

Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos

Guillermo Romero García-Mora



MINISTERIO
DE SANIDAD
Y CONSUMO



INC
INSTITUTO
NACIONAL
DEL CONSUMO



Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos

Guillermo Romero García-Mora

Abogado. Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

EDITA: INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO
MADRID, OCTUBRE 2003

ISBN: 84-86816-95-5

NIPO: 353-03-007-2

DEPÓSITO LEGAL M-48045-2003

IMPRIME: VDA. DE LUIS CASTRILLO

ACUERDO, 17 - 28015 MADRID (ESPAÑA)

PERSPECTIVAS PARA EL CONSUMIDOR ANTE EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

INTRODUCCIÓN7

1. HACIA UN DERECHO CONTRACTUAL
EUROPEO17

2. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO
EUROPEO DE CONTRATOS43

A) Normas vigentes

1. Normas internacionales

A) El Convenio de Bruselas de 1968 y el
“Reglamento Bruselas I”

B) El Convenio de Roma de 1980

C) Otros Textos internacionales

2. Normas de producción genuinamente comunitaria

B) Evolución futura

3. EL CONSUMIDOR, COMO PARTE CONTRACTUAL, ANTE EL DERECHO EUROPEO125
A) Evolución política comunitaria en la protección del consumidor	
B) La protección jurídica del consumidor europeo en los ordenamientos nacionales	
C) La difusa noción de <i>consumidor</i> comunitario	
D) La protección jurídica del consumidor en el Derecho de producción comunitaria	
E) Aplicación actual del Derecho de consumo de producción comunitaria en la Comunidad	
4. LA POSIBILIDAD DE UN CÓDIGO EUROPEO DE CONSUMO199
A) La justificación de un Código europeo de consumo	
B) La incierta base competencial para legislar en materia de consumo	
ANEXO: LA POSICIÓN DEL CONSUMIDOR COMO PARTE CONTRACTUAL. NORMAS DE DERECHO COMUNITARIO DERIVADO235
CONCLUSIONES279

Introducción

PERSPECTIVAS PARA EL CONSUMIDOR ANTE EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad que vivimos es una sociedad de masas y el progreso y el bienestar¹ la han hecho una sociedad de consumo. La condición de consumidor, por decirlo así, es imperativa. No cabe imaginar un sujeto que libremente decida aislarse y no intervenir, en algún momento, en un acto de consumo. No cabe que un sujeto -es pura entelequia- decida no contratar o mejor aún, decida tomar la artificiosa posición de ser él quien decide si contrata o no. La autonomía de la voluntad entendida como autonomía negocial ha devenido en pura ficción para el consumidor² y es impensable un individuo que pueda abstenerse de usar el transporte público, contratar el suministro de luz y agua o adquirir determinado electrodoméstico.

El consumerismo, como movimiento específico de protección de los consumidores, tuvo sus primeras manifestaciones en los países de la Europa nórdica y anglosajona. Su primer

¹ Sobre la influencia del “Estado del bienestar” en el fenómeno del consumo, *vid.*, ALONSO BENITO, L. E., “Los orígenes del consumo de masas: el significado de una transformación histórica”, *Estudios sobre Consumo*, 1985, págs. 11 y ss.; POLO, E., “La protección del consumidor en el Derecho privado”, *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1980, págs. 21 y ss. y REBOLLO PUIG, M., “La defensa de los consumidores”, en MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J. L. y GONZÁLEZ SEARA, L. (dirs.), *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, 2002, págs. 393 a 462.

² Sobre esta cuestión, *vid.*, DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 1068 y ss.

hito fue la creación del Consejo danés del Consumidor (1947), pero no es sino hasta los últimos sesenta y la década de los setenta cuando se desarrollan por los gobiernos políticas de más clara inspiración consumerista. Destaca la presentación al Parlamento británico del denominado *Informe Molony* (1962), del que derivaron leyes como la *Trade description Act* (1968, modificada en 1973), la *Fair Trading Act 1973*, la *Consumer Credit Act 1974*, la *Unfair Contract terms Act 1977*, la *Financial Services Act 1986* y la *Consumer Protection Act* (1974 y 1987). Entre tanto, el 27 de diciembre de 1973 se promulga en Francia la conocida como *Loi Royer*, inspirada por el Ministro de Comercio del mismo nombre y relativa a la orientación del comercio y del artesanado. En Alemania era aprobada, el 9 de diciembre de 1976, la Ley reguladora de las condiciones generales de los contratos, mientras en Suecia se dictaba la Ley de 29 de junio de 1970 y se instituía la figura del “ombudsman” del consumidor (*Konsumentombudsmannen*) en el marco de la Ley de Comercialización de 1971. En lo que se refiere a España, la idea de sociedad de consumo no se inicia hasta acabada la etapa de ajuste duro que significó el Plan de estabilización de 1959, produciéndose en las décadas siguientes una significativa mutación estructural de la economía desde la preponderancia del sector primario hasta la de los sectores secundario y terciario, desarrollándose tanto la industria como el turismo que, unidos al fenómeno migratorio, posibilitaron un notable crecimiento de la renta nacional y el acceso de nuevas capas de la sociedad a bienes antes reservados a una minoría³. Así, el fenómeno del consumerismo tendría su primer reflejo jurí-

³ Sobre esta evolución, *vid.*, RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Pamplona, 1995, págs. 32 y ss. y bibliografía allí citada.

dico importante⁴ en España con la Constitución de 1978, en cuyo art. 51.1 se dispone que *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*

Como respuesta jurídica al fenómeno socioeconómico del consumo ha ido surgiendo un *Derecho de los consumidores* entendido como conjunto de normas dictadas en defensa de quienes intervienen en el tráfico desde una posición de debilidad. Es la respuesta jurídica del Estado ante la necesidad de dotar de instrumentos protectores a quienes como dijimos actúan *forzados*, con un margen de autonomía muy limitado. Ciertamente es que la relación de consumo se desarrolló en tiempos históricos anteriores a los nuestros como un tracto casi interindividual entre el productor y/o vendedor y el adquirente y/o consumidor. Este tipo de relación encontraba su tratamiento suficiente y adecuado en las normas e instituciones del Derecho Privado, que precisamente en la regulación de tal supuesto fue decantando y perfeccionando buena parte de sus conceptos e instrumentos técnicos. Pero, apunta CORRIENTE CÓRDOBA, sin la pérdida de esa sustancia jurídica la relación de consumo ha evolucionado hacia nuevas y más complejas dimensiones por el número de sus operaciones, de

⁴ Podríamos, no obstante, aludir a ciertos precedentes normativos donde la preocupación por la protección del consumidor está latente o es la razón de ser de la norma. Sería el caso de la llamada *Ley Azcárate*, de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, que llegó a crear un denominado Registro Central de contratos de préstamo declarados nulos, precedente remoto del actual Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Merece también ser citada la Ley 57/1968, de 27 de julio por la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que en su momento respondió precisamente a la necesidad de salvaguardar la posición de los compradores de vivienda sobre plano.

los bienes económicos objeto de transferencias y de los operadores que actúan en ellos⁵.

Este nuevo sector del Derecho nace como consecuencia necesaria de la evolución sufrida por el mercado en los países desarrollados y para dar respuesta jurídica a la desprotección del consumidor frente a la empresa. Supone, pues, la claudicación del viejo sistema liberal que proveniente de la codificación partía de la teórica igualdad entre los contratantes a la hora de intervenir en el tráfico. Por ello, este nuevo sector implica una cierta ruptura con categorías muy arraigadas, a las que pone en cuestión; no sólo las normas propias de consumo se mueven entre las ramas del Derecho civil y del Derecho mercantil -y ponen de manifiesto, acaso, la insuficiencia de dicha distinción para explicar este fenómeno- sino que incluso trasciende distinciones tan arraigadas como la del Derecho privado y público⁶. Ciertamente el Derecho de consumo puede ser visto como mero sector especializado dentro del Derecho privado patrimonial, pero éste en su conjunto y claramente por cuanto al Derecho de consumo respecta, cada vez se ve más imbuido del Derecho público, particularmente

⁵ *Vid.*, CORRIENTE CÓRDOBA, J. A., “La protección de los consumidores en la Comunidad Europea”, en VV. AA., *Estudios sobre Derecho de consumo*, Bilbao, 2.^a ed., 1994, págs. 8 y 9.

⁶ Sobre el carácter pluridisciplinar del Derecho de consumo, *vid.*, POLO, E., *op. cit.*, págs. 21 y 22. REBOLLO PUIG ha resaltado la íntima conexión existente entre el Derecho administrativo y el privado en materia de consumo. Esta relación es especialmente notable con relación al Derecho administrativo sancionador, donde a menudo se convierte en infracción administrativa lo que en principio no era más que el incumplimiento de una norma de Derecho civil o mercantil. En estos casos, a la consecuencia jurídica privada que declarará e impondrá un juez civil tras el correspondiente proceso, se suma una consecuencia administrativa, la sanción, que pronunciará y ejecutará la Administración (*vid.*, REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, págs. 453 y 454).

del Derecho público económico, que con notable empuje va penetrando en las instituciones privadas clásicas como exigencia de la intervención del Estado en la economía requerida por un Estado social⁷. Las normas de protección de los consumidores son pues, ante todo, normas de protección del modelo económico diseñado, en el caso español, por la propia Constitución. Es significativo a estos efectos el contenido del artículo 1.1.II de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios al afirmar que, en todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 (libertad de empresa) y 128 (iniciativa pública en la economía) y con sujeción a lo establecido en el artículo 139 (unidad de mercado). No se trata tanto de crear un *tertium genus* junto al Derecho civil y mercantil cuanto de superar la tradicional configuración del Derecho privado y la distinción entre Derecho privado y público⁸.

En el contexto anterior, se explica que con el nacimiento del fenómeno de consumo haya ido surgiendo un movimiento en defensa de la posición de inferioridad que el consumidor ocupa cuando contrata y así, a lo largo del pasado siglo la realidad del

⁷ CORDÓN MORENO ha llamado la atención sobre lo que denomina un desplazamiento de los derechos de los consumidores desde lo privado hacia lo público. Muestra de ello y de la dimensión social alcanzada por la protección de los legítimos derechos e intereses de los consumidores a partir de la LGDCU de 1984, es la relevancia pública que se alcanza con la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación. *Vid.*, CORDÓN MORENO, F., “La protección de los derechos de los consumidores a partir de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y los Usuarios: La Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Aranzadi Civil*, 1999, vol. II, pág. 1795.

⁸ *Vid.*, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La unificación del Derecho privado*, Madrid, 1995, págs. 62 a 64.

consumerismo ha ido tomado carta de naturaleza en los diferentes Estados comunitarios que han ido adoptando distintas reglamentaciones en materia de protección del consumidor o parte débil contractual, bien elaborando cuerpos normativos más o menos cerrados, bien fomentando la autorregulación de las prácticas mercantiles de influencia más directa en los consumidores o, incluso, dejando en manos de las jurisprudencias nacionales la formación de todo el cuerpo *pro consumptore*⁹. A esta realidad no ha podido permanecer ajena la Comunidad Europea y, especialmente desde 1975, fecha de la elaboración del *Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información de los Consumidores*, la Comunidad ha emprendido una acción cada vez más decidida -señaladamente tras el Acta Única Europea de 1986- en el sentido de buscar la salvaguarda de los intereses de los consumidores con instrumentos eficaces; política comunitaria que finalmente tuvo su refrendo en el actual Título XIV del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea dedicado a esta materia.

La acción comunitaria es necesaria por dos razones, primeramente por cuanto junto al consumidor nacional existe un consumidor europeo, fruto del proceso de integración económica -con la consecución del mercado interior y la moneda única como hitos más destacados- que actúa en distintos Estados mediante las llamadas operaciones transfronterizas y al que resultan insuficientes los instrumentos tradicionales del Derecho internacional privado. Este consumidor comunitario precisa de una acción decidida de las propias Instituciones

⁹ Como precisión terminológica, en este trabajo emplearemos la expresión que nos parece más precisa de Derecho *pro consumptore*, pues el concepto latino más cercano al de consumidor tal como actualmente es entendido sería éste de *consumptor -oris*.

comunitarias que contemplen el fenómeno del consumo intra-comunitario y le ofrezcan una protección adecuada, asimilable al menos a la protección de la que goza el consumidor nacional. En segundo lugar, es precisa la acción comunitaria para armonizar -la necesidad futura pudiera ser uniformar- las distintas legislaciones nacionales *pro consumptore* de forma que se no se produzcan situaciones de mayor o menor privilegio en función del lugar de residencia de un consumidor, realidad ésta a la que ha respondido el cuerpo normativo comunitario que vía directivas ha ido progresivamente armonizando el Derecho comunitario contractual en general y *pro consumptore* en particular. Pero esta legislación, señalaba LANDO en un reciente trabajo¹⁰, -que ha proporcionado al Derecho contractual una cierta europeización- sin embargo, se trata sólo de una armonización fragmentaria, no está bien coordinada y debido a que las leyes nacionales sobre contratos son diferentes crea problemas a la hora de ser adaptada a los distintos Derechos nacionales; y a esta crítica, añadimos otra, la Europa de los consumidores debe plantearse si la vía de armonización de las legislaciones nacionales en materia de protección de consumidores es la adecuada. La directiva fue un instrumento inventado en los años cincuenta cuando se creía que la aproximación de las normativas nacionales no sería ni necesaria en tantos casos ni tan compleja como resulta actualmente, debido al aumento de los Estados miembros y sobre todo a la profusión legislativa en todos los Derechos nacionales a lo largo de la segunda mitad del s. XX. La directiva es hoy un instrumento de discutible operatividad y de muy difícil control por las Instituciones comunitarias, que

¹⁰ *Vid.*, LANDO, O., “El derecho contractual europeo en el tercer milenio”, *Derecho de los negocios*, n.º 116, 2000, pág. 2 (trad. por LATORRE CHINER, N.).

además genera disfunciones en su aplicación pues a menudo los modos de aplicación -administrativa o judicial- de las normas de transposición de las directivas son divergentes en los distintos Estados¹¹. La Europa de los consumidores, decimos, precisará de instrumentos dotados de un verdadero efecto directo y de mayor concreción. Los excepcionales poderes del Consejo y la exigencia de la unanimidad para un número importante de materias -aunque no es nuestro caso- desde el fracaso político que representó el Proyecto de Tratado de la Comunidad Europea de Defensa, las limitaciones de las directivas como instrumentos hasta ahora usados en el Derecho *pro consumptore*, las reticencias políticas a verdaderos instrumentos legislativos que gocen de efecto directo horizontal y la mayor complejidad para armonizar que van a representar las próximas ampliaciones de la Unión Europea, son retos que exigen un replanteamiento de la acción comunitaria en favor de los consumidores y por lo que nos interesa, del consumidor como parte contractual.

¹¹ No olvidemos que la directiva está concebida como un instrumento que inicia un proceso normativo que sólo culmina con la adopción de normas de Derecho interno conformes con la directiva. *Vid.*, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 200, 1999, pág. 14.

1. HACIA UN DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

De un modo cada vez más decido se viene utilizando la expresión de Derecho contractual europeo como sector del Derecho material privado¹² especialmente susceptible de armonización¹³. El Derecho contractual europeo, que aún ha verse únicamente

¹² Conviene precisar cuanto antes a qué nos referimos cuando hablamos de Derecho privado europeo. Siguiendo a SCHULZE ("Le Droit privé commun européen", *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 1, 1995, págs. 9 y ss.) de tres formas podemos dotar de contenido a dicha expresión. En primer lugar, como *Derecho uniforme* en cuanto Derecho común resultante de convenciones internacionales (desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 hasta la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercancías de 1980, pasando por el Convenio de Bruselas de 1968). En segundo lugar, como *Derecho privado comunitario*, refiriéndonos principalmente al Derecho de los negocios, aunque algunas de sus normas penetran en el Derecho civil clásico (especialmente en materia de protección de consumidores). Por último, podemos concebirlo como *Derecho europeo común*, basado en las tradiciones jurídicas comunes y las convergencias contemporáneas entre los ordenamientos jurídicos nacionales. Creemos que al hablar de Derecho privado europeo en sentido lato los tres ámbitos estarían comprendidos, pues aunque son distintas categorías diferenciables en el plano teórico, como hace SCHULZE, no es menos cierto que en su manifestación práctica se muestran interrelacionadas en la medida en que el *Derecho europeo común* influye en el desarrollo del *Derecho privado comunitario* o en la elaboración del *Derecho uniforme*, que a su vez, es tenido en consideración por el *Derecho privado comunitario*.

¹³ Cfr. LANDO, O. y BEALE, H. (eds.), *Principios del Derecho contractual europeo, partes I y II (Principles of European Contract Law Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000); Academia europea de especialistas en Derecho privado, *Proyecto preliminar de Código contractual europeo (European Contract Code - Preliminary draft*, Università di Pavia, 2001), denominado en lo sucesivo el *Grupo de Pavia*, Grupo de estudio de un Código Civil Europeo. Para un análisis exhaustivo de las cuestiones relacionadas con el Derecho civil en Europa, incluida una bibliografía detallada, *vid.*, HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, JOUSTRA, PERRON (eds.), *Hacia un Código Civil Europeo (Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 1998). Asimismo, a una bibliografía detallada y exhaustiva sobre la cuestión puede accederse desde el siguiente *sitio web*: <http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature.htm>.

como aspiración, ha de ser puesto en relación primeramente con el Derecho mercantil internacional, disciplina que vendría a dar cobertura a la cada vez más intensa actividad internacional de intercambio de bienes y servicios. Se ha podido sugerir incluso que este sector vendría a representar un incipiente *Derecho de la globalización*¹⁴ y, en efecto, no cabe ignorar que sobre todo en la última década el desarrollo de la actividad económica transnacional y, en suma, de la *globalización económica*, ha sido ciertamente notable, con un considerable incremento del número de intercambios comerciales y con una cada vez más acusada deslocalización empresarial, todo ello sostenido en un movimiento constante de liberalización en los ámbitos de contratación internacional y de movimiento de capitales. El Derecho mercantil internacional -o, incluso, el *Derecho de la globalización*- aparecería en primer lugar como una creación espontánea de los actores económicos internacionales, pero completada siempre con interesantes iniciativas interestatales como la que ofrece la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y con iniciativas privadas de grupos profesionales del comercio, juristas o expertos universitarios.

A pesar del extraordinario desarrollo de la actividad mercantil internacional y, con ello, de la necesidad de instrumentos internacionales que puedan si no regular, sí al menos integrar la voluntad de las partes, es innegable que un Código o cuerpo completo y sistemático sobre este Derecho mercantil internacional es impensable, basta con observar los bajos índices de ratificación de los instrumentos internacionales relativos a este sector. El *Derecho económico de la mundiali-*

¹⁴ Vid., COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo"*, COM (2001) 398 final (DO C 241 de 7.10.2002, pág. 1).

zación, en el modo como se va desarrollando, se presenta fundamentalmente como una creación espontánea donde no se dispone de órganos dotados de competencias legislativas soberanas ni de órganos jurisdiccionales comparables a los de los Estados, aunque la existencia de la Organización Mundial del Comercio y de su Órgano de Solución de Diferencias, OSD, al igual que un mecanismo internacional como es la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, CIC, tienden a colmar esta laguna. Pero el disponer de un marco estable y previsible que fomente la seguridad y la legalidad de las operaciones, así como el respeto de las disposiciones y principios del llamado orden público internacional recogidos en los principales convenios internacionales y en el Derecho consuetudinario (principios generales del Derecho, garantías de procedimiento -pese a la utilización, básicamente, de instancias arbitrales-, principio de lealtad en los contratos, respeto de los derechos humanos y de las normas laborales fundamentales), puede ser considerado conveniente por los propios sujetos de la actividad económica internacional.

Precisamente el Derecho contractual europeo al que nos referimos puede ser enfocado como un intento de elaboración normativa en el plano regional del comercio internacional. Puede ser, desde esta perspectiva, un instrumento atento a una nueva realidad como es la cada vez más frecuente participación en el comercio europeo transnacional de empresas medianas (piénsese en ámbitos como las finanzas internacionales, servicios relacionados con las nuevas tecnologías o la consultoría internacional en campos específicos), que por las mayores facilidades de intercambio y los logros del mercado único intervienen crecientemente en este comercio y, a menudo, en una posición que no es la propia de los actores econó-

micos internacionales tradicionales, por lo que un Derecho contractual europeo les permitiría un mayor grado de seguridad jurídica en sus relaciones transfronterizas; siempre que se mantuviera una posición de equilibrio para asegurar que no se producen situaciones de abuso con relación a estas empresas pero que, a la vez, no por ello se desemboca en el establecimiento de tantas particularidades europeas que pudieran terminar obstaculizando las relaciones económicas entre empresas europeas y de terceros Estados.

No obstante, el Derecho contractual europeo, junto a la vocación que pueda tener para regular la actividad económica europea, ha de ser visto también como un intento o una aspiración de ofrecer un cuerpo normativo que discipline las relaciones contractuales de los sujetos privados que actúan dentro de un mismo Estado. El Derecho contractual europeo vendría, pues, a esbozarse como una disciplina global y completa que respondería al fenómeno de integración comunitaria, tanto en lo relativo a los intercambios comerciales transfronterizos por parte de las empresas como a las particulares relaciones contractuales a las que actualmente se aplican los ordenamientos nacionales, dando con ello respuesta jurídica a la mayor integración, en parte conseguida por la propia Comunidad -alcanzando objetivos como el mercado interior o la moneda única- y, en parte, impuesta por la mayor facilidad de movimientos y avances tecnológicos como la contratación electrónica.

En este contexto, recientemente se elaboró por la Comisión Europea una Comunicación sobre Derecho contractual europeo¹⁵, documento que tenía como propósito principal ampliar el debate entre las distintas Instituciones

¹⁵ Nos referimos a: COMISIÓN CE, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo*, COM (2001) 398 final (DO C 255 de 13.09.2001, pág. 1).

comunitarias (Parlamento Europeo y Consejo, señaladamente) y extenderlo a los interesados, empresas, académicos, grupos de consumidores, etc. y, fruto de esta primera Comunicación específica sobre el Derecho contractual europeo, un Plan de acción para un Derecho contractual europeo más coherente¹⁶. En la primera Comunicación, la Comisión indica que es preciso recoger información sobre la necesidad de llevar a cabo acciones comunitarias más amplias que las que se han estado llevando a cabo en el ámbito del Derecho contractual, especialmente cuando el planteamiento consistente en legislar “caso por caso” resulte inadecuado para resolver todos los problemas que pudieran plantearse¹⁷, pues considera que hasta el momento el legislador comunitario ha seguido un planteamiento selectivo consistente en adoptar directivas sobre contratos específicos o técnicas de *marketing* concretas cuando se detectaba una necesidad de armonización. En particular, muestra su interés por conocer en qué medida los problemas derivados de la aproximación de determinados ámbitos del Derecho contractual en el plano comunitario (aproximación realizada básicamente por medio de directivas sectoriales)

¹⁶ Plan de acción que ha sido presentado en forma de Comunicación: COMISIÓN CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción*, COM (2003) 68 final (DO C 63 de 15.03.2003, pág. 1).

¹⁷ Que las directivas se adoptan “caso por caso” es algo evidente y que la doctrina viene criticando. Concretamente, se ha podido decir que *De este conjunto resulta que el alcance del Derecho privado comunitario, constituido básicamente por directivas, con todas las dificultades inherentes a tal mecanismo, se limita a realizaciones aisladas en sectores concretos, circunstancia que no se ve alterada por la proyección (judicial) sobre la europeización del Derecho privado de los condicionantes derivados de las libertades comunitarias. Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, n.º 2, 1997, pág. 421.*

se deben a las diferencias en los ordenamientos de los distintos Estados y en qué medida estas diferencias obstaculizan las transacciones transfronterizas o aumentan su coste. En la segunda Comunicación mencionada, propone un Plan de acción, fruto del proceso de consulta y debate abierto con la primera Comunicación, sobre los medios para resolver los problemas derivados de las divergencias entre los diferentes Derechos contractuales nacionales, proponiendo una combinación de medidas para resolver dichos problemas que tienen que ver con la necesidad de una aplicación uniforme del Derecho contractual europeo y el buen funcionamiento del mercado interior.

Por su parte, el Parlamento Europeo ha adoptado varias resoluciones sobre la posible armonización del Derecho material privado, habiendo solicitado en 1989 y 1994 que se comenzara a estudiar la posibilidad de redactar un Código europeo común de Derecho privado¹⁸. Para el Parlamento Europeo, la armonización de determinados sectores del Derecho privado era esencial para la consecución del mercado interior, pues consideraba que la unificación de las principales ramas del Derecho privado en forma de un Código Civil Europeo constituiría la manera más eficaz de realizar la armonización con vistas a cumplir las obligaciones jurídicas de la Comunidad y conseguir un mercado único

¹⁸ Resoluciones A2-157/89 y A3-0329/94, publicadas, respectivamente, en *DO C 158 de 26.06.1989*, pág. 400 y *DO C 205 de 25.07.1994*, pág. 518 (vid., con interesantes comentarios, ALPA, G., "European Community resolutions and the codification of private law", *European Review of Private Law*, n.º 8, 2000, págs. 321 a 334). La idea de un *Código europeo común de Derecho privado* ha sido sin embargo abandonada en la más reciente Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros (COM (2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/2187(COS)).

sin fronteras¹⁹. Subrayan ARROLLO i AMAYUELAS y VAQUER ALOY²⁰ que el efecto de ambas Resoluciones realmente fue menor del que hubiera sido deseable, habiendo sido su principal virtud la de actuar como estímulo de la doctrina que en países como Alemania, Italia, Holanda o Gran Bretaña ha tomado la iniciativa en el proceso de armonización jurídica.

Por otro lado, en su Resolución de 16 de marzo de 2000 sobre el programa de trabajo de la Comisión para el año 2000, el Parlamento Europeo afirmó que en el mercado interior era esencial lograr una mayor armonización en el ámbito del Derecho civil, solicitando a la Comisión que elabora-

¹⁹ Para CHAMBOREDON, dos son las razones principales para conseguir la armonización del Derecho Privado Europeo. Textualmente: “A) L’argument économique du marché unique. La Communauté européenne comme communauté économique a pour objectif la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. L’ouverture des marchés a entraîné un développement de la richesse économique. S’il y avait un droit contractuelle uniformisé il serait encore plus simple de conclure et d’exécuter des contrats. B) L’argument technique ‘du carcan conflictualiste’. Le droit international privé des contrats est soumis à la méthode de la règle de conflit. Certaines contestent son efficacité. ‘Montage factice’, ‘montage savant’, cette méthode ne répondrait qu’à ‘un besoin de conciliation de la souveraineté des États et la nécessité économique et sociale de ces derniers de ne pas s’enfermer dans une autarcie juridique’ [se refiere el autor a OPPETTIT, B., “Le Droit international privé, droit savant, Cours à l’Académie de droit international”, *RCADI*, 1992, t. 234, págs. 331 y ss.] (...). Cette situation a d’ailleurs pour conséquence indirecte d’entraîner le développement des nouvelles instances privées de règlement des litiges internationaux plus proches des exigences du milieu des affaires”. *Vid.*, CHAMBOREDON, A., “La ‘texture ouverte’ d’un Code européen du droit des contrats”, *Journal du droit international (clunet)*, n.º 1, 2001, pág. 7.

²⁰ *Vid.*, ARROLLO i AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A., “Un nuevo impulso para el Derecho Privado Europeo”, *Revista La Ley*, n.º 5482, 14 febrero 2002, págs. 1 y ss.

se un estudio sobre dicho ámbito²¹. En su respuesta al Parlamento Europeo, de 25 de julio de 2000, la Comisión declaró que presentaría una Comunicación a las demás Instituciones comunitarias y al público con el objetivo de entablar una discusión en profundidad tan amplia como fuera posible, respetando la fecha de 2001 fijada por el Consejo Europeo de Tampere²². La Comisión declaró también que, dada su importancia para el desarrollo del mercado interior y las tendencias comerciales y tecnológicas

²¹ Resolución B5-0228, 0229-0230/2000, pág. 326, apartado 28 (*DO C 377 de 29.12.2000, pág. 323*).

²² De hecho, en el apartado 39 de las conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Tampere se indicaba que *por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles* (Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, SI (1999) 800). A su vez, en el *marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de "libertad, seguridad y justicia" en la Unión Europea* se anunció un documento de consulta al respecto (COM (2001) 167 final, de 24/3/2000; última actualización en mayo de 2001: COM (2001) 278 final de 23/5/2001). El Consejo Europeo de Tampere abordó cuestiones relativas a la cooperación judicial en materia civil sobre la base del Título IV del Tratado CE. La Comunicación a que nos venimos refiriendo (*Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo*, COM (2001) 398 final), puede considerarse un primer paso hacia la puesta en práctica de las conclusiones de Tampere. Ésta, a su vez, se incluyó también en la Comunicación de la Comisión sobre comercio electrónico y servicios financieros (COM (2001) 66 final de 7/2/2001, pág. 11) en el área correspondiente a la garantía de la coherencia del marco legislativo sobre servicios financieros. El Plan de acción para un Derecho europeo más coherente (COM (2003) 68 final), recientemente presentado, es el último paso dado por la Comisión en el cumplimiento del mandato de Tampere.

futuras, la Comunicación analizaría el acervo comunitario, vigente o en preparación, en los campos pertinentes del Derecho civil a fin de determinar las lagunas y los trabajos académicos efectuados o en curso²³.

Aparte de los trabajos emprendidos o encomendados por las Instituciones comunitarias dentro de lo que ya ha dado en llamarse el Derecho contractual europeo, merecen destacarse los avances en el desarrollo del *soft law*, es decir, un Derecho no imperativo al que las partes pueden acogerse voluntariamente y que pretende contribuir a crear mayor uniformidad jurídica gracias al poder de persuasión derivado de su autoridad científica. Este *soft law* sería, pues, un Derecho indicativo, fruto de la jurisprudencia de los órganos de control de las organizaciones internacionales y de compilaciones de principios de instituciones profesionales o intergubernamentales, internacionales y regionales con influencia sobre el contenido de los contratos, la resolución de controversias, etc. Ciertamente, en algunos sectores más que en otros se han ido elaborando convenios internacionales que disciplinan la relación de las partes cuando se acogen a ellos, pero existen sectores muy extensos donde pese a la ausencia de normas internacionales se ha ido desarro-

²³ Tanto el Parlamento Europeo como la Comisión son las Instituciones comunitarias que mayor impulso han proporcionado al que se ha dado en denominar Derecho contractual europeo, aunque el Tribunal de Justicia tampoco ha permanecido ajeno. Al respecto, entre nosotros, *vid.*, ARROLLO i AMAYUELAS, E., “El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el desarrollo del Derecho privado. A propósito del libro de REINER SCHULZE-ARNO ENGEL-JACKIE JONES (coords.), *Casebook Europäisches Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2000”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 672, 2002.

lizando un *soft law* importante²⁴. Se trata por esta vía de crear un marco común que pueda actuar como una especie de guía para el operador jurídico, y buen ejemplo de ello serían los “Principios de los contratos comerciales internacionales”, elaborados por el *International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit)* y que aparecieron en 1994²⁵.

Destacados representantes del mundo académico también han debatido en profundidad la cuestión de la armonización de determinados sectores del Derecho contractual, y así, recientemente se han publicado sendos proyectos referidos, respectivamente, a un Código contractual y a los principios

²⁴ Sería el caso de ámbitos como los servicios financieros, las inversiones internacionales o los seguros. Sobre sectores relacionados con éstos se desarrollan también normas por parte de la OMC y una jurisprudencia de su Órgano de Solución de Diferencias, la OSD, que, sin embargo, sólo van dirigidas a los Estados y no directamente a los particulares. Otros campos, como las licencias y las transferencias de tecnología -parte importante de ciertos contratos internacionales- son competencia de los convenios en materia de propiedad intelectual (OMPI) y de los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC.

²⁵ Los llamados *Principios Unidroit*, que nacen con vocación de universalidad, comenzaron a ser elaborados en Roma bajo la denominación de *Principios de los contratos comerciales internacionales* y bajo el auspicio del *International Institute for the Unification of Private Law*. Formalmente, se componen de un artículo al que sigue un comentario. *Vid.*, ALVARADO HERRERA, L. y otros, *Comentario a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, 1998; LETE ACHIRICA, J., “Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”, *Actualidad Civil*, 1996, págs. 127 y ss. y PERALES VISCASILLAS, P., “El derecho uniforme del comercio internacional: los principios Unidroit”, *Revista Derecho Mercantil*, n.º 223, 1997, págs. 221 y ss.

generales del Derecho en materia de contratos (PECL). Efectivamente, el *Grupo de Pavia* ha publicado recientemente su proyecto preliminar de Código contractual europeo²⁶ sobre la base de la labor realizada por la Academia europea de especialistas en Derecho privado. Dicho texto, que contiene un conjunto de normas y soluciones basadas en las leyes de los Estados miembros de la Unión Europea y Suiza, abarca los siguientes ámbitos: formación, contenido y forma de los contratos; interpretación y efectos contractuales; cumplimiento e incumplimiento de contratos; cesación y extinción y otras anomalías y recursos contractuales.

