/102_en.pdf)

(88) El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, creado en 1975, está considerado como el principal foro de cooperación internacional en materia de regulación y supervisión de entidades financieras que operan en los mercados internacionales.

(89) *Vid.*, "Risk Management for Electronic Banking and Electronic Money Activities", Basle Committee on Banking Supervision, Basle, March 1998, en <http://www.e.global.cs/riskbanking.pdf>

En aras a mantener la estabilidad del sistema financiero, la Unión Europea ha venido estableciendo unos principios de supervisión prudencial aplicables a las entidades financieras que desarrollen su actividad en el ámbito comunitario. La primera referencia la encontramos en la Directiva 73/183, sobre supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de actividades por cuenta propia de los bancos y otras entidades financieras (90). A partir de ahí, la regulación de aspectos tales como el acceso a la actividad y su ejercicio, (91) los fondos propios, (92) el coeficiente de solvencia, (93) la supervisión de las entidades de crédito de forma consolidada (94) o la supervisión y control de operaciones de gran riesgo (95), vienen a configurar el marco jurídico de supervisión de las entidades de crédito.

Junto a este marco normativo, conviene resaltar que en la actualidad la supervisión prudencial se ha extendido tanto a los aspectos de solvencia de las entidades de dinero electrónico cuanto a la vigilancia de los sistemas de pagos y de dinero electrónico.

#### b) Supervisión cautelar de las entidades de dinero electrónico

Al igual que sucede con las entidades financieras, las entidades de dinero electrónico, a las que ya nos hemos referido en el presente trabajo, habrán de ser objeto de normas de supervisión prudencial o cautelar (96). Y ello, por que con su actividad en el marco de la nueva economía están llamadas a desempeñar un papel cada vez más significativo no sólo a nivel regional sino también mundial.

De este modo, la Directiva 2000/12, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio (97) codifica y reagrupa, entre otras, las distintas disposiciones en materia de supervisión prudencial de las entidades de crédito, estableciendo al efecto como principios generales de supervisión los referidos a los fondos propios, coeficiente de solvencia, grandes riesgos y participaciones cualificadas fuera del dominio financiero.

(90) Directiva del Consejo, de 28 de junio de 1973 (DO L 194, de 16.07.1973)

(91) Vid. Directiva 77/780/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DO L 322, de 17.12.1977)

(92) Vid. Directiva 89/299/CEE del Consejo, de 17 de abril de 1989, relativa a los fondos propios de las entidades de crédito (DO L 124, de 5.05.1989)

(93) Vid. Directiva 89/647/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1989, sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito (DOCE L 386, de 30.12.1989)

(94) Vid. Directiva 92/30/CEE del Consejo, de 6 de abril de 1992, relativa a la supervisión de las entidades de crédito de forma consolidada (DO L 110, de 28.04.1992)

(95) Vid. Directiva 92/121/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1992, sobre supervisión y control de las operaciones de gran riesgo de las entidades de crédito (DOCE L 29, de 5.02.1993)

(96) Vid., al respecto, el Dictamen del Banco Central Europeo de 18 de enero de 1999, emitido a instancias del Consejo de la Unión Europea, en el que se establecen unos requisitos mínimos en relación a la supervisión prudencial de los sistemas de dinero electrónico y las entidades de crédito (DOCE C 189, de 6.07.1999)

(97) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000 (DOCE L 126, de 26.05.2000), modificada por la Directiva 2000/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, (DOCE L 275, de 27.10.2000)

Por otra parte, no debemos olvidar que la Directiva 2000/46 (98), que regula las entidades de dinero electrónico, establece ya las disposiciones básicas de aplicación para la supervisión cautelar de las mencionadas entidades. Cabe destacar que esta normativa mínima de carácter cautelar o prudencial aplicable a las entidades de dinero electrónico se basa en el principio de reconocimiento mutuo y supervisión en origen, principio ya establecido en la Segunda Directiva de coordinación bancaria (99).

