

Revista de Estudios Económicos y Empresariales

Núm. 27, 2015, pp. 87-116 - ISSN: 0212-7237

MERCADO DIGITAL ÚNICO Y CONSUMIDORES

JOSÉ-ANTONIO VEGA VEGA

Catedrático de Derecho Mercantil

ÍNDICE: RESUMEN-SUMMARY.- 1. EL MERCADO DIGITAL ÚNICO.- 2. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. 2.1. Introducción. 2.2. Políticas de protección de los consumidores.- 3. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.- 4. COMERCIO ELECTRÓNICO Y SEGURIDAD JURÍDICA.- 5. TENDENCIAS NORMATIVAS EN LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES.- 6. CONCLUSIÓN.

RESUMEN:

Las nuevas tecnologías han modificado la forma de contratación tanto para los empresarios como para los consumidores. El comercio electrónico está basado en la protección de los consumidores. La necesidad de la protección de los sujetos contratantes más débiles ha dado lugar a una amplia gama de leyes de protección al consumidor que regulan las actividades de los empresarios que distribuyen bienes y servicios en el mercado. En este artículo se trata de hacer un análisis de la protección dispensada al consumidor en el comercio electrónico, llegándose a la conclusión que la protección dispensada en el momento actual es aceptable.

Palabras claves: Comercio electrónico, Consumidor, Mercado, Derecho Mercantil.

Clasificación JEL: K29

SUMMARY:

New technologies have changed the way of contracting for both business and consumers. Electronic commerce is based on the protection of consumers. The need of protection for the weakest contracting subjects has resulted in a wide range of consumer protection laws that regulate the activities of entrepreneurs who distribute goods and services in the market. This article is an analysis of the protection afforded to consumers in electronic commerce, concluding that the protection afforded at present is acceptable, but insufficient.

Keywords: Electronic commerce, Consumer, Market, Commercial Law.

JEL classification: K29

1. EL MERCADO DIGITAL ÚNICO

La Unión Europea acaba de presentar su estrategia de Mercado Digital Único (MDU) como una de sus prioridades. Los objetivos a alcanzar guardan relación con la necesidad de hacer frente a la superioridad americana en la economía en línea (*online*). Las acciones propuestas por la Comisión van desde una nueva normativa sobre comercio electrónico y telecomunicaciones, en la que se incluiría una mejor tutela del consumidor, hasta la implantación de un sistema de nube europeo, que permita una unidad de actuación, pasando por la unificación del IVA o la mejora en la protección de datos de carácter personal.

Además, entre otros objetivos, se pretende alcanzar un *copyright* europeo para reforzar el rol de la cultura. Para todo ello sería preciso revisar y actualizar diversas directivas comunitarias, entre las que destacarían las que afectan a la tutela de los consumidores.

Sabemos que los cambios operados por las nuevas tecnologías han modificado las prácticas de la contratación y han creado un mercado abierto y global. Ha surgido una nueva forma de hacer negocios que se viene denominando comercio electrónico. Ha nacido así un nuevo mercado virtual, cuyas ventajas son obvias: mayor competitividad, reducción de costes y mayor celeridad en las relaciones comerciales.

Pero este *modus operandi* contractual plantea ciertos problemas que inciden no solamente sobre los elementos esenciales y efectos del contrato¹, sino que las nuevas vías de contratación y su creciente oferta suponen además la necesidad de definir los límites de acceso a la intimidad y el respeto a los derechos de la persona humana dentro de un ámbito negocial tecnificado.²

Las dificultades del comercio electrónico en la práctica vienen motivadas, por consiguiente, no solo por cuestiones técnicas o económicas que pueden afectar a las transacciones en sí, como son la inseguridad jurídica, los riesgos e incertidumbres en las operaciones económicas o la insuficiente regulación legal en determinados aspectos³, sino también por la posibilidad de invadir la intimidad y conculcar derechos individuales básicos con motivo de acciones de comunicación o promoción⁴.

¹ FORNI, R., "Message", en *Le droit international de l'Internet* (Dir. G. Chantillon), Ed. Bruylant, Bruxelles, 2003, pág. 5, expone con gran lucidez: "Les progrès des nouvelles technologies de l'information et de la communication lancent aux juristes et aux hommes politiques un défi inédit. Certains de nos concitoyens s'inquiètent, d'autres s'alarment, prompts à dénoncer le menaces du totalitarisme électronique ou de la délinquance numérique. Ces craintes son legitimes... Car ces technologies son une chance pour nos concitoyens".

² En esta línea sostiene DRUMMOND, V., *Internet, Privacidad y Datos Personales* (traducción de I. Espín Alba), Ed. Reus, Madrid, 2004, págs. 151-152, "La función de los operadores del Derecho es en este momento buscar las mejores soluciones para que el ciudadano pueda ser tutelado, aunque se puedan identificar, paulatinamente, nuevos paradigmas y nuevas comprensiones y percepciones éticas producto de la llegada [...] de la sociedad tecnocomunicacional. No se podrá olvidar en ningún caso, que aunque con variaciones de tiempo y de espacio, el sentido común, la justicia social y determinados valores éticos deberán siempre persistir –y existir. Tan sólo de esa manera existiremos nosotros".

³ En puridad no podemos decir que el comercio electrónico no esté regulado, tanto a nivel comunitario como nacional, pero lo cierto es que quedan muchas parcelas sin normar. De ahí que constantemente se imponga la necesidad de una actualización legislativa para proteger derechos, en especial de los consumidores.

Las bases sobre las que se articula el intercambio de bienes y servicios han de adaptarse a las exigencias institucionales e imperativos sociales impuestos por los nuevos hechos económicos y la evolución de los fenómenos tecnológicos que nos proporciona el desarrollo social. Es fácil entender que la evolución del comercio ha estado siempre condicionada por los medios e instrumentos con los que en cada momento pueden servirse los propios oferentes de mercancías y servicios y los destinatarios, sean empresarios o consumidores. Así, en una sociedad primitiva, carente de medios de cambio, se consolidó un intercambio de mercancía por mercancía. Era la época del trueque, de la permuta, donde no puede hablarse de un auténtico mercado, sino de unos intercambios con fines de supervivencia. La aparición del dinero como instrumento o medio de pago conforma el nacimiento, en sentido estricto, del comercio, a la par que posibilita el surgir de un profesional que interviene en el mercado ofreciendo sus bienes o servicios como empresario u operador económico. La documentación del dinero o la aparición de instrumentos jurídicos documentados que sirven como medios de pago o de financiación (letras de cambio, cheques, pagarés, etc.) representan otra etapa en el desarrollo del comercio.

El desarrollo tecnológico, que facilita la transmisión de datos (ofertas y aceptaciones a distancia), y la “desmaterialización” del dinero (dinero electrónico) marcan las última tendencias de la evolución del comercio. Se habla así de un comercio electrónico de gran potencial económico⁵ y que muestra la vía por la que una gran parte de las transacciones están empezando a tener lugar, sobre todo si tenemos en cuenta que la sociedad en que vivimos es una sociedad de masas, y el progreso y el bienestar la han conformado como una sociedad de consumo⁶.

⁴ Consecuencia de ello es que, al lado de una regulación de este tipo de actos, se ha visto la conveniencia o necesidad de someter estas actividades a preceptos que salvaguarden la intimidad personal, entre los que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre protección de datos de carácter personal, y la normativa que la desarrolla.

⁵ MORENO NAVARRETE, M.A., *DERERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 10: “El comercio electrónico es una consecuencia más del denominado fenómeno de globalización que se produce por la interacción entre el uso de las tecnologías de la información y la apertura de mercados como posibilidad real de las empresas”.

⁶ Sobre el fenómeno del consumo y la sociedad de masas, puede verse BAUMANN, D., *Droit de la Consommation*, Ed. Litec, Paris, 1997, págs. 34 ss.; BERCOVITZ, A., “Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español”, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, (Dir. A. Bercovitz, A. y R. Bercovitz), Ed. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 17 ss.; BOURGOIGNIE, T., “Droit e politique communautaires de la consommation: de Rome à Amsterdam”, en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 3 (1997), págs. 194-210; BUROU, H., *Le droit de la consommation transfrontière*, Ed. Litec, Paris, 1999, pags. 68 ss.; DAHL,

La reflexión sobre la evolución histórica del comercio deja claro, pues, su intrínseca adaptabilidad a las variables sociales, económicas y técnicas en las que se desarrolla, y pone de relieve la necesidad de que las normas jurídicas vayan ordenando el tráfico económico en virtud de los cambios que se operan. A la vez, los principios sobre los que se articula el Estado social exigen que las normas jurídicas liberales se transformen en normas jurídicas tuitivas, plenamente adaptadas a los imperativos sociales impuestos por los nuevos hechos económicos, tecnológicos y sociales. De esta forma, la regulación del mercado ha de cohonestarse con los otros sujetos participantes en el mercado, como son los consumidores y usuarios, sujetos débiles en las relaciones comerciales, que provoca que el Estado se vea obligado a intervenir, en consideración a estos intereses, tanto institucional como normativamente, teniendo en cuenta que la autonomía de la voluntad entendida como autonomía negocial ha devenido, en muchos casos, una pura ficción para el consumidor⁷.