Por otro lado, como decíamos, la Comisión sobre Derecho contractual europeo (*Commission on European Contract Law*²⁷), conocida como “Comisión Lando” por su presidente, el profesor danés Ole LANDO, ha publicado unos *Principios del Derecho europeo en materia de contratos, partes I y II*²⁸, editados por Ole LANDO y Hugh BEALE, donde se detallan principios comunes (PECL) en los países

²⁶ Nos referimos a: Academia europea de especialistas en Derecho privado, *European Contract Code - Preliminary draft*, Università di Pavia, 2001.

²⁷ Comisión que agrupa a una veintena de profesores universitarios de todos los Estados miembros de la Unión Europea, surgido de la iniciativa privada y cuyo trabajo ha sido subvencionado por la Comisión Europea. Su cometido consiste en elaborar los principios de un Derecho contractual europeo y darles forma codificada. *Vid.*, ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2000 (trad. por VAQUER ALOY, A.), pág. 113.

²⁸ *Vid.*, LANDO, O. y BEALE, H. (eds.), *Principles of European... cit.* La Parte III fue aprobada en la reunión de la Comisión en Copenhague celebrada entre los días 5 y 11 de febrero de 2001 y se espera su próxima publicación.

de la Comunidad Europea relativos a aspectos como la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos o el cumplimiento, incumplimiento y los recursos. En el texto se proponen posibles redacciones de normas comunes, acompañadas de un comentario y un análisis comparativo de cada una de ellas. Los PECL pretenden servir como un primer paso en la codificación europea en materia contractual y constituyen el fruto de una ingente actividad comparatista que se traduce en la formulación de una serie de preceptos de nuevo cuño independientes del Derecho de cada uno de los Estados miembros²⁹. El método esencialmente comparatista utilizado por este grupo se traduce en que la formulación de sus principios sea ante todo un trabajo de decantación a la vista de las normas en materia de obligaciones y contratos vigentes en los distintos Estados miembros, tratando de identificar los principios comunes a todos los ordenamientos sin dejar de lado otras normas como el Convenio de Viena sobre compraventa internacional. No obstante, los principios que formulan no son abstracciones únicamente a la vista de los diferentes ordenamientos, sino que aspiran a poner las bases de un orden contractual avanzado y atento a la realidad -sobre todo internacional- de la contratación moderna.

En definitiva, el objetivo de la labor académica llevada a cabo va desde el establecimiento de un Código vinculante hasta la adopción de principios semejantes a las recopilaciones de precedentes judiciales conocidas como *restatements* propias del Derecho anglosajón y que, en caso necesario, pudieran utilizarse para proporcionar información

²⁹ *Vid.*, ARROLLO i AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, n. 15 y bibliografía allí citada.

comparativa fiable sobre la situación jurídica europea en estos ámbitos. Precisamente los PECL guardan notables similitudes con los *restatements*, en los que se inspiran³⁰, y al igual que éstos no están destinados a convertirse en Derecho vigente de forma inmediata sino que más bien, según sus autores, tienen que:

Facilitar el comercio transfronterizo dentro de Europa, poniendo a disposición de las partes una regulación desligada de las especialidades de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales a la que puedan someter sus negocios.

Ofrecer unos fundamentos generales conceptuales y sistemáticos como medida para avanzar en la armonización del Derecho contractual en el marco de la UE (los autores hablan de *infraestructura* para las directivas de la UE).

Llevar a cabo una función de mediación entre el *common law* y los ordenamientos jurídicos continentales de *civil law*.

Concretar la moderna *lex mercatoria* europea.

Constituir una fuente de inspiración para los tribunales y los legisladores nacionales en el desarrollo de su Derecho contractual propio.

Finalmente, significar un paso en el camino hacia la codificación del Derecho contractual europeo³¹.

Incluso, se ha señalado que los objetivos y técnicas de estos dos tipos de trabajo (el proyecto Lando y el *restate-ment* norteamericano) son similares, pues comparten la idea fundamental según la cual deben crear un nuevo

³⁰ *Vid.*, ZIMMERMANN, R., *op. cit.*, pág. 115.

³¹ *Ibidem.*

Derecho y no solamente analizar el existente³². No obstante, existe una diferencia fundamental entre los *restaments* y los PECL, pues mientras que el contenido de aquellos sólo lo integra el Derecho vigente, los PECL aspiran en mayor medida a la unificación jurídica y, desde la perspectiva de los Derechos nacionales, a una reforma o a una evolución jurídica³³, exigiendo, pues, una aproximación más radical dado que los PECL implicarían el establecimiento de reglas que no existen, en tanto que tales reglas, en ningún sistema jurídico europeo³⁴. No en vano, los PECL no responden a los principios o valores concretos de algún ordenamiento determinado, aunque están presentes principios genéricos acogidos por los distintos ordenamientos, como son los de buena fe contractual o cooperación en la ejecución de los contratos. Estos mismos principios o valores también estarían presentes en las distintas normas comunitarias que ya existen en materia contractual, por lo que podrían ser la base para el desarrollo de un Derecho contractual europeo³⁵, aunque para ello habría de darse el paso desde la tarea fundamentalmente teórica y académica que supone la elaboración de unos principios asimilables en cierto modo a los *restate-ments*, a una tarea más incardinada en la obra esencialmen-

³² *Vid.*, BUSSANI, M. y MATTEI, U., “Le fonds commun du droit privé européen”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 1, 2000, págs. 29 a 47.

³³ *Vid.*, ZIMMERMANN, R., *loc. cit.*

³⁴ *Vid.*, BUSSANI, M. y MATTEI, U., *loc. cit.*

³⁵ Un interesante comentario a estos principios, desde la perspectiva de nuestro Derecho, es el que se ofrece en DIEZ-PICAZO, L., ROCA, E. y MORALES, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

te política que demandaría un Derecho contractual europeo³⁶.

Por otro lado, los trabajos académicos orientados a la elaboración de un Código único y vinculante que comprenda todo el Derecho contractual, idea que ya fue alentada por las Resoluciones del PE citadas de 1989 y 1994³⁷ y favorablemente acogida por el *Grupo de Pavia*³⁸, divide a la doctrina euro-

³⁶ SONNENBERGER nos ha mostrado el modo en que podría procederse, resaltando cómo en la elaboración de los *restatements* por el *American Law Institute* pueden advertirse dos vocaciones diferenciadas: por un lado, sistematizar el Derecho de creación judicial bajo la forma de los *restatements of law*; por otro, cooperar con los organismos estatales en la elaboración de proyectos de ley, principalmente de las llamadas *uniforms laws*. Para un eventual *European Law Institute*, la tarea asimilable a la primera de las señaladas consistiría en la investigación y análisis comparado de los diferentes Derechos nacionales, mientras que la tarea asimilable a la segunda del *American Law Institute* es la que, propiamente, consistiría en la formulación de disposiciones para un futuro Código europeo de contratos. Sería indispensable deslindar muy bien ambas tareas. *Vid.*, SONNENBERGER, H. J., “L’harmonisation ou l’uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles? – Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001”, *Revue critique de droit international privé*, n.º 3, 2002, págs. 411 y 412, n. 13.

³⁷ Conviene no obstante puntualizar que la idea codificadora, como se ha encargado de demostrar ZIMMERMANN, no es una opción en desuso y ello lo prueba la reciente codificación del Derecho privado holandés (en 1992 entraban en vigor las partes principales del nuevo *Burgerlijk Wetboek*), o el que también en 1994 entrara en vigor el nuevo Código civil de Quebec, e incluso en los países de la Europa central y del este se hacen esfuerzos para sustituir los Códigos de Derecho privado socialistas por otros nuevos. *Vid.*, ZIMMERMANN, R., *op. cit.*, págs. 117 a 119.

³⁸ Poco después de la primera de las Resoluciones citadas se constituía este Grupo, que recientemente ha visto publicado el resultado de sus tra-

bajos (*Code européen des contrats (Livre premier)*, Milano, 2001). El profesor DE LOS MOZOS apuntaba las razones que les llevó a emprender la iniciativa de elaborar un Código Europeo de Contratos: *De aquella primera reunión salió, casi unánimemente, un consenso que resumo ahora en los siguientes términos: no se puede avanzar en la integración europea solamente a golpe de directivas o de reglamentos, como ya entonces se había denunciado, desde distintos puntos de vista, y como ahora, desde que hay una mayor participación democrática, en las instancias comunitarias, se empieza a reconocer abiertamente. Por otra parte, la mejor manera de satisfacer las necesidades del “mercado único europeo” es conseguir que exista un “código único” que regule las relaciones que en el mismo se desenvuelven, lo que no sólo es deseable, sino también posible. Para llevarlo a cabo, el mejor camino es tomar como base un “modelo”, estando de acuerdo en que, de todos los códigos nacionales, el que mejor puede cumplir esa función es el Codice civile italiano de 1942 (...). Fruto de esta iniciativa ha sido la elaboración de un Código Europeo de Contratos; sobre este Texto, proseguía el autor citado: De esta manera, teniendo presente los modelos citados, cada uno de los códigos civiles europeos, algunos convenios internacionales y, por supuesto, la oportuna normativa comunitaria, hemos logrado algo que no se había hecho hasta ahora, utilizar el Derecho comparado con finalidades de integración, estableciendo una regulación flexible que puede ser aceptada por todos, bien directamente, lo que sería lo más perfecto pero probablemente no lo más deseable, o arbitrando un procedimiento mediante el cual llegara a coexistir, al menos transitoriamente, con los ordenamientos nacionales o territoriales como un nuevo ius commune europeo. Estableciéndose que, no sólo en las relaciones transnacionales, sino en cualesquiera otras, las partes tengan la posibilidad, voluntaria y libremente, de someterse a sus reglas, lo que puede solventar las necesidades del “mercado único”, sin afectar para nada a la idea que se tenga de Europa, bien que siga siendo, por mucho tiempo, la Europa de los Tratados, o bien que, poco a poco, vaya adquiriendo otra estructura más compacta. Vid., DE LOS MOZOS, J. L., “El Anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *Revista La Ley*, n.º 5629, 9 octubre 2002, págs. 1768 y ss. Sobre estos trabajos, puede verse también RUFFINI GANDOLFI, M. L., “Problèmes d’unification du droit en Europe et le Code Européen des contrats”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 4, 2002, págs. 1075 y ss.*

pea, pues frente a quienes piensan que sería absolutamente necesario para dar forma a un Derecho europeo verdaderamente común, en la actualidad principalmente el *Grupo de estudios sobre un Código civil europeo* y el *Grupo de Pavia*³⁹, están

³⁹ Apuntaba DE LOS MOZOS en esta línea lo que sigue: *El grupo de Pavia ha tratado de hacer, con una base muy amplia, y lo ha cumplido, en parte, un Código europeo de contratos, siendo a otros a los que corresponde juzgar si lo realizado merece o no la pena. Nosotros hemos partido de la idea de que la codificación es el mejor de los caminos para conseguir la integración europea. No hay que olvidar que al final del ancien régime, la enorme diversidad legislativa subsistente en los grandes Estados europeos, su compleja estructura, plagada de arcaísmos, así como la diversidad de jurisdicciones, fueros y competencias, que hacían imposible una clara distribución de poderes, creaban una situación muy parecida a la actual* [DE LOS MOZOS, J. L., “Los precedentes de la codificación: La unificación del Derecho en los propósitos de la Ilustración española”, *Anuario de Derecho civil*, 1988, págs. 637 y ss.], *aunque se haya llegado a ella por otros caminos; pero lo mismo que a aquello se le puso remedio por medio del constitucionalismo y de la codificación, ahora hay que intentar algo parecido, para salvaguardar y armonizar la tradición, representada por un acervo jurídico común, con la racionalidad que haga posible intentar un cambio, que permita alcanzar con ello la continuidad de la tradición misma* [PASTORE, B., *Tradizione e diritto*, Torino, 1990, págs. 83 y ss.]. *Como suele decirse, desde un cierto punto de vista, el Derecho, en clave normativa, representa un saber para el futuro (“Zukunftswissenschaft”), así lo decía E. RIEZLER en los años sesenta, y en el contexto de una crítica del ideal positivismo [“Der Totgesagte Positivismus”, en el vol. *Naturrecht oder Positivismus*, Frankfurt/M, 1962, págs. 239 y ss.]. Efectivamente, las leyes tratan de prevenir o de regular el futuro, pero en nuestro caso se trata de un futuro que ha empezado ya, con la aprobación por los Estados miembros de la Unión Europea del Acta única en 1987. Por ello, no hay más remedio que recuperar el tiempo perdido y formular unas reglas, claras y precisas, como se ha hecho siempre; siempre que ha tenido que hacerse algo; no parece, en cambio, que podamos perdernos en hablar de principios, en estudiar convergencias y divergencias, porque ese camino que es una manera muy particular de entender el Derecho comparado, a pesar de estar muy extendida, no suele llevar a ninguna parte. Vid., DE LOS MOZOS, J. L., “El Anteproyecto..., cit.”, pág. 3.*

quienes piensan que el proyecto no es realizable, bien a la vista de las profundas diferencias existentes entre los sistemas nacionales⁴⁰, bien porque estiman que la armonización jurídica podría alcanzarse por otras vías distintas de un Código⁴¹. Por ello, la elaboración de un Código parece ser una empresa al menos de momento orillada, e incluso el propio Parlamento Europeo, otrora impulsor del proyecto, en su reciente Resolución de 15 noviembre 2001⁴² se inclina por un “plan de *uniformización*” -ambicioso, eso sí- del Derecho contractual. Entre los inconvenientes que se han venido achacando a la opción codificadora, pueden ser citados: menoscabo de la identidad cultural, déficit democrático, eliminación de la competencia legislativa como elemento promotor de soluciones normativas eficientes, contradicción con el principio de subsidiariedad introducido por el Tratado de la UE, pérdida de la dimensión global, elevados costes asociados a la producción y dificultades inherentes a la aplicación de la normativa

⁴⁰ Especialmente contrario a la elaboración de un Código civil europeo es LEGRAND (LEGRAND, P., “Sens et non-sens d’un Code civil européen”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 4, 1996, págs. 779 y ss.) para quien el fenómeno de la integración jurídica europea se ha manifestado de forma muy significativa en cuanto a reglas e instituciones, sin entrar en las tradiciones jurídicas en su configuración epistemológica, observando el autor, en este punto, diferencias insalvables entre el Derecho continental y el *common law* (cfr. pág. 799) y estimando que un proyecto de Código civil europeo sería una tentativa de supresión de culturas jurídicas.

⁴¹ *Vid.*, BUSSANI, M. y MATTEI, U., *op. cit.*, pág. 41.

⁴² Nos referimos a la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros (COM (2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/2187(COS)). Accesible desde: <<http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?PRG=CALEND&APP=PV2&LANGUE=ES&TPV=PROV&FILE=011115>>.

uniforme, etc⁴³; a los que añadiríamos uno más nada desdeñable: la ausencia de previsiones de orden procedimental que completen la opción codificadora, pues resulta obvio que un Derecho contractual europeo unificado y compendiado generaría sus propias controversias, tanto de interpretación jurídica como en el momento de su aplicación⁴⁴.

Incluso, decantados por la opción de desarrollar el Derecho contractual por medio de la elaboración de un único Código que represente un Derecho uniforme comunitario sobre la materia, restarían por definirse cuestiones claves como el ámbito de aplicación que tendría. Las opciones, a grandes ras-

⁴³ *Vid.*, CHAMBOREDON, A. y SCHMID, U., “Pour la creation d’un ‘Institut Européen du Droit’, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 3, 2001, págs. 690 y 691 y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, págs. 421 y 422.

⁴⁴ Apunta SONNENBERGER que sería precisa una jurisdicción comunitaria, dotada de una estructura y de atribuciones adaptadas al efecto que velara por la uniformidad de la aplicación del Derecho contractual europeo. Añade este autor que serían necesarias bien estructuras suplementarias en el seno tanto del TJCE como del Tribunal de Primera Instancia o bien la creación de un sistema jurisdiccional europeo propio que pudiera estar descentralizado. Al margen de las cuestiones orgánicas y en el ámbito puramente procedimental, habría que superar el actual mecanismo de la cuestión prejudicial previsto por el art. 234 TCE. Este mecanismo fue en su momento concebido dentro del espíritu de cooperación entre jurisdicciones nacionales y comunitaria -entre las cuales no existe relación de jerarquía- para verificar, en caso de duda, la compatibilidad de una regla de Derecho nacional con el Derecho comunitario. Ante un Código que compendie el Derecho contractual europeo la relación habría de cambiar, pues dicho Texto impondría preceptos comunitarios directamente aplicables, razón por la que devendría indispensable garantizar el acceso directo de las partes al juez comunitario como órgano de control de una aplicación correcta del Derecho por parte de los jueces nacionales. *Vid.*, SONNENBERGER, H. J., *op. cit.*, págs. 415 y 416, n. 23.

gos, son dos: limitarlo a la contratación transfronteriza dentro de la Comunidad (opción por la que parece decantarse la reciente Resolución PE de 15 noviembre 2001⁴⁵), o bien hacerlo extensivo a la contratación nacional.

La primera opción no parece muy conveniente atendido el fin que perseguiría un Código de Derecho material, que no sería otro que el favorecimiento de las transacciones haciendo previsible el Derecho aplicable, pues un Código que limitara su ámbito material de aplicación a la contratación intracomunitaria transfronteriza podría colisionar frecuentemente con las normas nacionales que sobre la misma materia coexistirían, generando una mayor confusión que la actual con la duplicación de reglas que supondría dicho Código. Además, por otra parte, de las dificultades que en ciertos casos presentaría deslindar contratación transfronteriza de la que no lo es, como ha puesto de relieve SONNENBERGER⁴⁶. Este mismo autor plantea otras soluciones, como limitar el Código a ser un cuerpo de reglas supletorias que complementen el Derecho nacional o, incluso, ofrecerse como un sistema que las partes puedan designar como Derecho aplicable en lugar de una ley nacional⁴⁷, aunque cabe plantearse en qué medida las partes designarían dicha norma, sin rodaje, en lugar de los más completos Derechos nacionales y, con ello, en qué medi-

⁴⁵ En concreto, cuando en su punto 11, *Considera, en vista de las estructuras contractuales que se presentan a menudo en las relaciones jurídicas transfronterizas, que un estatuto jurídico europeo resulta oportuno en cuanto "Derecho optativo" de acuerdo con el Derecho privado internacional como reglamento para las relaciones jurídicas (por ejemplo, compras, Derecho en materia de fianzas, servicios financieros).*

⁴⁶ Se pregunta este autor, por ejemplo, en qué medida una Sociedad Limitada española cuyos socios son todos alemanes, con domicilio en Alemania y que contrata con un ciudadano alemán estaría celebrado un contrato transfronterizo; o más simple aún, en qué medida es transfronterizo el contrato celebrado entre dos franceses con domicilio o residencia habitual en Italia. *Vid.*, SONNENBERGER, H. J., *op. cit.*, págs. 427 y 428.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 428.

da esta solución atendería al fin declarado de la unificación normativa a que hacíamos referencia más arriba: el favorecimiento de la contratación entre los diferentes Estados comunitarios con el menor coste económico posible.

En cualquier caso, como recuerda la Comunicación de la Comisión sobre el Derecho contractual europeo, no va a ser una cuestión exenta de problemas la aproximación comunitaria -por cualquiera de las vías por las que pueda optarse- de determinados ámbitos específicos del Derecho contractual, pues sin ir más lejos, en el período 1985-1999 se han aprobado nada menos que siete Directivas referidas a cuestiones contractuales en materia de consumo⁴⁸. La armonización también

⁴⁸ Se está refiriendo la Comisión a las siguientes: Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (*DO L 171 de 7.7.1999, pág. 12*); Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DO L 95 de 21.4.1993, pág. 29*); Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (*DO L 158 de 23.6.1990, pág. 59*); Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (*DO L 372 de 31.12.1985, pág. 31*); Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo (*DO L 42 de 12.2.1987, pág. 48*), modificada por las Directivas 90/88 (*DO L 61 de 10.3.1990, pág. 14*) y 98/7 (*DO L 101 de 1.4.1998, pág. 17*); Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (*DO L 144 de 4.6.1997, pág. 19*) y Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (*DO L 280 de 29.10.1994, pág. 83*).

se ha desarrollado crecientemente en otros ámbitos, especialmente con relación a contratos específicos o a técnicas de *marketing* concretas, habiéndose adoptado directivas cuando se detectaba una necesidad de armonización particular⁴⁹.

En resumen, son tres las opciones fundamentales planteadas para conformar este *Derecho contractual europeo*: un régimen especial europeo limitado a las relaciones internacionales entre sujetos privados; un cuerpo de principios europeos comunes aplicables por los Derechos privados nacionales y, por último, la elaboración de un Código civil europeo⁵⁰.

⁴⁹ Pueden ser citadas, a título de ejemplo: Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (*DO L 382 de 31.12.1986, pág. 17*), la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (*DO L 171 de 17.7.2000, pág. 1*), la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (*DO L 200 de 8.8.2000, pág. 35*), la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (*DO L 210 de 7.8.1985, pág. 29*), modificada por la Directiva 99/34/CE (*DO L 141 de 4.6.1999, pág. 20*) y la Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997 relativa a las transferencias transfronterizas (*DO L 43 de 14.2.1997, pág. 25*).

⁵⁰ *Vid.*, CHAMBOREDON, A. y SCHMID, U., *op. cit.*, pág. 689.

En cualquier caso, otra vía que está dando generosos frutos es la de elaboración de principios que son el resultado de diferentes estudios de Derecho comparado en ámbitos específicos del Derecho de obligaciones o relacionados con él, como *trusts* o Derecho de daños -de ellos se ocupa el grupo de Christian VON BAR y el *Grupo de Tilburg*-. Aún debe añadirse la investigación de un *Common Core of European Private Law* que desde Trento coordinan y dirigen los profesores MATTEI y BUSSANI⁵¹, y mención especial merece el recientemente constituido *Grupo de estudios sobre un Código civil europeo*, al frente del cual se encuentra el profesor HONDIUS y cuyos trabajos⁵² versan sobre los contratos de compraventa, de servicios a corto y a largo plazo, las garantías, las obligaciones extracontractuales o la transmisión de la propiedad de bienes mobiliarios, incluyendo estudios comparativos y abundante bibliografía. Este grupo se presenta como el continuador de la Comisión Lando y está formado, entre otros, por los profesores ALPA, LANDO,

⁵¹ Pero conviene puntualizar que este grupo aspira a trazar lo que gráficamente denominan una *cartografía jurídica* del Derecho privado europeo, siendo su objetivo analizar la situación presente en toda su complejidad y de manera fiable, pero a diferencia de otros proyectos (señaladamente de los trabajos de la Comisión LANDO o de los Principios *Unidroit*) no aspiran a ofrecer una aproximación en pro de la uniformidad de este Derecho privado europeo. Lo que no excluye, señalan los propios BUSSANI y MATTEI, que su *cartografía jurídica* devenga en indispensable para los encargados de la elaboración de una legislación europea, señaladamente respecto del proceso en curso que parece aspirar a la elaboración de un *restament* y/o un Código. Sobre los objetivos del grupo y su metodología de trabajo, *vid.*, BUSSANI, M. y MATTEI, U., *op. cit.*, *passim*, y bibliografía citada.

⁵² Trabajos que pueden verse en *Towards a European Civil Code*, Kluwer, 1998.

DROBNIG, GOODE, HARTKAMP y VON BAR⁵³. Aparte -puesto que su metodología de trabajo es diferente de la de los grupos anteriores, apuntan ARROLLO y VAQUER- se situaría el *Grupo de Pavia*⁵⁴ al que ya nos hemos referido, que ha publicado ya su proyecto preliminar de un Código

⁵³ Grupo cuyo objetivo final sería la elaboración de un proyecto profesoral de “Código civil europeo”, anotado y completado con referencias detalladas de Derecho comparado y cuyos capítulos irían precedidos de introducciones precisas de naturaleza comparativa. Sus trabajos decimos que se presentan como continuadores de los propios de la Comisión Lando puesto que su aspiración de “Código civil”, entendido como una suerte de *Derecho básico* a partir del Derecho patrimonial de los Estados miembros de la UE, retoma la parte que bajo forma de PECL existe ya en materia de Derecho general de la contratación; e incluso, se dice que retomaría tanto el método como el estilo de los PECL. Sobre estos trabajos, *vid.*, VON BAR, C., “Le groupe d’études sur un Code civil européen”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 1, 2001, págs. 126 a 139.

⁵⁴ Academie des Privatistes Européens (GANDOLFI, G., coord.), *Code européen des contrats (Livre premier)*, Milano, 2001. Una buena visión de las razones por las que inicia sus trabajos el llamado *Grupo de Pavia* (Academia de iusprivatistas europeos) nos la muestra DE LOS MOZOS, quien resalta la necesidad de un Código vinculante en materia de obligaciones y contratos que represente la expresión más acabada de la tradición europea en esta materia, concebido a su vez como retorno al viejo Derecho común europeo -tomando como referencia la tradición jurídica común- y utilizando como primera base de trabajo el *Codice civile italiano* de 1942. *Vid.*, DE LOS MOZOS, J. L., “Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común”, *Revista de Derecho Privado*, 1993, págs. 211 y ss.; *id.*, “La propuesta de un Código europeo de contratos del ‘Convengo di Pavia’ vista desde España”, en VV. AA., *Estudios de Derecho Europeo Privado*, Madrid, 1994, págs. 181 y ss.; *id.*, “El Anteproyecto..., *cit.*”. Un repaso a los aspectos más destacados de este *Código europeo de contratos* puede verse en VATTIER FUENZALIDA, C., “El nuevo ‘Anteproyecto Gandolfi’ para la unificación de las obligaciones contractuales en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 204, 2002, págs. 9 a 12.

europeo de contratos⁵⁵. En fin, no falta incluso quien aboga por centralizar todos los trabajos que por diferentes vías y con distintas metodologías se están llevando a cabo⁵⁶.

Dejando al margen todos estos intentos, principalmente académicos, para conseguir un Derecho europeo de contratos, en el momento actual podemos decir que el Derecho contractual en Europa abarca distintos ámbitos normativos, vinculados a su vez a diferentes tradiciones culturales y jurídicas de los Estados miembros, pero la mayoría de los ordenamientos jurídicos de Derecho contractual de los países de la Unión se sirven de conceptos y normas comparables, de tal modo que ya existen diversos actos legislativos comunitarios (fundamentalmente directivas) para reglamentar el Derecho contractual, aunque elaborados sobre la base de un planteamiento sectorizado. Precisamente por esta razón, para las Instituciones comunitarias es precisa una acción de mayor alcance en el ámbito del Derecho contractual, en la medida en que el planteamiento individualizado (caso por caso) que ha venido siguiéndose podría no resolver todos los problemas que pudieran surgir. Señaladamente, la Comisión ha llegado a destacar⁵⁷ como áreas que requerirían una actuación más inmediata las propias de los contratos de compraventa y toda clase de contratos de servicios, incluidos los servicios financieros, además de las nor-

⁵⁵ *Vid.*, con una relación pormenorizada de todos estos trabajos, ARROLLO i AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, pág. 2.

⁵⁶ Proponen CHAMBOREDON y SCHMID la creación de un “Instituto Europeo de Derecho”, que permita aglutinar todos los trabajos emprendidos y contribuir de este modo a la creación de una ciencia jurídica transnacional en Europa. Su modelo sería el *American Law Institute*, redactor de los *restaments*. *Vid.*, CHAMBOREDON, A. y SCHMID, U., *op. cit.*, *passim*.

⁵⁷ COM (2001) 66 final de 7/2/2001, pág. 11.

mas generales sobre el cumplimiento, incumplimiento y vías de recurso, o sobre otras cuestiones generales, como la formación de los contratos y su validez e interpretación, o más específicas, como las normas en materia de garantías de crédito relativas a bienes mobiliarios o la normativa de enriquecimiento injusto. Además, también se deberían tener en cuenta los aspectos de la normativa de responsabilidad civil vinculados a los contratos -y en general a las obligaciones- en la medida en que ello afecta al desarrollo del mercado interior.

2. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

A) Normas vigentes

Como acabamos de ver, un *Derecho contractual europeo*, en cuanto tal categoría, no puede afirmarse que exista actualmente en la Comunidad Europea; a lo sumo, entendemos que podríamos referirnos a un régimen comunitario de la contratación entendido como conjunto normativo disperso, aunque no por ello resulta un cuerpo acéfalo y carente de ciertos principios básicos e incluso de valores, como pueden ser la defensa de la parte débil en la contratación o del modelo social europeo. Pero como también acabamos de ver, el Derecho contractual europeo es una aspiración a la que decididamente se encamina la acción de los juristas europeos y de las Instituciones comunitarias, de ahí que podamos referirnos al conjunto normativo del régimen comunitario de la contratación no como mera yuxtaposición de normas deslavadas, sino también como proyecto del futuro Derecho contractual europeo⁵⁸ o, al menos, como su punto de partida⁵⁹. Veamos cuál es su situación actual.

⁵⁸ Precisamente calificándolo como “proyecto”, se ha referido recientemente la Comisión al Derecho contractual europeo. *Vid.*, COMISIÓN CE, *Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización*, COM (2002) 654 final, pág. 12.

⁵⁹ Entre nosotros, PARRA RODRÍGUEZ ha tratado de entresacar los que estima son los Principios básicos, en materia de contratación internacional, tradicionalmente implantados en los Estados; Principios que servirían para crear un marco uniforme donde posteriormente tendría cabida una regulación material que pudiera incluirse en un Código europeo de contratos que contuviera normas materiales de aplicación directa. En cualquier caso, esta autora se muestra pesimista acerca de la posibilidad de elaboración de un instrumento normativo como el referido a la vista de las diferencias entre los actuales sistemas jurídicos europeos. Los Principios que encuentra son: de la autonomía de la voluntad, de proximidad, de solidaridad y de protección de la parte débil y de *favor negotii*. *Vid.*, PARRA RODRÍGUEZ, C., *El nuevo Derecho Internacional de los contratos*, Barcelona, 2001, *passim*.

1. Normas internacionales

La normativa podría subdividirse en dos grupos; el primero comprendido por las normas de Derecho internacional que vinculan a los Estados miembros; el segundo, por la normativa de elaboración propiamente comunitaria. Con relación al primero de estos grupos, la norma internacional más relevante es el Convenio de Roma de 1980⁶⁰ (CR), que permite determinar cuál es la normativa que rige un determinado contrato de los comprendidos en su ámbito material de aplicación, y cuyas disposiciones son aplicables a las obligaciones contractuales de cualquier situación que conlleve una elección entre las normativas de los distintos Estados. El CR, al unificar las normas de conflicto de leyes de los Estados, tiene la virtualidad de reducir el riesgo de *forum shopping* en la Comunidad, es decir, el riesgo de que una de las partes de un contrato determinado elija como jurisdicción competente para conocer de las controversias que del mismo se deriven aquélla que le sea más favorable en cuanto al fondo, práctica que se conoce como *forum shopping* o búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso. Por ello el CR, como instrumento unificador de las normas de conflicto, garantiza que la solución en cuanto al fondo sea la misma cualquiera que sea el tribunal que conozca del asunto. A muy grandes rasgos, el Convenio prevé que las partes puedan acordar qué normativa nacional aplicarán al contrato (autonomía conflictual), estableciendo, no obstante, límites a esa posibilidad de elección

⁶⁰ Nos referimos al Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 junio 1980 y al que por Convenio de 18 mayo 1992, ratificado por Instrumento de 7 mayo 1993, España se adhirió (*vid.*, BOE núm. 82, de 6 abril 1999, con el Convenio relativo a la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia). Este Convenio vincula a los distintos Estados comunitarios y posee carácter universal de conformidad con su artículo 2.º: “La Ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante”.

y determinando qué ley se aplica en caso de que no se haya elegido una concreta, recurriendo el Convenio al llamado principio de proximidad en estos casos (el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos). Por otra parte, sus disposiciones no se aplicarán con relación a las materias mencionadas en el artículo 1 del Convenio (sería el caso de las cuestiones relacionadas con el estado civil y la capacidad de las personas físicas, o los contratos de seguro que cubran riesgos en los territorios de los Estados miembros de la Comunidad Europea).