Entre los aspectos principales que recoge este marco normativo en materia de supervisión cautelar podemos destacar: a) la limitación de actividades comerciales de las entidades de dinero electrónico, quedando estas reducidas a "...la prestación de servicios financieros y no financieros estrechamente relacionados con la emisión de dinero electrónico...", así como "...el almacenamiento de información en soporte electrónico en nombre de otras empresas u organismos públicos", y la limitación respecto a las participaciones en otras empresas (100); b) los requisitos relativos al capital inicial, que no podrá ser inferior a un millón de euros, y a los fondos propios permanentes que, en ningún caso, podrán ser inferiores a este mismo importe (101); c) limitación de las inversiones, pudiendo invertir estas entidades "...por un importe no inferior a sus obligaciones financieras derivadas del dinero electrónico en circulación únicamente en activos que ... tengan una ponderación del riesgo de crédito del 0% y un grado de liquidez suficiente; ... sean depósitos a la vista mantenidos en entidades de crédito de la zona A definidas en la Directiva 2000/12/CE (102); o se trate de ... instrumentos de deuda que tengan un grado de liquidez suficiente, reconocidos por las autoridades competentes y emitidos por empresas distintas de aquéllas que tengan una participación cualificada en la entidad de dinero electrónico de que se trate" (103); d) la verificación de estos requisitos por las autoridades competentes -principio del control en el estado miembro de origen- (104); y e) la obligación de llevar a cabo una gestión responsable y prudente con respecto a los procedimientos administrativos y contables y la adopción de mecanismos de control interno adecuados (105).

Así, contrariamente a lo que sucede con las entidades de crédito -entendidas en su sentido clásico, como empresas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y conceder créditos por cuenta propia- (106)

(98) *Ut supra* nota nº 41

(99) Directiva 2000/46 (*Ut supra* nota nº 34)

(100) *Ut supra* nota nº 41, en su artículo 1, apartado 5

(101) *Ibidem*, en su artículo 4, párrafo 1

(102) El artículo 1 de la Directiva 2000/12 (*Ut supra* nota nº 97) define la Zona A como: "todos los Estados miembros y todos los países miembros de pleno derecho de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y los países que hayan celebrado acuerdos especiales de préstamo con el Fondo Monetario Internacional (FMI) en el marco de los Acuerdos generales de empréstito (AGE)"

(103) Directiva 2000/46 (*Ut supra* nota nº 41) en su artículo 5

(104) *Ibidem*, en su artículo 6

(105) *Ibidem*, en su artículo 7

(106) Vid., Directiva 2000/12 (*Ut supra* nota nº 97, en su artículo 1, apartado 1)



podemos afirmar que las entidades de dinero electrónico quedan sometidas a una doble regulación en materia de supervisión prudencial, por cuanto si bien la Directiva 2000/46 se les aplica como ley especial también les serán de aplicación, con carácter supletorio, las disposiciones de la Directiva 2000/12 desde el momento en que son consideradas a esos efectos como entidades de crédito (107).

Esta unificación del derecho aplicable a las entidades de dinero electrónico permite facilitar la supervisión prudencial de estas entidades y, de este modo, regular las transacciones transfronterizas de dinero electrónico resolviendo, así, algunos de los principales problemas planteados en este ámbito, tales como delimitar la jurisdicción con la que dicha actividad presenta los vínculos más estrechos.

### c) Reducción del riesgo sistémico de los sistemas de pagos (108).

A finales de los ochenta, en Estados Unidos, el Banco de Nueva York sufrió una avería informática que le impidió efectuar sus operaciones interbancarias durante tres horas. Durante este tiempo, el mencionado banco acumuló una posición deudora de 20.000 millones de dólares. Pese a que se trataba de una entidad financiera bien gestionada y sin problemas de liquidez, este hecho obligó a la Reserva Federal del Estado a intervenir en su ayuda.

Situaciones como esta son las que se pretenden evitar en la Unión Europea con la adopción de un marco normativo que dote de seguridad jurídica a los sistemas de pago bancarios.

Desde el año 1990, en que el Informe Lamfalussy puso de relieve los riesgos sistémicos a que están sometidos los sistemas de pagos efectuados por compensación, la Unión Europea ha venido trabajando con el fin de armonizar las diferentes legislaciones de los Estados miembros en materia de sistemas de pagos. El resultado de este esfuerzo se plasma en la Directiva 98/26 sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores (109).

Se trata de reducir el riesgo de contagio o efecto dominó en caso de insolvencia de uno de los participantes en el sistema de pagos interbancarios. En definitiva, intentar reducir el riesgo sistémico inherente a los sistemas de pagos basados en los sistemas de compensación bilateral o multilateral entre entidades financieras, máxime tomando en consideración que las características de los sistemas de pago electrónico —rapidez y elevado número de transacciones y participantes— tienden a aumentar el riesgo sistémico (110).