Sentado lo anterior, se impone analizar cómo se conjugan todos estos principios en nuestro ordenamiento jurídico. El modelo social y económico, en lo que a nosotros afecta, viene definido en la norma fundamental de convivencia o Constitución. Así, el artículo 1º de nuestra Carta Magna sienta los principios que definen la organización política y social que se constituye⁸. En esta línea, el

B., "Consumer Protection within the European Union", en *Journal of consumer Policy*, núm. 16, 1993, pp. 345-353; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., "La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores como principio general del ordenamiento español", en *Estudios sobre Consumo*, núm. 48, 1999, págs. 131 ss.; LOPEZ, G., "Une nouvelle approche de la politique communautaire de la consommation", en *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 82, 1994, págs., 57-62; QUINTANO CARLO, I., "La protección del consumidor en España (Aspecto comparativo con la Comunidad económica Europea)", en *Aranzadi Civil*, 1987, págs. 80 ss.; REBOLLO PUIG, M., "La defensa de los consumidores", en *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reformas y nuevos horizontes* (Dir. S. Muñoz Machado, J.L. García Delgado y L. González Seara), Madrid, 2002, págs. 392 a 462; VEGA VEGA, J.A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, en especial págs. 19-56.

⁷ Cfr. DE CASTRO BRAVO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 1068 ss.

⁸ El principio social informa tanto la estructura social como orienta la actuación de los poderes públicos, por lo que debe colegirse no sólo de la formulación del artículo 1 de nuestra Constitución sino del propio artículo 9.2, en cuanto que Estado y sociedad no son vistos por la Constitución como esferas escindidas sino que, de una parte, la sociedad participa en la organización del aparato estatal y de otras instituciones y organizaciones, y, de otra, el Estado actúa sobre la sociedad civil para la consecución de sus fines. Sobre el particular puede verse: TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Átomo ediciones, T. I, Madrid, 1985, pp. 277-278; SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución Española*, 3ª ed., Madrid, 1983, pp. 125 ss.; PÉREZ ROYO, J., "La doctrina constitucional sobre el Estado social", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10 (1984), págs. 157 ss.

artículo 38 CE, que representa la norma fundamental de la Constitución en cuanto a modelo económico⁹, debe ser interpretado en relación con los restantes principios consagrados en dicho texto, dado que el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado se ha de desarrollar en un contexto social y político previamente delimitado.

La cláusula del Estado social y democrático contenida en el artículo 1º de nuestra Constitución incide decisivamente sobre todos los sectores de nuestra sociedad y, en particular, sobre el económico. En ella se inspira la filosofía del modelo económico que se instaura, presidido por la idea de corregir los desequilibrios y desigualdades que pueda general la economía de mercado. La cláusula del Estado social contiene por tanto un programa de remodelación jurídica de la sociedad civil y económica¹⁰. Y tal como se ha apuntado, en el sistema económico vigente en la Constitución no hay espacio para programas que ignoren los elementos públicos y sociales del modelo adoptado¹¹. La Constitución Española, pues, compromete a los poderes públicos a realizar el Estado social en el marco de la economía de mercado. Por ende, podemos concluir que el sistema económico instaurado en nuestra Carta Magna es el de la “economía de mercado del Estado social”, también llamada “economía social de mercado”¹², aunque este término fue desterrado de la Constitución durante los debates parlamentarios¹³.

La cláusula social, que debe cohonestarse con otros preceptos o principios que inciden en la configuración del modelo económico, justifica la intervención del Estado a fin de ordenar las relaciones de mercado. En efecto, a tales fines nuestra Constitución se refiere a una serie de derechos sociales y económicos, entre los que cabe citar, por lo que aquí nos concierne, a la protección de los consumidores (art. 51).

Y es en este punto donde nuestro texto constitucional se complementa con los principios que con el Mercado Digital Único se pretenden alcanzar. En efecto, el

⁹ Acerca de la “Constitución económica” en nuestra Constitución puede verse: BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1985; DE JUAN, O., *La Constitución económica española*, Madrid, 1984; ESCRIBANO COLLADO, M., “El orden económico en la Constitución de 1978”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, núm. 14, págs. 77 ss.

¹⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil*, Madrid, 1982, pág. 51.

¹¹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *op. cit.*, pág. 64.

¹² ROJO, A., “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española”, en *RDM*, 1983, pp. 309 ss. y, en especial, pág. 317.

¹³ En efecto, algún grupo político pretendió introducir la expresión “economía social de mercado”, concepto que fue rechazado porque la propia expresión se utilizaba, en aquellos momentos, por regímenes no democráticos; en concreto era una expresión que provenía del nacionalsocialismo alemán y venía siendo utilizada en Chile bajo el mandato de Pinochet (Cfr. TAMAMES, R., *Constitución española*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pág. 70).

contenido del artículo 51, sobre protección de los consumidores y regulación del comercio, viene impuesto por las exigencias de los consumidores y asociaciones de consumidores de evitar fraudes generalizados en los productos o servicios¹⁴. Para conseguir este fin se establecen varios mecanismos: 1) normas imperativas en materia de contratación; 2) regulación del comercio interior; 3) procedimientos eficaces a través de normas de control, y 4) información mejor y más exhaustiva. Con estas premisas se ha procurado establecer una tutela de las personas que contratan con los empresarios a través de un control público de la iniciativa económica en determinados sectores, tanto en el momento de acceso al mercado en su calidad de oferentes de determinados productos o servicios como posteriormente en el ejercicio de la actividad, lo que ha llevado a que, frente al principio de absoluta libertad de iniciativa económica, el Estado haya establecido la necesidad de la obtención de la oportuna autorización administrativa para ciertas actividades en sectores como el financiero, seguros, transportes, industria, etc.¹⁵. El artículo 51 de la Constitución española es una norma importante a tener en cuenta, dado que condiciona y condicionará en el futuro amplios sectores de la legislación normativa de los actos mixtos, de relación entre empresarios y consumidores, habida cuenta que se parte de que la legislación especial, hasta el momento presente, no protege suficientemente los vitales intereses o derechos del consumidor enunciados en el artículo 51 de la Constitución, todo ello, sin perjuicio de los esfuerzos que se están haciendo tanto por el legislador comunitario como el nacional.

La Constitución ha operado, sin ningún género de dudas, una profunda transformación en el espíritu y en la orientación política e ideológica de las normas en que se apoya la contratación. A partir de la Constitución, el ordenamiento jurídico ha de sentirse guiado por los objetivos socio-económicos generales impuestos por la misma, debiendo normar con carácter tuitivo las relaciones jurídicas que surgen de la actividad comercial¹⁶. Los principios que caracterizan al Estado social repercuten en las relaciones entre particulares delimitando no sólo la forma, sino también su

¹⁴ El apartado primero del artículo 51 de nuestra Constitución no garantiza la libertad de consumo, que ha de entenderse comprendida dentro de los componentes de la economía de mercado, sino que, por el contrario, a partir de la misma, aborda la defensa de los consumidores y usuarios (cfr. PRADA ALONSO, J., *La protección jurídico civil del consumidor*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 37).

¹⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., "Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho Mercantil al finalizar el siglo XX", en *Perspectivas actuales del Derecho Mercantil* (Dir. F. Sánchez Calero), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 25-26.

¹⁶ Cfr. BERCOVITZ, A., "La protección de los consumidores, la constitución española y el Derecho mercantil", en *Lecturas sobre la Constitución española* (Dir. T.R. Fernández Rodríguez), T. II, Madrid, 1978, págs. 99 ss.

contenido. El Derecho privado puede sufrir así una gran transformación, porque el Estado social deroga parcialmente el dogma de la autonomía de la voluntad allí donde existen relaciones de “poder o dominación social”. En este sector de relaciones (consumidores, usuarios, ahorradores, etc.), el Derecho privado se convierte paulatinamente en un Derecho imperativo o, si se quiere, en un Derecho ordenador de la sociedad civil; y en atención a ese fenómeno se va afirmando la idea de que el Derecho privado clásico debe ser reinterpretado para ser corregido de acuerdo con principios sociales¹⁷. De esta forma, se aprecia una tendencia a limitar el poder de la autonomía de la voluntad con el designio de tutelar los intereses de los que a la hora de contratar se encuentran, de hecho, en una situación de inferioridad¹⁸.

2. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

2.1. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios jurídicos que inspiran nuestro ordenamiento jurídico en materia de contratación viene caracterizado por una nueva tendencia preocupada por la tutela de los consumidores y usuarios, totalmente ignorados en etapas anteriores. Ello, porque, de una parte, la regulación de las obligaciones y contratos se inspiraba en claros principios liberales, donde la autonomía de la voluntad se concebía como soberana dentro de un marco ficticio de libertad e igualdad, y, de otra, porque el origen y evolución del Derecho Mercantil pone de relieve que esta disciplina se concibió en sus orígenes como un Derecho profesional y, por ende, ligado a intereses de clase. Un Derecho profesional, nacido de los usos de sus propios operadores, no podía contemplar la tutela de aquellos que, si bien clientes, se configuraban con intereses contrapuestos. Y así, los consumidores, en cuanto destinatarios finales de los productos y servicios existentes en el mercado, han venido careciendo hasta hace poco tiempo de un *status* jurídico propio. Mas, con el paso del tiempo, estas circunstancias se han visto influidas por la lucha determinada por la penetración de las ideas sociales en el ámbito del Derecho¹⁹. La

¹⁷ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil*, cit., págs. 51-52.