Íntimamente ligado al Convenio de Roma de 1980 estaría el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (CB), modificado por los Convenios de adhesión de nuevos Estados miembros⁶¹. Este Convenio determina qué jurisdicción es la competente en cada situación⁶². En cualquier caso, es preciso dejar constancia que para todos los Estados miembros -excepto Dinamarca- el 1 de marzo de 2002 este Convenio fue sustituido por el Reglamento (CE) n.º

⁶¹ Además, merece reseñarse que el 16 de septiembre de 1988 los Estados miembros y los Estados de la AELC celebraron el Convenio de Lugano, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, paralelo al Convenio de Bruselas de 1968.

⁶² Sobre los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 en relación con los consumidores, pueden citarse: ALPA, G., “La tutela dei consumatori nella convenzione europea sulla legge applicabile in materia di obbligazioni contrattuali”, en VV. AA., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padua, 1983, págs. 317 y ss.; BENCHENEB, A., “L’action en justice du consommateur saisie par le droit européen des conflits de juridictions”, en OSMAN, F. (dir.), *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l’Union européenne*, Bruxelles, 1998, págs. 341 a 356; BOUR-

GOIGNIE, T., *Elementos para una Teoría del Derecho del Consumo*, Vitoria, 1994; ESPLUGUES MOTA, C. A., *La protección del consumidor y los Convenios de Bruselas y de Roma*, ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre *Acceso a la Justicia en Reclamaciones Transfronterizas*, Toledo, Unión de Consumidores de España (UCE), 10-12 de junio de 1993; *id.*, “Noción de consumidor. Delimitación de la misma en el artículo 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, en materia civil y mercantil”, *Comunidad Europea Aranzadi*, 1993, págs. 961 y ss.; ESPLUGUES MOTA, C. A. y PALAO MORENO, G., “Las Comunidades Europeas y la protección de los consumidores”, *Revista General de Derecho*, 1993, págs. 6760 y ss.; GUZMÁN ZAPATER, M., “La prorrogación de competencia en los contratos de venta internacional concluidos por consumidores”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIX, 1987; IMHOFF SCHEIER, A., *La protection du consommateur et contrats internationaux*, Ginebra, 1981; POCAR, F., “La protection de la partie faible en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 143, 1974-III; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en el derecho español y comparado. Incidencia de las leyes de protección al consumidor y de reglamentación de las condiciones generales de la contratación”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987; *id.*, “La protección..., *cit.*”; NORMAND, J. y BALATE, E., “Relations transfrontalières et consommation: Quel (s) juge (s) et quelle (s) loi (s)?”, Institut National de la Consommation, VI Journées du droit de la consommation, *Inc. Hebdo. Consommateurs Actualités*, núms. 636-637-638-639, 1988, págs. 93 a 120; *id.*, *Cahiers dr. europ.*, vol. 26, 1990, págs. 273-351; SOLÁ, M. de y JENUNIAUX, M., “La politique communautaire en faveur des consommateurs”, *Revue du Marché Unique*, 1992, págs. 65 y ss.; TAMBURINI, M., “Unificazione del diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo”, en *L’unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, págs. 869 y ss.; VERNIER, J., “Les litiges transfrontaliers de consommation”, *Inc. Hebdo. Consommateurs Actualités*, n.º 763, 1992, págs. 3 y ss.; ZABALO ESCUDERO, E., “Aspectos jurídicos de la protección al consumidor contratante en el derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVII, 1985, págs. 128 y ss.; ZANOBETTI, A., “Protezione del consumatore e disciplina della giurisdizione nella CEE”, en JAYME, E. y FORLATI, L. P., *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, Padua, 1990.

44/2001 del Consejo⁶³, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁶⁴, Texto que sí es *genuinamente* comunitario.

⁶³ Publicado en *DO L 12 de 16.1.2000, pág. 1*. En la misma línea y en el haber de la Comunidad, cabe citar otros logros importantes: el Reglamento conocido como “Bruselas II”, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes; así como el Reglamento sobre procedimiento de insolvencia. Reglamentos (CE) n.º 1347/2000 y (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 (*DO L 160 de 30.06.2000*). Sobre este Reglamento (CE) n.º 44/2001 (Bruselas I), particularmente sobre la competencia en materia contractual, puede consultarse mi trabajo: “Competencia judicial internacional en materia contractual en la jurisprudencia del TJCE y en el Reglamento Bruselas I” (I y II), *Doctrina y Jurisprudencia (Leynfor siglo XXI)*, núms. 34 y 35, 2001.

⁶⁴ Como indiqué en otro lugar, “*no es en puridad el Convenio de Bruselas de 1968 -tal como ocurre con el Convenio de Roma de 1980- una norma de producción comunitaria, pues este CB ni es un Tratado originario ni es Derecho derivado emanado de las Instituciones comunitarias, pero sin embargo, resulta innegable su vinculación con la Comunidad, por razón de los Estados parte y porque su origen está en el actual 293 TCE, precepto por el cual ‘Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales: (...) la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales’, aunque el Convenio fue más allá y también reguló lo relativo a la competencia judicial; los propios Estados, por otra parte, manifiestan en el Preámbulo del Convenio que actúan preocupados ‘por fortalecer en la Comunidad la protección jurídica de las personas establecidas en la misma’, y su íntima relación con el ámbito comunitario resulta aún más patente cuando, por virtud del Protocolo de 3 junio 1971, deciden que las cuestiones relativas a su interpretación serán resueltas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad” (vid., ROMERO GARCÍA-MORA, G., *op. cit.*, pág. 12). Por lo que respecta al Convenio de Roma, ciertamente su base no está en el actual art. 293 TCE, pero su vinculación con la Comunidad resulta innegable, pues del mismo sólo pueden formar parte Estados comunitarios (art. 28 CR).*

En suma, una primera forma de protección del consumidor, exclusivamente para el caso de la contratación internacional, es la que proporcionan estos instrumentos unificadores de las reglas de conflicto, tanto para la determinación de la jurisdicción nacional competente como para la fijación de la ley aplicable a la relación jurídica en sí. Con esta técnica se evita que cada Estado aplique sus propias normas de conflicto, algo que añadiría mayor disparidad, máxime en los ámbitos menos armonizados y con mayores divergencias en las normas de fondo.

A) El Convenio de Bruselas de 1968 y el “Reglamento Bruselas I”

Centrándonos en el modo en que los consumidores son protegidos en dichos Textos y refiriéndonos primeramente al “Reglamento Bruselas I”, diremos que éste se refiere a los consumidores en la Sección 4.^a del Capítulo II, en concreto en los arts. 15 a 17. La competencia en materia de consumidores es de las consideradas *particulares*, de necesaria observancia, establecida en atención a consideraciones de orden social y al intento de evitar los abusos a que dan lugar los contratos de adhesión⁶⁵, fijándose por ello en favor de los tribunales del Estado donde tenga su domicilio el consumidor. El art. 15, tras caracterizar al consumidor, establece que este fuero competencial será aplicable con relación a la venta a plazos de mercaderías, préstamos a plazo u otras operaciones de crédito vinculadas a la financiación de la venta de tales bienes, así como en todos los demás casos cuando la otra parte contra-

⁶⁵ *Vid.*, IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y DESANTES REAL, M., “Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa”, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (dirs.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, pág. 1094.

tante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor -o las dirigiere a dicho Estado- y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. Este fuero de protección no será aplicable en relación con el contrato de transporte (salvo contratos que ofrecen alojamiento y transporte combinados). El art. 16, dando sentido a la protección que estas normas están llamadas a cumplir, otorga al consumidor, cuando es el demandante, la posibilidad de demandar al proveedor en el domicilio de éste o en el del consumidor. Por el contrario, si es el proveedor el demandante, forzosamente ha de sujetarse al fuero de protección y demandar al consumidor allí donde tenga este último su domicilio⁶⁶. El art. 17 se refiere a los convenios atributivos de competencia, que sólo surtirán efecto en los casos siguientes: si se han convenido tras el nacimiento del litigio (evitándose las sumisiones expresas a determinados fueros impuestas como *condición previa* para contratar); si permiten al consumidor formular demandas en otros lugares que no sean los previstos por la Sección 4.^a, es decir, aumentan las posibilidades para el consumidor de demandar en diferentes Estados, o, en fin, si atribuyen la competencia al Estado donde habitualmente residen el consumidor y el proveedor del bien o servicio con quien contrató el consumidor, evitándose así los rigores conceptuales del *domicilio* merced al concepto más flexible de *residencia*, si al consumidor le conviene.

⁶⁶ Nótese cómo, a diferencia de la regla general del “Reglamento Bruselas I” consistente en designar competentes los tribunales de determinado Estado, en este caso, en atención a la posición del consumidor, se llega incluso a precisar el concreto tribunal competente: el del domicilio del consumidor. Es, pues, una norma *atributiva* de competencia y no meramente *distributiva*.

El sentido de todas estas disposiciones ha permanecido y coinciden en buena medida con las de la última versión del Convenio de Bruselas de 1968. El “Reglamento Bruselas I”, no obstante, ha precisado dos cuestiones del art. 15 y ha procurado, sobre todo, atender a las exigencias de protección del consumidor en la contratación electrónica, de la que cabe esperar un progresivo desarrollo. En primer lugar, modifica -con relación a los contratos celebrados por consumidores respecto de los cuales se aplicará el fuero de protección- la letra c), que ahora se refiere (a los contratos) *cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades*⁶⁷. El sentido de esta modificación no es otro que extender el foro de protección -más allá de donde lo hacía el CB- a todos los contratos de consumo, siempre que reúnan las condiciones determinadas por el precepto⁶⁸. Desaparecen con ello las dos condi-

⁶⁷ Recordemos que su antecesor, el art. 13.3 del Convenio de Bruselas de 1968, se refería a (cualquier otro contrato) *que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías, si: a) la celebración del contrato hubiese sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad; y b) el consumidor hubiere realizado en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato.*

⁶⁸ Esto tiene una clara traslación práctica, v. gr., ahora podríamos sostener que a un contrato como el de *time-sharing*, pongamos por caso, va a serle también de aplicación el fuero de protección del consumidor, con independencia, o mejor, a pesar de que a los contratos de compraventa inmobiliaria, como regla general, les sea de aplicación la competencia exclusiva (en favor del lugar donde radique el bien) del art. 22 del Reglamento. De este modo, se han despejado las dudas que parecían existir merced a la mayor generalidad de los términos del Reglamento frente a su antecesor, el Convenio de Bruselas.

ciones que figuraban en el art. 13.3 CB, esto es, que el contrato fuera precedido de una de una oferta especialmente hecha al consumidor -o de publicidad- en el Estado de su domicilio y que el consumidor, en este mismo Estado, hubiera realizado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato.

Particularmente, la reforma introducida tiene como objetivo comprender en el ámbito de la norma las nuevas técnicas de comercialización y ser extensible a la contratación electrónica⁶⁹. Ello se consigue eliminando el requisito que el originario art. 13.3 b) CB establecía de que el consumidor *hubiera realizado en su Estado los actos necesarios para celebrar el contrato*. Con la actual redacción lo determinante para aplicar el foro de protección es que el proveedor -no ya el consumidor- dirija sus actividades *por cualquier medio* al Estado domicilio del consumidor⁷⁰, cele-

⁶⁹ En general, sobre esta cuestión, *vid.*, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de Leyes y conflictos de Jurisdicción en Internet*, Madrid, 2000.

⁷⁰ El Parlamento Europeo propuso un nuevo apartado dirigido a definir el concepto de *actividad dirigida* a uno o varios Estados miembros y adoptó, como criterio de valoración de la existencia de tal actividad, cualquier tentativa del operador de limitar su actividad comercial a las transacciones con consumidores domiciliados en algunos Estados miembros (enmiendas núms. 36 y 37 del PE en su dictamen a la Propuesta de la Comisión). La Comisión, sin embargo, no aceptó tales enmiendas por estimarlas contrarias a la filosofía de la disposición, estimando que el concepto de actividad sugerido por el PE es el concepto “americano” (es decir, un concepto amplio donde se entiende que el empresario dirigió su actividad a un Estado determinado siempre que no hubiere tratado de eliminar la posibilidad de contratar con los consumidores de dicho Estado), ajeno al seguido por la Propuesta de Reglamento. La Comisión consideró que la existencia de la controversia judicial de consumo presupone la previa celebración de un contrato de consumo cuya existencia es ya un claro indicio de que el proveedor dirigió su actividad hacia el Estado domicilio del consumidor. *Vid.*, COMISIÓN CE, *Propuesta modificada de reglamento del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, COM (2000) 689 final (DO C 62 E de 27.02.2001, pág. 243).

brándose el contrato en el marco de estas actividades⁷¹ (luego es el empresario quien creará el vínculo necesario para aplicar el fuero de protección), la exigencia es lógica y encuentra su sentido como decimos en las nuevas formas de contratación a distancia (como *Pay-TV* o Internet), en las que a menudo resulta muy difícil determinar el lugar donde el consumidor contrata (piénsese, v. gr., en un sitio interactivo de Internet), e incluso, aun cuando se localizara, el lugar puede tener escasa relevancia como para fundar la competencia⁷².

No obstante, la fórmula empleada por el legislador comunitario nos parece excesivamente genérica como para poder absorber sin complejidades interpretativas y valoraciones excesivas todos los casos que se irán planteando⁷³. Debería, quizás, haberse precisado en mayor medida cuándo se entiende que un

⁷¹ Como se indica en la Declaración de la Comisión y el Consejo relativa a los artículos 15 y 73 del “Reglamento Bruselas I”: *para que la letra c) del apartado 1 del artículo 15 sea aplicable, no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros en los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades*. Documento accesible desde: <http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/justciv_conseil/justciv_es.pdf>.

⁷² Por ello no es de extrañar -y así lo constata la propia Comisión- que el nuevo art. 15 haya causado cierta preocupación en el sector del comercio electrónico, en particular debido a que las empresas, bien habrán de aceptar la posibilidad de tener litigios en todos los Estados miembros o bien deberán precisar que sus productos o servicios no se destinan a consumidores domiciliados en determinados países miembros. *Vid.*, COMISIÓN CE, *Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, COM (1999) 348 final (*DO C 376 de 28.12.1999, pág. 1*).

⁷³ Puede verse esta crítica en DROZ, A. L. y GAUDEMET-TALLON, H., “La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Revue critique de droit international privé*, n.º 4, 2001, pág. 638.

profesional ha dirigido sus actividades hacia un determinado Estado. Parece que, por ejemplo, dirigir publicidad específicamente al consumidor a través del correo electrónico será *dirigir su actividad*, al igual que lo sería contratar habitualmente *off line* con los consumidores de un Estado determinado o establecer condiciones de venta específicas en función del Estado de que se trate, pero quedan muchas zonas grises entre supuestos claros como éstos y otros que no lo son tanto. Incluso el caso más simple, el consistente en disponer sin más de un sitio *web* accesible desde cualquier Estado y que ofrezca servicios de comercio electrónico, parece que no ha de ser considerado suficiente para aplicar la norma⁷⁴, aunque la interpretación contraria también podría tener cabida en el Reglamento⁷⁵. Posiblemente, la norma hubiera debido precisar en mayor medida si el *dirigir sus actividades* por parte del empresario equivale a contratar electrónicamente como consecuencia de una

⁷⁴ Así, FALLON, M. y MEEUSEN, J., “Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, n.º 3, 2002, pág. 463.

⁷⁵ No obstante, el Consejo y la Comisión ya se han adelantado a precisar, en la Declaración conjunta relativa a los artículos 15 y 73 del “Reglamento Bruselas I”, citada, que: *El mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, puesto que se exige además que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente.* Los sitios a los que se refiere esta Declaración no son necesariamente sitios conocidos como *interactivos*, así pues, un sitio que invite al envío de un pedido por fax tiene por objeto celebrar contratos a distancia. En cambio, no propondría la celebración de un contrato a distancia el sitio que, si bien se dirige a los consumidores de todo el mundo con la intención de proporcionar información sobre un producto, les remite a continuación a un distribuidor o agente local para la celebración del contrato.

estrategia comercial predefinida y clara o es suficiente con un acto de contratación aislado, cuestión a que la norma no da respuesta y tanto es posible entender que la *ratio legis* es la primera de estas alternativas, como en efecto parece que ha de ser, como entender que el no haber procurado el empresario eliminar la posibilidad de contratación con los consumidores de un determinado Estado implica ya el haber *dirigido su actividad* a dicho Estado. La norma, pues, tiene perfiles confusos y puede augurarse que su interpretación no resultará pacífica en buen número de supuestos; cuando menos, hubiera sido deseable una definición de la expresión *dirigir sus actividades* o que se hubiera listado un conjunto indicativo de supuestos.

Por otra parte, con esta reforma se posibilita que el fuero protector también se aplique a algunos contratos celebrados en un Estado miembro que no sea el del consumidor -lo que no es posible en la redacción del CB, para el que es preciso llevar a cabo en el Estado domicilio del consumidor todos los actos necesarios para la celebración del contrato- y con ello se extiende la protección del consumidor a los casos en que celebre un contrato en el Estado del proveedor, pongamos por caso, invitado por este último a dicho Estado, pues esta invitación podría considerarse comprendida en la formulación tan amplia que se acoge en el nuevo art. 15. Cuestión distinta sería el caso de que el consumidor, *motu proprio*, se hallare en el Estado del proveedor (haciendo turismo, por ejemplo), supuesto en el que estimamos que no cabría invocar el art. 15 del Reglamento para poder fundar la competencia del Estado del domicilio del consumidor. En realidad, puede afirmarse que el Reglamento -tal como hacía su antecesor, el CB- al que tiene en mayor consideración es al consumidor llamado *pasivo*, dejando al margen al consumidor *activo* -aquél que toma la iniciativa de desplazarse fuera de sus fronteras- salvo por lo

que respecta particularmente a la contratación electrónica, donde se ha ensanchado el campo protector llevando el centro de la norma al “dirigir sus actividades” por parte del proveedor, suprimiéndose con ello la exigencia de que el consumidor hubiere realizado en el Estado de su domicilio los actos necesarios para la celebración del contrato, de ahí que se haya podido decir que el “Reglamento Bruselas I” alcanza a proteger al consumidor *semipasivo*⁷⁶. Posiblemente esta distinción entre consumidores *activos* y *pasivos*, patente tras la revisión del CB en 1978, deba irse superando en orden a ofrecer mayor protección a los últimos, pues no deja de ser un contrasentido que se someta a las reglas comunes al consumidor *activo* - aquél que contrata o recibe un servicio fuera de su Estado de residencia y por propia iniciativa- cuando actúa en lo que ya hemos de considerar un mercado interior⁷⁷.

La segunda reforma que el “Reglamento Bruselas I” ha introducido frente al CB es añadir una excepción en el último punto (actual art. 15.3 del Reglamento), donde se establecía que estas normas de protección no se aplicarían al contrato de transporte, matizando el Reglamento que sí se aplicarán en el caso de que se ofrezca al consumidor una combinación de viaje y alo-

⁷⁶ *Ibidem*, págs. 461 y ss.

⁷⁷ Por lo que respecta a la contratación electrónica, se ha recordado cómo la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (Conference de La Haye de Droit international privé, “Les échanges de donnés informatisées, Internet et le commerce électronique”, *Document préliminaire n.º 7 d’avril 2000*, pág. 20) sugiere que se elimine la distinción entre consumidor *activo* y consumidor *pasivo* en el contexto del comercio electrónico y se cuestiona, incluso, si la noción tradicional de consumidores para dicho contexto es eficaz. *Vid.*, FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “La competencia judicial internacional y la ley aplicable a los contratos de consumidores por vía electrónica: una necesaria coordinación”, *Gaceta Jurídica de la U. E. y de la Competencia*, n.º 219, 2002, págs. 65 y 66.

jamiento por un precio global⁷⁸, lográndose con esta matización, estimamos, la coordinación necesaria con la Directiva 90/314/CE relativa a los viajes combinados.

El “Reglamento Bruselas I” no es una norma destinada exclusivamente a la determinación de la jurisdicción competente, también es aplicable para el reconocimiento y ejecución de resoluciones. En este punto, podría demandarse que también ofreciera un marco protector -tuitivo- en favor del consumidor, de tal modo que el Texto no se limite a posibilitar un fuero competencial favorable a los intereses del consumidor sino que vaya más allá, reconociendo la necesidad de protección también en la segunda fase del proceso, en la ejecución. En efecto, bien puede ocurrir que el consumidor defienda su interés en el Estado de su residencia pero que los obstáculos que encuentre para ejecutar una eventual resolución favorable en el Estado del proveedor diluyan la protección que el Reglamento hasta esa fase procesal ofrecía. Conviene que, siquiera brevemente, hagamos referencia a las innovaciones que el Reglamento ha introducido en cuanto a la ejecución de resoluciones extranjeras.

Cabe mencionar como nota destacada la adecuación del procedimiento para mejorar los plazos del *exequatur* y, por lo tanto, la ejecución de las sentencias en beneficio del acreedor; el Reglamento aspira a que el otorgamiento de la ejecución de una resolución se produzca de forma prácticamente automática, pre-

⁷⁸ Con ello se soluciona la polémica doctrinal acerca de si en estos contratos resultaba aplicable el fuero de protección por no ser *stricto sensu* contratos de transporte (cfr. DESANTES REAL, M., *La competencial judicial en la Comunidad Europea*, Madrid, 1986, pág. 349) o bien era necesario discriminar entre los diversos aspectos del contrato para someter a los arts. 13 y ss. CB sólo los que consistieran en prestación de servicios, quedando excluidas las cuestiones atinentes al transporte (cfr. CARRILLO POZO, L. F., “Sección 4.ª Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores”, en CALVO CARAVACA, A. L. (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, págs. 286 y 287).

vio mero control formal de los documentos aportados, sin que el tribunal pueda invocar de oficio ninguno de los motivos de denegación de la ejecución previstos en el Reglamento. En concreto, la primera fase del *exequatur* en el Estado requerido se convierte en una fase cuasiautomática, durante la cual no se puede plantear de oficio ningún motivo de denegación del reconocimiento o de la ejecución -a diferencia del sistema del CB- y sólo cabe que éstos sean alegados por el ejecutado mediante recurso; este procedimiento se facilita y acelera mediante una certificación uniforme. Por otra parte, se atiende a la protección del ejecutado, que podrá interponer recurso contra la resolución dictada si estima que concurre alguno de los motivos para la denegación de la ejecución⁷⁹. Por último, habida cuenta que no

⁷⁹ Debemos hacer notar que a pesar de los cambios y simplificaciones que aporta en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones, el “Reglamento Bruselas I” no elimina todos los obstáculos a su libre circulación en el ámbito de la Comunidad. Los días 28 y 29 de julio de 2000 se organizó en Marsella un debate al respecto durante la sesión informal de Ministros de Justicia e Interior, fruto del cual se creó un programa de medidas (*DO C 12 de 15.1.2001, pág. 1*) que fija determinados objetivos y etapas para los trabajos que durante los próximos años se llevarán a cabo en la Comunidad a fin de aplicar el principio de reconocimiento mutuo. Este programa incluye medidas que afectan al reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de las resoluciones judiciales adoptadas en otro Estado miembro, lo que implica la adopción de normas sobre competencia judicial armonizadas, a semejanza de lo que se ha hecho en el “Reglamento Bruselas I”. Por lo que nos interesa, esto es, el ámbito cubierto por el “Reglamento Bruselas I”, se realizó la propuesta de avanzar en tres etapas. En la primera, se establecería un título ejecutivo europeo para los créditos no impugnados, se simplificaría y aceleraría la solución de los litigios transfronterizos de menor cuantía y se suprimiría el *exequatur* para las pensiones alimenticias. En la segunda etapa, se revisaría el “Reglamento Bruselas I” con la finalidad de integrar los avances anteriores, se ampliarían los supuestos de supresión del *exequatur* y se generalizarían las medidas destinadas a reforzar los efectos en el Estado requerido de las resoluciones adoptadas en el Estado de origen (ejecución provisional, medidas cautelares, incluido el embargo de activos bancarios). Por último, en la tercera etapa, se suprimiría el *exequatur* en los ámbitos cubiertos por el “Reglamento Bruselas I”.

todos los Estados miembros están sujetos al Reglamento (no lo estaría Dinamarca), se establecen una serie de disposiciones de aplicación de las reglas de competencia contenidas tanto en el Reglamento como en el Convenio de Bruselas, así como de reconocimiento y ejecución en virtud del Reglamento de las resoluciones adoptadas sobre la base del CB.

En suma, no puede negarse que se introducen avances en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones tendientes a facilitar o simplificar dichas operaciones, pero sigue sin contemplar el “Reglamento Bruselas I” específicamente la posición del contratante débil, manteniendo un sistema único, a pesar del avance significativo que ha supuesto la ausencia de control de oficio *a limine*. Son, pues, trasladables al Reglamento las críticas que en su día hiciera BENCHENEB al CB, poniendo de manifiesto su insuficiencia en esta sede donde el consumidor no pasa de ser “un justiciable de Derecho común”. Por ello, se preguntaba el propio autor si incluso no sería mejor -en términos de efectividad- que el consumidor evitara la protección en la determinación de la jurisdicción aplicable y litigara allí donde el proveedor tiene su sede⁸⁰. Es difícil pensar en fórmulas que solucionen la contradicción consistente en ofrecer protección a la hora de fijar la competencia y olvidarse de ella a la hora de ejecutar un fallo, pero quizá sí podrían adoptarse medidas que allanasen el camino a pesar de que mantuviéramos la necesidad del *exequatur* para el consumidor -aunque podría estudiarse su supresión-, nos referimos a fórmulas tales como limitar los motivos de oposición por parte del proveedor en el incidente de ejecución, suprimir el efecto suspensivo sobre la ejecución en caso de recurso cuando el instante del *exequatur* es un consumidor, descartar o al menos limitar la necesidad de aportar

⁸⁰ *Vid.*, BENCHENEB, A., *op. cit.*, págs. 351 y ss.

garantías o cauciones cuando la parte ejecutante es un consumidor o facilitar la adopción de medidas provisionales de tipo cautelar sobre el patrimonio del proveedor. En fin, fórmulas que sin ignorar los derechos del ejecutado disuadan a éste de oponerse con la sola finalidad de dilatar la ejecución y hacer desistir al consumidor de un proceso que habría convertido en contradictorio, con el tiempo y gastos que ello implica.

B) El Convenio de Roma de 1980

El parangón sustantivo -en materia de conflicto de leyes- del “Reglamento Bruselas I” es el Convenio de Roma de 1980 ya referido⁸¹. Ésta es una norma que aún sigue conservando su sentido, pues aunque pudiéramos hablar de la existencia de un Derecho supranacional del consumidor⁸² que desde la Comunidad protege a la parte débil contractual, no es menos cierto que la armonización del Derecho material no puede seguir siempre el ritmo de abolición de fronteras económicas, de ahí que en la medida en que el Derecho material no esté completamente unificado encontraremos siempre el problema de la determinación del Derecho aplicable⁸³, que precisamente es el que trata de solucionar el Convenio de Roma.

⁸¹ Si bien en el CR, a diferencia del “Reglamento Bruselas I”, no se comprenden las obligaciones extracontractuales; situación que podría variar, pues ya se está trabajando en un futuro instrumento “Roma II” sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. La Comisión inició, el 3 de mayo de 2002, una amplia consulta referente a un anteproyecto de propuesta de Reglamento del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales con objeto de recoger los comentarios de los medios interesados. El texto está disponible en la siguiente dirección: <http://europa.eu.int/comm/dgs/justice_home/index_es.htm >.

⁸² La expresión es de ZABALO ESCUDERO (*vid.*, ZABALO ESCUDERO, E., *op. cit.*, pág. 112).

⁸³ *Vid.*, NORMAND, J. y BALATE, E., *op. cit.*, pág. 276.

Pues bien, la cuestión con relación a la contratación de consumo la aborda este Convenio del modo siguiente: sin negar eficacia a la determinación por las partes de la ley que haya de regir el contrato (*ex* autonomía conflictual), con objeto de asegurar la protección de los consumidores -objetivo perseguido por la mayoría de los ordenamientos nacionales⁸⁴- se establece en el art. 5 CR que esta designación 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 habitual⁸⁵, siempre que al contrato le hubiera precedido una oferta en el país residencia del consumidor (v. gr., mediante el envío de un catálogo o una oferta contractual) o publicidad (no importa el medio), o bien si el encargo del consumidor se recibió en dicho Estado o el contrato fuera de compraventa de mercancías y el consumidor lo hubiera concertado desplazado al país del oferente en viaje organizado para tal fin por este último. Estas tres condiciones asegurarán la conexión suficiente del lugar de residencia habitual del consumidor y el contrato. La *ratio* de protección de la parte débil también rezuma en el apartado 4.º de este art. 5 CR, cuando esta-

⁸⁴ *Vid.*, GIULIANO, M. y LAGARDE, P., *Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales* (DOCE C 327, de 11.12.1992, pág. 21).

⁸⁵ Esto provoca lo que ha dado en denominarse “fraccionamiento legislativo”, en la medida en que diferentes elementos de un mismo contrato podrán estar regidos por dos o varias leyes. Así, el contrato celebrado entre un consumidor residente en el Estado A y un profesional establecido en el Estado B, contendrá muy a menudo una cláusula en favor de la aplicación de la ley del Estado B; si se cumplen las condiciones del artículo 5 CR, el juez deberá, sin embargo, aplicar algunas disposiciones de la ley del Estado A, las que son de orden público y protegen al consumidor (v. gr., las relativas al derecho del consumidor a “retractarse” del contrato o las relativas a las cláusulas abusivas que devienen ineficaces). El juez deberá en consecuencia aplicar dos leyes distintas a un mismo contrato.

blece que a falta de elección de ley, será la del país de residencia del consumidor la que rija el contrato. Asegura el artículo 5 CR, pues, una protección reduplicada en favor del consumidor: a falta de elección de ley aplicable al contrato, éste se rige por la ley del Estado residencia habitual del consumidor, sin que, además, la elección de ley que puedan realizar las partes pueda producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del Estado donde tenga su residencia habitual. Quedan excluidos los contratos de transporte y los de suministro de servicios cuando deban prestarse al consumidor en un país distinto de aquél en que tenga su residencia habitual⁸⁶. Como excepción y de modo similar a como vimos que se ha hecho en el “Reglamento Bruselas I”, sí quedan comprendidos los contratos que comporten prestaciones combinadas de transporte y alojamiento⁸⁷.

Pero para determinar la ley aplicable en los contratos de consumo es preciso tener también presente el art. 7 sobre las leyes de policía⁸⁸, que aunque no sea exclusivamente aplicable a los contratos de consumo presenta una considerable

⁸⁶ En cuanto a los primeros, contratos de transporte, se refiere el precepto al transporte de personas y no de bienes; en cuanto a los segundos, la exclusión se debe al hecho de presentar estos contratos mayor conexión con el Estado de residencia del oferente. *Vid.*, ESPLUGUES MOTA, C. A. y PALAO MORENO, G., *op. cit.*, pág. 6780.

⁸⁷ Puntualizan ESPLUGUES y PALAO que en primer lugar, el alojamiento debería estar separado del transporte (por lo que no bastaría el suministro de una litera o coche cama) y en segundo lugar, que los viajes organizados deberían cumplir los requisitos previstos en los numerales 1 y 2 del art. 5 CR, esto es, deben poder ser considerados como contratos de consumidores y deben haberse celebrado en una de las situaciones previstas en el apdo. 2 del precepto (*ibidem*, pág. 6781).

⁸⁸ *Vid.*, NORMAND, J. y BALATE, E., *op. cit.*, pág. 306.

trascendencia en este ámbito⁸⁹. Dispone este precepto que al aplicar la ley de un país determinado podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, en la medida en que sean aplicables dichas disposiciones cualquiera que sea la ley que rija el contrato según el Derecho designado⁹⁰. Vendrían a ser, pues, normas complementarias las contenidas en los artículos 5 y 7 CR, pues mientras la primera designa una ley objetivamente aplicable cuyas disposiciones protectoras

⁸⁹ Analizando las interacciones que se producen entre las normas de conflicto contenidas en el Derecho derivado comunitario y en el CR y, particularmente, destacando la importancia en esta sede del art. 7 CR y la forma en que puede aplicarse para la protección del consumidor en la contratación, *vid.*, JAMYE, E. y KHOLER, C., “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et les conventions de Bruxelles et de Rome”, *Revue critique de droit international privé*, n.º 1, 1995, págs. 1 y ss.