(107) *Vid.* Directiva 2000/28 (*Ut supra* nota nº 97) que modifica la Directiva 2000/12 en el sentido de considerar las entidades de dinero electrónico con arreglo a la Directiva 2000/46 como entidades de crédito.

(108) *Vid.*, un estudio general sobre el riesgo sistémico en los mercados financieros y, en particular en los sistemas de pago, en O. DE BANDT y P. HARTMANN "Systemic Risk: A survey", ECB Working Paper Nº 35, November 2000, <http://www.ecb.int/pub/wpl/wplwp035.pdf>

(109) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 (DOCE L 166, de 11.06.1998)

(110) Documento COM (90) 412 final de 24.10.1990 (*Ut supra* nota nº 81, en su página 15)

Esta normativa, aplicable a las entidades de crédito, tal y como las define la Directiva 2000/12 (111), viene a regular algunos aspectos básicos: de una parte, establece el carácter vinculante de las ordenes de transferencia y su compensación una vez introducidas en el sistema aún cuando, posteriormente, se haya incoado un procedimiento de insolvencia respecto a alguna de las entidades participantes en el mismo, es decir, se trata de evitar que los procedimientos de insolvencia puedan afectar con carácter retroactivo a los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de compensación de pagos; de otra, proclama el principio general de irrevocabilidad de aquellas ordenes de transferencia una vez hayan sido aceptadas por un sistema de pagos.

Junto a estos principios, la mencionada Directiva protege las garantías constituidas a favor de los participantes en un sistema, de forma que no se vean afectadas por los efectos de la insolvencia y puedan ser ejecutadas.

Finalmente, conviene señalar que la ley aplicable para determinar el alcance de un procedimiento de insolvencia incoado contra un participante en el sistema, será la del Estado miembro donde se encuentre situado dicho sistema de pagos (112). De este modo, se evita el posible conflicto de leyes al tiempo que se dota de mayor seguridad jurídica el funcionamiento de los sistemas de pagos.

Sin lugar a dudas, además de contribuir a limitar el riesgo sistémico inherente a los sistemas de pagos y de liquidación de valores, desde un punto de vista práctico, la aplicación de los principios en ella recogidos resultan fundamentales para un correcto funcionamiento del sistema TARGET, de pagos interbancarios, al que antes nos hemos referido.

## D. LOS SERVICIOS FINANCIEROS ON LINE Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

### 1. Introducción

Sin poner en tela de juicio los potenciales beneficios que de la prestación de servicios financieros *on line* se derivan para el consumidor, no debemos olvidar que en la situación actual, generada por la llamada nueva economía y los instrumentos de la sociedad de la información (113), ha de prestarse especial atención a la protección del consumidor por cuanto, como receptor y beneficiario al mismo tiempo de los servicios financieros bancarios prestados *on line*, puede ser susceptible de

(111) *Ut supra* nota nº 97

(112) *Ibidem*, en su artículo 8

(113) *Vid.* las Resoluciones del Consejo, de 19 de enero de 1999, sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información (DOCE C 23, de 28.01.1999) y de 28 de junio de 1999, sobre la política de consumidores en la Comunidad en el período 1999-2001 (DOCE C 206, de 21.07.1999)

padecer ciertos problemas que, si bien aún no están definitivamente diagnosticados, algo podemos avanzar sobre ellos (114).

Aspectos tales como la falta de proximidad con la entidad financiera a la que nos dirigimos, la información recibida en la web sobre el producto financiero al que deseamos acceder, los problemas de comunicación derivados del idioma en que se encuentre redactada la página web, el desconocimiento de la sede o lugar de establecimiento de la entidad con la que vamos a contratar, así como la ley que va a regir la relación contractual y los tribunales competentes para resolver un posible litigio (115), no son cuestiones que hayamos de desdeñar y, por ese motivo, el establecimiento de un sistema normativo que garantice una elevada protección del consumidor es un elemento necesario para que los servicios financieros adquieran un desarrollo adecuado en el marco de la sociedad de la información.

