

LA ENSEÑANZA A DISTANCIA EN EL DERECHO ECONÓMICO Y DERECHO DEL CONSUMIDOR DEL MERCADO INTERIOR

OLIVER REMIEN*

TRADUCCIÓN DE MIGUEL GÓMEZ JENE**

La enseñanza a distancia está de moda en Europa y se contempla, hoy en día, como un servicio de gran utilidad ¹. En este sentido, se plantean las siguientes cuestiones: ¿puede el Derecho contribuir desde el punto de vista práctico a la mejora de la calidad de la enseñanza a distancia?, ¿hasta qué punto la enseñanza a distancia, y más concretamente la enseñanza a distancia transfronteriza, se encuentra entorpecida en el ámbito europeo por los diferentes sistemas legales?, ¿en qué modo pueden fomentar los sistemas legales este tipo de enseñanza mediante controles de calidad? Sintéticamente, estas fueron las cuestiones de las que me ocupé en mi calidad de experto alemán para la Comisión de la Unión Europea durante el invierno 92/93 ². Partiendo de que el Tratado de Maastricht ³ recoge en su artículo 126 párrafo 2º,6 como uno de los objetivos de la Unión Europea, fomentar el desarrollo de la enseñanza a distancia, expondré brevemente cuales fueron los fundamentos de mi investigación.

La pregunta inicialmente expuesta resulta interesante por dos motivos: Por un lado, la enseñanza a distancia privada está específicamente regulada por ley en algunos de los Estados miembros de la Unión Europea; y por otro lado, empresarios y consumidores de este tipo de enseñanza están interesados en

* Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo.

** Becario de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia, adscrito al Departamento de Derecho de la Empresa de la UNED.

¹ Véase el Memorandum «Offener Fernunterricht in der Europäischen Gemeinschaft», KOM (91) 388.

² *Fernunterricht im Wirtschafts- und Verbraucherrecht des Binnenmarktes, Studie für die Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Task-Force Humanressourcen, allgemeine und berufliche Bildung, Jugend (febrero 1993).

³ Firmado el 7 de febrero de 1992; publicado como «*Tratado de la Unión Europea junto con el texto completo del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*» en D.O.C.E. 1992 C 224.

participar en el mercado interior ⁴. Sin embargo, esta participación puede entrañar dificultades por las diferentes regulaciones legales existentes en el ámbito de la Unión sobre la materia.

Seis puntos deben proporcionarnos una breve idea sobre la situación legal de la enseñanza a distancia en el mercado interior.

— En primer lugar, mostraremos brevemente tanto su desarrollo histórico como su regulación legal actual en el seno del mercado interior.

— En segundo lugar, los principios de Derecho comunitario europeo para la enseñanza a distancia transfronteriza.

— En tercer lugar, los controles de calidad de la enseñanza a distancia en el mercado interior.

— En cuarto lugar, la publicidad de la enseñanza a distancia en el mercado interior.

— En quinto lugar, el derecho contractual de este tipo de enseñanza en el mercado interior.

— Por último, y en sexto lugar, unas conclusiones.

I. DESARROLLO Y DERECHO COMPARADO

Un estudio sobre el desarrollo histórico y el estado normativo de la enseñanza a distancia en los distintos Estados miembros de la Unión nos muestran un marco de lo más diverso.

1. Desarrollo

En el año 1948 se promulgó en Noruega una ley especial para regular la enseñanza a distancia ⁵. En los años sesenta y setenta se promulgaron también diferentes leyes con el mismo objetivo en otros Estados miembros de la Unión,

⁴ Sobre el mercado de la enseñanza a distancia: VEEN, K: *Survey on the Private Distance Education Institutes in Europe* (agosto de 1991) (Paper written for the Commission of the European Communities [Task Force Human Resources, Education, Training, Youth] 91-001-NIT-073/NL); el mismo, *Directory of the Private Distance Education Institutes and Associations in Europe* (2ª edición 1992).

⁵ *Lov om brevskular* del 12.11.1948, Norges Lov 1682-1950, pp. 2.413 y ss., derogada por la *Lov om oppheving av lov av 12. november 1948 om brevskular* del 19.6.1992 Nr. 57, Norsk

concretamente en Bélgica ⁶, Francia ⁷, Holanda ⁸ y Alemania ⁹. Al mismo tiempo, la Comunidad Económica Europea y el Consejo de Europa se empezaban a interesar por la enseñanza a distancia. En este sentido, se adoptó una proposición para realizar una directiva comunitaria referente a la protección de los participantes en este tipo de enseñanza ¹⁰, aunque tal proposición no llegó a desarrollarse debido a una restricción general de los planes de adaptación de los sistemas legales llevada a cabo a finales de los años setenta ¹¹.

En el Reino Unido no existe ninguna ley específica al respecto, aunque en el año 1969 se creara con ayuda estatal el «Council for the Accreditation of Correspondence Colleges» (en adelante CACC), y posteriormente a nivel totalmente privado la «British Association for Open Learning» (BAOL). En España también existe una asociación de carácter privado: «Asociación Nacional de Centros de Enseñanza a Distancia» (ANCED).