⁹⁰ Sobre su origen y sentido, *vid.*, PARRA RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, págs. 408 y ss. La interrelación que podría producirse entre el art. 5.2 CR, cuando establece que “(...) la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley en que tenga su residencia habitual” y el art. 7 CR, según el cual, recordemos, al aplicar la ley de un país determinado puede darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, la resuelve PARRA RODRÍGUEZ señalando cómo el alcance de ambas normas es diferente, es decir, las normas que protegen a los consumidores y que han de resultar aplicables *ex art.* 5.2 CR no pueden invocarse si no forman parte de la ley aplicable al contrato, mientras que las aplicables *ex art.* 7 CR son invocables tanto en las relaciones nacionales como internacionales, pues rigen la situación *imperativamente* cualquiera que sea la ley aplicable al contrato. Otra diferencia puede ser remarcada: el ámbito de aplicación del art. 5.2 CR es diferente del propio del art. 7 CR, pues el segundo de ellos limitaría su aplicación territorial a la parte del contrato que se ejecute en el foro (*ibidem*, pág. 441).

imperativas en el sentido del Derecho interno deben cumplirse, la segunda toma como valor de referencia las leyes que consideran sus disposiciones internacionalmente imperativas y que pueden, incluso, ofrecer una protección complementaria a la propia de las leyes imperativas en el sentido del Derecho interno a las que se refiere el artículo 5 CR.

No podemos dejar de hacer mención en estas breves líneas que dedicamos al Convenio de Roma a la creciente sensación de que es preciso -en modo similar a como ha ocurrido con el Convenio de Bruselas- *comunitarizar* el CR⁹¹, coordinándolo con el “Reglamento Bruselas I”, actualizándolo y dotándolo de forma de Reglamento, como se ha propuesto por la Comisión Europea en el Libro Verde elaborado al efecto⁹² y sugerido desde diversos ámbitos académicos, señaladamente por el *Grupo europeo de derecho internacional privado*⁹³ (GEDIP). Las ventajas de comunitarizar este instrumento son evidentes, pues como se señala en el Libro

⁹¹ Apunta QUIÑONES ESCÁMEZ que tras la “comunitarización” del Derecho internacional privado operada por el Tratado de Amsterdam el CR podría seguir, como el Convenio de Bruselas de 1968 -convertido en Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento de decisiones- el mismo proceso de transformación, máxime cuando existe ya una propuesta doctrinal para su revisión. *Vid.*, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores (Propuesta de modificación del art. 5 del Convenio CE de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 217, 2002, págs. 75 y 76.

⁹² *Vid.*, COMISIÓN CE, *Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización*, COM (2002) 654 final.

Verde se conseguiría una mayor coherencia de la política legislativa comunitaria en materia de Derecho internacional privado; ello supondría la atribución de una competencia de interpretación al Tribunal de Justicia en óptimas condiciones y facilitaría, además, la aplicación de normas de conflicto uniformadas en los nuevos Estados miembros.

Efectivamente puede afirmarse que se conseguiría una mayor coherencia de la política legislativa comunitaria en materia de Derecho internacional privado; pues con la nueva base competencial que proporciona la letra c) del art. 61 TCE (introducido por el Tratado de Amsterdam de 1997, que inserta este ámbito en el primer pilar de la Unión Europea) la Comunidad ya ha podido adoptar diversos Reglamentos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, como son los instrumentos “Bruselas II” o “Quiebra”, ambos citados, o sobre “Transmisión de actos⁹⁴” y “Obtención de pruebas⁹⁵”, además de transformar, como hemos visto, el Convenio de Bruselas de 1968 en Reglamento. Dado que las

⁹³ Nos referimos al Grupo europeo de derecho internacional privado, que con ocasión de sus reuniones de Roma del 15 al 17 de septiembre de 2000 y de Lund del 21 al 23 de septiembre de 2001, ha examinado la oportunidad de una revisión del Convenio de Roma de 1980. El *Comentario consolidado de las propuestas de modificación de los arts. 3, 5, 6, 7 y 9 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, y del art. 15 del Reglamento 44/2001/CE (“Reglamento Bruselas I”)*, redactado por M. FALLON y P. LAGARDE, se encuentra accesible desde: <<http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-11ccf.html>>. Y, asimismo, en *Revue critique de droit international privé*, n.º 4, 2000, págs. 929 y ss. Respecto de la forma de esa *comunitarización*, se inclina el GEDIP por que sea como reglamento, evitando las dificultades que una directiva tendría en orden a su transposición (punto 6).

⁹⁴ Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (*DO L 160 de 30.6.2000, pág. 37*).

normas de competencia judicial internacional y las de conflicto de leyes referentes a las obligaciones contractuales (y extracontractuales), de carácter civil o mercantil, constituyen realmente un conjunto único, que el CR se distinga en cuanto a su forma de los restantes instrumentos de Derecho internacional privado a escala comunitaria no contribuye precisamente a la coherencia de dicho conjunto, pues en tanto se siga manteniendo como instrumento propiamente internacional subsistirá el derecho de los Estados a formular reservas⁹⁶ (art. 22 CR), adoptar normas nacionales para una categoría específica de contratos (permitido por el art. 23 CR) o a adherirse a otros convenios multilaterales sobre la misma materia.

Por otro lado, también es claro que una *comunitarización* del CR comportaría la ventaja de asegurar una interpretación uniforme del mismo, válida para todos los Estados miembros y que proporcionaría el TJCE. Ciertamente desde un primer momento los Estados expresaron en una Declaración común⁹⁷ su voluntad de examinar la posibilidad de atribuir algunas competencias al TJCE, de forma que el Convenio se completa con dos Protocolos que le atribuyen competencia de interpretación, pero dichos dos Protocolos aún no han entrado en vigor por falta de ratificaciones⁹⁸. La transformación del CR

⁹⁵ Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (*DO L 174 de 27.6.2001, pág. 1*).

⁹⁶ V. gr., las efectuadas por Reino Unido, Luxemburgo y Alemania en relación con el artículo 7.1 del Convenio, relativo a las “leyes de policía” extranjeras.

⁹⁷ El Texto del Convenio, una vez modificado por los distintos convenios de adhesión, las Declaraciones y los Protocolos anexos, pueden consultarse en la versión consolidada publicada en *DO C 27 de 26.1.1998, pág. 34*.

en instrumento *genuinamente* comunitario garantizaría que las competencias del TJCE fueran idénticas para todos los instrumentos de Derecho internacional privado de fuente comunitaria, posibilitándose una interpretación coherente de los conceptos jurídicos comunes al CR y al “Reglamento Bruselas I” (sin ir más lejos, del concepto mismo de “consumidor”). Por último, hacía notar la Comisión en su Libro Verde sobre la transformación del CR que desde la perspectiva de la ampliación de la Unión, la adopción de un instrumento comunitario evitaría que la entrada en vigor de normas de conflicto uniformes en los países candidatos se retrasara por los procedimientos de ratificación, como ya ha ocurrido en anteriores ampliaciones⁹⁹.

Pero las propuestas -tanto de las Instituciones comunitarias como académicas- que se están haciendo para transformar el CR *comunitarizándolo* no paran en un mero cambio de formato del Texto, sino que paralelamente están indicando la conveniencia de revisar y actualizar el Convenio a la vista de la experiencia en su aplicación. Por lo que se refiere a la posición que la figura del consumidor ostenta en el mismo, la necesidad de

⁹⁸ Para que el primer Protocolo, por el que se atribuye competencia al Tribunal de Justicia, entre en vigor en los Estados miembros que lo han ratificado hasta la fecha (es decir, todos los Estados miembros a excepción de Bélgica e Irlanda), falta la ratificación del segundo Protocolo por Bélgica. El estado de las ratificaciones puede consultarse en: <<http://ue.eu.int/accords/default.asp>>.

⁹⁹ En efecto, baste con recordar que los Convenios de Funchal (*DO L 333 de 18.11.1992, pág. 1*) y de Roma (*DO C 15 de 15.1.1997, pág. 10*) relativos, respectivamente, a la adhesión de España y Portugal y de Austria, Finlandia y Suecia, siguen sin haberse ratificado por todos los Estados miembros. Puesto que el Texto inicial se modificó ligeramente con este motivo, hoy en día coexisten -aun con mínimas diferencias- dos versiones diferentes del Convenio de Roma.

una revisión ha sido incluso asumida por los Estados miembros con ocasión de la adhesión de Austria al Convenio¹⁰⁰.

Descendiendo al contenido propio de este estudio, es decir, a cómo habría de revisarse el CR desde la óptica del consumidor en caso de que finalmente se transformara en instrumento *genuinamente* comunitario, lo primero en lo que cabe reparar es en cómo han ido multiplicándose los instrumentos comunitarios sectoriales de Derecho derivado que contienen normas de conflicto de leyes aisladas¹⁰¹ o, en mayor medida, normas que determinan el ámbito de aplicación territorial del Derecho comunitario y, por lo tanto, tienen incidencia en la ley aplicable¹⁰², generalmente con la vocación de reforzar la protección de las partes consideradas “débiles” en la contratación. La presencia de todos estos instrumentos normativos ha desemboca-

¹⁰⁰ En el informe explicativo sobre el Convenio de adhesión (*DO C 191 de 23.6.1997, págs. 11 y 12*) se especificaba que este examen debía tener lugar en una fecha próxima, habiéndose adjuntado una Declaración en este sentido al acta de la Conferencia de los Gobiernos de los Estados.

¹⁰¹ Como serían la Directiva 93/7/CE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (*DO L 74 de 27.3.1993, pág. 74*) o la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (*DO L 18 de 21.01.1997, pág. 1*).

¹⁰² Algunas directivas contienen, en efecto, una cláusula que si bien no constituye una norma de conflicto de leyes propiamente dicha no deja de tener incidencia en la cuestión de la ley aplicable al contrato. Cuando el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de uno o varios Estados miembros la finalidad de estas cláusulas es garantizar la aplicación del Derecho comunitario si se ha elegido por las partes el Derecho de un tercer país. Cláusulas de este tipo figuran en las directivas *pro consumptore*, todas ya citadas, sobre cláusulas abusivas, *time sharing*, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo o la relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

do en una situación de considerable complejidad normativa¹⁰³, acrecentada con las transposiciones no siempre coincidentes que los diferentes Estados miembros llevan a cabo¹⁰⁴. Por ello, no es de extrañar que sea la propia Comisión quien proponga una transformación acompañada de una revisión del Convenio de Roma que venga a atajar esta situación¹⁰⁵, bien mediante la elaboración de un simple anexo donde se recoja una lista con las referencias a los instrumentos sectoriales de Derecho derivado con normas de conflicto de leyes, bien mediante la codificación de todas estas normas especiales o bien, por último, revisando el CR de tal modo que se introduzca una cláusula general que garantice la aplicación de un estándar mínimo comunitario y una actualización del art. 5 CR, en la línea en que se están avanzando interesantes propuestas doctrinales a las que vamos a hacer referencia¹⁰⁶.

¹⁰³ Por lo demás, un problema común de todo el acervo comunitario. *Vid.*, COMISIÓN CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la codificación del acervo comunitario*, COM (2001) 645 final.

¹⁰⁴ La Comisión, en el Libro Verde sobre la transformación del CR, llama la atención particularmente sobre la *unilateralización* que algunos Estados miembros llevan a cabo de las normas de conflicto bilaterales (aquéllas que designan indistintamente una ley extranjera o la ley del juez que conoce del asunto). Como ejemplo, se puede citar la norma francesa según la cual el juez debe, para determinar la filiación del niño, aplicar la ley de la nacionalidad de la madre. Si la madre es francesa, el juez francés aplicará la ley francesa; si es italiana, aplicará la ley italiana. Sin embargo, según el método unilateral, que constituye hoy en día la excepción, cada Estado se limita a determinar los casos en los que es aplicable su propia ley. Como ejemplo, puede citarse el tercer párrafo del artículo 3 del Código civil francés: *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger*. *Vid.*, COMISIÓN CE, *Libro Verde sobre la transformación...*, *cit.*, págs. 18 y 19, n. 34.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág. 19.

¹⁰⁶ Apuntamos en este contexto que la atención creciente hacia las normas armonizadoras del Derecho material no debe hacernos ignorar que aún se está lejos de una unificación material total y uniforme del Derecho comunitario del consumo, lo que exige que no se deje de prestar atención a instrumentos conflictuales como el Convenio de Roma e incluso, que hayamos de estar atentos al modo en que dicho instrumento ha de ser adaptado a un entorno bien distinto del que existía cuando se creó, pues los avances armonizadores -particularmente en el área de consumo- han sido notables. En nuestra doctrina, DE MIGUEL ASENSIO ha puesto de relieve las dificultades inherentes -y las carencias- de las normas de conflicto a la hora de ser aplicadas y utilizadas como instrumento de integración jurídica. No sólo les achaca sus limitaciones propias para realizar los objetivos de políticas materiales, sino también que la formulación general y flexible que las caracteriza facilita interpretaciones dispares en los tribunales de cada Estado miembro, dificultando estas divergencias un tratamiento unitario de situaciones idénticas en países distintos. Pero aunque las limitaciones no son desdeñables, también habremos de reconocer -así lo hace el autor citado y es lo que queremos destacar- que la existencia de un grado notable de semejanza entre los diversos ordenamientos materiales -acentuada en ocasiones por los logros armonizadores- que coexisten en el espacio comunitario, así como la coincidencia en este espacio acerca de los criterios básicos en el diseño de las reglas sobre ley aplicable, facilitan el funcionamiento de la técnica conflictual y reducen las deficiencias asociadas a la internacionalización de las soluciones localizadoras. Ahora bien, en todo caso el logro de un grado razonable de previsibilidad -vinculado necesariamente a la uniformidad interpretativa- reclama un entendimiento de las reglas uniformes sobre ley aplicable coherente con ese objetivo, marginando las respuestas casuísticas a la luz de las peculiares circunstancias del caso concreto (el papel asignado como instrumentos de integración a estas normas ha de ser considerado en su interpretación). Cabe entender, por último, que el aporte de la previsibilidad precisa sólo se puede lograr por medio de la unificación de las reglas de conflicto, para lo que resulta idóneo el reglamento frente a las directivas o convenios internacionales. *Vid.*, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, págs. 425 y 426.

Efectivamente, parece que los desvelos de la Comisión en relación con los consumidores y las normas de conflicto apuntan en dos direcciones; primera, a garantizar la presencia de un estándar mínimo comunitario que refuerce la posición del consumidor cuando actúa en el mercado interior mediante operaciones transfronterizas, pudiendo ser la revisión del CR un momento propicio para reformular esta cuestión; en segundo lugar e íntimamente relacionado con lo anterior, el artículo 5 CR deberá ser repensado a la vista de la intensa armonización llevada a cabo sobre el Derecho contractual de consumo en la Comunidad, debiendo ser dicha norma ajustada a recientes avances como la contratación electrónica *Business-to-Consumer*. Por lo que atañe al primero de los puntos, es decir, la necesidad de que cualquier actualización y revisión del CR garantice un estándar mínimo de protección para el consumidor, debe señalarse que este estándar mínimo se consigue, de entrada, con la armonización llevada a cabo del Derecho contractual de consumo -Derecho material, se entiende- básicamente mediante directivas sectoriales que vienen fijando con exactitud su ámbito de aplicación precisamente para evitar que la mera elección de una ley permita a las partes sustraerse de estas normas (v. gr., mediante la elección de una ley de un Estado miembro que no transpuso la directiva o, incluso, de un Estado extracomunitario). Ahora bien, no puede confiarse dicho estándar mínimo de protección únicamente a las normas armonizadoras, pues como más adelante desarrollaremos son normas sectorizadas, elaboradas “caso por caso” y que no cubren todos los posibles ámbitos de actuación del consumidor, además de que los Estados no siempre son cumplidores con el respeto de los plazos de transposición, por lo que en estos casos las directivas no gozan de efecto

directo horizontal en dichos Estados¹⁰⁷. Por ello, la Comisión ha propuesto, en fórmula que resulta bastante acertada, que el CR venga a ser una suerte de instrumento

¹⁰⁷ Este problema está en la base de los conocidos como asuntos “Gran Canaria” de los tribunales alemanes, ya resueltos por el *Bundesgerichtshof*. En la primera serie de asuntos, turistas alemanes de vacaciones en Gran Canaria fueron víctimas de una empresa alemana fabricante de artículos de cama. Ésta se había puesto de acuerdo con una empresa española que, *in situ*, organizaba excursiones gratuitas en autobús para visitar una reserva de aves. Durante el viaje hacía publicidad de los productos de la empresa alemana y entregaba a los turistas un formulario de “contrato de compraventa” que éstos firmaban sin pagar nada en ese momento. Se indicaba que el cliente recibiría posteriormente en Alemania una confirmación de pedido de la sociedad alemana. Los litigios surgieron cuando, de vuelta en Alemania, algunos de estos turistas se negaron a pagar el precio que les era reclamado por la empresa alemana y pretendieron hacer uso de su derecho de “retractación” previsto por el Derecho alemán en norma de transposición de la Directiva 85/577/CEE sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. La cuestión jurídica consistía en saber si la ley aplicable a estos litigios era la ley alemana, favorable a los clientes, o la ley española, estipulada aplicable por el contrato, que, a falta de transposición en España de dicha Directiva en el momento de los hechos, no contemplaba el derecho de “retractación”. En la segunda serie de asuntos, consumidores alemanes de viaje por las Islas Canarias fueron objeto de intensas sesiones de persuasión para suscribir un contrato de *time-sharing*. Los contratos - algunos sujetos a la ley de la Isla de Man y otros a la ley española- contenían una cláusula por la que se impedía al comprador cualquier “retractación”, que sin embargo sí hubiera sido posible según el Derecho alemán y el Derecho comunitario (Directiva 94/47/CE sobre *time-sharing*). La cuestión consistía entonces en saber si los consumidores podían prevalecerse de la ley alemana frente a la ley elegida en el contrato. Finalmente, el *Bundesgerichtshof*, en su controvertida sentencia de 19 marzo 1997 sobre esta segunda serie de asuntos, no consideró aplicable la ley alemana protectora, ni tan siquiera como “ley de policía” del foro (*ex art. 7.2 CR*), estimando que si los consumidores no podían beneficiarse de la protección proporcionada por el artículo 5 CR al tratarse de consumidores *activos*, tampoco podrían beneficiarse de la proporcionada por el art. 7 CR, pues la ley alemana únicamente podía aplicarse sobre esta base si se cumplían las condiciones de vínculo con el territorio previstas por el art. 5.2 CR para los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación.

complementario de salvaguardia allí donde las normas armonizadoras (directivas) no llegaron en el aseguramiento del estándar mínimo de protección al consumidor transfronterizo, sugiriendo para ello una nueva disposición que, inspirada en el art. 3.3 del mismo CR, garantice la aplicación del estándar mínimo comunitario cuando todos los elementos -o algunos especialmente relevantes- estuvieran localizados en la Comunidad, estableciendo para ello que si todos o ciertos elementos del contrato están localizados en un Estado comunitario resulten de aplicación las normas armonizadoras comunitarias de carácter imperativo, soslayándose, pues, el riesgo de transposiciones tardías. Esta fórmula se completaría con la incorporación de una disposición que, en modo similar, garantice que las partes no podrán sustraerse de las normas que constituyen el estándar mínimo eligiendo como ley del contrato la de un tercer Estado, siempre que se trate de contratos cuyos elementos estén localizados en la Comunidad¹⁰⁸.

Entre nosotros, QUIÑONES ESCÁMEZ ha estudiado con detenimiento cómo ha de ser la protección del consumidor *ex CR* en el mercado interior¹⁰⁹, recogiendo para ello buena parte de la doctrina al respecto. Esta autora propone una relectura del CR

¹⁰⁸ Este tipo de planteamiento no es ajeno al TJCE, que ya consideró en el asunto *Ingmar* que las disposiciones imperativas contenidas en la Directiva 86/653/CEE relativa a los agentes comerciales, debían aplicarse en un supuesto sometido a ley extranjera y donde todos los elementos no estaban situados en la Comunidad (el empresario principal se hallaba establecido en Estados Unidos), partiendo para ello de que el agente comercial ejercía su actividad en un Estado miembro. Nos referimos a la STJCE de 9 noviembre 2000, *Ingmar GB Ltd. vs. Eaton Loanard Technologies Inc.*, as. C-381/98, *Rec.* 2000, pág. I-09305.

¹⁰⁹ Nos referimos a QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “La protección..., *cit.*”.

más atenta a los objetivos comunitarios y al Derecho contractual de consumo del acervo comunitario (básicamente, directivas *pro consumptore* de contenido material), de tal modo que atendiendo a los logros del mercado interior y a la armonización mínima conseguida pueda replantearse el significado del principio de proximidad de las conexiones territoriales ceñidas a un solo Estado miembro como determinantes de la ley aplicable¹¹⁰. Para la autora citada, las normas comunitarias de protección del consumidor no pueden ser entendidas sino en la lógica concurrencial e integradora propia del Derecho comunitario; cierto que el art. 153 TCE ha institucionalizado la protección del consumidor, pero las normas *pro consumptore* no sólo existen para proteger al consumidor, sino que también se crean para evitar que la disparidad de legislaciones obstaculice la libre circulación de bienes y servicios. Partiendo de este presupuesto, estima que el proceso de integración europea y la existencia de directivas en materia de consumo exigen la adopción de normas de Derecho internacional privado propias y distintas de las actualmente vigentes *ex CR*. La consecución del mercado interior y la armonización material alcanzada harían retroceder la necesidad de localizar el contrato en unos Estados miembros determinados (en función de la proximidad) en favor de un enfoque teleológico y material que atienda a la equivalencia de legislaciones que la aproximación comunitaria ha operado¹¹¹ (reconocimiento mutuo). Esto implica que cuando las normas nacionales aplicables al contrato pertenecen a ámbitos armonizados el resultado de aplicar la ley del Estado elegida (art. 3 CR) o, en su defecto, la del prestador característico (art. 4 CR), es equivalente al resultado que ofrecen las disposiciones del Estado miembro de la residencia habitual del consumidor. En otras palabras, el *interés general* comunitario (estable-

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 80.

¹¹¹ *Ibidem*, pág. 82.

cimiento de condiciones paritarias protectoras del consumidor en todo el mercado europeo) se encontraría salvaguardado en todas y cada una de las leyes de transposición. Razonamiento que también está en la base de la propuesta de la Comisión cuando, como hemos visto, referencia el estándar mínimo de protección para el consumidor transfronterizo en las normas armonizadoras de contenido imperativo (aquéllas que establecen la posibilidad de “retractación” del consumidor, la ineficacia de las cláusulas abusivas, etc.).

Llevado lo anterior al terreno de las normas imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor, en un ámbito armonizado no podría haber motivo para descartar la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto (arts. 3 y 4 CR) en provecho de las disposiciones imperativas -armonizadas- de otro Estado miembro, puesto que la protección del consumidor será equivalente en ambas legislaciones (derivan de un mismo instrumento comunitario, ordinariamente una directiva); o dicho de otro modo, se está garantizando el estándar mínimo de protección. En los ámbitos armonizados -continúa la autora antes citada- debe impedirse la derogación de la regla general (emanada de los arts. 3 y 4 CR) por las disposiciones imperativas de la residencia habitual del consumidor. De este modo, el límite a la autonomía de la voluntad en favor del consumidor se estaría llevando fuera de la Comunidad, es decir, que dentro de la Comunidad y en este ámbito armonizado es posible y se consigue un nivel elevado de protección si la ley aplicable es la propia del Estado del oferente, si bien la elección de una ley de un Estado extracomunitario no podrá burlar las disposiciones imperativas armonizadas sobre el territorio europeo (o el estándar mínimo de protección, en los términos empleados por la Comisión).

Por otra parte, siguiendo con el mismo razonamiento, se limitaría la protección del consumidor al art. 5 CR, dejando fuera la que puede proporcionar el art. 7, pues el Derecho comunitario habría eliminado entre los Estados miembros la vocación de “ley de policía” de las normas armonizadas incorporadas a las legislaciones nacionales¹¹². También el GEDIP ha propuesto, en pare-

¹¹² Con independencia de que esta opción pueda ser considerada válida para los ámbitos armonizados, siguen existiendo parcelas donde dicha armonización no existe, sería, v. gr., el caso del seguro de vida, donde la propia Comunidad considera que la existencia de divergencias entre los distintos Estados a la hora de regular los seguros de vida no supone un freno para el desarrollo del mercado interior en este campo (Cdo. 44 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida. Textualmente: *Las disposiciones vigentes en los Estados miembros en materia de derecho del contrato relativo a las actividades contempladas en la presente Directiva divergen. La armonización del derecho del contrato de seguro no es una condición previa para la realización del mercado interior de los seguros...*). Con independencia del juicio que pueda merecer tal afirmación, lo cierto es que en estos ámbitos, precisamente por la falta de armonización, sí tendría sentido una disposición como la contenida en el art. 7 CR. Más en particular, en la Directiva citada el legislador comunitario continúa dando todo su valor al art. 7 CR y a la lógica a que este precepto responde, habiendo introducido sendas disposiciones que mantienen, respecto del ámbito de aplicación de dicha Directiva, la protección reduplicada que ofrece el art. 7 CR. En concreto, el art. 32.4.I de la Directiva dispone: *Lo dispuesto en el presente artículo [básicamente, posibilidad de elección de ley aplicable al contrato de seguro de vida, siempre que se cumplan determinados requisitos] no podrá menoscabar la aplicación de las normas legales del país del juez que regulen imperativamente la situación, sea cual fuere la ley aplicable al contrato*, es decir, se reproduce *mutatis mutandi* el contenido del art. 7.2 CR. A su vez, el segundo párrafo de dicho art. 32.4 establece lo que sigue: *Si el Derecho de un Estado miembro así lo estableciere, se podrá dar efecto a las disposiciones imperativas de la legislación del Estado miembro del compromiso [Estado miembro en que el tomador tenga su residencia habitual, o si el tomador fuere una persona jurídica, el Estado miembro en que esté situado el establecimiento de dicha persona jurídica al que se refiere el contrato], siempre y cuando, según el Derecho de dicho Estado miembro, dichas disposiciones sean aplicables sea cual fuere la legislación que regule el contrato*, es decir, se establece una disposición análoga a la del art. 7.1 CR.

cidos términos, hacer una relectura del art. 7 CR¹¹³ con el objetivo de favorecer las libertades de circulación de bienes y servicios dentro del mercado interior, incidiendo asimismo en la conveniencia de aplicar la norma general que representan los arts. 3 y 4 CR a los consumidores y sujetar dicha aplicación a excepciones o limitaciones como son las disposiciones imperativas de la ley del país de residencia habitual del consumidor¹¹⁴, es decir, confiar su protección al art. 5 CR. No obstante, la Comisión en su Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma parece inclinarse por mantener la protección reduplicada que al consumidor ofrecerían el artículo 5 por un lado y este artículo 7, por otro, ocupándose de precisar los distintos planos en que ambas normas se desenvuelven, pues mientras el primero designaría una ley objetivamente aplicable cuyas disposiciones protectoras imperativas en el sentido del Derecho interno deben cumplirse, la segunda tomaría como valor de referencia las leyes que consideran sus disposiciones *internacionalmente* imperativas en atención a valores atinentes a la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate. Por ello, el artículo 7 vendría a representar una especie de válvula de seguridad del consumidor al que no le alcanza la protección del artículo 5 por no reunir las condiciones que esta última norma exige (básicamente, por tratarse del llamado consumidor *activo*), razonamiento en el que parece haber tenido considerable peso la deci-

¹¹³ Concretamente, proponen añadir un párrafo tercero con el texto siguiente: “ 3. *Il ne peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un Etat membre que dans la mesure où leur application ne constitue pas une entrave injustifiée aux libertés de circulation instituées par le traité*”.

¹¹⁴ Destaca DE MIGUEL ASENSIO que la tendencia a reducir la disparidad normativa y la existencia de principios jurídicos comunes limita la operatividad del orden público respecto de normas y decisiones procedentes de otros Estados miembros, marginándose por completo cuando se trata de normas respetuosas con las exigencias de la armonización comunitaria (*vid.*, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, pág. 443).

sión del *Bundesgerichtshof* en los asuntos conocidos como “Gran Canarias” (*infra*, n. 107)¹¹⁵.

En suma, con la argumentación a que venimos haciendo referencia, por decirlo así, cambia en cierto modo la orientación material del art. 5 CR, pues de ser una norma pensada sin más para la protección del consumidor y en su beneficio pasaría a ser una norma que privilegiaría la libre circulación de mercancías y de servicios, algo que tiene su sentido si se admite que la política de consumidores se integra en la lógica concurrencial del Tratado y de la acción comunitaria en favor del mercado interior. Ciertamente podríamos objetar que la conexión establecida por el art. 5.3 CR es de todas las posibles la más protectora en la medida en que es la ley conocida por el consumidor y ofrece la protección que le cabe esperar, pero la objeción se diluye al considerar que existe un mínimo común denominador ofrecido por las directivas *pro consumptore* armonizadoras, razón por la cual la ley elegida -o la del establecimiento del prestador en su defecto- garantizaría en todo caso la protección mínima esperable en el mercado europeo. En suma, con este razonamiento se estaría poniendo el acento en la equivalencia de legislaciones operada por la aproximación comunitaria en la protección del consumidor, proponiéndose una reforma del CR que potencie su virtualidad en orden a favorecer el mercado interior, esto es, que una vez garantizado el *forum actoris* (art. 15 del “Reglamento Bruselas I”), la designación de la ley aplicable no obstaculice el funcionamiento de dicho mercado. En cualquier caso, tampoco cabe ignorar que no todos los ámbitos están armonizados y que esta propuesta pudiera generalizar y perpetuar los casos de “fraccionamiento legislativo”, pues tanto regiría el contrato la ley designada en el mismo -ordinariamente la del empre-

¹¹⁵ *Vid.*, COMISIÓN CE, *Libro Verde sobre la transformación...*, *cit.*, págs. 15 y 36.

sario- como las normas imperativas *pro consumptore* del ámbito armonizado de que se trate.

Más en concreto, las propuestas de *lege ferenda* que doctrinalmente se avanzan serían, en síntesis, las que seguidamente se exponen. En primer lugar, si la disposición imperativa más protectora pertenece al Estado residencia habitual del consumidor y esta norma pertenece a un ámbito armonizado, no prevalecerá sobre la ley designada o la correspondiente al Estado del profesional (prestador característico)¹¹⁶. En segundo lugar, si la disposición imperativa más protectora del Estado residencia habitual del consumidor pertenece a un ámbito no armonizado, sí serán aplicables dichas disposiciones imperativas¹¹⁷. En tercer lugar, si la ley elegida es de un tercer Estado que no protegiera al consumidor, se aplicará la ley objetivamente aplicable al contrato (la del prestador característico) siempre que estemos en un ámbito armonizado¹¹⁸. Y por último, si el profesional está establecido en un tercer Estado (extracomunitario), no se podrá privar al consumidor

¹¹⁶ Se añadiría para ello un párrafo tercero al art. 5 CR según ha sido propuesto por el GEDIP: “3. Sin embargo, las disposiciones protectoras aplicables en virtud del apartado 2 del presente artículo [las de residencia habitual del consumidor] son las del Estado miembro elegido o donde el profesional está establecido cuando pertenezcan a un ámbito armonizado por las directivas”.

¹¹⁷ Esta propuesta coincide con la reforma sugerida del art. 7 CR por el GEDIP, si bien QUIÑONES ESCÁMEZ la limita a los ámbitos no armonizados y propone que sea una disposición independiente, en concreto: “Las disposiciones imperativas más protectoras de la ley de residencia habitual del consumidor se aplicarán bajo el control del interés general”.

¹¹⁸ Se añadiría al art. 5 CR el párrafo siguiente: “La elección de la ley de un tercer Estado no podrá privar al consumidor de la protección que le ofrecen las normas armonizadas de la ley del país objetivamente aplicable al contrato [artículo 4 del Convenio], salvo que fueran menos favorables al consumidor”.

de la protección de las leyes imperativas del país de su residencia habitual, salvo que le fueran menos favorables¹¹⁹.

Junto con la necesaria revisión del CR para hacer del Convenio un instrumento más atento a la armonización conseguida en materia de protección del consumidor entendido como parte contractual, en la medida en que ello ha de redundar en el aseguramiento de un estándar mínimo de protección, el artículo 5 CR también ha de ser objeto de revisión para adecuar la norma a la mayor protección que se viene demandando para el consumidor llamado *activo* o *móvil*, aquél que actúa mediante operaciones transfronterizas en el mercado interior desplazado fuera del Estado de su residencia habitual por propia iniciativa; así como para adecuar la norma a la nueva realidad que supone el comercio electrónico, como ya se habría llevado a cabo en el “Reglamento Bruselas I” (recordemos que su artículo 15 exige, para que se apliquen las disposiciones protectoras del consumidor, que una empresa haya *dirigido sus actividades* al Estado miembro del domicilio del consumidor -y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades- sea cual fuere el modo de comercialización a distancia).