¹⁸ CASCAJO CASTRO, J.L., “Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores”, en *Estudios sobre el Derecho de consumo*, Iberduero, 2ª ed., Bilbao, 1994, págs. 38 ss.

¹⁹ La protección del consumidor viene determinada por la existencia de situaciones nuevas, que precisan un parapeto contra la agresividad desplegada por los empresarios en el mercado y una especial protección no alcanzable con las normas generales que regulan el tráfico económico (Cfr. RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, Consumo y Comercio Electrónico. Aspectos Jurídicos Bancarios*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 37).

Codificación partió del principio, sin duda positivo, de la igualdad entre todos los individuos y el respeto a su libertad, de lo que derivó la libertad de contratación y el otorgamiento a los contratantes de un amplio poder para regular sus propias relaciones contractuales, con los límites de la ley, la moral y las buenas costumbres (art. 1255 CC). La normativa concreta de estos códigos para los contratos era meramente dispositiva. Se partía, frente al Antiguo Régimen, de una concepción de igualdad y libertad. Ahora bien, la libertad e igualdad formales no tuvieron su reflejo en la práctica, de ahí que pronto surgiera, a través de las conquistas sociales, la necesidad de proteger a los contratantes débiles²⁰.

Antes de la Revolución Industrial la figura del consumidor era totalmente desconocida para el legislador. Después de la Revolución Industrial comienzan a aparecer en los códigos de comercio ciertas disposiciones que, más que tuteladoras de los intereses de los consumidores, estaban encaminadas a excluirlos de un determinado régimen previsto para las relaciones entre empresarios, que eran los que se consideraban sujetos de dicho tráfico jurídico.

La situación se modifica cuando las relaciones en el mercado entre las empresas y los consumidores se tornaron de tal manera, que quienes teóricamente habían de ejercer el poder de decisión y de control sobre los bienes y servicios ofertados en el mercado -los consumidores- sucumbieron ante el creciente poder económico de las empresas, que les relegó a una posición de debilidad²¹. Sin embargo, el triunfo de ciertas ideas sociales, unido al espíritu intervencionista de los Estados, fueron modificando esta situación, hasta configurar una normativa que se ha ido traduciendo en un *status* del consumidor, protegido en numerosísimos casos con normas imperativas.

El germen del movimiento de protección de los consumidores lo encontramos en los Estados Unidos de América. En un primer momento, el objetivo a lograr era sencillamente hacer intervenir a las autoridades administrativas en el control de determinadas situaciones de mercado que constituían situaciones abusivas contra el colectivo de los consumidores. Sin embargo, la auténtica tutela no comienza

²⁰ Cfr. SEQUEIRA MARTÍN, J., “Defensa del consumidor y Derecho constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, págs. 92 ss.

²¹ Como ha dicho BERCOVITZ, A., “La protección de los consumidores en la Unión Europea”, Introducción a *Reglamentos y Directivas de la Unión Europea referentes a la protección de los consumidores*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2002, p. 18: “La necesidad de que el consumidor sea protegido es consecuencia del reconocimiento de que existe una gran masa —la inmensa mayoría— de personas que al realizar las operaciones normales de la vida diaria, referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios, no están en condiciones de conseguir por sí solas unas calidades y unos precios adecuados”.

hasta muchos años después. Hay que esperar a los años sesenta del pasado siglo para observar el nacimiento de una política concreta dirigida a la protección de los consumidores. Como punto de referencia suele tomarse el “*Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*”, pronunciado por el Presidente J.F. Kennedy el 15 de marzo de 1962.

En Europa han sido los órganos comunitarios los que quizá han apostado más decididamente por impulsar la política de protección de los consumidores. Sin embargo, no sucedió así desde sus orígenes. El Tratado de Roma de 1957 únicamente aludía superficialmente a la figura del consumidor²². En los momentos de puesta en marcha de las instituciones comunitarias, la concepción que se tenía del mercado común era esencialmente productivista. Esta concepción del mercado común se fue suavizando con el transcurso de los años, dejando paso a concepciones más sociales²³. En el tema que ahora nos ocupa esto se observa claramente con la puesta en marcha en 1975 de un “Programa preliminar para una política de información y protección de los consumidores”, continuado en 1981 por un Segundo Programa quinquenal, y por un Tercer Programa trienal, puesto en vigor en 1990, prosiguiéndose en esta línea.

En nuestro país, cuyo precedente referencial a la tutela de los consumidores se halla en la Ley 110/1963, de 20 de julio²⁴, la protección del consumidor ha

²² Sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea en general, y en especial en relación con el comercio electrónico, puede consultarse MÉNDEZ PINEDO, E., *La protección de los consumidores en la Unión Europea*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 35 ss.; ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., *La protección de los consumidores en la Comunidad Europea*, Ed. PPU, Barcelona, 1990; BARONA VILAR, S., “Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y de futuro”, en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. S. Barona), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, págs. 21 ss.; CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.M., “La protección de los consumidores”, en *Derecho de Internet, contratación electrónica y firma digital* (Coords.: Mateu de Ros y Cendoya Méndez de Vigo), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000; DAHL, B., “Consumer Protection within the European Union”, en *Journal of Consumer Policy*, núm. 16, 1993, págs. 345-353; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Derecho comunitario y derecho del consumo”, en *RDM*, 1989, págs. 327-370.

²³ BERCOVITZ, A., “La protección de los consumidores en la Unión Europea”, Introducción a *Reglamentos y Directivas de la Unión Europea referentes a la protección de los consumidores*, cit., pp. 19 y 20: “Hay que partir, por tanto, del hecho de que el Tratado de Roma no contenía en su redacción original normas dirigidas específicamente a la protección de los consumidores. Pero, evidentemente, la Comunidad Europea no podía quedar al margen del movimiento de carácter social, como era el de la protección a los consumidores, que en los años setenta empezó a tener una relevancia de primer orden”.

²⁴ En efecto, como se ha puesto de relieve por el profesor GALÁN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, pp. 29 y siguientes, las disposiciones y la propia Exposición de Motivos de la hoy derogada Ley 110/1963, de 20 de junio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, de forma colateral tenían en cuenta los intereses de los

recibido refrendo constitucional, considerándose uno de los principios rectores de la política social y económica. El artículo 51 de la Constitución encomienda a los poderes públicos²⁵ un programa de actuación en defensa de la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios; de promoción de la información y educación de los mismos; de fomento de sus organizaciones, destacando la necesidad de que éstas sean oídas²⁶. El designio constitucional fue objeto inicialmente de desarrollo por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que tuvo su en la propia Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; en la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, que modifica la Ley 26/1984 y establece pautas protectoras frente a la actuación de los profesionales, ampliando así la categoría de empresario; así como en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazo de Bienes Muebles.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cumplió con la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de protección de los consumidores y usuarios, ya que, además de refundir dichos preceptos, regularizó, aclaró y armonizó diversos textos legales, e incorporó otras normativas como la de viajes combinados.

La LGDCU ha sufrido continuas transformaciones en los últimos años, en especial para su adaptación a la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, de protección de los consumidores.

consumidores: “La Ley fija unas reglas de competencia que establecen con claridad los límites de una sana libertad, que permitirá el libre desenvolvimiento de las actividades económicas, sin que el ejercicio de la misma conduzca a situaciones de mercado nada deseable para los consumidores y para el interés general”, teniéndose en cuenta también “el permanente deber del Estado de defender al consumidor (art. 5 de la Ley) y evitar abusos derivados de restricciones intencionadas de la competencia”.

²⁵ Como señala NIETO, A., “Competencias de las Diputaciones Provinciales en materia de consumo”, en *Revista de Consumo*, núm. 8, 1986, pp. 23 ss., el hecho de que los destinatarios del artículo 51 de la CE sean todos los poderes públicos, incluyendo bajo dicha expresión tanto al estatal como autonómico o local, impone la necesaria armonización de las legislaciones.

²⁶ Sobre el particular *Videri* ALBORCH BATALLER, C., “La protección del consumidor en el artículo 51 de la Constitución”, en *Consideraciones generales y desarrollo legislativo. Estudio homenaje a Sevilla Andrés*, T. I., Valencia, 1984; BERCOVITZ, A., “La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil”, en *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores*, Madrid, 1987, pág. 25.

También el texto constitucional deja sentir su influjo sobre materias concretas relativas a los legítimos intereses económicos de los consumidores, tales como: responsabilidad del fabricante por productos defectuosos que modificó los principios clásicos de responsabilidad civil extracontractual basados en criterios subjetivos²⁷; actividad publicitaria con finalidad comercial (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad); deslealtad en la actuación en el mercado (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal); regulación del comercio (Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, que quedó después derogada por la LGDCU, que regula esta materia en los artículos 114 a 127), así como en un elenco de normas de rango inferior, sin perjuicio de las normas que cada Comunidad Autónoma ha dictado o pueda dictar en ejercicio legítimo de sus potestades legislativas o reglamentarias.