Finalmente, tampoco podemos olvidar los posibles problemas generados por el fraude y falsificación de los medios de pago que minan la confianza del consumidor y condicionan el desarrollo del comercio electrónico. No podemos olvidar que la eficiencia y rapidez por la que han de caracterizarse los medios de pago en un entorno como el actual están íntimamente ligados al grado de seguridad de los mismos.

Por todo ello, resulta imprescindible que todas las partes que intervienen en el proceso (emisores, fabricantes, adquirentes,...) alcancen un modelo que garantice la seguridad y buen funcionamiento de los sistemas de pagos transfronterizos (116).

## 2. Marco normativo aplicable

### a) Planteamiento

En mayor o menor medida, en todos los instrumentos legislativos que configuran el marco normativo aplicable a la prestación de servicios financieros en el ámbito de la Unión Europea, se han tomado en consideración los intereses de los consumidores en sus relaciones *vis-a-vis* con las entidades financieras.

Como ejemplo, podemos citar las tres Recomendaciones de la Comisión -87/598 (117), 88/590 (118) y 97/489 (119) en materia de pago electrónico, sistemas

(114) *Vid.*, entre otros, A. SALAÜN, "Consumer Protection Issues", en <http://www.eclip.org/>; C.J. MOREIRO, "Análisis coyuntural de los fundamentos jurídicos de la protección del consumidor en el derecho comunitario europeo. El caso específico de los servicios financieros", en *Gaceta Jurídica de la CE* y de la competencia, diciembre 1991, Serie D 15, pp.149-174; y M. PARDOS VICENTE, "Los servicios financieros en la Unión Europea", en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, 1998, N° 23, pp. 203-222

(115) *Vid.*, en este sentido, P.T. STOLL y B. GOLLER, "Electronic commerce and the Internet", en *German Yearbook of International Law*, Vol. 4, 1998, pp. 128-169

(116) *Vid.*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social y a Europol "Prevención del fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo", COM (2001) 11 final, de 9.02.2001, en [http://europa.eu.int/comm/inter-national\\_market/en/finances/payment/fraud/com11es.pdf](http://europa.eu.int/comm/inter-national_market/en/finances/payment/fraud/com11es.pdf)

(117) *Ut supra* nota n° 71

(118) *Ut supra* nota n° 72

(119) *Ut supra* nota n° 74. *Vid.*, en este sentido, A. SALAÜN "Consumer Protection ....." *op. cit.* (*Ut supra* nota n° 114), pp. 15-17 y L. EDGAR "Electronic Payment" en <http://www.eclip.org/eclip1.htm>, pp.18-19

de pago y transacciones mediante instrumentos electrónicos de pago, respectivamente, en las que, si bien de una forma no vinculante, la Comisión ya establecía una línea clara sobre aquellos aspectos esenciales de protección del consumidor que debían tomarse en consideración en sus relaciones con las entidades financieras.

Posteriormente, la Directiva 97/5 relativa a las transferencias transfronterizas (120) establece de forma inequívoca los límites en la actuación de las entidades financieras frente a los consumidores.

Más recientemente, tanto la Directiva de comercio electrónico (121) como la propuesta de Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (122), establecen un sistema que garantiza un alto grado de protección del consumidor en el ámbito del comercio electrónico. Baste recordar algunos de los aspectos más importantes recogidos en esta última propuesta: información *ex ante* y *ex post* que habrá de facilitarse al consumidor, derecho de retractación del consumidor, plazo para ejercitar el mencionado derecho, regulación de modo restrictivo de los servicios y comunicaciones no solicitadas por el consumidor, acceso a los procedimientos de resolución de controversias, así como el establecimiento de la carga de la prueba sobre todos los aspectos del contrato que recae -de forma imperativa- en el proveedor del servicio.

Finalmente, la Directiva 98/27/CE, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (123) establece mecanismos -autoridades judiciales o administrativas- para ejercitar acciones de cesación que pongan fin a aquellas infracciones que puedan perjudicar los intereses de los consumidores. El contenido de esta norma ha de estudiarse en relación a la legislación ya existente en materia de protección de los intereses colectivos de los consumidores y, entre ellas, la futura Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Mención especial merecen los llamados códigos de conducta voluntarios que, igualmente, armonizan determinados aspectos relativos a los servicios financieros y la protección del consumidor. Baste señalar como ejemplo el acuerdo alcanzado entre las asociaciones del sector financiero y la Comisión Europea para establecer un modelo de oferta para los préstamos hipotecarios que facilite al consumidor los datos esenciales al objeto de comparar ofertas y decidir la entidad financiera con la que desea contratar su préstamo hipotecario. Este código de conducta, que tomará como base la Recomendación de la Comisión *relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda* (124), es un elemento más que contribuirá al desarrollo de las operaciones financieras transfronterizas.