En los demás Estados miembros parece no existir regulaciones específicas sobre la enseñanza a distancia de carácter privado o contractual. Sin embargo, existen regulaciones totalmente nuevas sobre el fomento de la enseñanza a distancia pública ¹².

2. Derecho comparado

Observando las leyes existentes que regulan esta materia, se ponen de manifiesto importantes diferencias entre las diferentes legislaciones, sobre todo

Lovtidend 1992, 448; reemplazada por *Lov om endringer i Lov av 28. mai 1976 nr. 35 om vokse-
nopplaering*, Norsk Lovtidend 1992, 448f., donde se introducen consideraciones especiales para
la enseñanza a distancia en la educación de adultos.

⁶ *Loi sur l'enseignement par correspondance/Wet op het schriftelijke onderwijs* vom. 5.3.1965, *Moniteur belge/Belgisch Staatsblad* de 23.3.1965, pp. 2.984 y ss.

⁷ *Loi no. 71-566 relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance, ainsi qu' à la publicité et au démarchage faits par les établissements d' enseignement*, *Journal Officiel* 1971, pp. 6.907 y ss.

⁸ *Wet erkenning instellingen schriftelijk onderwijs*, *Staatsblad* 1972 Nr. 746; en parte aplicada también a la enseñanza presencial por medio de la *Wet op de erkende onderwijs-instellingen*, *Staatsblad* 1985. Nr. 407 (Wet EOI).

⁹ *Staatsvertrag über Errichtung und Finanzierung der Staatlichen Zentralstelle für Fernunterricht von 1969 und 1973*, posteriormente: *Staatsvertrag über das Fernunterrichtswesen vom 12.3.1979*, *GVBl. NRW* 1979, 102 con modificaciones posteriores, resultando *Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht* (Fernunterrichtsschutzgesetz - FernUSG) de 24.8.1976, *BGBl.* 1976 I 2525 con modificaciones posteriores.

¹⁰ D.O.C.E. 1977 C 208/12 y D.O.C.E. 1978 C 260/6.

¹¹ Véase en general, SCHWARTZ, IVO E.: «30 Jahre EG-Rechtsangleichung», en: *Eine Ordnungspolitik für Europa, Festschrift für Hans von der Groeben* (1987), pp. 333-368.

¹² Así, en España, el art. 3 VI de la *Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo*, B.O.E. núm. 238 de 4 de octubre de 1990.

en aquellos ámbitos donde se regulan especialidades concretas de la enseñanza a distancia. Ahora bien, existen también importantes puntos en común en la regulación de los temas generales. Junto con las definiciones, encontramos en general tres campos de regulación específica.

— Mecanismos de control: en forma de publicaciones, requisitos para obtener las oportunas licencias, o certificados de calidad.

— Derecho publicitario: concretado en disposiciones sobre publicidad, visitas de representantes, e información.

— Derecho contractual: concretamente la libertad contractual limitada por reglas especiales aplicables al contenido.

Estas reglas no están unificadas, y es por tanto evidente que su aplicación en el mercado interior puede plantear problemas legales.

Veamos a continuación las cuestiones que plantea la enseñanza a distancia transfronteriza aplicable en el mercado interior.

II. PRINCIPIOS COMUNITARIOS SOBRE LA ENSEÑANZA A DISTANCIA TRANSFRONTERIZA

1. *Situación*

Pongamos como punto de partida la siguiente situación:

Un empresario de enseñanza a distancia de un Estado miembro A quiere ofrecer sus servicios en un Estado miembro B. ¿Qué reglas de los países A y B deben tenerse en cuenta, y qué dice al respecto el Derecho comunitario europeo?.

En efecto, pueden tomarse en consideración, como mínimo, dos caminos para llevar a cabo esta oferta en otro Estado miembro:

Por un lado, abrir una filial o una representación en el Estado miembro B. Por otro lado, la simple distribución de los servicios de la enseñanza a distancia del Estado miembro A en el Estado miembro B, es decir la prestación de servicios por correspondencia. Desde el punto de vista del Derecho comunitario, este matiz marca una diferencia entre las dos opciones. En el primer caso, tratamos con la libertad de establecimiento (art. 52 y siguientes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en adelante TCE), y en el segundo caso con la libertad de prestación de servicios (art. 59 y siguientes del TCE). La libertad de establecimiento no está tan desarrollada como la libertad de prestación de servicios; y

aunque la libertad de establecimiento parte del principio de igualdad de trato de los extranjeros y los nacionales, también hay puntos de apoyo para un tratamiento que fuera más allá de la mera prohibición de discriminación de extranjeros comunitarios ¹³. Ahora bien, aún cuando en ocasiones la jurisprudencia haya desarrollado ampliamente estos preceptos, ciertas limitaciones parecen necesarias.

La enseñanza a distancia es, por excelencia, una prestación de servicios por correspondencia. Por lo menos teóricamente, este tipo de enseñanza puede prestarse en otro país miembro por medio de correo u otro tipo de telecomunicación. En este sentido, las prestaciones de servicios por correspondencia son especialmente interesantes de cara al futuro, aunque hasta ahora el ofertante de esta enseñanza parece inclinarse por la creación de sucursales. Centremos nuestra atención en el tema de la prestación de servicios por correspondencia.