2.2. POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

El análisis de las tendencias principales que se han registrado en relación con la política de protección del consumidor, nos ofrece, de una parte, el modelo liberal, seguido hoy por corrientes neoliberales, como la doctrina del análisis económico del derecho, basado en los principios de igualdad y libertad²⁸; y de otra, el que se ha convenido en llamar modelo social, que propugna una mayor protección de los intereses de los agentes más débiles del mercado: los usuarios y consumidores.

Como es sabido, el modelo liberal y las nuevas corrientes neoliberales conciben al individuo prácticamente en el mismo plano de igualdad y libertad que el empresario. La sociedad civil es la esfera del libre juego “natural” de las fuerzas individuales, supuestamente iguales, que el Estado no debe alterar. Llevada esta concepción al

²⁷ En un principio fue la hoy derogada Ley 22/1994, de 6 de julio. El RD 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, sirvió para incorporar a nuestro ordenamiento los mandatos de la Directiva 2001/195./CE, de 3 de diciembre. En la actualidad, la LGDCU regula en sus artículos 128 a 149 el régimen general de responsabilidad civil por los bienes o servicios defectuosos.

²⁸ En los últimos años, el Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*) ha cobrado carta de naturaleza entre los distintos sistemas metodológicos que recurren a disciplinas científicas ajenas al Derecho. Se trata de una corriente que se caracteriza por propugnar una identidad lógica entre el Derecho privado y la Economía de Mercado, consistente en que ambos tienen por objeto la maximización de la riqueza. Por eso se afirma que el criterio de la eficiencia podría ser empleado como criterio básico para reestructurar las relaciones jurídicas, así como para guiar pronunciamientos legales y jurisprudenciales. Puede verse REICH, N., *Mercado y Derecho* (traducción de Font Rivas), prólogo de E. Galán Corona, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1985.

terreno económico, la sociedad consiste en el marco de las relaciones de mercado entre sujetos económicos iguales que deben poder traficar con plena libertad de contratación²⁹. El individuo posee la facultad de autodeterminarse racionalmente en el mercado. El mercado se regirá por leyes inexorables de oferta y demanda, y en atención a sus fundamentos será capaz de autorregularse y expulsar al empresario ineficiente que oferte en peores condiciones sus bienes o servicios. El criterio de la eficiencia servirá de base para reestructurar las instituciones jurídicas, así como para guiar los pronunciamientos legales y jurisprudenciales. El mercado funciona con una cierta racionalidad: la maximización de la riqueza. El consumidor, pues, partirá de una libertad de elección con fundamento en la información que podrá adquirir en el mercado. Esta elección posibilitará una competencia entre los oferentes. Así, entre los empresarios se instaurará una relación de concurrencia dirigida a ofrecer los bienes y servicios en el mercado en las condiciones más ventajosas posibles para los consumidores. Además, se parte de la consideración de que en ese hipotético mercado el individuo posee libertad y poder para configurar como tenga por conveniente el contenido de las relaciones jurídicas que se establezcan con los empresarios. Este modelo liberal, que parte de una libertad formal, se apoya fundamentalmente en la salvaguarda de un mercado competitivo sin distorsiones, en el que además se otorgue al consumidor la información suficiente sobre los bienes y servicios ofertados. El Derecho es un instrumento de racionalización económica y, precisamente por este motivo, no puede establecer normas que no resulten coherentes con el mercado, sino, antes bien, normas que traduzcan en coerción lo que el mercado exige como consecuencia de su propia racionalidad. Gracias a la existencia de una situación en el mercado como la descrita, puede el consumidor satisfacer sus necesidades de un modo óptimo.

Los partidarios de esta corriente, sustentándose en los principios de libertad y igualdad y con fundamento en la premisa de la identidad de fines básicos del Derecho y de la Economía, confían plenamente en el postulado de una sociedad civil autónoma capaz de autorregularse y de producir bienestar común. Sin embargo, una concepción axiológica del Derecho basada en el puro criterio de la eficacia económica y apoyada en la premisa de que el interés general es igual a la suma de los intereses particulares, así como el alejamiento de la realidad de esta concepción y el hecho de que el mercado no funciona sin distorsiones, podría dar

²⁹ TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Átomo ediciones, T. I, Madrid, 1985, págs. 273 y 274.

como resultado una situación jurídica que, sin duda ninguna, atentaría contra el principio del Estado Social consagrado en nuestra Constitución.

El modelo social parte de otra premisa: negando la existencia de una concurrencia perfecta al existir sujetos débiles que no pueden negociar en un plano de igualdad con la mayoría de los oferentes, defiende que el consumidor se encuentra en una situación de subordinación estructural frente a los sujetos activos del sistema, esto es, frente a los operadores económicos³⁰. La inexistencia de una igualdad de condiciones trae como consecuencia la monopolización por parte de los oferentes del funcionamiento del mercado, ya que éste, en la práctica, más que constituir un ámbito de comunicación y encuentro entre la oferta y la demanda, se convierte en un ámbito donde la oferta cobra una iniciativa destacada al hallarse en posesión de importantes instrumentos como la publicidad y el *marketing*. Los consumidores y usuarios, por ende, no pueden desarrollar el papel de árbitros que teóricamente les corresponde. Esta afirmación no significa negar de forma categórica la facultad de autorregulación del mercado, ya que hay que admitir que su propio funcionamiento se configura como instrumento importante en defensa de los consumidores, pero ello no es suficiente ni, por tanto, deber ser el único instrumento. La realidad social en la que nos movemos pone de relieve que entre las partes intervinientes en el mercado difícilmente puede hablarse de la existencia de una igualdad funcional. El Derecho del consumo, en consecuencia, debe procurar la existencia de dicha igualdad funcional, y ello no puede sino realizarse por medio de disposiciones específicas inspiradas en principios diferentes a los tradicionales³¹.

Con estos presupuestos, no ocultamos la necesidad de que la protección o defensa de los consumidores deba encontrar acogida en el seno del ordenamiento jurídico. Tal como hemos expuesto, los consumidores son agentes partícipes en el mercado, en cuanto demandantes de bienes y servicios ofertados por los operadores económicos, lo que trae como consecuencia la necesidad de que el orden jurídico,

³⁰ La consideración de los datos fácticos de un sistema político no es identificable tan sólo a partir de las normas, sino a partir de las reales y efectivas conductas y relaciones políticas. Dado que los comportamientos políticos democráticos no se producen por el simple hecho de que sean posibles, se hace preciso que el Estado apoye positivamente el ejercicio de esas libertades, por ejemplo mediante el favorecimiento económico de determinados sectores (cfr. OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ed. Ariel Derecho, Madrid, 1997, pág. 42).

³¹ REICH, N., "Zivilrechtsheorie, Sozialwissenschaft und Verbraucherschutz", *ZRP*, 1974, pág. 187; DAMM, "Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem", *IZ*, 1978, pág. 173; LANDFERMANN, "Die Überarbeitung des deutsche Schuldrecht aus intenacionalrechtlicher sicht", *Rabelsz* 45 (1981), pág. 124; REIFNER, "Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung Realitats verlevenung oder Soziale Auslegung im Zivilrecht", 1979, págs. 407 y ss.

que debe tender a regular el funcionamiento y la actividad de los profesionales en el mercado, les preste atención. Deberán, por consiguiente, introducirse normas tuteladoras de estos agentes que, usualmente, presentan una posición más débil frente a los empresarios u oferentes. Consecuencia de todo ello es la existencia de normas limitadoras de la autonomía de la voluntad, mediante la introducción de normas imperativas que integran e interpretan los contratos en muchos supuestos³².

3. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

La nueva definición del Estado plasmado en el artículo 2 de nuestra Constitución, que parte del reconocimiento del derecho de la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española y que se desarrolla en el Título VIII, implanta una nueva organización territorial que tiene una acusada incidencia en lo tocante a la distribución de competencias legislativas, habida cuenta que la descentralización ha propiciado la ruptura del monopolio estatal generador de leyes, al permitir que, en la génesis normativa, participe tanto el poder legislativo central como las Comunidades Autónomas. Esta dualidad de instancias creadoras de normas jurídicas nos obliga a hacer una reflexión sobre su repercusión en el Derecho del consumo o más bien en lo que afecta a la materia objeto de análisis: la protección del consumidor en el comercio electrónico.

El artículo 149.1 de la CE establece, mediante un extenso rol, las materias de competencia exclusiva del Estado. El ordinal 6º de mentado precepto formula, en términos absolutos, la competencia del Estado en lo atinente a la legislación mercantil, a diferencia de la legislación civil (número 8), que establece una excepción a favor de las Comunidades Autónomas en la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales³³. Esta línea constitucional enlaza con la tradición histórica y supone la reserva exclusiva al Estado de la regulación legal en todas las materias que rigen la actividad económica de los empresarios, como

³² Cfr. BERMEJO VERA, J., "Aspectos jurídicos de la protección al consumidor", en *Revista de la Administración Pública*, núm. 87, 1978, págs. 264 ss.