(120) *Ut supra* nota n° 60

(121) *Ut supra* nota n° 35

(122) *Ut supra* nota n° 36. En el mismo sentido, *Vid.* la Recomendación 92/295/CEE de la Comisión, de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia (DOCE L 156, de 10.06.1992)

(123) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998 (DOCE L 166, de 11.06.1998)

(124) Recomendación de 1 de marzo de 2001. COM (2001) 447 final

## b) Resolución de litigios

Desde siempre ha sido una tarea prioritaria del legislador comunitario garantizar la reparación de los daños sufridos por los consumidores. Para ello, había que facilitar su acceso a la justicia y la puesta a su disposición de procedimientos rápidos, eficaces y poco onerosos (125). Como principio general, el consumidor ha de poder acceder a los procedimientos de recurso arbitrados en el país donde reside para resolver los litigios derivados de las transacciones transfronterizas efectuadas por medios electrónicos (126). Todo ello en el marco del derecho comunitario y de los Convenios de Roma (127) y Bruselas (128) que reconocen la aplicación de la ley del país de residencia habitual del consumidor, así como el fácil acceso a su jurisdicción.

Con el desarrollo de las relaciones comerciales *on line* esta preocupación se hace más patente, por cuanto no solamente va a incrementarse el número de relaciones comerciales sino que, al mismo tiempo, la prestación de servicios financieros *on line* y el paulatino desarrollo de la banca electrónica van a ir desplazando los procedimientos tradicionales utilizados hasta la fecha.

Esta nueva forma en el desarrollo de las relaciones comerciales nos lleva a cuestionarnos si los mecanismos tradicionales de resolución de litigios son los más adecuados para resolver las disputas que puedan plantearse entre los proveedores de servicios financieros y los consumidores en el ámbito del comercio electrónico. Pensemos en cuestiones tales como la importancia de las cuantías objeto de debate —que en la mayoría de los casos no serán muy elevadas—, los elevados costes que a veces conlleva acudir ante los tribunales ordinarios de justicia, la poca rapidez en la resolución de los litigios, el tribunal competente para dilucidar el recurso ante el cual tendrá que comparecer el consumidor, así como la ley aplicable, para concluir si este medio tradicional de resolución de litigios es el mejor aliado para el desarrollo del comercio electrónico —relaciones comerciales desarrolladas a través de la red, de un modo rápido, basadas en la confianza mutua y sin la presencia física de los contratantes—.

Siendo escépticos acerca de una respuesta afirmativa en este sentido, debemos concluir que, sin desechar el ejercicio de acciones ante los tribunales, uno de los elementos que aumentará la confianza de los consumidores a la hora de utilizar el comercio electrónico en el ámbito de los servicios financieros será garantizar el acceso a vías de recurso alternativas a las convencionales que resulten baratas, equitativas rápidas y eficaces.

(125) *Vid.*, entre otras, la Resolución del Consejo de 25 de junio de 1987 sobre el acceso de los consumidores a la justicia (DOCE C 176, de 4.07.1987).

(126) Así lo ha manifestado el Consejo en su Resolución de 19 de enero de 1999 sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información (DOCE C 23, de 28.01.1999).

(127) *Ut supra* nota nº 63.

(128) *Vid.*, Reglamento (CE) Nº 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 12, de 16.01.2001).

## c) Mecanismos de solución extrajudicial de litigios

Esta filosofía ya se está promoviendo y desarrollando desde distintos ámbitos legislativos. Así, la Directiva sobre el comercio electrónico (129) incita y recomienda de una forma clara a los Estados que favorezcan la utilización de mecanismos de solución extrajudicial para la resolución de litigios que aparezcan en el ejercicio de la actividad del comercio electrónico.

También la propuesta de Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, se muestra favorable a la resolución extrajudicial de litigios generados a nivel transfronterizo, alentando a los Estados miembros a que cooperen en esta materia (130).