2. La libre prestación de servicios

En la aplicación de la prestación de servicios por correspondencia, el ofertante puede chocar con el ordenamiento jurídico del estudiante que recibe este tipo de enseñanza. El artículo 59 del TCE establece como una de las cuatro libertades comunitarias la libre prestación de servicios:

«Las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas durante el período transitorio, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación».

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esta libertad comunitaria es directamente aplicable en los países miembros, y por lo tanto, el ordenamiento interno de un país miembro debe adecuar su legislación para la aplicación de las libertades establecidas en el TCE ¹⁴. En este sentido, toda limitación interna en contra de esta libertad comunitaria será nula. ¿Es la enseñanza a distancia una prestación de servicios en el sentido del artículo 59 del TCE?

El artículo 60 del TCE recoge una amplia enumeración de servicios. Los servicios de enseñanza también están incluidos en este artículo (caso Frontistiria ¹⁵), y para ellos no es aplicable la excepción recogida en el artículo 55 según

¹³ Sobre esta cuestión, y sobre las libertades fundamentales en general véase: BEHRENS, P.: «Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht» en *Europarecht*, 1992, pp. 145-162.

¹⁴ Sentencia del T.J.C.E. de 3 de diciembre de 1974, asunto 33/74 (van Binsbergen), *Recopilación 1974*, pp. 1.299 y ss.

¹⁵ Sentencia del T.J.C.E. de 15 de enero de 1988, asunto 147/86 (Comisión/Grecia), *Recopilación 1988*, pp. 1.637 y ss.

la cual, las disposiciones concernientes al Derecho de establecimiento no serán aplicables para las actividades que estén relacionadas, aunque de manera ocasional, con el ejercicio del poder público ¹⁶. Así pues, el artículo 59 y siguientes del Tratado son aplicables.

De ello se derivan importantes consecuencias, pues la libre prestación de servicios, hoy por hoy, no es entendida únicamente como una prohibición de discriminación, sino también como una prohibición de restricción ¹⁷ en el sentido de las «medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas» para la libre circulación de mercancías (art. 30 del TCE). Recuérdese la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto «*Cassis de Dijon*» ¹⁸, cuyas víctimas han sido la normativa de pureza de la cerveza en Alemania y la distribución de pasta exclusivamente de trigo duro en Italia ¹⁹. También las reglas internas sobre enseñanza a distancia de los países miembros pueden ser corregidas por la libertad de prestación de servicios reconocida por la Unión Europea. En este sentido se plantean dos preguntas:

- ¿Existe alguna limitación de la libertad de prestación de servicios?.
- ¿Si existen, se justifican por exigencias de interés general?.

Después de esta nota preliminar podemos dirigirnos a tres campos específicos.

- Controles,
- Publicidad,
- Derecho contractual.

III. CONTROLES DE CALIDAD DE LA ENSEÑANZA A DISTANCIA EN EL MERCADO INTERIOR

1. Modelos de control

Existen distintos *Modelos de control* en Europa. Estos varían en atención al objeto, carácter obligatorio, órganos de control y ámbito. Respecto al carácter

¹⁶ Véase los considerandos 6-11 sobre libertad de establecimiento.

¹⁷ Véase BEHRENS, P.: «Die Konvergenz...» op. cit., pág. 150.

¹⁸ Sentencia del TJCE del 20 de febrer de 1979, asunto 12/78 (REWE/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), *Recopilación 1979*, pp. 649 y ss.

¹⁹ Véase DAUSES: *Handbuch des EG-Wirtschaftsrecht*. Loseblatt, 1993.

obligatorio y los diferentes órganos de control mostraremos brevemente las diferencias fundamentales en cuatro apartados:

1. Algunos Estados miembros no tienen ningún tipo de control.
2. Alemania y Francia tienen controles obligatorios, aunque de diferente tipo.
3. Otros Estados miembros poseen mecanismos de control voluntarios, concretamente los Países Bajos y –teóricamente–²⁰ Bélgica²¹.
4. Mecanismos de control voluntarios existen también en Gran Bretaña, pero el reconocimiento de las escuelas de enseñanza a distancia no viene otorgado por órganos estatales sino por el «Council for the Accreditation of Correspondence Colleges».

2. *Control en el mercado interior*

Si en efecto existe un control en el mercado interior, podríamos preguntarnos: ¿Quién controla? Desde otros ámbitos jurídico-económicos, como servicios de inspección de bancos y seguros, el problema está confiado bien a los controles del país de origen, bien a los controles del país de destino²². El mismo problema se plantea con la enseñanza a distancia. Debido a que la enseñanza a distancia no está controlada en todos los Estados, y que los diferentes controles de cada Estado todavía son muy diferentes, nos encontramos ante un cuadro especialmente variado.

En este sentido, surgen seis situaciones diferentes que pasamos a analizar:

1ª situación: Un ofertante de estudios a distancia quiere implantarse en un Estado sin controles. Esta situación no presenta mayores problemas.

• 2ª situación: Un ofertante de estudios a distancia quiere implantarse en un *Estado con controles voluntarios*. En esta situación se plantean dos preguntas:

²⁰ –Teóricamente, ya que la Ley de 1965 no tiene, a primera vista, ningún significado práctico–.