Precisamente la propuesta de modificación del GEDIP a que hacíamos referencia aspira a mantener el art. 5 CR pero extendiendo su campo material de aplicación al conjunto de contratos de consumo, con el claro objetivo de facilitar su aplicación en la contratación electrónica y con la aspiración de ir progresivamente superando la noción de consumidor *pasivo* y limitar la importancia de la localización de un acto o de un hecho,

¹¹⁹ Cuando el profesional está establecido en un tercer Estado “no se podrá privar al consumidor de la protección que le ofrecen las normas imperativas del país de su residencia habitual, salvo que fueran menos favorables al consumidor”.

como puede ser el lugar de difusión de una oferta o publicidad o la localización de los actos necesarios para la conclusión de un contrato. Conforme a esta propuesta, todo consumidor tendría, en principio, la posibilidad de beneficiarse de la aplicación de la ley de su lugar de residencia habitual, salvo aquellos casos en que el proveedor no pudo conocer dicho lugar por negligencia imputable al consumidor o cuando fue el consumidor quien físicamente se desplazó por iniciativa propia al Estado del proveedor o del prestador del servicio o, en fin, si la prestación se llevó a cabo en el mismo lugar de celebración del contrato; siempre exceptuando los supuestos de desplazamiento del consumidor incitado por el empresario¹²⁰.

Este Grupo propone modalizar la conexión que representa el lugar de la residencia habitual del consumidor¹²¹ con una condición relativa a las circunstancias de la celebración del con-

¹²⁰ *Vid.*, FALLON, M. y MEEUSEN, J., *op. cit.*, págs. 448 y 449.

¹²¹ Su importancia ya ha sido remarcada por la Resolución del Consejo de 19 de enero de 1999 *sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información* (DO C 23 de 28.1.1999, pág. 1), donde el Consejo invitaba a la Comisión a que (punto 3) *haga todo lo posible para, de conformidad con el Derecho comunitario y con las obligaciones internacionales de la Comunidad, velar por que los consumidores puedan acogerse a los derechos que ofrecen ya los Convenios de Bruselas y de Roma, entre otros, los relativos a la aplicabilidad de los derechos que otorga la legislación del país de residencia y los relativos al fácil acceso a su jurisdicción, y, en su caso, para potenciar tales derechos.* Y ello, considerando (Cdo. 10) *que en el caso de las transacciones transfronterizas efectuadas por medio de las tecnologías de la información, los consumidores deben poder, en el marco del Derecho comunitario y de los Convenios de Roma y Bruselas, acogerse a la protección que ofrece la legislación de su país de residencia habitual y poder acceder fácilmente a los procedimientos de recurso, en particular en su país de residencia habitual; teniendo en cuenta que la Comisión ha propuesto una Directiva relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros para el consumidor y ha indicado que está tomando en consideración otras posibles iniciativas de armonización de la legislación en este ámbito.*

trato, de forma que permita asegurar al proveedor mayor previsibilidad sobre la ley aplicable. En concreto, en el art. 5 CR que proponen, la elección de una ley no podría privar al consumidor de la protección que le asegure la ley del Estado de su residencia habitual -como hasta ahora- pero, esto es así -aquí está la novedad- salvo que el proveedor desconociera el Estado de esa residencia. Con ello, se salvaguarda al empresario en los casos en que habiendo contratado electrónicamente el consumidor no hubiera manifestado cuál es el Estado donde reside. Como complemento, se propone que esta disposición no sea aplicable si es el consumidor quien se encontraba en el Estado del oferente o el bien o servicio había de ser entregado o prestado en el Estado del establecimiento del proveedor, salvo que el consumidor se hallara en el lugar a iniciativa del empresario¹²².

C) Otros Textos internacionales

Si el Convenio de Bruselas de 1968 en lo que aún resulte aplicable (en relación con Dinamarca) y el Convenio de Roma de 1980 constituyen una solución internacional ínti-

¹²² En concreto, el art. 5 CR propuesto, sería: “1. *Le présent article s’applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d’un bien mobilier ou immobilier ou d’un service à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, par une personne agissant dans l’exercice de son activité professionnelle.* 2. *La loi applicable en vertu des articles 3, 4 et 9 ne peut priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat, à moins que le fournisseur établisse qu’il ignorait le pays de cette résidence du fait du consommateur. L’alinéa précédent n’est pas applicable: a) lorsque le consommateur s’est rendu dans le pays du fournisseur et y a conclu le contrat, ou b) lorsque le bien ou le service a été ou devait être fourni dans le pays où était situé l’établissement en charge de cette fourniture, à moins que, dans l’un ou l’autre cas, le consommateur ait été incité par le fournisseur à se rendre dans ledit pays en vue d’y conclure le contrat”.*

mamente ligada al desarrollo de la Unión Europea (el “Reglamento Bruselas I” sería ya un instrumento *genuinamente* comunitario), dentro del ámbito del Derecho *estrictamente* internacional otra solución consistiría en armonizar las normas de Derecho material, sería el caso de la Convención de las NU sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG), adoptada por todos los Estados miembros a excepción del Reino Unido, Portugal e Irlanda. La CISG establece normas uniformes para la compraventa internacional de mercancías, normas que se aplican salvo disposición expresa en sentido contrario por las partes de los contratos de compraventa. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Convención algunas áreas, como la compraventa de mercancías adquiridas para uso personal, familiar o doméstico y las compraventas de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio. La Convención incluye disposiciones sobre la formación de un contrato (presentación y aceptación de la oferta) y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador. El Texto no regula la validez del contrato ni la de sus estipulaciones, como tampoco regula los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas ni lo relativo a la responsabilidad extracontractual del vendedor. Esta Convención viene a constituir una referencia muy completa, de índole suplementaria, que puede reemplazar los ordenamientos jurídicos nacionales si las partes la eligen para regular sus relaciones, y lo cierto es que su uso está muy extendido en el comercio mundial de mercaderías. No obstante, la CISG carece de disposiciones pensadas para la protección de una eventual *parte débil* en la contratación, pues sus disposiciones -donde el mantenimiento del equilibrio contrac-

tual es una constante- están pensadas y dispuestas para profesionales, lo que limita por tanto su alcance.

2. Normas de producción *genuinamente* comunitaria

El segundo grupo normativo de este Derecho contractual europeo en ciernes dijimos que vendría constituido por las normas de producción *propriamente* comunitaria, todas ellas integradas en el conocido como *acquis* o acervo comunitario. Varios actos comunitarios contienen disposiciones de armonización del Derecho privado. Determinadas directivas contienen normas sobre la celebración de contratos, sobre la forma, el contenido y la aceptación de una oferta, así como sobre la ejecución de los contratos, es decir, las obligaciones de las partes contratantes. Varias directivas especifican también de manera detallada el contenido de la información que deben proporcionar las partes en las diferentes fases, en especial antes de la celebración de un contrato. Algunas directivas abarcan derechos y obligaciones de las partes contratantes por lo que respecta al cumplimiento del contrato, incluidos el cumplimiento deficiente y el incumplimiento.

En este punto, la Comisión se planteaba en su Comunicación sobre Derecho contractual europeo cuáles serían las implicaciones para el mercado interior del conjunto normativo referido al régimen comunitario de la contratación y, en concreto, si la coexistencia de distintas normativas en materia de Derecho contractual en los Estados miembros obstaculiza, directa o indirectamente, el funcionamiento del mercado interior y, en caso afirmativo, en qué medida. Resulta claro que de ser así, correspondería a las Instituciones comunitarias la adopción de las medidas adecuadas para la evitación de tal obstaculización. Como ilustrativamente se indica en la Comunicación, el intercambio

de bienes y servicios, sea a través de compraventa, arrendamiento financiero o permuta, está regido por un contrato, por lo tanto, los problemas relacionados con la celebración, la interpretación y la ejecución de los contratos empleados en el comercio transfronterizo pueden perturbar el funcionamiento del mercado interior.

Por lo general los sistemas nacionales de Derecho contractual parten de un principio de libertad contractual, en virtud del cual las partes contratantes son libres de convenir el contenido de un contrato, su entramado de derechos y obligaciones. No obstante, cada contrato está regido por las leyes y decisiones judiciales de un Estado concreto y buena parte de las normas tienen carácter dispositivo, de modo que las partes contratantes pueden decidir aplicarlas o acordar otros términos. Otras, sin embargo, sí tienen carácter obligatorio, por ejemplo cuando existe una disparidad considerable entre las posiciones de las partes contratantes, como en el caso de los contratos en que interviene un consumidor. Normalmente la presencia de sistemas nacionales diferentes no plantea problema alguno para las transacciones transfronterizas, en la medida en que las partes pueden elegir la normativa que regirá su contrato y al optar por una normativa nacional aceptan todas sus disposiciones imperativas y aquellas que no siéndolo, no sustituyen por disposiciones diferentes. Sin embargo, pueden surgir conflictos entre normas imperativas de la legislación de un país y normas imperativas contradictorias de otra normativa nacional, conflictos entre normas de *ius cogens* diferentes que pueden incidir negativamente en las transacciones transfronterizas.

Aunque las leyes nacionales no preceptúen su inclusión, algunas cláusulas contractuales pueden tener su origen en los usos comunes de un Estado miembro dado, especial-

mente si dicho uso se ha formalizado en los *contratos tipo*, pudiendo resultar complicado en la práctica celebrar un contrato que contenga condiciones distintas a los aplicados habitualmente en un Estado miembro concreto. Pudieran existir -constata la Comisión- razones económicas o jurídicas importantes que expliquen la dificultad o incluso la imposibilidad de que una de las partes acepte las condiciones de un *contrato tipo* empleado usualmente en el Estado miembro de la otra parte. Por idénticas razones, puede que a esta última le resulte difícil aceptar el tipo de condiciones estipuladas normalmente en el Estado miembro de la contraparte. En esta medida, añadimos, y puesto que la disparidad de los distintos ordenamientos nacionales supone un freno para el mercado interior, será necesario determinar en qué sentido han de orientarse las disposiciones de Derecho contractual comunitario, sobre todo para que sus instrumentos aseguren la continuidad en el espacio de la protección del consumidor¹²³.

En particular, refiriéndonos a los consumidores, el desconocimiento de otros sistemas de Derecho contractual les puede hacer perder interés por realizar transacciones transfronterizas, con el doble inconveniente de que los proveedores de bienes y servicios pueden llegar a no ofrecer sus productos a consumidores de otros Estados al considerarlo económicamente inviable. Los consumidores, ha constatado la propia Comisión, ante la incer-

¹²³ El Parlamento Europeo ha puesto énfasis no sólo ya en la necesidad de que la consecución del mercado interior no implique menoscabo en la protección que la Comunidad ha de posibilitar al consumidor, sino en que no estará realmente concluido dicho mercado interior en tanto los consumidores no puedan disfrutar plenamente de sus ventajas. *Vid.*, PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros* (COM (2001) 398 C5-0471/2001 2001/2187 (COS) (DO C 140 E, de 13.6.2002, pág. 538).

tidumbre acerca del nivel de protección que tienen si compran en otros países se limitan a los productos y servicios disponibles en su propio Estado¹²⁴. Por otro lado, la existencia de normas legales nacionales divergentes puede conllevar mayores costes de transacción, especialmente costes de información y eventuales litigios para los consumidores en particular¹²⁵, pues las partes contratantes podrían verse obligadas a obtener información y asesoramiento legal sobre la interpretación y aplicación de una ley extranjera poco familiar. Dicho de otro modo, las disparida-

¹²⁴COMISIÓN CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006*, COM (2002) 208 final (DO C 137 de 8.6.2002, pág. 2), pág. 3. En el mismo sentido, se ha podido constatar que en el conjunto de la Unión Europea los consumidores se muestran mucho más reacios a comprar en otros países que en el suyo: sólo el 31 % piensan que estarían bien protegidos en un litigio transfronterizo con un proveedor, frente a una media del 56 % que lo piensan respecto de un litigio similar en su propio país (fuente: *Consumers survey* (encuesta a los consumidores) de EOS Gallup Europe, de enero de 2002, el informe completo está disponible en la dirección: <http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/events/event42_en.html>).

¹²⁵ Los problemas derivados de la litigiosidad en materia de consumo han sido abordados específicamente por la Comisión en diferentes documentos, merecen destacarse: el *Libro Verde de la Comisión de 16 de noviembre de 1993 sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios relacionados con el consumo en el mercado único* (COM (93) 576 final); la *Comunicación de la Comisión de 14 de febrero de 1996 relativa a un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios de consumo en el mercado interior* (COM (96) 13 final); la *Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 sobre la solución extrajudicial de conflictos de consumo* (COM (1998) 198 final) y la *Comunicación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a la extensión del acceso de los consumidores a los demás sistemas de solución de litigios* (COM (2001) 161 final).

des nacionales legales entre los diferentes Estados, detectables incluso cuando existe un marco armonizador en la materia, provocan desconfianza del lado del consumidor y distorsiones competenciales importantes del lado de las empresas¹²⁶. Por ello, no es difícil que concluyamos afirmando que al consumi-

¹²⁶ Esta idea nos parece importante destacarla y la ilustramos con un ejemplo: en materia de crédito al consumo, donde se dictó en su día la Directiva 87/102/CE, la experiencia ha demostrado que las divergencias existentes en las normas nacionales de transposición provocan tanto desconfianza por parte de los consumidores como distorsiones competenciales para las empresas que ofrecen estos servicios en el entorno comunitario. Y así, por ejemplo, las legislaciones de los Estados miembros contienen diferentes procedimientos y plazos de “retractación”, “reflexión” o “anulación” de los contratos de crédito. Estas diferencias en los plazos y los procedimientos crean obstáculos para el prestamista que desea presentar ofertas de crédito en otros Estados miembros distintos del suyo propio, pues debe observar un plazo de tres días en Luxemburgo, de siete días en Bélgica, una prohibición de ejecutar el contrato de crédito durante el periodo de “retractación” en Francia, la obligación de mencionar los plazos y procedimientos en el contrato de crédito, etc. Además, algunos Estados miembros prohíben totalmente dirigirse al domicilio del consumidor para ofrecerle contratos de crédito, mientras que otros lo permiten aunque estableciendo un plazo de “retractación” o medidas particulares aplicables a la comercialización agresiva. Por otra parte, ante el incumplimiento de un contrato de crédito o de garantía, la entidad deberá observar procedimientos y plazos de requerimiento diferentes según que el consumidor resida en uno u otro Estado miembro. Incluso, las legislaciones de los Estados miembros difieren sustancialmente en cuanto a los periodos de espera antes de la ejecución frente a los consumidores o los avalistas, o incluso para la recuperación de los bienes. Por esta razón, para un crédito a un mismo consumidor, la existencia de plazos más largos o de procedimientos especiales acarrea costes adicionales para la entidad, que debe asumir el riesgo de incumplimiento del contrato, pudiendo sufrir una desventaja competitiva respecto de un prestamista que no deba hacer frente a estos costes o lo haga en condiciones menos estrictas. Lo que es totalmente legal en un Estado miembro puede conducir a una sanción en otro y por ello, una entidad financiera que trabaje en un Estado miembro en condiciones legales muy estrictas podrá acceder más fácilmente al mercado de otro Estado miembro que establezca condiciones menos estrictas y se encontrará en una posición competitiva más favorable.

dor comunitario, como parte contractual, le interesa la existencia de un verdadero, completo y armónico Derecho contractual europeo¹²⁷ y al legislador comunitario, pues, le incumbirá garantizar la coherencia de la legislación comunitaria elaborada y su puesta en práctica en los Estados miembros, tanto en lo ati-

¹²⁷ Subraya PAGADOR LÓPEZ que la política comunitaria de protección de los consumidores y las normas jurídico-privadas promulgadas por su consecuencia han sido consideradas como parte integrante del llamado *proceso de unificación y armonización del Derecho privado europeo*. En este sentido, ha observado EMPARANZA SOBEJANO (EMPARANZA SOBEJANO, A., “La Directiva comunitaria sobre las cláusulas contractuales abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, pág. 463, n. 2) que, tras la máscara de las consideraciones de tipo social que subyacen a la política comunitaria de consumidores, se oculta asimismo la intención de promover la elaboración de normas jurídico-privadas que, en otro caso, habrían escapado, sin resquicio alguno a la duda, a la competencia normativa de los órganos comunitarios; esto no obstante, la consecución del mercado interior conlleva la exigencia de *ein Mindestmaß an Rechtseinheit*, lo que ha llevado a la doctrina alemana -tradicionalmente reticente, cuando no reacia- a admitir la elaboración de normas jurídico-comunitarias de Derecho privado. *Vid.*, PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva Comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, 1998, pág. 19 y n. 3.

¹²⁸ Lo que decimos no es ninguna novedad para el TJCE, que reiteradamente ha declarado que *de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad* (Cfr. as. C-357/98 *The Queen vs. Secretary of State for the Home Department, ex parte: Nana Yaa Konadu Yiadom*, (2000) *Rec.*-9265, aptdo. 26; as. C-287/98 *Luxemburgo vs. Linster*, (2000) *Rec.*-6917, aptdo. 43; as. C-387/97 *Comisión vs. Grecia*, (2000) *Rec.*-5047; as. C-327/82 *Ekro vs. Produktschap voor Vee en Vlees*, (1984) *Rec.*-I-107, aptdo. 11. El principio de la aplicación uniforme se aplica igualmente en el ámbito del Derecho privado, cfr. as. C-373/97 *Dionisios Diamantis vs. Elliniko Dimosio (Estado griego)*, *Organismos Ikonomikis Anasinkrotisis Epikhiriseon AE (OAE)*, (2000) *Rec.*-I-1705, aptdo. 34; as. C-441/93 *Pafitis y otros vs. TKE y otros*, (1996) *Rec.*-I-1347, aptdos. 68-70).

nente a su interpretación uniforme como a que produzca unos mismos efectos en todos los Estados¹²⁸.

En un ensayo de sistematización del régimen comunitario de la contratación, tal como se contiene en los distintos instrumentos comunitarios en vigor y con especial referencia a la posición del consumidor, pueden hacerse las precisiones que siguen:

a) El contrato

Una definición de contrato se contiene en la Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados, que lo caracteriza como *acuerdo que vincula al consumidor con el organizador y/o el detallista* (art. 2.5). Un principio general del Derecho sobre la protección de los consumidores, comúnmente aceptado por los ordenamientos nacionales y con reflejo en el Derecho comunitario, es que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles¹²⁹. Algunas Directivas, además, contienen disposiciones que reflejan principios comunes, como el de la buena fe¹³⁰ y el de la interpretación de las cláusulas contrac-

¹²⁹ Directivas 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas (art. 5); 90/314/CEE sobre los viajes combinados (art. 3.2); 1999/44/CE sobre la venta de bienes de consumo (art. 6.2); 97/7/CE sobre los contratos a distancia (art. 4.2), así como la Propuesta de Directiva relativa a los contratos a distancia de servicios financieros (art. 3.2).

¹³⁰ Directivas 86/653/CEE sobre los agentes comerciales independientes (art. 3) y 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas (art. 3).

¹³¹ Art. 5 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.

¹³² La Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, determina cuándo un contrato no ha sido negociado individualmente (art. 3.2) y, en consecuencia, está sujeto a control de acuerdo con esta Directiva.

tuales más favorable para la *parte débil*¹³¹. Junto a los contratos negociados individualmente¹³², puede hablarse de otra categoría, de uso frecuente en la contratación mercantil y especialmente con los consumidores, de *contratos tipo* con un contenido preestablecido; la regla general, en estos, es que las cláusulas abusivas no son vinculantes para el consumidor¹³³.

En cuanto a la celebración del contrato, se prohíbe que el suministro de bienes o servicios por parte de un empresario se lleve a cabo cuando no lo ha encargado el consumidor, sin que el silencio o la falta de respuesta pueda ser considerado consentimiento tácito¹³⁴. Como norma general, será válido tanto el contrato verbal como el escrito¹³⁵, pero determinadas Directivas exigen, con relación a consumidores, que el contrato sea escri-

¹³³ Art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas. Asimismo, la Directiva 2000/35/CE sobre la morosidad en los pagos, fija también algunos elementos que han de tomarse en consideración para determinar si un acuerdo es abusivo (art. 3, en sus núms. 3, 4 y 5).

¹³⁴ Art. 9 de la Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia de servicios financieros y art. 9 de la Propuesta de Directiva relativa a los contratos a distancia de servicios financieros.

¹³⁵ Art. 13 de la Directiva 86/653/CEE sobre los agentes comerciales independientes, que también establece que cada parte tendrá derecho a obtener de la otra parte, previa solicitud, un escrito firmado.

¹³⁶ Directivas 87/102/CEE sobre el crédito al consumo (arts. 4 y 6.1); 90/314/CEE sobre los viajes combinados (art. 4.2 b); 94/47/CE sobre el régimen de tiempo compartido (art. 4) y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (art. 10), que se refiere, textualmente, a *un soporte impreso o un soporte duradero*.

¹³⁷ De acuerdo con la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico, los Estados miembros deben garantizar que sus sistemas jurídicos permitan la celebración de contratos por medios electrónicos.

¹³⁸ La Directiva 1999/93/CE, relativa a un marco comunitario para la firma electrónica, establece criterios para conceder el mismo valor a las firmas electrónicas que a las manuscritas.

to¹³⁶, lo que no excluye la celebración de contratos por medios electrónicos¹³⁷ ni la validez de la llamada firma electrónica¹³⁸.

El contrato puede extinguirse por el mero acuerdo de las partes¹³⁹ o a instancia de una de ellas, sin perjuicio de las concretas reglas de buena fe que en este caso haya de cumplir¹⁴⁰. Algunas Directivas del ámbito de protección de consumidores permiten que el consumidor resuelva el contrato si concurren determinadas circunstancias, generalmente en ejercicio del que denominan derecho “de retractación”¹⁴¹.

b) Obligaciones *ex contractu*

A la parte que suministra un bien o servicio le incumbe, de entrada, la obligación precontractual -previa a la celebración propiamente dicha del contrato- de facilitar infor-

¹³⁹ Art. 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG).

¹⁴⁰ V. gr., el artículo 15 de la Directiva 86/653/CEE sobre los agentes comerciales independientes, que establece que cada una de las partes puede poner fin a un contrato celebrado por un período determinado, pero sólo tras un preaviso (de entre uno y tres meses en función de la duración del contrato).

¹⁴¹ Directivas 97/7/CE sobre los contratos a distancia (art. 6, plazo de 7 días), así como la Propuesta de Directiva relativa a los contratos a distancia de servicios financieros (plazo de entre 14 y 30 días); 85/577/CEE sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (art. 5, plazo de 7 días); 94/47/CE sobre el régimen de tiempo compartido (art. 5, plazo de 10 días) y 2002/83/CE sobre el seguro de vida (art. 35, plazo de entre 14 y 30 días).

mación suficiente a la contraparte negocial cuando ésta puede ser considerada *parte débil*¹⁴², y por esta razón numerosas Directivas precisan que la información debe darse por

¹⁴² Básicamente, esta información previa a la celebración del contrato se refiere a las características principales de los bienes o servicios, el precio y los costes adicionales, las modalidades de pago, los derechos y las obligaciones del consumidor, así como los procedimientos para resolver un contrato y exigir indemnización (Directivas 97/7/CE sobre los contratos a distancia (art. 4, la información puede darse también a su debido tiempo durante la ejecución del contrato o, como muy tarde, en el momento de entrega (art. 5); 87/102/CEE sobre el crédito al consumo (art. 6, la información puede darse únicamente en el momento de la celebración del contrato); 94/47/CE sobre el régimen de tiempo compartido (art. 3.1); 90/314/CEE sobre los viajes combinados (arts. 3 y 4.1 a); 2002/83/CE sobre el seguro de vida (art. 36 y Anexo III, con información sobre la identidad del asegurador: denominación o razón social, forma jurídica, Estado en que está establecido, etc. y sobre los datos fundamentales del contrato, tales como definición de cada garantía, periodo de vigencia, condiciones y duración del pago de las primas, valor de rescate, modo de ejercitar la facultad de renuncia, régimen fiscal de la póliza, ley aplicable al contrato, etc.); 97/5/CE sobre las transferencias transfronterizas (art. 3, con información específica sobre el plazo de ejecución, las comisiones y las cargas) y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (art. 6). De acuerdo con la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, debe darse información sobre las diferentes etapas técnicas de la celebración de un contrato, cómo se registrará el contrato, las lenguas disponibles para su celebración y los códigos de conducta existentes (art. 10.1 y 2).

¹⁴³ Directivas 85/577/CEE sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (art. 4); 87/102/CEE sobre el crédito al consumo (art. 4 y 6.1); 90/314/CEE sobre los viajes combinados (arts. 4.1 a) y b); 94/47/CE sobre el régimen de tiempo compartido (arts. 3.1 y 4.2); 97/7/CE sobre los contratos a distancia (art. 5), así como la Propuesta de Directiva relativa a los contratos a distancia de servicios financieros (art. 3).

¹⁴⁴ Directivas 2000/31/CE sobre el comercio electrónico (art. 10.1); 97/7/CE sobre los contratos a distancia (art. 5); 85/577/CEE sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (art. 4); 90/314/CEE sobre los viajes combinados (art. 4.1) y 94/47/CE sobre el régimen de tiempo compartido (art. 3.2).

escrito¹⁴³ y en términos claros y comprensibles¹⁴⁴, convirtiéndose en parte integrante del contrato y obligando en consecuencia al suministrador del bien o prestador del servicio¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Directivas 94/47/CE sobre el régimen de tiempo compartido (art. 3.2) y 90/314/CEE sobre los viajes combinados (art. 3.2). Existen, además, disposiciones sobre la modificación de la información y su comunicación al consumidor (Directivas 94/47/CE sobre el régimen de tiempo compartido (art. 3.2); 90/314/CEE sobre los viajes combinados (art. 3.2) y 87/102/CEE sobre el crédito al consumo (art. 6.2).

¹⁴⁶ La Directiva 87/344/CEE sobre el seguro de defensa jurídica, obliga a la empresa aseguradora a informar al tomador acerca de su derecho a solicitar un procedimiento de arbitraje y a reclamar la intervención de un abogado de su elección. La Directiva 90/314/CEE sobre los viajes combinados, establece en el art. 4.2 que el contrato debe incluir algunos de los elementos del Anexo.

¹⁴⁷ De acuerdo con la Directiva 2002/83/CE, sobre el seguro de vida, dentro del periodo de vigencia del contrato el tomador habrá de ser informado de cualquier modificación relativa a la denominación o razón social, forma jurídica o domicilio social del asegurador así como sobre la situación en cada momento de la participación en los beneficios (art. 36.2 y Anexo III). Asimismo, de acuerdo con la Directiva 87/102/CEE sobre el crédito al consumo, el consumidor deberá ser informado de cualquier cambio del tipo de interés anual y otras cargas aplicables (art. 6.2). La Directiva 97/5/CE sobre transferencias transfronterizas, establece que después de que se haya efectuado una transferencia transfronteriza, las entidades deberán facilitar información sobre una referencia que permita al cliente identificar la transferencia, la cantidad real de la transferencia, el importe de las cargas, etc. (art. 4). De acuerdo con el art. 12 de la Directiva 86/653/CEE sobre los agentes comerciales independientes, éstos deben recibir una relación de las comisiones devengadas que incluya los elementos sobre cuya base se hayan calculado. Según el art. 4.1 b) de la Directiva 90/314/CEE sobre los viajes combinados, el consumidor debe recibir información adicional sobre el viaje. De acuerdo con la Directiva 85/577/CEE sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, debe facilitarse información sobre el derecho a resolver el contrato, así como los datos de las personas respecto de las cuales puede ejercitarse el derecho (art. 4).

Obligación de información que no cesa ni en el momento de la celebración del contrato¹⁴⁶ ni posteriormente¹⁴⁷.

A la parte que suministra el bien o servicio le compete hacerlo del modo pactado¹⁴⁸, o en defecto de pacto, conforme a la ley que lo regule¹⁴⁹ y con sujeción a las normas imperativas que para ello existieren en beneficio de la contraparte¹⁵⁰. También le compete al prestador otorgar la garantía corres-

¹⁴⁸ La Directiva 1999/44/CE sobre la venta de bienes de consumo, establece la obligación del vendedor de entregar bienes de conformidad con lo acordado en el contrato, y su responsabilidad en caso de no conformidad (arts. 2 y 3, así como arts. 35 a 44 de la CISG). De acuerdo con la Directiva 90/314/CEE sobre los viajes combinados, los Estados miembros deben garantizar que el organizador o el detallista responden del cumplimiento correcto de sus obligaciones (art. 5.2).

¹⁴⁹ La CISG precisa la obligación del vendedor de entregar las mercancías y fija normas sobre la definición del lugar y el momento de entrega (arts. 30 y 31).

¹⁵⁰ De acuerdo con el art. 7.1 de la Directiva 97/7/CE sobre los contratos a distancia, el proveedor debe ejecutar el pedido a más tardar en el plazo de 30 días a partir del día siguiente a aquél en que el consumidor le haya comunicado su pedido. La Propuesta de Directiva relativa a los contratos a distancia de servicios financieros exige el consentimiento expreso del consumidor a la ejecución del contrato antes de que finalice el plazo de anuncio de su derecho de resolución (art. 5).

¹⁵¹ Existe una Directiva especial relativa a las garantías comerciales: la Directiva 1999/44/CE sobre la venta de bienes de consumo, en cuyas disposiciones se define una garantía, se describe su contenido, etc. (art. 6).

¹⁵² Según la mayoría de las Directivas sobre la protección de los consumidores, éstos no pueden renunciar a sus derechos. Así lo disponen las Directivas 85/577/CEE sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (art. 6); 87/102/CEE sobre el crédito al consumo (art. 14); 90/314/CEE sobre los viajes combinados (art. 5.3); 94/47/CE sobre el régimen de tiempo compartido (art. 8); 97/7/CE sobre los contratos a distancia (art. 12.1); 1999/44/CE sobre la venta de bienes de consumo (art. 7); 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas; Directiva 85/374/CEE sobre la responsabilidad por bienes defectuosos (art. 12); Directiva 86/653/CEE sobre los agentes comerciales independientes (art. 19) y las Propuestas de Directiva sobre los contratos a distancia de servicios financieros (art. 11) y la relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (art. 30).

pondiente en cada caso¹⁵¹. Con carácter general, los derechos que aparezcan reconocidos a la que pueda ser considerada *parte débil* son irrenunciables¹⁵².

A la contraparte negocial le corresponderá, en lógica correspondencia, tomar posesión de los bienes que se le entregan o facilitar la prestación del servicio y pagar al prestador¹⁵³.

c) Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contractuales

Algunas directivas incorporan expresamente el derecho del consumidor o *parte débil* de resolver el contrato¹⁵⁴, en algunos casos con reembolso de lo que pagó¹⁵⁵, siempre que

¹⁵³ Sobre las obligaciones del comprador, la CISG precisa que éste debe pagar el precio de las mercancías y tomar posesión de ellas (arts. 53 y 60). La Convención fija también normas sobre la modalidad, el lugar y el momento del pago (arts. 55 a 59). La Directiva 86/653/CEE sobre los agentes comerciales independientes, establece una distinción entre remuneración negociada y comisiones usuales y fija normas sobre el derecho a ellas (arts. 6 a 8) así como la extinción de ese derecho (art. 11). En ausencia de acuerdo o de práctica usual, el agente tendrá derecho a una remuneración razonable (art. 6.1).

¹⁵⁴ Directiva 94/47/CE sobre el régimen de tiempo compartido (art. 5.1, plazo de 3 meses y art. 7 para los contratos de préstamo), otras, sin embargo, no contienen disposiciones al respecto (Directiva 87/102/CEE sobre el crédito al consumo). De acuerdo con la Directiva 90/314/CEE sobre viajes combinados, el consumidor tiene derecho a resolver un contrato sin verse penalizado en el caso de que el organizador del viaje combinado altere de forma significativa una cláusula esencial del contrato.

¹⁵⁵ Directivas 97/7/CE sobre los contratos a distancia (art. 7.2) y 90/314/CEE sobre los viajes combinados (art. 4.6), que lo prevén para los casos de resolución a instancia del consumidor o si el proveedor canceló la prestación del servicio por motivo no imputable al consumidor.

concurran determinadas circunstancias en función de la norma aplicable. Algunas directivas, también establecen una serie de derechos en favor del consumidor para el caso de un

¹⁵⁶ Sería el caso de la Directiva 1999/44/CE sobre la venta de bienes de consumo, que refiere en su art. 3 los derechos de reparación o sustitución y reducción del precio para el caso de un cumplimiento defectuoso del prestador, o la Directiva 90/314/CEE sobre los viajes combinados, que contempla en su art. 5 un específico derecho de rescisión (*rectius*, resolución). También en este sentido, la Directiva 2000/35/CE sobre la morosidad en los pagos, prevé la reserva de la propiedad antes de la entrega de los bienes (art. 4). La CISG, por su parte, contempla diversas medidas contra el incumplimiento de contratos por parte del vendedor (v. gr., el comprador puede exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, bajo ciertas condiciones, mediante la entrega de mercancías de sustitución, o la reparación de las mercancías entregadas para subsanar la falta de conformidad; puede también declarar resuelto el contrato o reducir el precio (arts. 46 a 52).