³³ DÍEZ-PICAZO, L., "Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas", *Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil*, Ponencias y Comunicaciones a las Jornadas de Granada, mayo de 1988, Ed. Tecnos, p. 13, ha señalado que las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil no nacen por la fuerza expansiva de sus derechos especiales, pero que pueden surgir por las disposiciones de sus estatutos de autonomía cuando tales estatutos no se rijan por las disposiciones de la oferta del artículo 148, sino que puedan avanzar hasta los límites del artículo 149.

aplicación del principio de unidad de mercado³⁴. También la competencia exclusiva del Estado sobre el comercio electrónico, para el supuesto de que su ordenación cayera en la parcelación del Derecho Civil, viene determinada por el art. 149.1.8 de la CE que asigna al Estado la competencia sobre legislación civil (exceptuado lo relativo a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral) y, en todo caso, sobre las bases de las obligaciones contractuales.

El tenor del artículo 149.1.6 CE suscita una serie de interpretaciones sobre la determinación del significado de la expresión constitucional “legislación mercantil” en relación con la incidencia sobre la regulación jurídico-privada del desarrollo jurídico-público que realizase una Comunidad Autónoma. Las dificultades en este caso son mayores si nos paramos a reflexionar sobre la adscripción a una rama jurídica del Derecho de consumo y, en especial, sobre la protección de los consumidores en materia de contratación electrónica. Los artículos 39 y 40 de la LGDCU establecen la competencia concurrente de facultades sobre protección y defensa de los consumidores y usuarios, pero ha de entenderse ello desde el punto de vista de la regulación administrativa, ya que en lo que se refiere al ámbito sustantivo es competencia exclusiva del Estado³⁵, tal como veremos más adelante

Partiendo de la idea, según lo dicho más arriba, de que la contratación electrónica puede tener su encaje en la regulación normativa del Derecho Mercantil, hemos de preguntarnos sobre el concepto sustantivo de la locución legislación mercantil, que no aparece definido por la propia Constitución. El término legislación ha de ser entendido, según postura mayoritaria en nuestra doctrina, en un sentido amplio, comprensivo tanto de su acepción formal -normas con fuerza y rango de

³⁴ Sin embargo, como señala A. BERCOVITZ, la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre materia mercantil no deriva exclusivamente del art. 149.1.6 CE, ya que en otros números del mismo artículo se mencionan como independientes de la legislación mercantil, materias que se incluyen habitualmente dentro de la noción de Derecho Mercantil, como ocurre con la legislación sobre propiedad intelectual e industrial, las bases de la ordenación de crédito, banca y seguros (núm. 11), a materias de Derecho marítimo y Derecho aéreo, con mención específica del transporte (núm. 20) y a los transportes terrestres que transcurren por el territorio de más de una Comunidad Autónoma (núm. 21) (Cfr. *Apuntes de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, 5^a ed., Cizur Menor, 2004, pág. 103).

³⁵ Respecto de las competencias en materia de consumo según los distintos Estatutos de Autonomía puede verse PARDO ALONSO, J., *Protección del consumidor y responsabilidad civil*, cit., págs. 66 y siguientes; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Un panorama de la defensa de los consumidores desde el Derecho Administrativo”, en *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, Ed. Iberdrola, Bilbao, 1994, págs.122 ss.; SALAS HERNÁNDEZ, J., “Defensa del consumidor y competencias de los diversos entes territoriales”, en *Directiva*, núm. 1, 1990, págs. 23 ss. En cualquier caso es importante tener presente la sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989 (suplemento del *BOE*, núm. 43, de 1989), que declara inconstitucional el artículo 40 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

ley-, como de su concepto material, esto es, cualquier disposición escrita de carácter general emanada de los poderes públicos en el ejercicio de la potestad normativa³⁶. El propio Tribunal Constitucional ha interpretado el término “legislación” desde un punto de vista material (STC de 30 de junio de 1982). Ello significa que la voz “legislación” comprende no solamente aquellas disposiciones que tengan rango de Ley, sino toda norma escrita con independencia de su rango formal relativa a la materia mercantil³⁷. El término legislación abarca así la facultad de emanar tanto leyes formales como reglamentos ejecutivos de las mismas. Los reglamentos organizativos, sin embargo, no caerían dentro del ámbito de competencia exclusiva del Estado³⁸.

Analizado el sentido que ha de darse a la expresión “legislación”, veamos ahora a qué ha de reducirse su calificativo de “mercantil”, que plantea más problemas interpretativos. Es palmario que la referencia a lo “mercantil” que se realiza en el artículo 149.1.6^a de la CE resulta excesivamente ambigua. Buena prueba de ello es la aparición de diversas interpretaciones doctrinales que pueden agruparse en las que extractamos a continuación³⁹.

Para un sector doctrinal el alcance del término “legislación mercantil” se reduce a la noción tradicional del Derecho Mercantil, vinculada al contenido del Código de Comercio y a su legislación complementaria, pero con exclusión de aquellos sectores que han surgido legislativamente con independencia del Derecho Mercantil tradicional y que han sido incluidas dentro de esta rama del ordenamiento jurídico como consecuencia de la evolución de la doctrina científica⁴⁰. Para otra corriente doctrinal, el término “legislación mercantil” se extiende a todas las normas públicas y privadas que inciden en la ordenación de la empresa y del mercado, con inclusión,

³⁶ Puede verse QUINTANA CARLO, I., “La materia mercantil en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Dir. L. Martín-Retortillo), Zaragoza, 1985, págs. 518 ss.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “Constitución económica y Derecho mercantil”, en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, págs. 63 ss.; DÍAZ MORENO, “El Derecho mercantil en el marco de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor A. Menéndez*, T. I, Madrid, 1996, págs. 227 ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1979, págs. 31 ss.

³⁷ Cfr. QUINTANA CARLO, I., “La materia mercantil en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, al cuidado de MARTÍN RETORTILLO, Zaragoza 1985, págs. 525 ss.

³⁸ Según GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil”, *RDM*, 199-200 (1991), pág. 23.

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil”, *RDM*, 199-200 (1991), págs. 27 ss.

⁴⁰ BERCOVITZ, A., “Modificaciones recientes”, cit., págs. 15-16; IDEM, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 5^a ed., cit., pág. 104.

tanto de los sujetos que actúan en el mismo, como de los aspectos puramente contractuales de la actividad que despliegan⁴¹. Finalmente, un tercer grupo de autores entiende que la reserva exclusiva del Estado sobre la “legislación mercantil” alcanza a la regulación jurídico-privado de la actividad económica y comercial, pudiendo las Comunidades Autónomas asumir competencias en aquellos aspectos que afectan a la intervención de los poderes públicos en los sectores mercantiles⁴².

El Tribunal Constitucional se ha inclinado claramente a favor de la tercera opinión. En la sentencia de 16 de noviembre de 1981, sostuvo meritado Tribunal que la legislación mercantil “habrá de incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales”. Esta doctrina es retomada en la Sentencia de 31 de enero de 1986, en la que se indica que “en principio... sólo las reglas de Derecho privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la “legislación mercantil”, teniendo las de Derecho público regímenes diferenciados, y que en cada supuesto será menester situar, tesis que abona también el hecho de la asunción por parte de algunas Comunidades Autónomas de competencias legislativas en materias claramente encuadrables dentro de la materia mercantil”. Por su parte la STC 225/1993, de 8 de julio, que aboga por el principio de la unidad de mercado, mantiene la estatalidad del Derecho Mercantil, lo que excluye que las Comunidades Autónomas puedan entrar a regular los “ámbitos de la actividad mercantil que corresponden al Estado, como son –entre otros tradicionalmente regidos por el Derecho mercantil- los relativos a la capacidad para el ejercicio del comercio, a la creación y el régimen jurídico de los establecimientos mercantil o, como ha sido señalado por este Tribunal, a la `regulación de las condiciones generales de la contratación o de las modalidades contractuales´ (STC 71/1982)”. Pero, en los casos en que el Estado tenga competencia para regular las bases de determinadas materias no implica una competencia estatal exclusiva, ya que deberá concurrir con las Comunidades Autónomas para el desarrollo legislativo y la ejecución de las bases del Estado en la materia, y las que con carácter exclusivo puedan tener las Comunidades Autónomas en la promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica de acuerdo con la ordenación general de la economía (STC 66/1998, de 8 de marzo).

⁴¹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, cit., págs. 81 ss.

⁴² BROSETA PONT, M., “Ponencia sobre el Estado”, cit., p. 434; LASARTE, *Autonomía y Derecho privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980, p. 42; MUÑOZ MACHADO, *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1981, págs. 53 ss.