En el mismo sentido, pero a nivel nacional, podemos hacernos eco de la propuesta que existe para la creación de un servicio arbitral de entidades financieras que, contrariamente a lo que sucede en la actualidad con los servicios de defensor del cliente en las entidades financieras y el servicio de reclamaciones en el Banco de España, tenga carácter vinculante respecto a las reclamaciones que presenten los clientes frente a las entidades financieras (131). Evidentemente, este servicio arbitral puede y debe resolver no solo los litigios que surjan en el desarrollo de la banca presencial sino, igualmente, aquellos litigios que puedan plantearse al socaire de las relaciones derivadas del comercio electrónico.

Sin embargo, aún estas soluciones que hoy parecen apropiadas habrán de adecuarse a los tiempos que corren promoviendo y favoreciendo para estos mecanismos de solución extrajudicial de controversias la utilización de vías electrónicas, es decir, la resolución de litigios *on line* y el acceso a las mismas por parte de los consumidores.

Estos sistemas alternativos de resolución de conflictos, conocidos como Alternative Dispute Resolution o ADR, (132) tienen su principal exponente en las siguientes disposiciones adoptadas en el seno de la Unión Europea:

a) Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo (133)

b) Recomendación 98/257/CEE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (134), y

c) Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (135)

(129) *Ut supra* nota nº 35, en su artículo 17.

(130) *Ut supra* nota nº 36, en su artículo 12 bis.

(131) *Vid.*, CINCO DIAS, Viernes 19 de enero de 2001, p. 22.

(132) *Vid.*, A. LOPEZ-TARRIJELLA MARTINEZ, "Instrumentos comunitarios relacionados con la utilización de mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias en materia de consumidores e Internet", en <http://vlex.com>, y A. SALAÜN, "Consumer Protection ..." op. cit. (*Ut supra* nota nº 114), pp. 26-27.

(133) COM (1998) 198 final, de 30.03.1998.

(134) DOCE L 115, de 17.04.1998.

(135) DOCE C 155, de 6.06.2000.

d) Memorandum de acuerdo sobre una red de denuncias transfronterizas extrajudiciales en el ámbito de los servicios financieros en el Espacio Económico Europeo (136)

Finalmente, no podemos olvidar otras iniciativas que por su carácter horizontal son, igualmente, de aplicación al ámbito contractual *on line* entre las entidades financieras y los consumidores. Nos referimos a la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (137), y la Directiva 97/66/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones (138), normativa que obliga a los prestadores de servicios *on line* a aumentar la seguridad de los datos y la información que acumulan sobre sus clientes. Esta misma protección respecto al uso que puedan hacer las instituciones y organismos comunitarios viene regulada en el Reglamento 45/2001 (139).

Como conclusión, podemos afirmar que la protección del consumidor en el ámbito de los servicios financieros desarrollados por vía electrónica, encuentra en el ámbito comunitario un elevado nivel de protección lo que favorece la confianza mutua y el desarrollo del comercio electrónico.

No podía ser de otro modo, por cuanto el desarrollo de la banca electrónica exige que se apliquen, al menos, las mismas normas de protección del consumidor que se vienen aplicando en la banca presencial.

En el ámbito internacional, también debemos valorar muy positivamente algunas iniciativas en materia de protección del consumidor y desarrollo de sistemas alternativos de resolución de conflictos en el contexto del comercio electrónico, así como en materia de protección de datos personales, desarrolladas por Organizaciones de ámbito internacional. Entre ellas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (140).

(136) *Vid.*, [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/finances/consumer/mwu.es.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/mwu.es.pdf)

(137) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (DOCE L 281, de 23.11.1995). En el mismo sentido *Vid.*, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DOCE C 365, de 19.12.2000)

(138) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (DOCE L 24, de 30.01.1998)

(139) Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de esos datos (DOCE L 8, de 12.01.2001)

(140) *Vid.*, al respecto, "Recommendation on the OECD Council concerning guidelines for consumer protection in the context of electronic commerce", en <http://www.oecd.org/dsti/sti/it/consumer/poal/guidelines.htm>, y "Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data" en <http://www.oecd.org/dsti/sti/it/secure/prod/PRIV-EN.htm>

#### IV. CONCLUSIONES

Las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones están afectando de manera decisiva a los mercados financieros. Este hecho, unido a la introducción de la moneda única —el euro— resulta esencial para entender la creación y consolidación de un mercado integrado de servicios financieros y de capitales en el seno de la Unión Europea.