²¹ En el caso de España, la UNED posee un Instituto Universitario de Metodología de la Enseñanza a Distancia (I.U.E.D.) que teóricamente vela por la calidad de los productos y métodos, y en la Asociación Nacional de Centros de Enseñanza a Distancia (ANCED) funciona una Comisión de Calidad para el control voluntario de los cursos (Nota del traductor).

²² En este sentido véase ROTH, WULF-HENNING: «*Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrecht auf das Internationale Privatrecht*», en *RabelsZ* 55 (1991) pp. 623-673.

— ¿Tiene que tener acceso el ofertante al reconocimiento voluntario que ofrece el país de destino? Es evidente que sí, pues sino estaríamos infringiendo el artículo 6 del TCE. Asociaciones como la CACC británica ofrecen la acreditación necesaria a los ofertantes extranjeros que tengan el establecimiento principal en un país miembro de la Unión Europea.

— ¿Se debe tener en cuenta el hecho de que se posea la acreditación o el reconocimiento necesario del país de origen?, es decir, ¿puede un ofertante alemán que ha obtenido el reconocimiento de sus cursos a través del ZFU (Zentralstelle für Fernunterricht, en adelante ZFU) obtener la acreditación que ofrecen tanto la CACC británica como Holanda o Bélgica de forma automática, sin ningún control posterior? Sobre este punto de «reconocimiento del reconocimiento del país de origen» nos ocuparemos detalladamente en la cuarta situación que posteriormente expondremos.

3ª situación: Surge cuando el ofertante de estudios a distancia pretende establecerse en un *Estado con controles obligatorios*. En este punto es donde surgen los mayores problemas.

Veamos, en primer lugar, el supuesto en que el ofertante para establecerse en otro Estado miembro no deba pasar ningún tipo de control en su país de origen (ni obligatorio ni voluntario). Por ejemplo, un ofertante italiano o español que pretenda establecerse en Alemania. ¿Requeriría la *Scuola di corrispondenza* italiana la autorización de sus cursos a través de la ZFU alemana; estaría sujeta al control de las autoridades francesas competentes?

Debemos diferenciar dos cuestiones, una respecto del Derecho interno de los Estados miembros, otra respecto del derecho comunitario.

En primer lugar debemos constatar si los controles obligatorios internos impuestos por un Estado miembro también son de obligado cumplimiento para los ofertantes extranjeros. Este sería el caso si se pretendiera ofrecer cursos de esta naturaleza en Alemania²³. Se hace valer la exigencia de un control.

¿Es compatible la exigencia de un control previo con la libre prestación de servicios? Por supuesto que la obligatoriedad de pasar un control previo implica una limitación de la libertad de prestación de servicios, y en este sentido la pregunta que nos debemos formular es la de si este control está o no justificado.

²³ Párrafo 1º, punto 1 de la directiva sobre el trabajo de la Central Estatal para la Enseñanza a Distancia, – acuerdo de la comisión de administración de la ZFU del 27 de noviembre de 1979. Véase, FABER/SCHADE: *Fernunterrichtsschutzgesetz mit Erklärungen* (1980). Véase además VULPIUS: «*Erläuterungen zum Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht*» en *Deutsche Bundesrecht (Loseblatt)*, VIII A 46 pp. 13 y ss. (432. Lieferung- Juli 1979).

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dependerá de si esta limitación es necesaria por consideraciones obligatorias de interés general ²⁴. Esto ha sido determinante para normas laborales, pero incluyen también consideraciones sobre la protección del consumidor; y protección de la enseñanza a distancia es, en cualquier caso, protección del consumidor.

En efecto, podemos dudar de la necesidad de los controles obligatorios. ¿No sería suficiente, como lo demuestra la situación en algunos Estados miembros, la posibilidad de acogerse a controles voluntarios o, sencillamente, el escoger a través de la competencia existente en el mercado? En Alemania, estas posibilidades han sido consideradas como insuficientes. Existe una sentencia del Tribunal de Justicia que prohíbe la publicidad directa de material pedagógico en la puerta de casa del cliente, en la que se destaca la necesidad de proteger al cliente de la publicidad de las prestaciones de los programas académicos ²⁵. Parecidas consideraciones pueden ser esgrimidas en este contexto. Aparecen pues, argumentos a favor para estimar justificada la necesidad de un control para los ofertantes provenientes de aquellos Estados en los que no exista ningún tipo de control. Esto quiere decir entonces que la ZFU alemana puede solicitar del ofertante español o italiano un certificado de admisión para implantar sus cursos en Alemania.

4ª Situación: De mucho mayor significado es la libre prestación de servicios en este punto, cuando el ofertante extranjero ya ha pasado un control previo en su país de origen. Por ejemplo, el ofertante francés que pasa la inspección de su país de origen, o el ofertante alemán que ha obtenido los permisos necesarios a través de la ZFU. ¿Puede este ofertante acogerse a los controles de su país de origen, o por el contrario tiene que afrontar un control doble o incluso varios controles impuestos por el mercado interior?