De lo establecido en estas sentencias debe, evidentemente, extraerse la conclusión de que la normativa mercantil jurídico-privada será competencia exclusiva del Estado. En definitiva, siguiendo a Alberto Bercovitz, podemos decir que a la vista de los artículos 148 y 149 de la CE la competencia para dictar leyes mercantiles a los efectos del orden de prelación de fuentes del artículo 2 del Código de Comercio corresponde en exclusiva al Estado, así como, con carácter general, la legislación sobre las restantes materias que suelen incluirse dentro de la noción de Derecho Mercantil⁴³.

El carácter puramente técnico de la expresión recogida en la regla sexta del artículo 149.1 CE evita la existencia de competencias autonómicas que puedan repercutir sobre la materia mercantil. A tal respecto, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 1 de julio de 1986, declaró que “de lo que esencialmente se trata es de que a través de las normas autonómicas no se produzca un *novum* en el contenido contractual, o en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas. Y en relación con la incidencia real en la práctica mercantil de las regulaciones y sanciones administrativas, hay que precisar que se trata de una cuestión de hecho de difícil apreciación por este Tribunal, que no podría pronunciarse en términos generales y abstractos, por lo que resulta preciso remitirse, caso por caso, a la proporcionalidad entre la restricción administrativa que se introduce y el objetivo que persigue”. Esta postura ha sido mantenida en las SSTC de 9 de julio, 22 de julio y 30 de septiembre, todas de 1993.

Entendida la exclusiva competencia del Estado en la legislación mercantil en el sentido antes expuesto, se plantea una compleja cuestión de límites entre poder central y autonómico, que encuentra sus raíces en las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en el ámbito jurídico-público, que pueden incidir sobre aspectos sustantivos de las relaciones jurídico-mercantiles privadas. Los contornos del ámbito propio de cada ente no es cuestión fácil ya que “como es obvio, toda actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy día en las sociedades que siguen el modelo de economía de mercado por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el Derecho privado, dentro del cual hay que situar sin duda el Derecho Mercantil” (STC de 16 de noviembre de 1986, reiterada, entre otras, por la sentencia de 27 de febrero de 1997). La actual injerencia de la normativa pública y privada sobre la materia

⁴³ BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 5ª ed., cit., pág. 104.

mercantil, como consecuencia de la cláusula del Estado social, ha de ser entendida distinguiendo cuidadosamente, de un lado, “lo que es regulación de las relaciones *inter partes* y, de otro lado, la regulación de los poderes públicos en esas regulaciones contractuales mediante, por ejemplo, actividades de policía, administrativa, o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinar” (STC de 27 de febrero de 1997). En lo que respecta más concretamente a la materia que es objeto de nuestro estudio, el Tribunal Constitucional en sentencia 95/1984, de 18 de octubre, ha sentado: “todo lo cual perfila la competencia de las Comunidades Autónomas –en materia de defensa del consumidor– dentro de un marco y unos límites determinados por otras tantas competencias del Estado, a cuyas bases de regulación ha de atemperare el ejercicio de la competencia autonómica”.

Esta labor interpretativa realizada por el Tribunal Constitucional no evita, sino todo lo contrario, los conflictos e interferencias que se puedan provocar entre los dos ámbitos competenciales, estatal y autonómico, sobre todo en el ámbito del Derecho del consumo⁴⁴. La determinación de si una norma autonómica ha excedido su campo de atribución competencial y ha invadido la esfera estatal es cuestión que ha de resolverse en la práctica casuísticamente, esto es, en atención a las circunstancias concretas de cada determinada situación, pero sirviendo de criterio referencial la finalidad perseguida con la norma dictada por el poder autonómico dentro de su competencia lícitamente asumida. Ésta ha sido, al menos, la posición que el Tribunal Constitucional ha mantenido en algunos de sus pronunciamientos, como, por ejemplo, en la sentencia de 22 de julio de 1993, sobre la incidencia de normas autonómicas en la regulación de la libre competencia, donde sostuvo la conveniencia de “acudir a criterios teleológicos, precisando el objetivo predominante de la norma”.

⁴⁴ La totalidad de los Estatutos de Autonomía atribuyen a la respectiva Comunidad Autónoma competencias en materia de protección de los consumidores, si bien en distinto grado. De una parte, nos encontramos con los Estatutos que, con pequeñas variantes, atribuyen a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de defensa de los consumidores y usuarios (País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Navarra, Valencia y Aragón, si bien este último es de mero desarrollo legislativo y ejecución en el marco de la legislación básica del Estado). En el otro lado se encuentran los Estatutos que atribuyen a la Comunidad Autónoma competencias meramente ejecutivas en la materia, que son los restantes. Cfr. PRADA ALONSO, J., *Protección del consumidor y responsabilidad civil*, cit., págs. 67-68; SALAS HERNÁNDEZ, J., *Defensa del consumidor y competencias de los distintos entes territoriales*, cit., pág. 28.

4. COMERCIO ELECTRÓNICO Y SEGURIDAD JURÍDICA

Las nuevas tecnologías han revolucionado el mundo de la información y las comunicaciones y han propiciado la existencia de un mercado abierto, global. La contratación electrónica permite realizar negocios jurídicos relativos a la prestación de bienes y servicios a través de catálogos *sui generis* que posibilitan ofertas a través de redes electrónicas o informáticas, no solo de mercaderías o bienes inmateriales, sino de cualquier otro servicio ofertado por empresarios o profesionales, y que constituyen un nuevo mercado virtual, cuyas ventajas son obvias: mayor competitividad, reducción de costes y mayor celeridad en las relaciones comerciales.

Junto a estas ventajas, hemos de señalar que el nuevo *modus operandi* contractual plantea problemas añadidos que inciden no solamente sobre los elementos esenciales del contrato y su prueba, sino sobre sus efectos, respecto de las normas de competencia y, en especial, en lo atinente a la salvaguarda de los derechos de los destinatarios⁴⁵. En este punto, las nuevas vías de contratación y su creciente oferta marcan la necesidad de definir los límites de acceso a la intimidad y el respeto a los derechos de la persona y su desarrollo en libertad dentro de la convivencia, con una regulación jurídica -junto a unos presupuestos éticos- de los comportamientos básicos en el respeto y libertad que definen y distinguen al hombre⁴⁶.

Las dificultades del comercio electrónico en la práctica vienen, por consiguiente, motivadas no solo por cuestiones técnicas o económicas que pueden afectar a las transacciones en sí, como son la inseguridad jurídica, los riesgos e incertidumbres en las operaciones económicas⁴⁷ o la insuficiente regulación

⁴⁵ FORNI, R., "Message", en *Le droit international de l'Internet* (Dir. G. Chantillon), Ed. Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 5, "Les progrès des nouvelles technologies de l'information et de la communication lancent aux juristes et aux hommes politiques un défi inédit. Certains de nos concitoyens s'inquiètent, d'autres s'alarment, prompts à dénoncer le menaces du totalitarisme électronique ou de la délinquance numérique. Ces craintes son legitimes... Car ces technologies son une chance pour nos concitoyens".

⁴⁶ Puede verse DAVARA RODRIGUEZ, M.A., *Manual de Derecho Informático*, Ed. Aranzadi, 3ª ed., Pamplona, 2001, pág. 25. En esta línea sostiene DRUMMOND, V., *Internet, Privacidad y Datos Personales* (traducción de I. Espín Alba), Ed. Reus, Madrid, 2004, págs. 151-152, "La función de los operadores del Derecho es en este momento buscar las mejores soluciones para que el ciudadano pueda ser tutelado, aunque se puedan identificar, paulatinamente, nuevos paradigmas y nuevas comprensiones y percepciones éticas producto de la llegada [...] de la sociedad tecnocomunicacional. No se podrá olvidar en ningún caso, que aunque con variaciones de tiempo y de espacio, el sentido común, la justicia social y determinados valores éticos deberán siempre persistir -y existir. Tan sólo de esa manera existiremos nosotros".

⁴⁷ Lo que confiere una tipicidad más o menos definida a estos contratos, además del medio empleado en su celebración, es la existencia de una problemática jurídica propia y común a todos ellos, entre cuyos problemas cabe citar la equivalencia del mensaje a la forma escrita, al texto

legal en determinados aspectos⁴⁸, sino también por la posibilidad de invadir la intimidad y conculcar derechos individuales básicos con motivo de acciones de comunicación o promoción. De ahí que se imponga, al lado de una regulación limitativa de este tipo de actos, que originan pérdidas económicas y molestias, la necesidad de someter las mismas a preceptos que salvaguarden la intimidad personal, entre los que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre protección de datos de carácter personal, y la normativa que la desarrolla.