A su vez, con la aparición del mercado electrónico, favorecido esencialmente por el uso cada vez más generalizado de internet, asistimos a una revolución sin precedentes en el desarrollo de los servicios financieros bancarios, fundamentalmente, a través de la prestación de estos por vía electrónica. Nos encontramos ante un nuevo escenario en el que claramente se observa un cambio cualitativo en el modo de entender las relaciones de las entidades financieras con sus clientes.

Sin embargo, para que el mercado financiero integrado y el desarrollo de los servicios financieros bancarios por medios electrónicos sea una realidad hay que superar algunos obstáculos técnicos y jurídicos con los que nos enfrentamos en el momento actual.

En este sentido, uno de los principales retos planteados consiste en garantizar un elevado grado de protección al consumidor. No podemos olvidar que el desarrollo del comercio electrónico depende, en gran medida, del grado de confianza del consumidor que, en definitiva, es quien demanda y utiliza los medios electrónicos para acceder a la actividad financiera habitual. Por todo ello, el desarrollo de un marco jurídico apropiado que regule esta actividad supone un primer paso para alcanzar el éxito en este proyecto.

En el ámbito de la Unión Europea, podemos señalar que en el momento actual existen iniciativas destinadas a completar un marco jurídico que regule la actividad financiera por medios electrónicos y genere la suficiente confianza en el consumidor de modo que le haga partícipe activo en su desarrollo.

Instrumentos como la Directiva de comercio electrónico y la Propuesta de Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros, constituyen el marco jurídico aplicable al comercio electrónico al tiempo que refuerzan la confianza del consumidor favoreciendo el desarrollo de la prestación de servicios financieros por medios electrónicos.

Como hemos tenido ocasión de analizar en el presente trabajo, aspectos esenciales en esta materia relacionados con la regulación de las entidades de dinero electrónico, la venta transfronteriza de servicios financieros, la existencia de medios electrónicos de pago seguros, fiables y eficaces, la estabilidad de un sistema financiero cada vez más globalizado mediante la aplicación de normas de supervisión cautelar, unido a la consecución de un alto grado de protección del consumidor, están siendo objeto de una regulación apropiada para que el desarrollo de la actividad financiera *on line*, en general, y de los servicios financieros bancarios, en particular, no solamente pueda equipararse a la actividad financiera presencial sino, en un futuro próximo, superar a la misma.

Por lo tanto, para favorecer el desarrollo del comercio transfronterizo resulta esencial alcanzar un alto grado de regulación y supervisión del sector financiero que permita a los operadores en el mercado ser más competitivos y, al mismo tiempo, garantice al consumidor un nivel de protección al menos equivalente al otorgado en el desarrollo tradicional de los servicios financieros. En definitiva, se ha de garantizar una protección acorde y equivalente a la evolución de las nuevas tecnologías.

Entretanto, los riesgos latentes asociados a la utilización de medios electrónicos en el sector financiero se encuentran ya definidos (autenticación de las partes, seguridad y confidencialidad de los mensajes, compatibilidad de los sistemas internacionales de pago, determinación de los tribunales competentes, ley aplicable,...), por lo que la presencia de posibles conflictos derivados de la prestación de servicios financieros bancarios por medios electrónicos habrán de resolverse mediante la aplicación de los instrumentos existentes, es decir, a través de los mecanismos de solución de controversias tradicionales.

No obstante, y complementariamente a la unificación legislativa que pueda derivarse de la cooperación internacional -tanto a nivel de Estados cuanto de organismos supranacionales implicados en el comercio internacional de servicios financieros-, hemos de insistir en la puesta en marcha y utilización de sistemas extrajudiciales de resolución de controversias que puedan dar una respuesta rápida, eficaz y adecuada a los desafíos planteados a raíz de la aplicación de las nuevas tecnologías a los servicios financieros bancarios. Sin lugar a dudas, la aceptación y utilización de estos medios extrajudiciales de resolución de controversias por parte de las entidades financieras y de los consumidores será el mejor exponente de la madurez alcanzada en el funcionamiento y desarrollo de la prestación de servicios financieros por medios electrónicos.