La libertad de prestación de servicios es en este contexto decisiva. El Tribunal de Justicia a través de una serie de sentencias sobre reconocimiento de permisos ha desarrollado diferentes formulaciones. Estas formulaciones se pueden interpretar de la siguiente manera: el efecto del permiso del país de origen es tanto menor, cuanto mayor sea la necesidad de protección y control, y así, existe menor efecto y mayor protección en el ámbito de los seguros ²⁶ y de la cesión de trabajadores ²⁷ que en el ámbito de la contratación de artistas a través de agencia mediadora ²⁸.

²⁴ En este sentido, DAUSES: *Handbuch des EG-Wirtschaftsrecht*. Loseblatt, 1993.

²⁵ Sentencia del T.J.C.E. de 16 de mayo de 1989, asunto 382/87 (*Buet u. a./Ministère public*), *Recopilación 1989*, pp. 1.235 y ss.

²⁶ Sentencia del T.J.C.E. de 4 de diciembre de 1986, asunto 205/84 (*Comisión/Alemania*), *Recopilación 1986*, pp. 3.791 y ss.

²⁷ Sentencia del T.J.C.E. de 17 de diciembre de 1981, asunto 279/80 (*Webb*), *Recopilación 1981*, pp. 3.305 y ss.

²⁸ Sentencia del T.J.C.E. de 18 de enero de 1979, asunto 110 y 111/78 (*van Wesemael*), *Recopilación 1979*, pp. 35 y ss.

Sólo por consideraciones de interés general puede exigirse, junto con el permiso del país de origen, un reconocimiento de dicho permiso en el país de destino ²⁹. Debido a que no es evidente la necesidad de un control en el ámbito de la enseñanza a distancia tendrán gran importancia los certificados o controles extranjeros, es decir se deberá admitir su reconocimiento automático en los demás Estados miembros. Este planteamiento también fue recogido en la proposición de directiva de 1977 ³⁰. En mi opinión, se deriva además de la prohibición de restricciones recogidas en el artículo 59 del TCE.

En efecto, este planteamiento será aplicable siempre que existan condiciones comparables para la adquisición de tales permisos. Ahora bien, tampoco debemos ser extremadamente rígidos en este sentido. Los requisitos mínimos sobre la calidad de la enseñanza a distancia acordados en esta conferencia pueden servir para fijar las primeras coordenadas.

En definitiva esto quiere decir, que los controles en el país de origen son suficientes para todo el mercado interior. Así por ejemplo, el ofertante alemán no deberá afrontar más controles en otros Estados miembros, pero la ZFU alemana tampoco puede exigir ningún tipo de control a un ofertante francés. El reconocimiento recíproco de los mecanismos de control evidencia pues la necesidad de un trabajo conjunto en las formas de control.

5ª Situación: Nos encontramos en esta situación cuando los controles establecidos por los Estados miembros tienen carácter voluntario, como por ejemplo en los Países Bajos y –teóricamente– en Bélgica y en Noruega. ¿Estamos ante una situación en la que son válidos los mismos criterios anteriores?, ¿pueden ofertantes holandeses (o belgas) acogerse a sus controles voluntarios y así poder impartir sus cursos en Alemania sin necesidad de recibir la autorización oportuna por parte de la ZFU alemana? En mi opinión, la respuesta sería afirmativa. Por qué se ha controlado es indiferente, lo importante es una protección comparable a través de controles reales.

6ª Situación: Algunos de los mecanismos de control existentes en los Estados miembros no son de naturaleza estatal. Por ejemplo, en Gran Bretaña, se puede obtener una acreditación voluntaria a través de la CACC. Pero la CACC no es ninguna autoridad estatal. En este sentido, ¿tendrá validez su acreditación en otros Estados miembros como Alemania o Francia donde se requiere una acreditación estatal? La CACC se creó con ayuda estatal, pero –tal y como lo vemos– esta asociación no está controlada por el Estado, ni éste se responsabiliza de sus

²⁹ Véase las conclusiones del Abogado general en la sentencia del T.J.C.E. de 31 de marzo de 1993, asunto C-189/91. *Recopilación 1993-3*, pp. 1.640 y ss.

³⁰ D.O.C.E. 1977 C 208/12, *Proposición de directiva relativa a la protección de los participantes en la enseñanza a distancia*, art. 3 II, cuyo contenido pudiera haberse precisado de una forma más clara.

acciones. Ahora bien, la responsabilidad por parte del Estado es necesaria para que surta efecto la libre prestación de servicios del artículo 59 del TCE, pues sino también deberían ser reconocidos los controles ejercidos desde profesiones privadas u otras actividades profesionales. ¿Quién controla estas asociaciones privadas dedicadas a ejercer diferentes formas de control?. Este es el problema que dejan entrever asociaciones británicas como la CACC o la BAOL. El TCE requiere a cada Estado miembro la confianza en las autoridades estatales de los demás Estados miembros, pero no exige la confianza en las actuaciones de las organizaciones privadas. Por más reconocida que pueda ser la CACC, la eficacia extraterritorial de sus acreditaciones en el mercado interior, nos resulta un tanto dudosa.