¹⁵⁷ Obviamente, también existen disposiciones en materia de responsabilidad extracontractual previstas en favor de los consumidores; merecen destacarse, por un lado, la Directiva 85/374/CEE sobre la responsabilidad por productos defectuosos, que define la noción de producto defectuoso y establece normas comunes de responsabilidad para el caso de daños causados a personas por dichos productos, estableciendo supuestos de responsabilidad solidaria en el caso de que varios sujetos sean responsables del mismo daño. Por otro lado, deben destacarse la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos personales, que fija condiciones y requisitos específicos en cuanto a la autorización del procesamiento de datos personales por parte del interesado (art. 7); o las Directivas 97/66/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones (art. 12.1) y 97/7/CE sobre los contratos a distancia (art. 10), que sólo permiten la utilización, previa autorización, de sistemas de llamada automática o de fax con fines de venta directa. La Directiva 97/7/CE supedita también la utilización de técnicas de comunicación a distancia que permitan una comunicación individual a la falta de oposición manifiesta del consumidor. De acuerdo con los arts. 10, 11, 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE, en los casos de recogida de datos, deben facilitarse una serie de informaciones, como el propósito del tratamiento de los datos recogidos y el derecho del interesado a acceder a sus datos y a corregirlos.

cumplimiento defectuoso de las obligaciones que al prestador competen¹⁵⁶.

En las normas comunitarias se contienen disposiciones en materia de responsabilidad contractual¹⁵⁷, generalmente estableciéndose a cargo del incumplidor la obligación de *compensar* por los perjuicios ocasionados¹⁵⁸.

Si a una conclusión clara podemos llegar tras lo expuesto es que, hasta el momento, en el ámbito de la normativa contractual el legislador europeo ha seguido un planteamiento de armonización¹⁵⁹ pensando en casos y supues-

¹⁵⁸ Existen disposiciones sobre compensación en la CISG (art. 45.1 b) y arts. 74 a 77) y en las Directivas 86/653/CEE sobre los agentes comerciales independientes (art. 17); 97/5/CE sobre las transferencias transfronterizas y 90/314/CEE sobre los viajes combinados (arts. 4.6 y 7). Por su parte, la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, prevé *compensaciones* específicas en caso de operaciones ilícitas de tratamiento de datos (art. 23.1). La Directiva 2000/35/CE sobre la morosidad en los pagos, precisa que, salvo que el deudor no sea responsable del retraso, el acreedor tendrá derecho a una compensación por todos los costes que haya sufrido a causa de la morosidad (art. 3 e).

¹⁵⁹ Nos recuerda DE MIGUEL ASENSIO que la vía legislativa más relevante en el contexto comunitario para la superación del carácter nacional de las reglas de Derecho privado es la armonización, en detrimento de la unificación. Se trata de un mecanismo institucionalizado fundamentalmente, por lo que aquí importa, con base en los arts. 3 H, 54.3 G, 100 y 235 TCE (en la numeración anterior al Tratado de Amsterdam de 1997), previsto como una opción necesaria para promover la integración comunitaria, si bien ésta -concluye el autor citado- sólo excepcionalmente reclama la armonización de las legislaciones nacionales en materia de Derecho privado. *Vid.*, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, pág. 417.

¹⁶⁰ Lo que acarrea -apunta ULMER- negativas consecuencias de cara a la interpretación e integración del Derecho comunitario con el nacional (*vid.*, ULMER, P., "Las vías de unificación del Derecho privado en Europa", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 209, 1993, pág. 1012).

tos concretos, donde las directivas están generalmente restringidas a ámbitos limitados dentro del marco del proceso de integración del mercado único -son normas de carácter fragmentario y asilado¹⁶⁰- y se presentan como normas excesivamente detalladas en el ámbito que regulan¹⁶¹, llegando, como se ha señalado, a un “puntillismo

¹⁶¹ Vid., VON BAR, C., *op. cit.*, pág. 138. Esta idea también ha sido destacada por el Parlamento Europeo, que “*Considera que las directivas que no tienen por objeto una armonización completa, sino que presentan distintos fines tales como la protección del consumidor, la seguridad de los productos o la responsabilidad por los mismos, deberían seguirse concibiendo como directivas que contengan pocas reglamentaciones de detalle, sean neutrales en cuanto a los sistemas y puedan así integrarse fácilmente en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales*”. Vid., PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución...*, *cit.*, pág. 542, punto 19.

¹⁶² Vid., CHAMBOREDON, A. y SCHMID, U., *op. cit.*, pág. 687. En esta misma línea, se ha remarcado que las directivas se caracterizan por su especificidad dentro del Derecho comunitario derivado. Sin embargo, aunque únicamente obligan al resultado que se deba conseguir, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, en la práctica, su utilización por parte de las Instituciones comunitarias está desbordando el tenor literal del art. 249 TCE, puesto que, si se examina su contenido, fácilmente puede observarse cómo cada vez con mayor frecuencia las regulaciones contenidas en las directivas se muestran precisas y detalladas, sin dejar casi margen para que cada Estado pueda adaptar esas directrices a su ordenamiento interno (*vid.*, REYES LÓPEZ, M. J., “Influencia de la normativa reguladora de los intereses de consumidores y usuarios en el ámbito de la contratación”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 211/212, 2002, pág. 84).

¹⁶³ Subraya SONNENBERGER que el propio organigrama de la Comisión Europea dificulta la elaboración de las directivas, pues el reparto de competencias entre las distintas Direcciones Generales acarrea como consecuencia directivas mal equilibradas, limitadas a la protección de consumidores o al favorecimiento de la libre competencia, pongamos por caso, pero sin la coordinación necesaria, lo que le hace dudar, incluso, de que sea la Comisión la Institución adecuada para emprender una tarea como pudiera ser la codificación general del Derecho de contratos, abogando por la creación de un órgano específico dentro de la Comisión o bien de una Institución independiente de codificación compuesta por teóricos y prácticos del Derecho. Vid., SONNENBERGER, H. J., *op. cit.*, pág. 411.

jurídico”¹⁶². Incluso, podría reprocharse a este modelo de desarrollo de un Derecho de contratos comunitario que ni tan siquiera se dan las condiciones institucionales óptimas en la fase de elaboración de las directivas, que suelen aparecer circunscritas al ámbito competencial del órgano que las promueve¹⁶³.

El planteamiento descrito, combinado con una evolución imprevista del mercado, podría provocar desajustes importantes en la aplicación del Derecho comunitario, a lo que añadiríamos la insuficiencia de un Derecho así concebido como verdadero instrumento útil no sólo ya para la protección del consumidor, sino incluso para el adecuado funcionamiento del mercado interior. Desde luego al consumidor la situación actual le disuade de actuar aprovechando las ventajas del mercado interior, pues por lo general su legislación nacional no será la aplicable al contrato de consumo, bien porque de acuerdo con el clausulado predispuesto la legislación del empresario se elegirá como la legislación aplicable o porque, con arreglo al artículo 4 del Convenio de Roma, será la objetivamente aplicable. El artículo 5 CR no ayuda demasiado al consumidor porque, como hemos visto, no se aplica en el caso de un consumidor *activo* que quiere aprovechar las ventajas del mercado interior.

En el Plan de acción para un Derecho contractual europeo más coherente, elaborado por la Comisión, se hace un repaso a las principales carencias de la legislación contractual comunitaria¹⁶⁴, siguiendo para ello las distintas respuestas presentadas al debate lanzado por la Comunicación sobre Derecho

¹⁶⁴ *Vid.*, COMISIÓN CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción*, *cit.*, págs. 5 y ss.

¹⁶⁵ Las respuestas están accesibles desde: <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/index_en.html>.

contractual europeo¹⁶⁵. Son numerosos los defectos de las normas sobre Derecho europeo de contratos que han sido denunciados y, así, se ha remarcado cómo se trata de manera diferente situaciones idénticas sin que ello esté justificado, ofreciendo diferentes directivas consecuencias distintas a una misma situación comercial, sin que resulte justificada tal diferencia de tratamiento. Por ejemplo, en determinadas circunstancias es posible aplicar simultáneamente la Directiva de venta a domicilio y la Directiva sobre la adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido; ambas garantizan al consumidor el derecho de rescisión (*rectius*, resolución), si bien es diferente el plazo previsto para ejercitar tal derecho¹⁶⁶ y, pese a la antinomia, ambas Directivas pueden ser aplicadas al mismo tiempo, como declaró el TJCE¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Éste es, acaso, el ejemplo más claro, aunque pueden ponerse otros similares, como las incoherencias detectadas en la regulación de los requisitos de información de la Directiva sobre el comercio electrónico y las dos Directivas sobre venta a distancia, o los requisitos de información divergentes de diferentes directivas sobre protección de los consumidores con respecto al Derecho contractual.

¹⁶⁷ Cfr. STJCE de 22 abril 1999, *Travel-Vac S.L. vs. Manuel José Antelm Sanchís*, as. C-423/97, *Rec.* 1999, pág. I-2195.

¹⁶⁸ Sería el caso de la limitación de la responsabilidad en la Directiva sobre viajes combinados, puesta en relación con el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Convenio de Montreal, publicado en *DO L 194 de 18.7.2001*, pág. 39) por una parte, y el Reglamento sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (Reglamento (CE) n.º 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (*DO L 285 de 17.10.1997*, pág. 1), por otra. Otro ejemplo puede verse en la aplicación simultánea, que es posible, de la Directiva sobre venta a domicilio y la de *time-sharing*, como declaró el Tribunal de Justicia en la STJCE *Travel-Vac S.L. vs. Manuel José Antelm Sanchís*, citada.

Otros de los defectos denunciados vienen referidos a aquellos casos en los que, en circunstancias específicas, pueden aplicarse varios instrumentos comunitarios que producen resultados contradictorios¹⁶⁸; o los problemas derivados de la coexistencia de enfoques legislativos diferentes en una misma directiva, lo que puede dar lugar a desajustes en el sistema establecido por la propia norma comunitaria, como es obvio; o la utilización de conceptos jurídicos abstractos, no entendidos por igual en todos los Estados miembros y que carecen de definición en las directivas o se definen de forma excesivamente vaga¹⁶⁹.

Posiblemente este último sea uno de los principales problemas de la legislación comunitaria actual en materia de Derecho de contratos. En efecto, la excesiva utilización de

¹⁶⁹ Este problema importante se señaló también en el Informe final del Grupo de trabajo consultivo de alto nivel sobre la calidad de la legislación (“Grupo Mandelkern”, establecido por los ministros responsables de las administraciones públicas en noviembre de 2000), presentado el 13 de noviembre de 2001 (cfr. pág. 70).

¹⁷⁰ Este particular ha sido analizado recientemente en un estudio del Parlamento Europeo elaborado por un equipo de juristas. Por ejemplo, se señala en el estudio, por lo que respecta al término *damage*, que las leyes europeas que rigen la responsabilidad civil ni siquiera comparten aún una noción razonablemente uniforme de la naturaleza del perjuicio o de la manera en que se puede definir tal concepto, lo que obviamente amenaza con frustrar todas las tentativas de elaborar directivas europeas en este ámbito; Algunas directivas (art. 9 de la Directiva 85/374/CEE y art. 17 de la Directiva 86/653/CEE) contienen definiciones diferentes del término *perjuicio*, cada una de ellas es válida únicamente a los efectos de la norma correspondiente. En otras (art. 5 de la Directiva 90/314/CEE) se emplea dicho término sin definirlo. *Vid.*, PARLAMENTO EUROPEO, DG de Investigación, *Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code* (PE 168.511), pág. 56.

términos abstractos en la legislación comunitaria puede dar lugar a una aplicación no uniforme del Derecho comunitario, pues los términos abstractos pueden designar conceptos jurídicos para los que existen normas diferentes en las distintas legislaciones nacionales¹⁷⁰, dándose en ocasiones la circunstancia de que las propias normas comunitarias remiten a nociones internas de estos términos abstractos, que a su vez difieren considerablemente en los distintos Estados miembros¹⁷¹, cuando no incorporan definiciones *ad hoc* para una directiva concreta prescindiéndose de definir dicho concepto en otras directivas, sin que resulte claro que puedan ser conceptos extensibles por analogía. Por ejemplo, el término “daño” se define en la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos a los efectos de la propia Directiva, pero no se define en la Directiva sobre agentes comerciales ni en la Directiva sobre los viajes combinados¹⁷². En estos casos, no resulta claro en qué medida la defi-

¹⁷¹ La STJCE de 12 marzo 2002, *Simone Leitner vs. TUI Deutschland GmbH & Co KG*, as. C-168/00, *Rec.* 2002, pág. I-02631, resalta este problema. En virtud de un contrato de viaje combinado suscrito con un operador turístico alemán con arreglo a la legislación austriaca, el demandante solicita una indemnización por *perjuicios morales* (vacaciones irre recuperables pasadas en un hospital); la normativa austriaca no prevé la concesión de indemnizaciones por perjuicios de tales características, al contrario que las leyes alemanas y de otros Estados miembros. El demandante se acogía al artículo 5 de la Directiva sobre viajes combinados, alegando que en dicha disposición se establece un concepto específico de *perjuicio* que abarcaría los *perjuicios morales*.

¹⁷² Otro ejemplo de concepto definido a los efectos de una directiva sin que se precise si, en otras, al prescindirse de definición *ad hoc*, resulta extensible la primera definición, la encontramos en el concepto de “soporte duradero”, definido en la Directiva sobre la comercialización a distancia de servicios financieros pero no en la Directiva general sobre las ventas a distancia.

nición ofrecida por una directiva puede ser utilizada analógicamente al interpretar o aplicar otras. Por la solución afirmativa recientemente se inclinó el abogado general en el asunto *Simone Leitner vs. TUI Deutschland GmbH & Co KG*, aunque el TJCE interpretó el concepto de “daño” sólo con arreglo a la Directiva sobre viajes combinados y no siguió al abogado general. Desde luego, si la interpretación de los términos jurídicos abstractos ha de realizarse a la luz de una directiva concreta esta interpretación puede dar lugar a una fragmentación de las legislaciones nacionales, viéndose abocados los Estados a adaptar y redefinir dichos conceptos en cada texto de transposición para tener en cuenta el sentido particular pretendido por la directiva, lo que no parece una solución asumible. El dilema que se plantea es realmente grave, pues o bien se ven abocados los Estados a una reformulación continua de conceptos jurídicos asentados, solución que, como decimos, no nos parece conveniente, o bien fragmentan su ordenamiento para transponer las directivas, con las negativas consecuencias que ello puede comportar en la sistemática y coherencia interna a que todo ordenamiento ha de aspirar.

Por último, otra categoría de problemas denunciados es la referida a las divergencias en la aplicación de los textos de transposición nacionales debido a que las directivas contienen conceptos que son extraños a la legislación nacional existente¹⁷³, por lo que puede ocurrir que cuando se transpone una directiva algunos legisladores nacionales -el español, a menudo- mantengan al mismo tiempo la legislación nacional previa, que se yuxtapone a la norma de transposición, generando con ello una situación de inseguridad jurídica al no deslindarse siempre de modo adecuado los diferentes ámbitos de apli-

¹⁷³ Problema también referido en el Informe del “Grupo Mandelkern”, citado, pág. 67.

cación de cada norma. Particularmente por lo que se refiere a la legislación en materia de protección de consumidores, también se ha criticado la técnica de armonización mínima, en la medida en que no garantiza la uniformidad de las soluciones en situaciones semejantes, tal como exige el mercado interior¹⁷⁴. Además, esta técnica provoca que las empresas no puedan desarrollar estrategias de comercialización para todo el mercado interior dificultando con ello la contratación transfronteriza por parte del consumidor, al diferir las normas de los Estados comunitarios que toman la decisión de ir más allá en la protección del consumidor de lo que la norma comunitaria, formulada como “de mínimos”, exige.

En este punto, pues, habrá de plantearse el legislador comunitario cuál será el enfoque futuro del Derecho contractual europeo.

B) Evolución futura

La Comisión, en su Comunicación sobre Derecho contractual europeo, se plantea cuatro opciones para futuras iniciativas en el ámbito del Derecho contractual:

I. La no actuación de la Comunidad Europea

II. El fomento de la definición de principios comunes de Derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes

¹⁷⁴ Como ejemplos podemos citar las diferencias existentes entre los Estados miembros con respecto a los períodos de reflexión contemplados en las Directivas sobre venta a domicilio, *time-sharing* y venta a distancia, o los límites financieros máximos contemplados en los Textos de transposición de la Directiva sobre venta a domicilio.

nacionales

III. La mejora de la calidad de la legislación en vigor

IV. La adopción de nueva legislación exhaustiva de ámbito comunitario

La primera de las opciones, es decir, que la Comunidad Europea no actúe, descansa en la confianza en el propio mercado para la solución de sus problemas, contando con la presión que ejercen los grupos de interés afectados (consumidores, empresas...) y sin perjuicio de la actuación de las autoridades públicas, que pueden orientar eficazmente el mercado en una dirección específica (como acelerar la utilización de nuevas tecnologías o estimular nuevos tipos de prácticas comerciales), por ejemplo, mediante incentivos que ofrezcan asistencia y asesoramiento sobre transacciones transfronterizas. Estas soluciones, señala la Comisión, podrían constituir una especie de *armonización blanda*, producto de los cambios económicos, que no se regiría por normas comunitarias vinculantes. Ello podría resolver algunos de los problemas del comercio intracomunitario, a condición de que las partes contratantes tengan una verdadera posibilidad de reglar sus propias relaciones de un modo realmente libre, y que dispongan de información completa, correcta y de libre acceso sobre las normas y las prácticas existentes, así como de mecanismos de resolución de litigios justos y asequibles.

En cualquier caso, consideramos que no puede confundirse esta inacción de las Instituciones comunitarias como opción con que las partes contractuales tengan la libertad necesaria para acordar las condiciones contractuales que mejor convengan a sus necesidades, lo que en ningún caso se excluye; o con que la iniciativa normativa sea emprendida en un ámbito supranacional superior, como sería negociar y celebrar un tra-

tado internacional en el ámbito del Derecho contractual (se asemejaría a la CISG, pero su ámbito de aplicación no se limitaría a la mera compraventa de mercancías). Por otro lado, el principal reproche que se hace a esta opción se basa en que las transacciones transfronterizas en el seno de la Comunidad han alcanzado tal dimensión que la necesidad de un marco jurídico se impondría con el fin de garantizar un cierto orden y equilibrio en el desenvolvimiento de las operaciones económicas, debiendo ir más allá de lo que pueden ofrecer actualmente los organismos de comercio o los propios Estados miembros¹⁷⁵.

La segunda opción a que se refiere la Comisión en su Comunicación sobre Derecho contractual europeo consiste en fomentar la definición de principios comunes de Derecho contractual para reforzar con ello la convergencia de las leyes nacionales (aunque no lo diga explícitamente, la Comisión parece estar pensando en los principios elaborados por *Unidroit* y por la *Comisión Lando*, a los que ya nos hemos referido). Con la definición de estos principios comunes, previa la investigación adecuada, podrían elaborarse una serie de principios, directrices o códigos de conducta específicos para determinados tipos de contratos, que podrían ser de utilidad a las partes contratantes en la fase de redacción de nuevos contratos y para su ejecución, así como para los tribunales e instancias arbitrales nacionales que tengan que decidir sobre cuestiones jurídicas -referidas sobre todo a negocios transfronterizos- que no estén cubiertas plenamente por normas nacionales vinculantes o respecto de las cuales no exista ninguna disposición legislativa. Los tribunales o las instancias arbitrales sabrían que los principios aplicados constituyen la solución común a todos los sistemas nacionales de Derecho

¹⁷⁵ *Vid.*, SONNENBERGER, H. J., *op. cit.*, pág. 419.

contractual de la Comunidad; al mismo tiempo, los principios comunes podrían contribuir a que los tribunales nacionales que deban aplicar una normativa extranjera comprendieran los aspectos básicos de los principios generales del Derecho propios de esa legislación. Los Estados miembros o la Comunidad podrían respetar en la medida de lo posible las directrices a la hora de promulgar nueva legislación o modificar la existente en el ámbito del Derecho contractual nacional, podría suceder incluso que la aplicación de los principios comunes propiciara la creación de un Derecho consuetudinario si su puesta en práctica fuera prolongada y continuada y existiera un convencimiento compartido acerca de su carácter normativo. De este modo, una vez que estas directrices o principios comunes fueran definidos y acordados por todas las partes interesadas de los Estados miembros, deberían ser ampliamente difundidos entre aquellos que deban aplicarlos, a fin de garantizar una puesta en práctica uniforme y coherente aun cuando la aplicación de estas directrices o principios comunes sólo tuviera carácter voluntario; con todo, si se lograra que fueran aplicados continuamente por un grupo suficientemente numeroso de profesionales de la justicia y de legisladores nacionales y comunitarios, aumentaría la convergencia en el ámbito del Derecho contractual europeo.

No obstante, como opción, presenta más inconvenientes que ventajas, pues lejos de ser una solución práctica para la aproximación de los Derechos nacionales, parte de confiar en los propios actores económicos que serían quienes se irían convenciendo de las bondades de un sistema basado en principios que pudieran configurar una especie de Derecho autónomo para regir las relaciones contractuales transfronterizas dentro de la Comunidad, cuando dichos principios, excesivamente abstractos en su formulación, presentarían gran número de

lagunas y se mostrarían, acaso, como un mecanismo insuficiente para regular de un modo sistemático, coherente y con aspiraciones de ser completo el régimen europeo de la contratación. Lo anterior, al margen obviamente de reconocer que la elaboración de principios sí puede ser muy interesante como paso previo, académico fundamentalmente, para poder aspirar a un Código unificado en materia de Derecho contractual europeo e incluso, un sistema útil al que recurrir las instancias arbitrales internacionales o los propios contratantes en sus relaciones.

Otra solución, apunta la Comisión, podría girar en torno a los *contratos tipo*, utilizados en gran número en todos los Estados miembros para facilitar las transacciones económicas. La importancia de los *contratos tipo* no puede ser desdeñada. En el ámbito internacional sus clausulados han posibilitado la resolución de un considerable número de problemas. Suponen mecanismos muy eficaces para adaptarse a las circunstancias del comercio internacional que suelen partir de un principio de equilibrio de posiciones entre las partes contratantes, por lo que pueden ser una fuente muy válida para la elaboración de normas contractuales en la actividad mercantil internacional. Repárese en que estos *contratos tipo* a que nos referimos no han de ser confundidos con los que también denominamos *contratos tipo* y son habitualmente utilizados en la contratación de consumo, caracterizándose por la predisposición de sus clausulados y que suelen, por ello, provocar situaciones de desequilibrio entre las posiciones del predisponente y del consumidor que contrata.

Volviendo a los *contratos tipo* usados en el comercio internacional, es constatable cómo su empleo ahorra que las partes tengan que renegociar los términos contractuales en cada nueva transacción, también proporcionan cierto nivel de cer-

teza a las partes y tienen prácticamente categoría reglamentaria, y es precisamente por esta razón que a menudo resulta difícil celebrar un contrato con una parte de otro Estado miembro que no respeta los términos de los *contratos tipo* a los que la otra parte está acostumbrada. En efecto, las partes de Estados miembros diferentes pueden estar acostumbradas a cláusulas diferentes utilizadas habitualmente en sus países respectivos, este problema se podría resolver, al amparo del Derecho comunitario, si se elaboraran *contratos tipo* destinados a ser empleados en toda la Comunidad¹⁷⁶. Precisamente el Plan de acción para un Derecho contractual europeo más coherente, elaborado por la Comisión, incide con especial énfasis en la conveniencia de este tipo de clausulados y condicionados generales como medio para resolver las diferencias en las legislaciones contractuales de los distintos Estados miembros, uno de los frenos principales para el desarrollo del comercio transfronterizo en el mercado interior.

No obstante, no parece que sea una opción adecuada respecto de la contratación de consumidores, pues la elaboración de principios o directrices exclusivamente voluntarios pugna precisamente con el sentido de la normas *pro consumptore*, cuya razón de ser está en la quiebra de la teórica posición de equilibrio entre las partes contratantes -con lo que implica de *relativización* de la autonomía de la voluntad- y la necesidad del

¹⁷⁶ Este inconveniente de los *contratos tipo*, pensados en su mayoría para el comercio nacional y no transfronterizo, puede ser superable mediante la redacción de *contratos tipo* expresamente dirigidos al comercio intracomunitario. En esta línea, merece destacarse la iniciativa de ORGALIME (Asociación europea de las industrias mecánicas, eléctricas, electrónicas y metalúrgicas), que ha elaborado condiciones generales, formularios tipo y directrices que facilitan ayuda práctica a las empresas que tienen que redactar distintos tipos de contrato que se utilizan normalmente en el comercio internacional en los sectores concernidos.

establecimiento de un Derecho imperativo precisamente en atención a la debilidad del consumidor al contratar. Otro tanto, obviamente, puede decirse de la elaboración de *contratos tipo* como paso previo a la creación de un Derecho de contratos uniforme. Y ello, sin que se excluya la elaboración de principios o directrices, pero en el caso de consumidores siempre que la utilidad de los mismos sea para combinar esta opción con la número IV: elaboración de una legislación más exhaustiva y, en su caso, un Texto general. Por otra parte, un estudio comparado que lleve a la formulación de principios comunes, además de contemplarse como opción por la Comisión, siempre ha de ser visto como paso previo en las dos opciones siguientes.

La tercera opción, dijimos que era la mejora de la calidad de la legislación sobre Derecho contractual que ya se halla en vigor. En esta línea, el Consejo Europeo de Lisboa pidió a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros “*que establecieran, antes de 2001, una estrategia para proseguir la acción coordinada de simplificación del entorno reglamentario*”. En

¹⁷⁷ Nos referimos al Informe provisional de la Comisión al Consejo Europeo de Estocolmo “*Mejorar y simplificar el marco regulador*” (COM (2001) 130 de 7 marzo 2001).

¹⁷⁸ En efecto, el Consejo Europeo de Lisboa dio un mandato a la Comisión (*Conclusiones de la Presidencia*, Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000, SN (2000) 100, pág. 6), que se confirmó en las cumbres de Estocolmo, Laeken y Barcelona (*Conclusiones de la Presidencia*, Consejo Europeo de Estocolmo de 23 y 24 de marzo de 2001, SN (2001) 100, pág. 5; *Conclusiones de la Presidencia*, Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001, SN (2001) 300, pág. 1 y *Conclusiones de la Presidencia*, Consejo Europeo de Barcelona de 15 y 16 de marzo de 2002, SN (2002) 100, pág. 7), para que presentara una estrategia para una actuación más coordinada orientada a simplificar el marco regulador.

respuesta a esta petición, la Comisión ha elaborado un Informe provisional al Consejo Europeo de Estocolmo¹⁷⁷ en el que hace balance de la situación y expone sus primeras reflexiones sobre la ejecución del mandato de Lisboa¹⁷⁸. La Comisión explica en dicho documento que desea desarrollar acciones, ya en curso, de consolidación, codificación y refundición de instrumentos existentes, orientadas a la transparencia y la claridad. También se podría revisar la calidad de las redacciones en aras a una mayor coherencia sistemática y terminológica.

Efectivamente, desde hace varios años se viene impulsando una política de aclaración de la legislación comunitaria, como es el caso de las iniciativas SLIM (simplificación de la legis-

¹⁷⁹ El proyecto piloto de simplificación de la legislación del mercado interior (SLIM) se emprendió en 1996 como una iniciativa destinada a mejorar la calidad de la legislación del mercado interior, eliminar la legislación superflua y reducir los costes de aplicación de la normativa. El proyecto centra su atención en cuestiones específicas y no se ha concebido para impulsar la desregulación. La labor es muy específica, para que pueda desarrollarse en un período de tiempo limitado, centrándose en la elaboración de recomendaciones precisas.

¹⁸⁰ En 1997 la Comisión creó el BEST (*Business Environment Simplification Task Force* o Grupo de trabajo para la simplificación del entorno empresarial). En 1998, este grupo de trabajo presentó un informe con 19 recomendaciones centradas en los entornos empresariales de una amplia serie de campos en los Estados miembros.

¹⁸¹ En el estudio del Parlamento Europeo *Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, ya citado, se indica en términos generales que de manera sistemática las reglas generales consagradas en los acuerdos y directivas deben revisarse minuciosamente e incorporarse al Derecho nacional en caso necesario, sin que se descuide completar su contenido y mejorar su formulación. Deben estar coordinadas y encajar perfectamente unas con otras y despojarse de toda disposición redundante, incoherencia y particularismo terminológico, para que puedan encajar en último término en una estructura sistemáticamente coherente en el *marco global* de un sistema codificado.

lación del mercado interior¹⁷⁹) o BEST (*Business Environment Simplification Task Force*¹⁸⁰), que aspiran en sus ámbitos respectivos a reducir el volumen de instrumentos reglamentarios, mejorar la calidad de la legislación y corregir antinomias y lagunas existentes. Además de estas iniciativas, la Comisión propone la adaptación de los instrumentos jurídicos existentes antes de aprobar otros nuevos¹⁸¹, por ejemplo, ampliando el ámbito de algunas directivas a los contratos o negocios que presenten numerosas características similares a las de los contratos o negocios cubiertos por dichas normas¹⁸², lo que garantizaría una mayor coherencia en cada sector de actividad. Desde luego, esta opción, más que tal opción, es una necesidad desde el momento en que tanto el Consejo como la Comisión, además de los operadores del Derecho y académicos, están de acuerdo en que es necesaria la mejora de la legislación actual. Sin ir más lejos, en materia de contratación de consumidores sería deseable, en general, una mayor coherencia entre las distintas normas que evite solapamientos (v. gr., entre la Directiva sobre comercio electrónico y la Propuesta sobre comercialización a distancia de servicios financieros) y definir mejor derechos como el de información o resolución de los contratos, donde ya vimos que aunque eran comunes en las directivas *pro consumptore* no existe uniformidad en su formulación. En suma, estimamos que esta

¹⁸² Es constatable cómo numerosas directivas tienen un ámbito de aplicación restringido (v. gr., Directiva 85/577/CE sobre venta a domicilio, que no cubre los contratos de seguros, inmobiliarios, de edificación, etc.; Directiva 97/7/CE relativa a los contratos a distancia, que no cubre los contratos inmobiliarios, sobre edificación, etc.; Directiva 94/47/CE relativa a los contratos de tiempo compartido, que abarca únicamente los contratos de una duración máxima de tres años o la Directiva 2000/35/CE sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que no abarca las operaciones con consumidores).

opción propuesta por la Comisión significaría mantener - mejorado- el sistema actual de desarrollo del Derecho europeo de contratos, optando por un marco jurídico que vendría determinado por los Estados miembros, armonizado por la acción de las diferentes directivas comunitarias y, en su caso, declarado aplicable mediante reglas de conflicto uniformes y, eventualmente, de producción comunitaria.

La última opción para la normación comunitaria del Derecho contractual *pro futuro* consistía en la adopción de una nueva legislación más exhaustiva y, más en concreto, la adopción de un Texto general que contuviera disposiciones sobre cuestiones generales de Derecho contractual y contratos específicos. Este Texto podría ser una directiva, lo que daría a los Estados miembros cierto margen para adaptar las disposiciones respectivas de la legislación de trasposición a sus distintas situaciones económicas y jurídicas nacionales, aunque no puede ignorarse que precisamente este mayor margen para los Estados puede obstaculizar la eficacia de la medida. También podría optarse por un reglamento, lo que reduciría la capacidad de actuación de los Estados miembros para incorporar las disposiciones comunitarias a sus sistemas jurídicos nacionales, pero garantizaría una mayor uniformidad y transparencia de las condiciones en las que operan los agentes económicos en el mercado interior. A su vez, por lo que atañe a las disposiciones que se introducirían, siguiendo la Comunicación sobre Derecho contractual europeo, caben las siguientes posibilidades:

¹⁸³ V. gr., el artículo 1: 101 (2) de los *Principios del Derecho contractual europeo* (PECL).

¹⁸⁴ V. gr., el Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (*DO L 294 de 10.11.2001, pág. 1*).

Que se adopte un modelo puramente opcional, que habrían de elegir las partes, las que decidirían si el contrato en cuestión va a regirse por la norma comunitaria y, esto, tanto a partir de una recomendación¹⁸³ como de un reglamento¹⁸⁴.