Es fácil suponer que, para que el comercio electrónico pueda desarrollar de una forma adecuada su cometido, es necesario que se produzcan comunicaciones comerciales, a través de las cuales los empresarios pueden dar a conocer sus bienes y servicios para que por mor de esa oferta los consumidores y usuarios puedan acceder a los mismos. No cabe duda que esta entrada en el mercado deberá realizarse respetando todas las normas que regulan la actividad del empresario y que afectan a competencia, corrección en el tráfico, buenos usos y legalidad de la publicidad, etc. Por ello, el innegable espíritu emprendedor de cualquier empresario le llevará a intentar comunicarse con posibles destinatarios a fin de obtener una difusión de sus servicios. Estas comunicaciones pueden ser solicitadas por los destinatarios, lo cual supondrá que las mismas, al ser aceptadas de forma recíproca, quedan inmersas en el campo negocial. Pero, de hecho, puede darse el supuesto de que los operadores económicos deseen captar nuevos clientes todavía desconocidos para ellos y que representan un claro potencial económico. Para ello, sirviéndose de elencos de datos personales que otras empresas les hayan

original y a los medios de prueba tradicionales. Singular relevancia presenta, entre otros, la identificación de los contratantes y la seguridad y confidencialidad de los datos [cfr. VATTIER FUENZALIDA, C., "Nota sobre los contratos electrónicos", en *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual* (Coord. C. Rogel Vide), Ed. Reus, 1999, pág. 89].

⁴⁸ En puridad no podemos decir que el comercio electrónico no esté regulado, tanto a nivel comunitario como nacional, pero lo cierto es que quedan muchas parcelas sin normar ya que, en estos campos, la ley siempre va a la zaga de la realidad, de ahí que constantemente se imponga la necesidad de una actualización legislativa para proteger derechos, en especial de los consumidores. A título indicativo, y sin ánimo de excogitar todo un catálogo de disposiciones, diremos que sobre el comercio electrónico existen, entre otras, las siguientes disposiciones básicas de su régimen jurídico: Ley modelo de Naciones Unidas, sobre comercio electrónico de 30-1-1997 (UNCITRAL); Directiva 97/7/CE, 20-5-1997, sobre protección de los consumidores en materia de comercio a distancia; Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000; Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico; Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, donde en el artículo 21 se alude por primera vez al dinero electrónico, además de otras normas sobre propiedad industrial e intelectual: patentes, marcas, publicidad, competencia, comercio a distancia, etc., que tangencialmente puedan ser aplicables.

suministrado o que ellos mismos hayan conseguido, les envían dichas ofertas sin que medie solicitud de los destinatarios. En este caso habrá receptores que acepten dichas comunicaciones, pero otros no desearán las mismas. La comunicación comercial en esta última hipótesis produciría, pues, pérdidas de tiempo, perjuicios y una invasión de la intimidad, lo que supondría una conducta contraria a principios jurídicos y obligaría a legislar para salvaguardar derechos de la persona en un marco de convivencia y libertad. De ahí que se haya venido primero cuestionando y después prohibiendo estas comunicaciones comerciales no solicitadas, cuya práctica recibe el nombre, en terminología anglosajona, de *spamming*⁴⁹.

5. TENDENCIAS EN LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) en su 17º período de sesiones, en 1984, elaboró un informe titulado “Aspectos jurídicos del proceso automático de datos” (A/CN.9/254), en el que se abordaban diferentes cuestiones sobre la validez de la documentación informática, autenticación, condiciones generales, etc.

Tras ese informe, en la siguiente sesión, la Secretaría General presenta otro informe sobre el “Valor jurídico de los registros informatizados” (A/CN.9/265), en el que se ponía de relieve las posibilidades de valor probatorio de los datos almacenados en medios informáticos, si bien se consideraba la necesidad de la existencia de firmas o autenticaciones de firma o suscripción de documentos. Fruto de este informe fue la recomendación de la UNCITRAL a los Estados en referido año 1985, con el designio de que éstos analizaran su Derecho interno en lo relativo a las exigencias formales de contratos en el ámbito de la negociación electrónica, así como las disponibilidades en los medios de prueba. Esta recomendación tuvo escaso eco en los destinatarios.

El siguiente paso más relevante tuvo lugar en el año 1990 cuando se presenta a la Comisión el informe rotulado “Estudio preliminar de las cuestiones jurídicas relacionadas con el perfeccionamiento de contratos por medios electrónicos” (A/CN.9/333), en el que ya se tenían en cuenta otros trabajos realizados en la Unión Europea y en Estados Unidos. En el año 1991 se producen otros informes, entre ellos, el A/CN.9/350, sobre reglas generales de las comunicaciones por

⁴⁹ Las comunicaciones comerciales no solicitadas son objeto de estudio en el Capítulo 5 de este trabajo al que nos remitimos.

vía electrónica, y el A/CN.9/360, sobre negociabilidad de títulos y documentos de titularidad.

Durante los años 1992 a 1995 el Grupo de Trabajo Electrónico de Datos elabora las reglas jurídicas aplicables al “Intercambio Electrónico de Datos (EDI) y otros medios de comunicación de datos”, que concluyó con la presentación de un texto del proyecto de Ley Modelo. Presentada a la Comisión, ésta aprueba, el día 12 de junio de 1996, el texto definitivo de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. En la aprobación se recomendaba a todos los Estados que tuvieran en cuenta el tenor de referida ley a la hora de aprobar o modificar leyes de derecho interno en aras a uniformar la legislación aplicable a las formas de comunicación y almacenamiento de información en soportes distintos al papel⁵⁰.

Por su parte, la Comisión Europea había venido trabajando en la problemática de la transmisión electrónica de datos y sus consecuencias en orden a la contratación electrónica, por lo que el 18 de julio de 1994 publica el “Modelo Europeo de Acuerdo EDI⁵¹, que adopta la forma de recomendación para los Estados, y en cuyo artículo 1,1º declara que el Acuerdo estipula las condiciones legales a las que se ajustarán las partes para efectuar transacciones mediante el uso del Intercambio Electrónico de Datos (EDI)⁵².

En Europa, los primeros intentos para promover la unificación legislativa en lo atinente al documento electrónico se producen a raíz de la Recomendación R (81) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, relativa a la armonización de las legislaciones en materia de exigencia de un escrito y en materia de admisibilidad de las reproducciones de documentos y de registros informáticos, que intentó adelantarse a los problemas surgidos por el uso creciente de los registros informáticos.

Por su parte, la Comisión Europea había venido trabajando en la problemática de la transmisión electrónica de datos y sus consecuencias en orden a la contratación electrónica, por lo que el 18 de julio de 1994 publica el Modelo Europeo de Acuerdo EDI, que adopta la forma de recomendación para los Estados, y en cuyo artículo 1,1º declara en síntesis que el Acuerdo estipula las

⁵⁰ MORENO NAVARRETE, M.A., *DERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 15-16.

⁵¹ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 338/100, de 28 de diciembre de 1994.

⁵² En el artículo 2.2 del Acuerdo se define el mensaje de EDI como el que “consta de una serie de segmentos, estructurados con arreglo a una norma aceptada, preparados en un formato legible por ordenador y capaz de ser procesado automáticamente y sin ambigüedades”.

condiciones legales a las que se ajustarán las partes para efectuar transacciones mediante el uso del Intercambio Electrónico de Datos (EDI)⁵³.

Con estos presupuestos, la Comisión Europea presenta al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico Social y al Comité de las Regiones la comunicación denominada “Iniciativa europea de comercio electrónico”, de 16 de abril de 1997. Este texto tenía dos objetivos principales: de una parte, potenciar las relaciones comerciales por esta vía, intentando diluir las reticencias creadas por la inseguridad del medio, y, de otra, potenciar una reglamentación uniforme en el ámbito internacional, habida cuenta el carácter transnacional de esta forma de comercio, para lo cual se debería potenciar la seguridad de las comunicaciones y la protección de los secretos industriales y de la propiedad intelectual (en sentido amplio).

Esta propuesta, tras distintas reelaboraciones y enmiendas, se convierte en la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre firma electrónica.

Esta legislación básica sobre comercio electrónico no debe desligarse de la ingente labor desplegada por la Unión Europea para proteger a los consumidores, que en algunos aspectos constituye un impulso para el desarrollo del comercio electrónico.

En materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, que fue transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y aplicables al comercio electrónico se han dictado numerosas disposiciones,, entre las que pueden citarse las que afectan a las siguientes materias: publicidad engañosa y publicidad comparativa (Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre de 2006); actividades de radiodifusión televisiva (Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989), viajes combinados (Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990), venta y garantía de bienes de consumo (Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999), acciones de cesación en materia de

⁵³ En el artículo 2.2 del Acuerdo se define el mensaje de EDI como el que “consta de una serie de segmentos, estructurados con arreglo a una norma aceptada, preparados en un formato legible por ordenador y capaz de ser procesado automáticamente y sin ambigüedades”.

protección de los intereses de los consumidores (Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009), etc.

El problema de la defensa de los consumidores respecto de las comunicaciones comerciales abusivas o *spam* se afronta por primera vez en el ámbito comunitario por la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, que fue traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

La protección de la intimidad, que resulta fundamental en la contratación electrónica, fue abordada por la Unión Europea en la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, que trajo como consecuencia la publicación en España de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Más tarde se publicó la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, que derogó la Directiva anterior y modificó el régimen jurídico, y que originó la necesidad de modificar la legislación española. A su vez, la Directiva 2002/58/CE fue modificada por la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, cuya transposición a nuestro ordenamiento jurídico ha sido el objeto principal de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

El materia de comunicaciones electrónicas el nuevo marco europeo está compuesto por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (derechos de los usuarios), y la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (mejor regulación), que han producido la promulgación de la vigente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Con el propósito de romper la barreras que afectaban a los consumidores en la contratación electrónica, se publica la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y

la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta directiva ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento interno por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica sustancialmente el texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Por último indicar que la necesidad de protección del consumidor litigante en lo concernientes a transacciones transfronterizas motivó que, tras varias disposiciones⁵⁴, se culminara con el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. Posteriormente, se dictó la Directiva 2009/22/CE, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que ha resultado modificada por la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, normativa que también modificó mínimamente el Reglamento (CE) nº 2006/2004.