3. Conclusiones

En el ámbito del control de la enseñanza a distancia nos encontramos con grandes diferencias y afectada, en general, por la libre prestación de servicios. La exigencia de unos controles de calidad me parece compatible con la libre prestación de servicios, siempre que se traten de unos mecanismos de control previamente reconocidos.

IV. PUBLICIDAD DE LA ENSEÑANZA A DISTANCIA EN EL MERCADO INTERIOR

En la regulación de la publicidad de la enseñanza a distancia en el mercado interior aparecen también distintos problemas. Existen diferencias entre la materia regulada y la severidad con que ésta es regulada. Así por ejemplo, sólo en Francia existen disposiciones específicas para la caracterización de los institutos privados de enseñanza a distancia³¹ y un pre-control estatal de la publicidad³².

Visitas de representantes se restringen en el párrafo 17 de ley alemana de educación a distancia, y en la legislación francesa y belga se prohíben totalmente³³.

Sobre la legalidad de la publicidad con *promociones especiales* o con *ventajas financieras* existen diferentes reglas³⁴.

³¹ Art. 11 loi no. 71-556.

³² Art. 12 I 1 loi no. 71-556; también la ZFU alemana exige una muestra del material informativo.

³³ Art. 13 loi núm. 71-556.

³⁴ Art. 10 II de la holandesa Wet EOI.

Si queremos precisar la regulación jurídica de la publicidad de la enseñanza a distancia en el mercado interior debemos seguir diferentes pasos.

En primer lugar, debemos resolver la cuestión del derecho aplicable a la publicidad de la enseñanza a distancia transfronteriza. Dicho de una manera fuertemente simplificada y según una regla ampliamente extendida de derecho internacional privado, el derecho aplicable será, en principio, el derecho que regule el mercado afectado³⁵. Esto significa que dentro del mercado interior, los empresarios deben someterse a la legislación sobre publicidad del Estado miembro donde operen.

En segundo lugar, debemos tener en consideración las medidas de armonización sobre la publicidad. En este sentido, existe únicamente la Directiva sobre publicidad engañosa³⁶, complementada por la Propuesta de Directiva del Consejo sobre publicidad comparativa³⁷. En definitiva, el derecho publicitario en la Unión Europea es todavía demasiado heterogéneo y esto afecta también a la enseñanza a distancia.

Por eso, y éste sería el tercer caso, también en la publicidad resulta interesante el efecto de la libre prestación de servicios. En términos generales, rige para la libertad de servicios lo anteriormente expuesto. Por lo tanto, dependerá otra vez de la existencia o no de algún tipo de limitación y de si ésta esta justificada. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha traído importantes consecuencias para el ordenamiento jurídico alemán sobre competencia desleal³⁸. Después de una sentencia del Tribunal de Justicia es difícil precisar si las normas de derecho publicitario pertenecen al ámbito de aplicación de las libertades fundamentales recogidas en el TCE, o por el contrario son consideradas únicamente como «modalidades de venta» sin ningún tipo de delimitación³⁹. Deberemos esperar un futuro desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre este tema. A pesar de ello, podemos plasmar algunas reflexiones:

El *pre-control de la publicidad* existente en Francia puede plantear algún tipo de problema. De todas formas, parece dudoso que ésta se pueda pretender

³⁵ VON BAR, CHR.: *Internationales Privatrecht II* (1991) pp. 504 y ss. KROPHOLLER: *Internationales Privatrecht* (2ª edición 1994) pp. 457 y ss.

³⁶ Directiva 84/450 CEE del 10.9.1984, D.O.C.E. 1984 L 250.

³⁷ Propuesta de directiva del Consejo sobre publicidad comparativa, y por la que se modifica la directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa. D.O.C.E. 1991 C 180/14; propuesta modificada D.O.C.E. 1994 C 136/4.

³⁸ Sobre todo la sentencia del T.J.C.E. de 7 de marzo de 1990-I, asunto C-362/88 (*GB-INNOBM*), *Recopilación 1990*, pp. 667 y ss. y la sentencia del T.J.C.E. de 18 de mayo de 1993, asunto 125/91 (Yves Rocher), *GRUR* 1993, pp. 747 y ss.

³⁹ Sentencia del T.J.C.E. de 24 de noviembre 1993, asuntos C-267/91 y C-268/91 (*Keck y Daniel Mithouard*), *Recopilación 1993*, pp. 6.097 y ss. Véase además, REMIEN, O.: *Juristenzeitung* (JZ) 1994, pp. 349-353.

aplicar a los ofertantes extranjeros de cursos a distancia. Desde mi punto de vista, no es justificable tal limitación en el ámbito de la libre prestación de servicios.

Por otro lado, llama la atención las diferentes reglamentaciones existentes sobre *promociones*. El Tribunal de Justicia, en una sentencia sobre tráfico de mercancías, ha señalado que determinadas prohibiciones de promociones son justificables en atención a la protección del consumidor y para salvaguardar la integridad del tráfico comercial ⁴⁰, aunque en principio éstas no deben perjudicar la libre prestación de servicios.