Que se establezca un conjunto de normas de aplicación automática salvo disposición contractual en sentido opuesto; este tipo de legislación existe ya en el contexto de la Directiva sobre la morosidad¹⁸⁵ o la CISG¹⁸⁶. Se trataría de disposiciones de salvaguarda en los casos en que las partes contratantes sean libres de acordar otras soluciones a través del contrato. Con ello se garantizaría que las partes contratantes conservasen plena libertad para definir el contenido del contrato, constituyendo la norma una *red de seguridad* que se aplicaría únicamente en ausencia de disposiciones contractuales específicas.

Un conjunto de normas imperativas cuya aplicación no se pudiera excluir en el contrato. Esta norma sustituiría a la normativa nacional en vigor, mientras que el previsto en la primera coexistiría con ésta. La segunda opción podría coexistir con la normativa nacional o sustituirla.

En cualquier caso, las posibilidades que acabamos de ver pueden combinarse entre sí, apunta la Comisión, e incluso, añadiremos, precisamente las normas de protección de consu-

¹⁸⁵ En la letra b) del apartado 1 de artículo 3 de la Directiva 2000/35/CE se establecen criterios específicos para determinar la fecha a partir de la cual el interés será pagadero si no se fija la fecha o el plazo de pago en el contrato (30 días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o 30 días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios). En la letra d) del mismo apartado se prevé un *tipo de interés de demora* de pago obligatorio salvo estipulación en sentido contrario en el contrato.

¹⁸⁶ Cfr. art. 6 de la CISG.

midores sería campo propicio para tal combinación, pues junto a un conjunto global de disposiciones de salvaguarda aplicables de manera automática (segunda propuesta), cabe la aplicación de algunas disposiciones obligatorias que no pueden ser objeto de derogación por las partes contratantes (tercera propuesta).

SONNENBERGER ha estudiado con detenimiento esta última opción para el desarrollo de un Derecho contractual europeo, basada como hemos visto en la elaboración de un nuevo sistema jurídico. En concreto, diferencia dos grandes posibilidades, por un lado la que denomina *concepción federalista*, que consistiría en la elaboración de un Derecho internacional privado comunitario como expresión de una visión descentralizada de la Comunidad y, por otro, partiendo de una *concepción unitaria*, la elaboración de un Derecho uniforme sobre Derecho contractual europeo. La primera opción se basaría en un sistema de reglas de conflicto que formarían un conjunto recíprocamente complementario con las normas propiamente materiales. Este sistema, tendría la ventaja de eliminar las oscuridades e imprecisiones en la determinación de la ley aplicable por las instancias judiciales de los distintos Estados miembros, que es uno de los principales problemas que subsisten en el estado actual del Derecho internacional privado, incluso, considera SONNERBERGER que no estarían justificadas las dudas que mantiene la Comisión por lo que respecta al modo de cohonestar un Derecho internacional privado uniforme con las diferencias nacionales con relación a las reglas de Derecho imperativo o *ius cogens*, pues considera que la libertad de las partes contratantes para escoger la ley del contrato se aplicaría no sólo al Derecho supletorio, sino también al cogente. Nos parece sin embargo que aquí SONNENBERGER no encara bien el problema, pues no es que la

elección de una ley comporte o no la aplicación de las normas de Derecho imperativo que contenga, que esto no se discute, sino que dentro de éstas, las leyes de policía (en los términos del art. 7 del Convenio de Roma de 1980 ya referido) de otro Derecho podrían resultar concernidas e incluso ser aplicables, que es lo que la Comisión trata de mostrar (v. gr., leyes como las que en algunos Estados exigen que las cláusulas predispuestas sean expresamente aceptadas por el consumidor para que le puedan obligar, mientras que en otros basta con un consentimiento general).

La segunda concepción recordamos que tomaría como modo de expresión la elaboración de un Derecho uniforme, eventualmente plasmado en un único Código para toda la Comunidad. SONNERBERGER intuye tres posibilidades: limitarse a unificar las disposiciones más importantes de Derecho contractual; limitarse al Derecho imperativo, tratando con ello de formular un orden público europeo o, en fin, elaborar un Código, posibilidad a la que nos hemos referido al principio de este trabajo. La primera de las posibilidades, consistente en unificar las disposiciones más importantes de Derecho contractual, tendría como objetivo la creación de un Derecho uniforme sobre ámbitos de importancia creciente y especialmente sensibles, como pudiera ser la contratación electrónica, aunque acarrearía como consecuencia más evidente la coexistencia de normas nacionales y comunitarias. Por ello, ésta es una opción insuficiente, que generaría problemas en la aplicación de normas que se superpondrían (nacionales y comunitarias) y donde las lagunas legales resultarían aún más difíciles de colmar. La ventaja principal de esta opción, lógicamente, estaría en que las reticencias políticas a la hora de llevarla a cabo no serían excesivas, pues no se diferenciaría demasiado de la fórmula actual basada en directivas

detalladas sobre la parcela contractual que regulan y que, a pesar de ser directivas y carecer, en principio, de efecto directo, el margen de decisión que están dejando a los Estados es mínimo precisamente por ese carácter minucioso y detallado de sus contenidos. La segunda posibilidad que contempla SONNENBERGER se limitaría a unificar únicamente las disposiciones cogentes en materia de Derecho contractual europeo, lo que podría tener plasmación en un Código europeo de consumo por ser éste el ámbito donde resulta más notable la importancia del Derecho imperativo y que, en buena medida, ya goza de una armonización comunitaria considerable (sobre esta idea volveremos al final del trabajo)¹⁸⁷.

En el Plan de acción recientemente presentado, la Comisión mantiene abierto el debate sobre el modo en que haya de irse elaborando el llamado Derecho contractual europeo. En cuanto a las posibles opciones que pueden seguirse y a las que nos veni-

¹⁸⁷ *Vid.*, SONNENBERGER, H. J., *op. cit.*, págs. 421 a 432.

¹⁸⁸ En este Plan de acción se hace referencia a las distintas reacciones que ha suscitado cada una de las opciones tras el proceso de consulta abierto por la Comunicación sobre el Derecho contractual europeo. En concreto, se indica que sólo una pequeña minoría era favorable a la opción I, que proponía dejar al mercado la solución de todos los problemas encontrados. Un amplio apoyo recibió la opción II, es decir, el fomento de la elaboración, mediante investigaciones conjuntas, de principios comunes de Derecho contractual europeo. Una gran mayoría se declaró partidaria de la opción III, que proponía mejorar la legislación comunitaria existente en el ámbito del Derecho contractual y, al menos en una etapa inicial, una mayoría manifestó su oposición a la opción IV, esto es, a la adopción de un nuevo instrumento comunitario en materia de Derecho contractual. No obstante, muchas contribuciones señalaron que esta propuesta debería volver a examinarse a la luz de las futuras evoluciones resultantes de las opciones II y III. *Vid.*, COMISIÓN CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción, cit.*, pág. 4, punto 7.

mos refiriendo, la Comisión opta básicamente por la tercera¹⁸⁸. Para ello, atribuye al Plan de acción el objetivo de aumentar la coherencia del acervo comunitario en materia de Derecho contractual, la promoción de la elaboración de cláusulas contractuales tipo por parte de la Comunidad y el estudio de la oportunidad de aplicar medidas específicas no sectoriales, por ejemplo, un instrumento facultativo para resolver los problemas que se plantean en el ámbito del Derecho contractual europeo.

Esta manera de afrontar el desarrollo del Derecho contractual europeo no implica romper con la técnica hasta ahora seguida: el enfoque sectorial, aunque adoptándose -ésta era precisamente la opción III- medidas encaminadas a incrementar la coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, en particular mejorando la calidad de la legislación, simplificándola y clarificándola, eliminando las incoherencias y antinomias detectadas en las distintas normas atinentes al Derecho europeo de contratos, adaptando la legislación existente a la evolución de la economía, el comercio y otros fenómenos (como la contratación electrónica) que no existían en el momento de su formulación y colmando las lagunas que en la aplicación del acervo comunitario se han ido detectando. El mecanismo principal que la Comisión propone es el llamado “marco común de referencia”, que establecería principios y una terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo. Este “marco común de referencia” sería un documento que ayudaría a las instituciones comunitarias a garantizar una mayor coherencia del acervo actual y futuro en el ámbito del Derecho contractual, alcanzando una mayor coherencia en las normas comunitarias propias del ámbito contractual y que, incluso, entiende la Comisión que podría llegar a ser un instrumento para la consecución de un mayor grado de convergencia entre los Derechos contractuales de los Estados miembros y, en

su caso, de terceros países que elaboren nuevas normas o revisen las existentes. A la espera de su elaboración, la Comisión señala las que habrían de ser las principales líneas maestras del “marco común de referencia”: Regularía esencialmente el Derecho contractual, sobre todo los tipos de contratos transfronterizos afectados, como los contratos de compraventa y de servicios, abarcando las normas generales en materia de conclusión, validez e interpretación de los contratos, así como las relativas a la ejecución, el cumplimiento o las vías de recurso, las normas en materia de garantía de crédito relativas a los bienes muebles y el Derecho sobre enriquecimiento injusto. Como fuente principal para su elaboración, se recurriría a los ordenamientos jurídicos nacionales existentes para encontrar denominadores comunes, elaborar principios también comunes y, en su caso, identificar las mejores soluciones (examinándose también la jurisprudencia de los tribunales nacionales y las prácticas contractuales establecidas), así como a instrumentos internacionales vinculantes, como sería el caso de la CISG.

Esta decantación por la opción III, de mejora del acervo existente, que realiza la Comisión en el diseño de su Plan de acción, también tendrá lógicamente su manifestación en el ámbito de la contratación de consumo, manteniéndose, pues, la línea iniciada en la Comunicación sobre la estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006¹⁸⁹, donde la Comisión hizo hincapié en la necesidad de una mayor convergencia de la legislación comunitaria en materia de consumo, que implicaría en particular la revisión del Derecho contractual de consumo para eliminar los

¹⁸⁹ COMISIÓN CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006*, COM (2002) 208 final (DO C 137 de 08.06.2002, pág. 2), pág. 7.

desajustes existentes en la aplicación de las distintas normas, colmar las lagunas detectadas y simplificar la legislación.

Debe de tenerse en cuenta, por último y sea cual fuere la opción de legislación *pro futuro* que se siga, que la capacidad de intervención de las Instituciones comunitarias tiene sus límites -al menos actualmente-, en concreto los límites que representan los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad¹⁹⁰, tal como se establece en el artículo 5 TCE y en el Protocolo relativo a la aplicación de dichos principios, a los que más adelante nos referiremos.

Por su parte, el Parlamento Europeo en fechas recientes ha retomado su interés pasado por la elaboración de un Derecho contractual europeo, concretamente aprobando la Resolución PE de 15 noviembre 2001, ya citada, que viene a completar las de 1989 y 1994 a que ya hicimos referencia; en dicha Resolución, constata el PE que la consecución del mercado interior desde el punto de vista económico presenta deficiencias en cuanto a las vinculaciones jurídicas de alcance transfronterizo, y que realmente el mercado interior no estará plenamente con-

¹⁹⁰ Conforme al principio de subsidiariedad la actuación de la Comunidad sólo es necesaria cuando la acción individualizada de los Estados no es suficiente para la consecución de los objetivos comunes (*vid.*, HERNÁNDEZ BATALLER, B., *La protección de los consumidores y el principio de subsidiariedad en el TUE*, Pamplona, 1993, págs. 33 a 37). Por su parte, el principio de proporcionalidad exige dejar la mayor libertad posible para los Estados miembros y evitar todo exceso de regulación (*vid.*, MÉNDEZ PINEDO, E., *La protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un Derecho procesal comunitario de consumo*, Madrid, 1998, pág. 303). Sobre estos dos principios puede consultarse el *Informe de la Comisión al Consejo Europeo Legislar mejor 2000 (de conformidad con el artículo 9 del Protocolo del Tratado CE sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad)*, COM (2000) 772 final.

cluido hasta que los consumidores puedan disfrutar plenamente de sus ventajas, revelándose como un freno para la consecución del mercado interior las dudas en cuanto al Derecho aplicable en operaciones transfronterizas y los posibles litigios, resultando insuficientes instrumentos como el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG), que no resuelven por completo el problema de las relaciones jurídicas transfronterizas. Tras hacer un repaso el PE sobre las normas de producción comunitaria vigentes en materia de Derecho privado, considera que resultaría oportuna la adopción de un *Derecho optativo* respecto de cada sector de relaciones jurídicas (compraventa, servicios financieros...) y que particularmente con relación a los consumidores sería conveniente una revisión de las actuales directivas con la finalidad de suprimir las cláusulas de armonización míni-

¹⁹¹ En esta misma línea, cfr. COMISIÓN CE, *Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, COM (2001) 531 final, especialmente pág. 5. Puede consultarse el documento en la siguiente dirección de Internet: <http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm>.

¹⁹² El plan de acción que propone el Parlamento habría de englobar, según la Resolución de 15 noviembre 2001, los siguientes elementos: A) Hasta finales de 2004: compilar en una base de datos, en todas las lenguas de la Comunidad, la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al Derecho contractual y promover, a partir de dicha base de datos, investigaciones en el campo del Derecho comparado, así como la cooperación entre las partes interesadas y los círculos académicos y profesionales relacionados con el Derecho. La cooperación debería tener por objeto alcanzar soluciones y conceptos jurídicos comunes y una terminología jurídica común a los quince Estados miembros que podría aplicarse con carácter voluntario (Opción II de la Comunicación) en los siguientes ámbitos: Derecho contractual general, Derecho de compraventa, Derecho de contratos de servicios, incluidos los servicios financieros y los contratos de seguros, Derecho de garantías personales y Derecho de obligaciones no contractuales (incluida la derivada de la comisión de ilícitos penales y del enriquecimiento sin

causa), Derecho de transmisión de propiedades en el caso de bienes muebles, Derecho de garantías crediticias y bienes muebles, Derecho de *trust*; B) Presentar anualmente informes al Parlamento Europeo sobre los progresos realizados en materia de análisis comparativos y de posibles soluciones y conceptos jurídicos comunes sobre el Derecho contractual; C) Paralelamente a lo anterior, hasta finales de 2004: tras una profunda consulta científica, propuestas legislativas con vistas a la consolidación (por ejemplo, incluyendo definiciones más estrictas, simplificaciones normativas, armonización de los conceptos jurídicos, codificación, ampliación o derogación de instrumentos) de las normas contenidas en la legislación citada en el apartado 1 de la Resolución (la vigente en materia de Derecho contractual y de producción comunitaria); D) Hasta finales de 2004, examinar si existe una necesidad apremiante de nuevas normas relativas al mercado interior, debiendo tenerse en cuenta para ello el aumento del comercio electrónico; E) Principios de 2005, en colaboración con la Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas: publicación de los análisis comparativos y de las soluciones y conceptos jurídicos comunes en la forma adecuada; F) A partir de 2005: fomento de la difusión de los análisis comparativos y de las soluciones y conceptos jurídicos comunes en el marco de la formación académica y de los planes de estudios de las profesiones relacionadas con el Derecho, así como fomento de la difusión del Derecho comunitario entre los mismos círculos académicos y profesionales; G) A partir de 2005: utilización consecuente de los conceptos y soluciones jurídicas comunes y de la terminología jurídica común por todas las instituciones de la UE que participan en los procedimientos de elaboración legislativa y de su aplicación; H) A partir de 2006: legislación europea que prescriba la utilización de los principios jurídicos y de la terminología jurídica comunes referente a las relaciones contractuales transfronterizas o interestatales con la posibilidad de cláusulas de excepción contractuales; I) Principios de 2008: verificación de los resultados prácticos obtenidos en el Derecho europeo mediante unos principios jurídicos y una terminología jurídica comunes, así como verificación de la necesidad de unas disposiciones europeas uniformes al respecto, de manera que se lleve a efecto, a largo plazo, una uniformización del Derecho contractual tanto en la UE como en los ordenamientos de los Estados miembros; J) A partir de 2010: elaboración y adopción de un *corpus* de reglas sobre el Derecho contractual de la Unión Europea que tenga en cuenta las soluciones y los conceptos jurídicos comunes establecidos en las iniciativas precedentes.

ma que han impedido el establecimiento de una normativa uniforme en el plano europeo¹⁹¹; considera asimismo que la revisión de la normativa estrictamente contractual debe ser completada con la revisión de la referida a responsabilidad extracontractual, enriquecimiento sin causa o Derechos reales¹⁹².

En realidad, la propuesta que el PE ha venido a realizar descansa en el comentario que a la Comunicación de la Comisión sobre Derecho contractual europeo realizaron conjuntamente LANDO y VON BAR¹⁹³, para éstos, la opción I que vimos (la inacción de las Instituciones) es insuficiente -especialmente en materia de protección de consumidores- y apuntan que la simple revisión y mejora de la legislación existente (opción III) no basta si no va acompañada de la elaboración de unos principios generales y la concreción de una terminología uniforme. En este sentido, creen preciso desarrollar y crear un *restatement* o relación de principios que sería la base de un futuro sistema legal de Derecho europeo; dichos principios tendrían primeramente carácter voluntario en cuanto a su aplicación y sentarían las bases para la futura legislación comunitaria. En definitiva, cabe concluir que por el momento la *codificación* del Derecho europeo de contratos sólo puede reconducirse a un proceso de consolidación y simplificación de las directivas actualmente en vigor (*codification à droit constant*) que, quizá, podría acabar dando lugar a lo que pudiera llegar a ser una Ley o Código general para la defensa de los consu-

¹⁹³ Este documento, bajo el título *Communication on European Contract Law. Joint response of the Comisión on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code* (texto en inglés), puede consultarse en el siguiente sitio de Internet: <http://www.sgecc.net/media/download/stellungnahme_kommission_5_final1.pdf>.

¹⁹⁴ *Vid.*, ARROLLO i AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, pág. 1792.

midores, exclusivamente (párr. 14 c) de la Resolución del PE de 15 noviembre 2001)¹⁹⁴. Ésta es, por otra parte, una de las propuestas que reiteradamente puede leerse en las respuestas a la Comunicación de la Comisión sobre Derecho contractual de LANDO y VON BAR. Dando un paso más, la eventual codificación/consolidación del Derecho de consumo nos lleva a plantear otra hipótesis, cual es la de si un eventual y futuro Código general europeo de Derecho privado debería incorporar los principios generales que hoy se predicán de este Derecho de consumo, o dicho de otra manera, ¿cómo afectará el Derecho de consumo al Derecho privado? ¿Debe el primero de ellos ser autónomo o sólo una variación de las normas civiles en lo que a la protección de la parte contractual más débil se refiere¹⁹⁵? Algunas de las respuestas a la Comunicación de la Comisión apuntan esta última posibilidad. En cualquier caso, señalan con acierto ARROLLO y VAQUER que la decantación del legislador por una u otra opción podrá afectar a la codificación o regulación extracodicial de la materia, pero no a la necesidad de adoptar unas reglas de protección de la parte más débil de la relación que, generalizables o no a todo tipo de contratos, han marcado ya una tendencia en Europa. Tampoco puede olvidarse que la misma viene impuesta por el art. 153 TCE como necesaria protección frente a la libertad de mercado.

¹⁹⁵ Esto último supondría admitir el cambio de concepto de *consumidor a parte débil* -que englobaría también, v. gr., a las personas jurídicas-, aunque la misma no sea *consumidor* según la interpretación que del mismo ha dado el TJCE. En España, La Ley 13/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, proporciona un buen ejemplo de ello.

3. EL CONSUMIDOR, COMO PARTE CONTRACTUAL, ANTE EL DERECHO EUROPEO

A) Evolución política comunitaria en la protección del consumidor

En los Tratados fundacionales de las tres Comunidades no se contemplaba expresamente la política de protección de los consumidores, aunque sí hubo mención a una *mejora constante* de las condiciones de vida y empleo y del *desarrollo armonioso de las actividades económicas, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente y una elevación acelerada del nivel de vida*; y también se realizaban algunas referencias a los consumidores en el Tratado de Roma de 1957, por el que se instituye la Comunidad Económica Europea (arts. 39.1 e), 40.3, 85.3, 86 b) y 92.2 a), en sede de política agraria común y competencia¹⁹⁶. Por ello, pudo decirse que la protección de los consumidores no aparecía sino como un subproducto de la aplicación de las normas establecidas en marcos más amplios, como las referidas a la apertura de los mercados y el Derecho *antitrust* europeo, que responden a preocupaciones esencialmente macroeconómicas y cuyo objeto principal o prioritario no es desde luego la protección del consumidor¹⁹⁷. Esta aparente indiferencia del Derecho comunitario originario hacia el consumidor la expli-

¹⁹⁶ Vid., MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, Madrid, 1990, págs. 41 a 65.

¹⁹⁷ Vid., BOURGOIGNIE T., “Le droit communautaire: menaces ou opportunités nouvelles?”, en BOURGOIGNIE T. et GILLARDIN, J. (dirs.), *Clauses abusives, pratiques du commerce et réglementation des prix*, Bruxelles, 1982, pág. 361.

ca PAGADOR LÓPEZ¹⁹⁸ por razón del contexto político y económico que rodeó el alumbramiento del TCEE, elaborado en una época, mediados del pasado siglo, donde aún no estaba asentado el movimiento socioeconómico y político-jurídico consumerista y en la que existía una sensación de bienestar económico en Europa, con plena confianza en que el sistema de libertad de mercado favorecería la competencia y, con ello, el aumento de la calidad de los productos y el abaratamiento de los precios. Existía el convencimiento de que el mercado, de suyo, podía subvenir a las necesidades del consumidor con sólo asentarse sobre una base concurrencial¹⁹⁹.

Empero, las imperfecciones del mercado pronto demostrarían la insuficiencia de este planteamiento y, por ello, en 1962 se produce la creación del *Comité de contacto con los consumidores de la Comunidad Europea*, en el que se integraban la *Oficina Europea de Uniones de Consumidores*, la *Comunidad Europea de Cooperativas de Consumo*, el *Comité de Organizaciones Familiares ante la CEE*, la *Confederación Europea de Sindicatos Libres* y la *Organización Europea de*

¹⁹⁸ Vid., PAGADOR LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 16.

¹⁹⁹ No queremos con ello negar que las reglas de competencia dentro del mercado no favorezcan al consumidor, sino destacar que éstas, por sí solas, son insuficientes. La íntima relación entre ambas las resaltaba la Comisión: *Es importante destacar que no podemos analizar el fenómeno del consumidor sin tener presente al tiempo el Derecho de la Competencia, íntimamente interrelacionados, pues el Derecho de la Competencia y el Derecho del consumo son los pilares en que se basa el buen funcionamiento de cualquier sistema económico fundado en el mercado, ya que le permiten alcanzar su finalidad esencial: libertad de acceso al mercado para las empresas y libertad de elección para los consumidores. Vid., COMISIÓN CE, Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, COM (1993) 576 final, pág. 103.*

la *Confederación Mundial del Trabajo*, y más adelante, en 1968, la creación del *Servicio Especializado para las Cuestiones relativas a los Consumidores*. Este Comité subsistió hasta 1972, año de la *Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno* de los Estados fundadores, en la que se encomendó a la Comisión la elaboración de diversos *Programas*, entre ellos el que nos interesa, el *Programa de protección de los consumidores* (punto 6 del *Comunicado final de la Conferencia de París de 1972*). Consecuencia de esto fue la creación en 1973, por parte de la Comisión, del *Servicio de Medio Ambiente y Protección de los Consumidores* (más adelante convertido en *Dirección General*), del *Comité Consultivo de los Consumidores* (posterior *Consejo Consultivo de los Consumidores*) y la elaboración del primer *Proyecto de Programa de Acciones Comunitarias en favor de los Consumidores*. Con ello, la necesidad de una política específica de consumo comunitaria fue claramente reconocida en 1972 y confirmada más tarde con la adopción de dos programas de acción en favor de los consumidores.

Una percepción nueva y radicalmente diferente de los intereses de los consumidores se afianza, lo que obliga a la Comunidad a redefinir los criterios de puesta en funcionamiento de sus distintas políticas y particularmente la atinente a la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros²⁰⁰. Pero cuando verdaderamente toma una mayor dimensión dentro de la actividad de la entonces CEE la protección de los consumidores es con la adopción por el Consejo de la Resolución de 14 de abril de 1975 por la que se adoptó el *Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información de los Consumidores*²⁰¹.

²⁰⁰ *Vid.*, BOURGOIGNIE T., *op. cit.*, pág. 355.

Poco más tarde, la cada vez mayor acción comunitaria en favor de los consumidores vino a ser reforzada con la conocida sentencia del TJCE en el asunto *Cassis de Dijon*²⁰², que admitía la aplicación de las legislaciones nacionales en

²⁰¹ Resolución publicada en *DO C 92 de 25.04.1975*. Esta Resolución estableció cinco categorías de derechos fundamentales, el primero de ellos, el derecho a la justa reparación de los daños por medio de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos. Sobre este Programa, *vid.*, ESPLUGUES MOTA, C. A., *La protección...*, *cit.*, pág. 1.

²⁰² STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, as. 120/78, *Rec.* 1979, pág. 649. Esta sentencia, ciertamente relevante, ha sido profusamente anotada: BARENTS, R., en *S.E.W.; Sociaal-economische wetgeving*, 1979, págs. 750 a 752; MILLARQ, E., en *Europarecht*, 1979, págs. 420 a 427; ZIPFEL, W., en *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, 1979, págs. 360 a 371; WYATT, D., en *European Law Review*, 1980, págs. 213 a 220; MATTERA, A., en *Revue du Marché Común*, 1980, págs. 505 a 514; MASCLET, J. C., en *Revue trimestrielle de droit européen*, 1980, págs. 611 a 634; NOVERO, A. y ANDREIS, G., en *Rassegna di diritto e tecnica della alimentazione*, 1980, supl. n.º 5 y 6, págs. 331 a 335; DETTORI, R., en *Rassegna di diritto e tecnica della alimentazione*, 1980, supl. n.º 5 y 6, págs. 336 a 338; MATTERA, A., en *Rassegna di diritto e tecnica della alimentazione*, 1980, supl. n.º 5 y 6, págs. 342 a 349; WYATT, D., en *European Law Review*, 1981, págs. 185 a 193; MATTERA RICIGLIANO, A., en *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1981, págs. 273 a 286; TIMMERMANS, C.W.A., en *S.E.W.; Sociaal-economische wetgeving*, 1981, págs. 381 a 383; PAINTER, A. A., en *Business Law Review*, 1981, págs. 199 a 200; COSTATO, L., en *Rivista di diritto agrario*, 1981 II, págs. 26 a 34; DASWOOD, A., en *European Intellectual Property Review*, 1981, págs. 268 a 270; GORMLEY, L., en *European Law Review*, 1981, págs. 454 a 459; CAVANI, G. y GHIDINI, G., en *Rivista del diritto commerciale*, 1981 I, págs. 197 a 200; MATTERA, A., en *Elliniki Epitheorisi Evropaiou Dikaiou*, 1983, págs. 693 a 709; ARNULL, A. M., en *New Law Journal*, 1983, págs. 347 a 349; SEIDEL, M., en *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil*, 1984, págs. 80 a 89; GORMLEY, L., en *European Community Law*, 1993 vol. 1, págs. 349 a 354; BARENTS, R., en *Annotaties Hof van Justitie EG (ed. W.E.J. Tjeenk Willink-Zwolle)*, 1995, págs. 401 a 404; TIMMERMANS, C.W.E., en *Annotaties Hof van Justitie EG (ed. W.E.J. Tjeenk Willink-Zwolle)*, 1995, págs. 415 a 418; MARTÍNEZ LAGE, S., en *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, n.º 109, 1996, págs. 1 a 4; FRITZ, M., en *Ny Juridik*, 1996, n.º 4, págs. 111 a 120; CAPELLI, F., en *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, págs. 673 a 695 y BALATTE, E., en *Revue de droit commercial belge*, 1998, págs. 278 a 289.

materia de protección de los consumidores aun cuando éstas pudieran incidir negativamente en el comercio intracomunitario. En efecto, la legislación nacional que se aplica a los bienes y servicios objeto de comercio intracomunitario es la propia del país origen del producto o servicio, de tal modo que como habitualmente se dice, todo producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro debe circular libremente por todo el mercado comunitario -lo mismo en cuanto a los servicios-. Ello implica que el Estado destinatario de una mercancía o servicio no podrá aplicar su propia legislación en tanto implique una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas prohibidas por el art. 28 TCE. Sin embargo, prácticamente todas las medidas legislativas que los Estados miembros pueden adoptar para la protección de consumidores pueden ser consideradas medidas de efecto equivalente (piénsese, v. gr., en las relativas a publicidad, métodos de venta o promoción...). El paso dado por el TJCE en *Cassis de Dijon* consistió en admitir que la legislación *pro consumptore* del país de destino podría ser aplicada en la medida en que la protección del consumidor constituye una exigencia imperativa de interés general que justifica la limitación a las libertades de circulación -lógicamente, ello no excluye que haya de hacerse un test de proporcionalidad, de tal forma que los efectos restrictivos sobre los intercambios no vayan más allá del objetivo de protección del consumidor²⁰³-. Con ello, la Corte reconocía explícitamente que la defensa de los consumidores constituye un objetivo político específico de los Estados miembros, susceptible de justificar la presencia de obstá-

²⁰³ *Vid.*, PIZZIO, J.-P., “L’application du Droit primaire”, en OSMAN, F. (dir.), *op. cit.*, págs. 91 y 92.

culos a la política europea de libre cambio; la necesidad de conciliar los imperativos a menudo conflictivos de la política de libre circulación de mercancías, por una parte, y de una política atenta a la promoción efectiva de los intereses de los consumidores, por otra, es formalmente y por primera vez reconocida por el Tribunal de Justicia²⁰⁴.

Al *Primer Programa* de 1975 siguió, tras la Resolución del Consejo de 19 mayo 1981, un *Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información de los Consumidores*, que pretendió fundamentalmente incrementar el diálogo entre consumidores y productores-distribuidores. Este Segundo Programa, que tuvo escaso éxito, se vería superado por la *Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de Fontaineblau*, a la que siguió la aprobación de un buen número de directivas que expresamente pasan a introducir normas directamente relacionadas con la protección del consumidor comunitario (publicidad engañosa, daños causados por productos defectuosos, contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil o crédito al consumo). El siguiente hito importante lo constituye la aprobación del *Acta Única Europea* (17 de febrero de 1986), que incluyó la protección de los consumidores indirectamente entre los objetivos comunitarios, introduciendo a través de su art. 18 el art. 100 A en el Tratado de Roma, norma que en su apartado 3 establecería que la Comisión se deberá basar, para las propuestas relativas al mercado interior en materia de consumidores, en un *nivel de protección elevado*. El 9 de noviembre de 1989, el Consejo adoptaría una *Resolución sobre las prioridades futuras para el relanzamiento de la política de protección de los consumidores*,

²⁰⁴ *Vid.*, BOURGOIGNIE T., *op. cit.*, pág. 385.

tras lo cual la Comisión presentó su *Plan de Acción Trienal (1990-1992) para la Política de Protección de los Consumidores en la Comunidad*. Finalmente, en 1992, se aprueba el Tratado de la Unión Europea, que introdujo el art. 129 A en el articulado del texto *constitucional* de la Comunidad, actual art. 153 TCE -tras el Tratado de Amsterdam de 1997- al que más adelante nos referiremos²⁰⁵.