6. CONCLUSIÓN

A lo largo de más de un cuarto de siglo en que se ha abordado de una forma directa o indirecta la protección de los consumidores y usuarios en la Unión Europea, se ha perfilado una protección que, pese a los buenos intentos, no es todavía asaz suficiente⁵⁵. La causa puede obedecer al designio primigenio de fortalecer más las relaciones e intercambios comerciales que la protección de los sujetos débiles intervinientes, sin reparar que un fortalecimiento de

⁵⁴ Entre estas disposiciones cabe citar la Recomendación R (86) 12, dictada por el Consejo para potenciar el arbitraje como alternativa accesible y eficaz a la acción judicial. También es de tener en cuenta la Resolución 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*, y la Resolución 7876/2000 por la que el Consejo pone de relieve la necesidad de desarrollar procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos en materia de consumo. La Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril, contiene los principios que deberán aplicarse a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.

⁵⁵ Entre otras causas, señala MÉNDEZ PINERO, E., *La integración europea y la protección de los consumidores*, cit., p. 59, que “A pesar de que la Comunidad se ha dedicado de lleno a la tarea de armonización de legislaciones con vistas a la consecución del Mercado Interior el 1 de enero de 1993, lo cierto es que sigue existiendo un número importante de problemas legales y extralegales que impide una armonización efectiva en el campo de los derechos del consumidor”...”Con respecto al problema general del nivel de protección de los consumidores se debe reconocer que la legislación en materia de consumo varía enormemente de un Estado a otro. Por ello, la Comisión ha adoptado la técnica del *mínimo denominador común*, permitiendo a los Estados miembros con legislación favorable el mantener dicha protección y obligando a los Estados menos proclives a adoptar una normativa protectoria mínima.”

los intercambios económicos se sustenta en un aumento de la demanda. Últimamente, la tendencia se ha invertido, en la medida que la instauración de nuevas formas contractuales amparadas por las nuevas tecnologías ha resaltado más esta necesidad. En cualquier caso, la tutela sigue resultando insuficiente, fragmentaria y de mínimos.

Del análisis de la actuación de los órganos comunitarios a lo largo de este período, podemos colegir los siguientes rasgos caracterizadores de la tutela de los consumidores y usuarios⁵⁶:

a) Al contrario de lo que se aprecia en las legislaciones nacionales, las directivas comunitarias existentes en materia de protección de los consumidores no constituyen un marco reglamentario completo para las prácticas comerciales entre empresas y consumidores, objetivo central de la protección de los consumidores. Si bien determinados ámbitos pueden estar bien cubiertos, en otros, ante la carencia normativa, se han tenido que ir perfilando normas más recientes, en particular en lo que se refiere a prácticas de comercialización o relacionadas con los contratos, pagos y servicios postventa. La irrupción de nuevas prácticas tecnológicas en el ámbito de la contratación también ha contribuido a poner de relieve la necesidad de nuevas normas que faciliten una adecuada tutela.

b) Algunas directivas específicas en determinados sectores nacieron como una respuesta muy precisa a problemas concretos, surgidos en un determinado momento. No obstante, a veces se ha constatado que transcurría un largo *lapsus* desde la propuesta hasta la aplicación⁵⁷, lo que ha motivado que muchas quedasen obsoletas a medida que las prácticas mercantiles iban evolucionando. Esta falta de flexibilidad pone de relieve la necesidad de mantener viva la capacidad para modificar directivas e ir adaptándolas al progreso tecnológico manteniendo al mismo tiempo el nivel de protección de los consumidores, extremos que en los últimos tiempos parece ir mejorando.

c) La interacción entre la reglamentación comunitaria en materia de protección de los consumidores y las normas internas ha creado un marco jurídico complejo que, a veces, resulta difícil de entender para operadores económicos y consumidores.

d) La ausencia de una jurisprudencia general y válida del Tribunal de Justicia sobre la posible justificación de barreras al libre movimiento de bienes y servicios

⁵⁶ Caracteres o tendencias que, en parte, se admiten y reconocen por la Unión Europea en el Libro Verde de 2001, sobre la protección de los consumidores.

⁵⁷ Tal como ocurrió con la Directiva de venta a distancia que fue propuesta en el año 1992, y no se aplicó hasta casi ocho años después.

por motivos de protección de los consumidores, pues se ha limitado a resolver cuestiones específicas de casos puntuales, también representa una rémora en la materia.

e) Las normas de protección de los consumidores en el ámbito de la Unión Europea, que se sustenta en cláusulas de mínimos, permiten a los Estados miembros adoptar medidas más específicas o más estrictas para proteger a los consumidores, o, más comúnmente, mantener las normas existentes, a condición de que sean más estrictas que las normas comunitarias. Esto genera nuevas divergencias entre las legislaciones nacionales, además de las existentes entre los ámbitos no armonizados de la protección de los consumidores⁵⁸.

g) Es palmario que, cuando no existe legislación o jurisprudencia comunitaria, se impone la necesidad de aplicar la legislación nacional de los Estados miembros, que puede diferir en su fondo y aplicación. Cada Estado miembro cuenta con un entorno normativo bien desarrollado dirigido específicamente a la protección de los consumidores o a la regulación de las prácticas comerciales entre empresas y consumidores para otros fines⁵⁹. No obstante, además del mismo tipo de reglamentaciones existentes a escala comunitaria, muchos Estados miembros disponen de un principio jurídico general, apoyado a veces por leyes específicas para regir las prácticas comerciales entre empresas y consumidores⁶⁰.

⁵⁸ BERCOVITZ, A., "La protección de los consumidores en la Unión Europea", en la Introducción a *Reglamentos y Directivas de la Unión Europea referentes a la protección de los consumidores*, cit., p 35: "Esa regla de *minimis* es, precisamente, contraria a la realización del mercado común, que ha sido la base jurídica en la que se ha fundamentado la promulgación de las Directivas de protección de los consumidores".

⁵⁹ Al respecto puede verse KEOHANE, R.O./HOFFMAN, S., "Community politics an institutional change", en *The dynamics of European Integration* (Ed. W. Wallace), Ed. Pinter, London, 1990, pág 25.

⁶⁰ El principio general de comportamiento contrario a las buenas costumbres (*contra bonos mores*) se aplica en legislaciones como la de Austria (art. 1 de la *Bundesgesetz gegen den unlautern Wettbewerb*, Ley Federal contra la competencia desleal), Grecia (art. 1 de la Ley sobre competencia desleal), Portugal (apartado 1 del artículo 260 del *Código da Propriedade Industrial*) y Alemania (art. 1 de la *Gesetz gegen den unlautern Wettbewerb*). El principio de "prácticas comerciales leales" puede encontrarse en ordenamientos jurídicos como los de Bélgica (arts. 93 y 94 de la *Loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur*), Italia (art. 2598 del *Codice civile*), Luxemburgo (art. 16 de la *Loi du 27 novembre 1986, réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale*) y España (art. 5 de la LCD y art. 6 b) de la Ley General de Publicidad). Francia (arts. 1328-1384 del *Code Civil*) y Holanda (art. 6:162 de la *Burgerlijk Wetboek*) adoptan disposiciones generales del derecho de responsabilidad civil, bajo los conceptos de "ilicitud". Existen muchas similitudes en el principio de "buenas prácticas de comercialización adoptadas por Dinamarca (artículo 1 de la *Marketing Practices Act*), Finlandia (art. 1,2 *Consumer Protection Act*) y Suecia (artículo 1.4 *Marketing Act*). Hay que recordar que también se encuentran principios generales similares en los sistemas jurídicos de los países anglosajones, en particular USA, Canadá y Australia. En Reino Unido e Irlanda, si bien no existen

Los principios generales han sido posteriormente desarrollados mediante una legislación específica, o bien su desarrollo se ha dejado en manos de los tribunales, que, con el paso de los años, han ido produciendo una jurisprudencia completa y detallada. Los principios han surgido por distintas vías y tienen alcances diferentes, aunque debemos concluir que la protección de los consumidores es aceptable si bien podría mejorarse. De ahí que hayamos comenzado este artículo diciendo que es insuficiente.

normas jurídicas concretas que rijan las relaciones consumidor y empresas, si existen principios equivalentes que sirven para la tutela de los consumidores (así los principios de *unconscionability* y *equity*, que tienden a garantizar el equilibrio y la equidad entre estas partes, dentro del conjunto conceptual de “*fair*”).

La *Revista de Estudios Económicos y Empresariales* recibió este artículo el 24 de junio de 2015 y fue aceptado para su publicación el 7 de septiembre de 2015.