Semejantes consideraciones pueden ser esgrimidas respecto a la prohibición de *visita de representantes*. Respecto de la venta de material pedagógico, el Tribunal de Justicia ha permitido la existencia de determinadas prohibiciones o limitaciones a nivel nacional ⁴¹; lo cual sorprende hasta cierto punto, pues una regulación flexible como la que existe en Alemania debería ser suficiente. Incluso la directiva para la tutela del consumidor en caso de contratos negociados fuera de los locales comerciales ⁴² no se opone a las restricciones establecidas por las legislaciones nacionales ⁴³.

Existen pues diferentes regulaciones jurídicas nacionales en el ámbito del Derecho publicitario para la enseñanza a distancia transfronteriza; lo que plantea la necesidad de adoptar medidas a nivel comunitario, medidas que deberían abarcar las particularidades de la enseñanza a distancia ⁴⁴.

V. DERECHO CONTRACTUAL DE LA ENSEÑANZA A DISTANCIA EN EL MERCADO INTERIOR

También sobre el Derecho contractual de la enseñanza a distancia existen diferentes reglas en los Estados comunitarios. Las diferentes reglas regulan desde el contenido del contrato, hasta períodos de deliberación, derecho de revocación, disposiciones respecto la forma del contrato, cláusulas sobre la duración de la relación contractual y derecho de rescisión de la relación contractual,

⁴⁰ Sentencia del T.J.C.E. de 15 de diciembre de 1982, asunto 286/81 (*Oosthoek's/Uitgeversmaatschappij*), *Recopilación 1982*, pp. 4.575 y ss.

⁴¹ Sentencia del T.J.C.E. de 16 de mayo de 1989, asunto 382/87 (*Buet u.a./Ministère public*), *Recopilación 1989*, pp. 1.235 y ss.

⁴² Directiva 85/577/CEE del 20.12.1985, D.O.C.E. 1985 L 372/31.

⁴³ Véase art. 8 de la Directiva, así como su séptimo considerando, y el considerando 16 de la sentencia del TJCE de 16 de mayo de 1989, asunto 382/87 (*Buet u.a./Ministère public*).

⁴⁴ Véase NIEDERLEITHINGER en: «*Chancen und Risiken des deutschen Wettbewerbsrecht in der EG*» en «*Harmonisierung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb in der EG?*», FIW-Schriftenreihe, 156. 1993, pp. 11-24.

prohibición de cláusulas abusivas, prohibición de pagos anticipados, elección por las partes del tribunal competente e información sobre normativa protectora.

Para realizar un análisis desde el punto de vista del derecho comunitario debemos centrarnos de nuevo en los siguientes ámbitos: Derecho aplicable, armonización de los distintos derechos y libertad de prestación de servicios.

Respecto del derecho aplicable, no existe ningún tipo de duda. En este ámbito rige el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de julio de 1980⁴⁵. Según el artículo 3 de dicho Convenio las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato. Ahora bien, el artículo 5 en su segundo párrafo contiene determinadas restricciones para los contratos celebrados entre consumidores:

«...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:

— Si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato...».

El ofertante alemán que pretende trabajar en el mercado francés, aun eligiendo la ley alemana como ley aplicable al contrato, debe respetar las disposiciones imperativas del derecho francés que aseguran la protección del consumidor. Del mismo modo, empresarios italianos o ingleses que pretendan introducir sus cursos de enseñanza a distancia en el mercado alemán, deberán respetar las disposiciones imperativas de la FernUSG. Nos encontramos incluso ante una determinada acumulación de disposiciones encaminadas a proteger al consumidor.

La armonización de los diferentes sistemas jurídicos ha experimentado un desarrollo de mayor envergadura en este ámbito, especialmente en la rama concerniente al derecho de los consumidores. En efecto, debemos destacar: la Propuesta de Directiva sobre contratos negociados a distancia⁴⁶, la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁴⁷,

⁴⁵ D.O.C.E. 1980 L 260/1-19. En Alemania introducido en los arts. 27 y ss. del EGBGB. En España publicado en el B.O.E. núm. 171, de 19 de julio de 1993; correc. errores, B.O.E. de 9 de agosto de 1993.

⁴⁶ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia, D.O.C.E. 1992 C 156/14; Propuesta modificada D.O.C.E 1993 C 308/18. El Consejo sometió a deliberación algunos puntos en diciembre de 1994 pero no llegó a un criterio definitivo; véase *Agence Europe* Nr. 6.373 del 8.12.1994, pág. 11.

⁴⁷ Directiva 93/13/CEE, D.O.C.E. 1993 L 95/29-34.

así como la Directiva para la tutela de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de los locales comerciales ⁴⁸.

Esta última, ha tenido importancia práctica en un caso llevado ante el Tribunal de Justicia ⁴⁹.

Para la enseñanza a distancia será especialmente importante la Directiva sobre contratos negociados a distancia, pues contempla un derecho de revocación del contrato para los consumidores de servicios ⁵⁰. Ahora bien, no parece absolutamente seguro que el plazo establecido en la Directiva para ejercer el derecho de revocación sea aplicable a los contratos de enseñanza a distancia.

También es de relevante importancia para la enseñanza a distancia la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ⁵¹, aunque en determinados puntos no se encuentre tan desarrollada como la prohibición de determinadas cláusulas contenida en la FernUSG. alemana ⁵².

Debido a que la armonización en el ámbito del derecho del consumidor no abarca todas las cuestiones de derecho contractual de la enseñanza a distancia, también se plantea en este punto el efecto de la libre prestación de servicios. Pues aún tratándose de normas de derecho privado, las disposiciones obligatorias de protección del consumidor pueden chocar con la libre prestación de servicios.

No parece posible una ingerencia del artículo 59 del TCE sobre las normas que rigen el contenido del contrato. Ahora bien, como muchas normas de derecho privado, estas normas presentan o reproducen únicamente «modalidades de venta», es decir, no se dedican a informar sobre el producto. Estas «modalidades de venta» sólo en caso de discriminación violarían las libertades fundamentales ⁵³. Más allá debería poder tenerse en cuenta las distintas normativas a través del cumplimiento de los requisitos acumulados –Francia, por ejemplo, exige un programa de estudios como parte del contrato–.

⁴⁸ Véase nota a pie de página núm. 38.

⁴⁹ Sentencia del T.J.C.E. de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92 (*Faccini Dori/Recreb Srl.*), *Recopilación 1994*, pp. 3.325 y ss. PAOLA FACCINI DORI se inscribió en un curso de inglés a distancia en la estación de ferrocarril de Milán, anulando posteriormente dicha inscripción. Como Italia todavía no había adoptado esta Directiva, no pudo alegar su aplicación frente al ofertante del curso a distancia.

⁵⁰ Arts. 11 y 12.

⁵¹ Véase REMIEN, O.: «AGB-Gesetz und Richtlinie übermissbräuschiliche Verbraucherverträge in ihrem europäischen Umfeld», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1994*, pp. 34-66.

⁵² Véase especialmente el parágrafo 2 de la FernUSG alemana.

⁵³ Véase REMIEN, O.: «Grenzen der gerichtlichen Privatrechtangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrages», *Juristenzeitung 1994*, pp. 349-353.

Más problemático me parece el período de reflexión contemplado en la legislación francesa que obliga a mandar primero, y recibir después, el contrato por correo certificado ⁵⁴. Posiblemente el Tribunal de Justicia considerará justificada tal limitación –teniendo en cuenta la línea jurisprudencial mantenida en el asunto *Buet u./ Ministère public* donde se consideró justificada la prohibición de realizar publicidad directa de material pedagógico en la puerta de casa del cliente ⁵⁵. Lo deseable sería que tal cuestión se resolviera con la ejecución de la Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.

En cuanto a las diferentes regulaciones sobre la duración del contrato y derecho de rescisión, éstas se consideran justificadas –en tanto en cuanto no se consideren como «modalidades de venta»– por tratarse de excepciones necesarias para la protección del consumidor. El mismo razonamiento es aplicable a la prohibición de pagos anticipados y cláusulas abusivas.

Estas diferencias todavía existentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión –en base al principio de subsidiariedad– hacen considerar la cuestión de adoptar más medidas en el ámbito de la armonización de las legislaciones nacionales.

Podría pensarse en la elaboración de un «*Contrato europeo de enseñanza a distancia*» a un nivel inferior de la armonización legal formal. Debería conjugar equitativamente las exigencias de las Directivas sobre derechos de los consumidores y las normas sobre enseñanza a distancia de los Estados miembros, crear un «Standar» europeo y proporcionar un tipo de certificado de calidad para los contratos de consumidores de enseñanza a distancia.

VI. CONCLUSIONES

Al considerar los mecanismos de control, el derecho publicitario y el derecho contractual se han puesto de manifiesto las diferencias todavía existentes entre los distintos ordenamientos que regulan la enseñanza a distancia en el ámbito de la Unión. Algunos Estados miembros se esfuerzan intensamente en el desarrollo de un ordenamiento legal que regule la enseñanza a distancia a través de controles de calidad; pero al mismo tiempo, otros Estados consideran que tal regulación puede llegar a convertirse en un obstáculo. En efecto, la construcción de excesivas trabas puede llegar a resultar incompatible con la libre prestación de servicios.

⁵⁴ Art. 9 I Loi no. 71-556 y art. 23 décret no. 72-1218.

⁵⁵ Véase nota a pie núm. 22.

En este sentido, debemos plantearnos qué medidas se podrían adoptar en los tres planos estudiados (controles de calidad, publicidad y, derecho contractual.) La armonización de los sistemas jurídicos, además de ser el procedimiento más burocrático, es indiscutiblemente el procedimiento más exigente. De considerarse excesivamente complicado o difícil, podría optarse por un modelo menos ambicioso para el desarrollo de la enseñanza a distancia en el mercado interior europeo. Tal modelo debería concentrarse sobre todo en:

— El trabajo conjunto de las instituciones de los Estados miembros encargadas de los controles de calidad de la enseñanza a distancia.

— La recomendación para la introducción de mecanismos de control de calidad y el desarrollo conjunto de una normativa «standar» que fije los criterios comunes mínimos.

— La elaboración de un «contrato europeo para la enseñanza a distancia» como contrato modelo, en cuya preparación participen todos los organismos interesados.

Quizá estas medidas puedan contribuir a la culminación de un mercado abierto de formación –por así decirlo–, con el Derecho al servicio de la formación y la consolidación del mercado interior.