²⁰⁵ Sobre la evolución histórica de la política de protección de los consumidores en la CE, *vid.*, AGUILERA RAMOS, A., “La protección de los consumidores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 172-173, 1984, págs. 581 y ss.; AMORÓS DORDA, F. J., “La Directiva 87/102/CEE. Protección al consumidor y crédito al consumo”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 2, 1987, págs. 126 a 129; ARROYO FIESTAS, F. J., “La protección del Consumidor en el Ordenamiento comunitario”, en VV. AA., *Derecho Comunitario. Presente y Perspectivas*, Madrid, 1995, págs. 268 y ss.; BERMEJO VERA, J., “La protección del consumidor en la Comunidad Europea”, en VV. AA., *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2º, Barcelona, 1993, págs. 965 y ss.; CORRIENTE CÓRDOBA, J. A., “La protección de los consumidores en la Europa Comunitaria: de los Tratados Fundacionales al de la Unión Europea (Maastricht)”, en VV. AA., *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, Madrid, 1994, págs. 8 y ss.; DÍAZ FRAILE, J. M., “La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 633, 1996, págs. 527 y 528; *id.*, “La transposición en el Derecho español de la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas. Aplicación Registral”, *Noticias CISS de la Unión Europea*, n.º 146, 1997, págs. 9 y ss.; ESPLUGUES MOTA, C. A. y PALAO MORENO,

G., “Las Comunidades Europeas y la protección de los consumidores”, *Revista General de Derecho*, núms. 586-587, 1993, págs. 6763 y ss.; GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “La protección de los consumidores en la CEE”, *Estudios sobre Consumo*, n.º 17, 1990, págs. 103 y ss.; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., “El Derecho del consumidor. Contratación y sistema de responsabilidad”, *Rev. Jur. Not.*, 1994, págs. 325 y ss.; MARÍN LÓPEZ, A., “La protección del consumidor en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 150, 1997, págs. 70 y ss.; *id.*, “La protección de la parte débil en la contratación internacional”, *Actualidad Civil*, n.º 20, 1999, págs. 523 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*; MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*, págs. 47 a 60; MOREIRO CARLOS, J., “Análisis coyuntural de los fundamentos jurídicos de la protección del consumidor en el Derecho comunitario europeo”, *Gaceta Jurídica CEE*, n.º 101, D-15, págs. 156 y ss.; MORILLAS JARILLO, M. J., “La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea”, *Actualidad Civil*, 1994; OROZCO PARDO, G., “Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”, *Aranzadi Civil*, n.º 10, 2002; PAGADOR LÓPEZ, J., *op. cit.*, págs. 15 a 20; PEDREIRA ANDRADE, A., “El Derecho de los consumidores en la Constitución Española y en el Ordenamiento Jurídico Comunitario”, en VV. AA., *Contratos de Adhesión y Derechos de los Consumidores*, Madrid, 1993, págs. 137 a 151; PICOD, F., “Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs”, en OSMAN, F. (dir.), *op. cit.*, págs. 73 a 85; REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento, de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia*, Valencia, 1993, págs. 28 y ss.; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA, D., “La política de la Comunidad Económica Europea para la protección de los consumidores”, *Noticias CEE*, n.º 63, 1990, págs. 79 y ss.; *id.*, “La Política de Consumo de la Comunidad Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 1, 1992, págs. 23 y ss.

B) La protección jurídica del consumidor europeo en los ordenamientos nacionales

En primer lugar, debemos referirnos a la protección que del consumidor se realiza en los ordenamientos de los distintos Estados miembros. A diferencia de lo que ocurre en el plano comunitario, como más adelante veremos, los distintos Estados sí poseen un cuerpo consolidado y completo de legislación en materia de protección de consumidores. Para ello, suele partirse de un principio jurídico general que podemos considerar común y que vendría a ser completado por leyes específicas²⁰⁶. El principio general de comportamiento contrario a las buenas costumbres (*contra bonos mores*) puede observarse en la legislación de Austria²⁰⁷, Grecia²⁰⁸, Portugal²⁰⁹ y Alemania²¹⁰. El principio de *prácticas comerciales leales* puede encontrarse en la legislación de

²⁰⁶ Un repaso a todos estos sistemas nacionales se contiene en el Libro Verde elaborado por la Comisión Europea sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea (COM (2001) 531 final), págs. 6 y ss. Este documento puede consultarse en el siguiente sitio de Internet: <http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm>. Asimismo, un interesante estudio sobre la protección del consumidor en la contratación internacional, con referencias continuas a los distintos Derechos nacionales -aunque desactualizado- es el de IMHOFF SCHEIER (IMHOFF SCHEIER, A., *op. cit.*).

²⁰⁷ Artículo 1 de la *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Ley federal contra la competencia desleal).

²⁰⁸ Artículo 1 de la *Act on Unfair Competition* (Ley sobre competencia desleal).

²⁰⁹ Apartado 1 del artículo 260 del *Código da Propriedade Industrial* (Código de la propiedad industrial).

²¹⁰ Artículo 1 de la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*.

Bélgica²¹¹, Italia²¹², Luxemburgo²¹³ y España²¹⁴. Por su parte, Francia²¹⁵ y los Países Bajos²¹⁶ adoptan disposiciones generales del Derecho de responsabilidad civil utilizando el concepto de *ilicitud*, mientras que Dinamarca²¹⁷, Finlandia²¹⁸ y Suecia²¹⁹ utilizan el principio de *buenas prácticas de comercialización*. También se encuentran principios generales similares en los sistemas jurídicos de muchos terceros países, en particular los Estados Unidos, Canadá (en donde la protección de los consumidores está regulada a escala regional) y Australia. Aunque no existe una norma jurídica preponderante de este tipo que rijas las relaciones entre los consumidores y las empresas en el Reino Unido o Irlanda, sí existen principios equivalentes en sus sistemas jurídi-

²¹¹ Artículos 93 y 94 de la *Loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur* (Ley sobre las prácticas comerciales y sobre la información y la protección del consumidor).

²¹² Artículo 2598 del *Codice Civile* (Código civil).

²¹³ Artículo 16 de la *Loi du 27 novembre 1986 réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale* (Ley de 27 de noviembre de 1986 que rige ciertas prácticas comerciales y sanciona la competencia desleal).

²¹⁴ Artículo 5 de la Ley sobre la Competencia Desleal y Artículo 6 b) de la Ley General de Publicidad.

²¹⁵ Artículos 1382 a 1384 del *Code Civil* (Código civil).

²¹⁶ Artículo 6:162 de la *Burgerlijk Wetboek*.

²¹⁷ Artículo 1 de la *Marketing Practices Act* (Ley de prácticas de comercialización).

²¹⁸ Apartado 2 del Artículo 1 de la *Consumer Protection Act* (Ley de protección de los consumidores).

²¹⁹ Apartado 1 del artículo 4 de la *Marketing Act* (Ley de comercialización).

cos²²⁰. Todos estos principios generales han sido posteriormente desarrollados mediante una legislación específica, o bien en otros casos su desarrollo ha venido de la mano de una jurisprudencia completa y detallada²²¹.

Los principios surgieron por diferentes motivos, aunque actualmente sirvan para regular las prácticas comerciales entre empresas y consumidores, y así, en Alemania y Austria la apreciación del principio general se ha extendido desde la protección de los competidores frente a prácticas comerciales desleales hasta abarcar también la protección de los consumidores, mientras que en Dinamarca y Suecia se han adoptado medidas dirigidas específicamente a proteger a los consumidores y a los competidores. En Francia y en España estos objetivos se tratan de forma separada, puesto que la protección de los consumidores se rige directamente por una legislación específica, pero éstos se encuentran protegidos de forma indirecta por los principios generales y la regulación destinada a la protección de la competencia. Precisamente el principal inconveniente que presenta esta técnica de articular un Texto que aspire a contener todo el Derecho de protección del consumidor está en la dificultad para coordinar sus disposiciones con todos los sectores del ordenamiento jurídico susceptibles de afectar a los consumidores, como los contratos, la responsabilidad por daños, la publicidad, la competencia y la disciplina del mercado, los controles administrativos y la pro-

²²⁰ El derecho consuetudinario inglés ha desarrollado principios como el de *unconscionability* y *equity* como medio para garantizar el equilibrio y la equidad en las transacciones comerciales. Un reciente informe de los servicios financieros del Reino Unido, *Treating Customers fairly after the point of sale* (Tratar justamente a los consumidores después de la venta) (junio de 2001), ha examinado el concepto de *fairness* en la legislación inglesa y lo ha desglosado en cierto número de elementos identificables que en conjunto forman el concepto de *fair* y tipos de comportamiento que revelen una actuación leal.

²²¹ Sería el caso de los Países Bajos. En fecha 10 mayo 2001 por el TJCE

se dictó sentencia en el asunto C-144/99, en el que había sido demandado el Estado neerlandés por la Comisión Europea por adaptación incompleta de la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DO L 095 de 21.4.1993, pág. 29*), por carecer de reglamentación en esta materia. La defensa de los Países Bajos fue precisamente aducir que junto a las normas de carácter básico (su Código Civil, anterior a la Directiva), disponían de un completo cuerpo jurisprudencial acorde con la Directiva sobre cláusulas abusivas, refiriéndose en particular a una sentencia de 19 de septiembre de 1997 (*NJ 1998, n.º 6*), en la que el *Hoge Raad* (Tribunal Supremo del Reino de los Países Bajos) declaró que *las disposiciones neerlandesas sobre las condiciones generales* (del Código Civil de 1992) *que, según ha estimado el legislador, ya adaptan el Derecho interno a la Directiva, deben interpretarse de modo que otorguen al consumidor, como mínimo, la misma protección que la Directiva*. Con todo, en este caso, el TJCE estimó que efectivamente el Reino de los Países Bajos había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, afirmando (apdo. 17) que *según jurisprudencia reiterada, si bien es cierto que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, sin embargo es indispensable que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales* (sentencia de 23 de marzo de 1995, Comisión/Grecia, C-365/93, *Rec. p. I-499, apartado 9*) y que (apdo. 21) *por lo que atañe a la alegación del Gobierno neerlandés según la cual el principio de la interpretación de la normativa neerlandesa conforme a la Directiva, tal como ha sido sentado por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos), permite, en cualquier caso, remediar una divergencia entre lo dispuesto en la legislación neerlandesa y las normas de la Directiva, basta destacar que, como ha señalado el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, una jurisprudencia nacional, aun cuando se la reputé consolidada, que interprete unas disposiciones de Derecho interno en un sentido considerado conforme con las exigencias de la Directiva no puede tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica. Debe añadirse que éste es especialmente el caso en el ámbito de la protección de los consumidores*.

tección de la salud, etc. En el caso español, además, esta coordinación resulta particularmente más complicada por la coexistencia de normas de protección del consumidor emanadas de las distintas Comunidades Autónomas²²².

La existencia de instrumentos en los distintos sistemas nacionales en favor de la defensa del consumidor cuando actúa en posición de inferioridad al contratar no soluciona el problema capital al que habría de dar respuesta el Derecho comunitario, esto es, la resolución de los conflictos cuando una de las partes es un consumidor que realizó una operación transfronteriza en el mercado intracomunitario. Y decimos que la función principal del Derecho comunitario debe ser ofrecer instrumentos -tanto en el orden material como formal/procesal²²³- para la protección del consumidor en las operaciones transfronterizas puesto que no es suficiente con la previsión de instrumentos que busquen la protec-

²²² *Id.*, MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*, pág. 40.

²²³ Destaca DE ÁNGEL YÁGÜEZ cómo la multitud de intereses individuales que confluyen, no demasiado significativos para cada uno de sus titulares, repercuten en que pocos casos lleguen a verse plasmados en denuncias, reclamaciones o pleitos. E incluso, ocurriría muchas veces que, aun existiendo algún móvil para hacerlo, no se discute simplemente por razones económicas o para evitarse incomodidades no justificadas (*vid.*, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos”, en VV. AA., *Estudios...*, *cit.*, págs. 55 y 56). En parecidos términos, remarcando la influencia del condicionante económico a la hora de litigar a un consumidor, *vid.*, BADENAS CARPIO, J. M., *El Sistema Arbitral de Reclamaciones de Consumo*, Valencia, 1993, pág. 89; CASAS VALLÉS, R., *Comentario al art. 31*, en BERCOVITZ, R. y SALAS, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pág. 765; ZABALO ESCUDERO, E., *op. cit.*, pág. 114. En el plano comunitario, subraya QUIÑONES ESCÁMEZ que el facilitar al consumidor el acceso a una justicia próxima y económica constituye un paso previo sin el cual es ineficaz cualquier sofisticada protección substantiva o conflictual. Si se ha establecido una protección material mínima al consumidor en Europa deben dársele medios efectivos para invocarla en caso de litigio (*vid.*, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “La protección...”, *cit.*, pág. 79).

ción del consumidor como parte débil cuando actúe dentro de un único Estado; es decir, junto a los instrumentos que actúan principalmente *ad intra*, como puede ser, pongamos por caso, la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas²²⁴, son necesarias normas que prevean y garanticen *ad extra* la protección del consumidor cuando actúe, y cada vez ocurre con más frecuencia -v. gr., a través del comercio electrónico *Business-to-Consumer*-, en mercados nacionales comunitarios distintos del suyo propio, problemas a los que el Derecho internacional privado tradicional no puede por sí solo subvenir²²⁵.

Resulta fácil advertir que la coexistencia de quince sistemas diferentes por un lado, y las normas de producción comunitaria, comunes, por otro, produce interacciones tanto del lado de las reglamentaciones nacionales entre sí, pues tanto el ámbito de apli-

²²⁴ En efecto, esta norma posibilita una mayor protección del consumidor en el ámbito comunitario. En España su transposición se llevó a cabo por medio de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la Contratación; y decimos que es insuficiente esta acción comunitaria pues aunque contribuye a una mayor armonización de los Derechos *pro consumptore*, la iniciativa comunitaria debe ir buscando cada vez con mayor énfasis la protección del consumidor cuando éste actúa fuera de sus fronteras en otro mercado comunitario, y tanto materialmente (legislación aplicable) como formalmente, previéndose los instrumentos necesarios para hacer valer su posición protegida.

²²⁵ Esto no excusa para que no se reconozca una función al Derecho internacional privado en esta sede. Afirma DE MIGUEL ASENSIO que *El nivel de seguridad jurídica de las relaciones privadas transfronterizas requerido para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior puede lograrse, con carácter general, a través del establecimiento de reglas uniformes en materia de ley aplicable. En la medida en que eso es así, la europeización de la legislación material, con las desventajas que le son inherentes, no es necesaria para realizar las exigencias de previsibilidad jurídica vinculadas a la integración, que pueden alcanzarse por la vía más satisfactoria de la coordinación de las reglas de D. I. Pr. (vid., DE MIGUEL ASENSIO, P. A., op. cit., pág. 424)*. Asimismo, destacando la importancia del Derecho internacional privado como instrumento para la protección del consumidor comunitario, *vid., QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "La protección..., cit.", passim*.

cación como el alcance de estas normas varían considerablemente entre algunos Estados miembros, interacciones entre los sistemas nacionales y las normas comunitarias. La Comisión, en su Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, desglosa las notas que a su juicio caracterizan estas interacciones²²⁶:

Existen considerables divergencias entre las leyes aplicadas a las prácticas comerciales entre empresas y consumidores en el mercado interior, que se derivan tanto de las reglamentaciones nacionales específicas como de diferencias en los principios generales o en la jurisprudencia. El trato que recibe la publicidad, a través de las normas nacionales sobre la *publicidad leal*, experimenta grandes diferencias, al igual que el trato dado a las promociones publicitarias (en lo que se refiere a los beneficios sociales, para la salud -los “productos milagro”- o el medio ambiente), y la publicidad dirigida a los niños (particularmente el patrocinio de programas educativos, acontecimientos deportivos y comercialización en los colegios). Las prácticas de comercialización, como las que se ven afectadas por el Reglamento propuesto sobre promociones comerciales²²⁷ (esto es, descuentos, simples reducciones, rebajas, ofertas

²²⁶ Nos referimos al Libro Verde elaborado por la Comisión Europea sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, citado. El Libro Verde, adoptado en octubre de 2001, establece una serie de opciones y preguntas sobre el futuro de la regulación y la aplicación de la protección de los consumidores. El período de consulta concluyó el 15 de enero de 2002. El 7 de diciembre de 2001 se celebró en Bruselas una audiencia pública sobre el Libro Verde, a la que asistieron más de 200 participantes (las actas de dicha reunión están accesibles desde: <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/fair_comm_pract/hearing_greenpap_en.html>). Asimismo, las respuestas pueden consultarse en: <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/fair_comm_pract/responses/responses_en.html>).

²²⁷ Nos referimos a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior (COM (2001) 546 final). La Propuesta presentada por la Comisión el 4 octubre 2001 ha sido publicada en *DO C 75 E de 26.3.2002, pág. 11*.

conjuntas, regalos, cupones o juegos comerciales) y de otro tipo como loterías y apuestas, subastas simuladas, ventas piramidales, comercialización a varios niveles y las técnicas de tipo *bait and switch* (venta con señuelo) se encuentran sometidas a diferentes normas nacionales. También hay diferencias entre las prácticas comerciales en lo que se refiere al pago, al objeto del contrato, a los presupuestos, la ejecución, las prestaciones, la entrega, la gestión de las reclamaciones y el servicio posventa (v. gr., los números de servicio técnico especial, la garantía comercial, el cambio, las reparaciones, etc.). La mayor parte de las diferencias en las normativas nacionales se refieren a las disposiciones en materia de información, aunque algunas prácticas estén total o parcialmente prohibidas en unos Estados miembros pero autorizadas en otros²²⁸.

²²⁸ Un supuesto particular lo constituye la llamada *venta directa multinivel*. En general, este sistema se compone de un proveedor que crea una red de distribución para sus productos a través de clientes que a su vez venden a otros consumidores de entre su círculo de conocidos. Para regular estas prácticas, algunos países (como Italia y los Países Bajos) utilizan las disposiciones generales sobre el fraude, mientras que otros (como Austria, Bélgica, Francia, Alemania y España) recurren a las leyes sobre competencia desleal. La gran variedad de normas nacionales divergentes, que van desde la prohibición pura y simple de la venta a domicilio (como en el caso de Luxemburgo) hasta una regulación detallada de las modalidades autorizadas de venta directa a varios niveles (v. gr., España y Reino Unido), obliga a las empresas de este sector a modificar sus planes y sus materiales de comercialización de un país a otro para asegurarse el cumplimiento de las normas de cada Estado miembro. De este modo, las empresas de *venta directa multinivel* no pueden desarrollar una estrategia de venta y comercialización para toda la Unión Europea a causa de las numerosas disparidades entre las legislaciones nacionales dentro de la Comunidad. Sobre la venta *multinivel* en el caso español, *vid.*, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., “Comentario al art. 21 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, en PIÑAR MAÑAS, J. L. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997, págs. 169 y ss.

El uso de códigos de autorregulación y códigos de conducta varía sensiblemente de un Estado miembro a otro. En Dinamarca, Suecia y Finlandia se fomenta la utilización de códigos para completar la reglamentación general, con una participación notable de los organismos responsables en materia de consumo en la elaboración de estos códigos. Los códigos también están muy extendidos en el Reino Unido, Irlanda y los Países Bajos, aunque los organismos competentes en los asuntos de consumo tienen una función menos formal. La utilización de la autorregulación como complemento de la reglamentación está menos extendida en otros Estados miembros, aunque parece aumentar en la Comunidad, si bien siguiendo orientaciones diferentes en cada Estado²²⁹.

Los efectos de estas diferencias sobre los consumidores y las empresas aumentarán con el desarrollo de las prácticas comerciales de la *nueva economía*, que no estaban previstas por las normas específicas existentes pero que ya han sido integradas por los principios generales nacionales y tratadas de diferentes maneras. Los nuevos métodos de comercialización como las *cookies*, el *spidering*, las compras en grupo y compras masivas, replantean también las normas tradicionales; las loterías y

²²⁹ Particularmente utilizados son los códigos de conducta para el comercio electrónico. En Dinamarca, Suecia y Finlandia se está preparando un código de conducta nacional para este tipo de comercio reuniendo a empresas y organizaciones de consumidores bajo el patrocinio del Gobierno. Observando que se están elaborando muchos códigos de conducta para el comercio electrónico, en los Países Bajos, en el Reino Unido y en Alemania los Gobiernos han trabajado con los consumidores y las empresas en proyectos para establecer criterios aplicables a estos códigos y organismos independientes para controlarlos. Si bien los códigos y criterios que se están desarrollando tienen muchos puntos en común, todos difieren para reflejar la diversidad de las normas nacionales que los inspiran.

apuestas en línea, las monedas Internet, las subastas en Internet y la utilización de tecnología revelan también diferencias en las normas nacionales dentro del mercado interior; el desarrollo de Internet, por otra parte, ha llevado a nuevas prácticas no previstas por las normas nacionales²³⁰ (por lo que también es probable que el desarrollo del comercio a través del teléfono móvil tenga un similar comportamiento).

C) La difusa noción de consumidor comunitario

Cabe precisar, antes de adentrarnos en la protección que se ofrece al consumidor desde el Derecho comunitario, que no existe en Derecho comunitario originario una definición auténtica de qué haya de entenderse por *consumidor*²³¹. En el Derecho comunitario derivado merece especial mención el

²³⁰ Un ejemplo serían las compras masivas o en grupo a través de Internet. Estas compras, realizadas por una concentración de clientes que se reúnen por medio de Internet para adquirir bienes o servicios a un precio reducido garantizado por los suministradores de dichos bienes o servicios, a condición de que se encargue determinada cantidad, no está aún muy claro el trato que recibirán en todos los Estados miembros, pero un tribunal alemán, el *Landsgericht Köln*, sentenció el 12 octubre 2000 que la práctica de “compras masivas” mediante la cual compradores *on line* obtienen grandes descuentos al formar un grupo constituye una violación de la legislación alemana contra la competencia desleal.

²³¹ Indica ARROYO FIESTAS que no recogen los Tratados un concepto uniforme de lo que puede entenderse por consumidor, pero pese a ello, el Programa Preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores recogió los llamados cinco derechos fundamentales del consumidor, a saber, derecho a la seguridad y a la salud, derecho al resarcimiento de daños, derecho a la protección de los intereses económicos, derecho a la representación y derecho a la información y educación. *Vid.*, ARROYO FIESTAS, F. J., *op. cit.*, pág. 277.

concepto de *consumidor* que se contiene en la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores²³², que en su art. 2 b) indica que (se entiende) *por “consumidor” toda persona física que, en los contratos regulados por aquélla, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*, y en el art. 2 c) se define al *profesional* como *toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la misma Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada*. En las Conclusiones del Abogado General en el asunto *Idealservice vs. OMAI y otro* (C-541-542/99), indicaba éste que (apdo. 17) *en su jurisprudencia sobre el artículo 13 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Tribunal de Justicia interpreta el concepto de “consumidor” como “consumidor final privado”* (sentencia de 19 de enero de 1993, *Shearson Lehman Hutton*, as. C-89/91, *Rec.* 1993, pág., I-139, apdo. 22) *o como “individuo”* (sentencia de 3 de julio de 1997, *Benincasa*, as. C-269/95, *Rec.* 1997, pág., I-3767), apdo. 17), *lo que implica necesariamente que se trate de una persona física*²³³, declarando finalmente el TJCE que *El concepto de consumidor, tal como se halla definido en el*

²³² Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DO L 095 de 21.4.1993, pág. 29*).

²³³ Y añadía que esta jurisprudencia resultaría aplicable, *dado que el objetivo de los artículos 13 y siguientes del Convenio es esencialmente el mismo que el de la Directiva. En efecto, en su sentencia Shearson Lehman Hutton, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que “el régimen particular establecido por los artículos 13 y siguientes del Convenio está inspirado por el interés en proteger al consumidor como parte del contrato considerada económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada que su cocontratante”* (apdo. 18).

artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas (STJCE de 22 noviembre 2001, *Idealservice vs. OMAI* y otro, as. C-541-542/99, Rec. 2001, pág. I-09049). Por su parte, la Directiva referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales²³⁴ define al *consumidor* como *toda persona física, que para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional*. En parecidos términos se pronuncia la Directiva relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia²³⁵, que define al *consumidor* como *toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*; la referida a la venta y las garantías de los bienes de consumo²³⁶: *toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que entran en el marco de su actividad profesional*, o la más reciente Directiva sobre comercio electrónico²³⁷: *cualquier*

²³⁴ Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (*DO L 372 de 31.12.1985*).

²³⁵ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (*DO L 144 de 4.6.1997, pág. 19*).

²³⁶ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (*DO L 171 de 7.7.1999, pág. 12*).

²³⁷ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (*DO L 171 de 17.7.2000, pág. 1*).

persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión. A dos conclusiones puede llegarse, la primera y más obvia que la noción de consumidor comunitario excluye de su contenido a las personas jurídicas²³⁸; la segunda, que por virtud del concepto de consumidor que se acoge resultarán excluidos del ámbito de aplicación de estas directivas *pro consumptore* los contratos que concluyan entre sí los profesionales y los que se concluyan entre consumidores²³⁹.

²³⁸ Aunque, como excepción, para la Directiva sobre viajes combinados (Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (*DO L 158 de 23.6.1990, pág. 59*), sí resultarían susceptibles de protección las personas jurídicas, al acoger un concepto de consumidor más amplio que el del resto de Directivas mencionadas. En concreto, su art. 2 define al consumidor en los términos siguientes: *la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado (“el contratante principal”), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (“los demás beneficiarios”) o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado (“cesionario”),* prescindiéndose pues, de la finalidad o propósito que le anima a contratar y dando cabida a que personas jurídicas puedan ser consideradas consumidores a los efectos de dicha Directiva.

²³⁹ Extremo éste sobre el que existe consenso doctrinal. Cfr. *vid.*, EMPARANZA SOBEJANO, A., *op. cit.*, págs. 466 y 467; GARCÍA AMIGO, M., “El contrato en la perspectiva comunitaria”, *Actualidad Civil*, n.º 4, 1992, pág. 41; *id.*, “Las cláusulas abusivas en el Derecho comunitario. Su aplicación a los servicios financieros”, *Actualidad y Derecho*, n.º 44, 1993, pág. 6; JUSTE MENCÍA, J., “Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1998)”, *Revista La Ley*, núms. 4434 y 4435, 1997, pág. 1616; LETE ACHIRICA, J., “La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español”, *Actualidad Civil*, n.º 42, 1999, pág. 1368 y PAGADOR LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 44 y notas 24 y 25.

Por otro lado, del concepto que de consumidor se ofrece en las disposiciones citadas de Derecho derivado varias son las cuestiones que no resultan claras. En primer lugar, si bien se excluyen las personas jurídicas del concepto de consumidor, hay que determinar si corren idéntica suerte los entes sin personalidad que actúan en el tráfico y que, en puridad, no son personas físicas, como las directivas citadas reclaman. Para PAGADOR LÓPEZ²⁴⁰, habrá que atender a la naturaleza de las personas que las integran y al tipo de actuación objeto de consideración, y en efecto, no cabe otra solución que determinarlo caso por caso, pero llamamos la atención ante lo escasamente perfilado que está el concepto de consumidor. En segundo lugar, no resultaría claro si las directivas mencionadas comprenden junto al *consumidor final* también al *destinatario final*, es decir, aquél que toma el bien o servicio para reintegrarlo (en la caracterización de BERCOVITZ, para quien, acertadamente, puede distinguirse entre quien contrata y quien consume en los supuestos de disociación de ambas operaciones²⁴¹), disociación ésta que tampoco sería extraña para el TJCE²⁴². Para PAGADOR LÓPEZ²⁴³, resultaría claro que el consumidor contemplado, al igual que en nuestra LGDCU, es el *destinatario final* de los bienes o servicios (*particular que, con independencia de su eventual condición de empresario o profesional o no, persigue, mediante la celebración del contrato, la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o, en suma, particulares, o*

²⁴⁰ PAGADOR LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 47, n. 31.

²⁴¹ *Vid.*, BERCOVITZ, A., *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pág. 116.

²⁴² Recordemos que ya en *Peeters II* (apdo. 25), se decía que *el consumidor final no es necesariamente la misma persona que ha comprado los productos*. *Vid.*, STJCE 12 octubre 1995, *Peeters II*, as. C-85/94, *Rec.* 1995, pág. I-2955.

²⁴³ *Vid.*, PAGADOR LÓPEZ, J., *op. cit.*, págs. 43 a 48.

sea, que actúa como particular y se erige, por tanto, en destinatario final de tales bienes o servicios), postura que también mantienen otros autores como VATTIER FUENZALIDA, para quien el concepto comunitario de consumidor concuerda, en lo fundamental, con la figura del *destinatario final* que define nuestro art. 10 LGDCU²⁴⁴, aunque otros, como GARCÍA RUBIO²⁴⁵, no compartirían esta posición²⁴⁶.

²⁴⁴ A ello no sería obstáculo que, como indica este autor, el concepto comunitario de consumidor prescinda de *la inútil nota negativa de no reintroducir los bienes y servicios de que se trate en otros procesos productivos que discurren en el mercado*. Vid., VATTIER FUENZALIDA, C., “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 630, 1995, pág. 1531.

²⁴⁵ Respecto de la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, entiende esta autora que el concepto del art. 1.2 a) de la Directiva no exige que el consumidor sea el *destinatario final* del bien, sino que basta con que actúe *con fines que no entran en el marco de su actividad profesional*, de donde deduce que, por ello, incluye en su seno a los profesionales que actúan con fines ajenos a su especialidad, lo que en cambio, en sentido estricto, no cabe en el concepto nacional ofrecido por la LGDCU (arts. 1.2 y 1.3). Vid., GARCÍA RUBIO, M. P., “La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *Revista La Ley*, n.º 5747, 2003.

²⁴⁶ Ahondando en la definición de consumidor contenida en la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas, sostiene PAGADOR LÓPEZ que el hecho de que la Directiva incluya en su ámbito de aplicación tan sólo las cláusulas contractuales predisuestas incluidas en relaciones negociales entabladas entre *profesionales y consumidoras* ha conducido a la extendida afirmación de que la disciplina que incorpora -como, por lo demás, sucede con la LGDCU- posee un ámbito de *aplicación personal o subjetivo* limitado, siendo así que, en rigor, habría que decir, más bien, que la misma tiene un *ámbito de aplicación material-funcional -y no, por tanto, personal o subjetivo-* limitado, en la medida en que la *condición* de consumidor no es cualidad intrínseca predicable respecto de una determinada categoría de sujetos, sino una *función económica ejercitable o una situación posible* en el mercado, que se identifica con la desempeñada u ocupada por aquellos sujetos que intervienen en las relaciones negociales entabladas en la última fase de los procesos de mercado en calidad de no profesionales o empresarios, o sea, con

independencia de su dedicación profesional o de la clase social a que pertenecen, y con la finalidad de dar satisfacción a sus necesidades personales, particulares o familiares. Por tanto, si la disciplina contenida en la Directiva ha de aplicarse a quienes son parte, en las circunstancias descritas, de relaciones negociales entabladas en la última fase de los procesos de producción y distribución de bienes o de prestación de servicios desarrollados en el mercado, con independencia de sus cualidades personales intrínsecas, no cabe sino afirmar que su ámbito de aplicación aparece *limitado material-funcionalmente* -esto es, limitado a las relaciones negociales entabladas en la última fase de los procesos de mercado entre sujetos *actuantes* como empresarios o profesionales, de un lado, y sujetos *que actúan* como no profesionales o empresarios de otro, aunque efectivamente lo sean- y *no subjetiva o personalmente* -pues quien se dedica normalmente al ejercicio de actividades profesionales o empresariales puede responder a la caracterización legal de la figura de consumidor o usuario si, pese a su condición profesional, toma parte en una relación negocial mediante la que trata de satisfacer sus necesidades personales, familiares o particulares, es decir, mediante la que persigue un objetivo ajeno a su actividad profesional, y en la que su contraparte *es y actúa* como operador profesional del mercado-. De ahí la mayor aptitud que, al efecto de delimitar el ámbito de aplicación de una norma como la que nos ocupa, posee la noción de *acto o relación de consumo*, tal como fue preconizada y propuesta entre nosotros hace ya algunos años por FONT GALÁN, J. I. y RIVERO YSERN, J. L., “Materiales normativos para una Ley de defensa de los consumidores y usuarios de Andalucía”, *Estudios sobre Consumo*, n.º 6, 1985; por lo que ni siquiera sería posible afirmar que (...) *caen fuera del ámbito de la Directiva todos los contratos estipulados por el “profesional” con un consumidor que tenga la condición de empresario (...)* (así, SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Pamplona, 1996, pág. 73); y que, por tanto, no es necesario acudir al recurso técnico de la analogía cuando el profesional actúe fuera de su ámbito profesional y carezca del poder real para negociar las cláusulas del contrato (VATTIER FUENZALIDA, C., “Las cláusulas...”, *cit.*”, pág. 1532; haciéndose eco de la opinión de BOURGOIGNIE, T., “Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor”, *Estudios sobre Consumo*, n.º 24, 1992, págs. 23 y ss.); quien, siendo persona física, actúa en calidad de consumidor, recibe esta consideración a efectos de la disciplina contenida en la Directiva, aunque profesionalmente sea empresario, mercantil o no; quien, en cambio, actúa o contrata en el marco de su actividad empresarial o profesional, sea o no persona física, no recibe la consideración de consumidor porque no actúa como tal, es decir, con el propósito de satisfacer necesidades de carácter particular. *Vid.*, PAGADOR LÓPEZ, J., *op. cit.*, págs. 42 y 43, n. 21.

Pero las aguas se vuelven más procelosas cuando advertimos que para definir el concepto de consumidor es preciso recurrir a su contrapunto en todas las directivas citadas, esto es, el *profesional* (la relación obligacional ha de ser entablada por el consumidor con propósito ajeno a su actividad profesional). Parece que en la génesis de las directivas se pretendió incluir dentro del concepto de profesional únicamente a los profesionales especialistas, como ha constatado LETE ACHIRICA con relación a la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo²⁴⁷, de tal forma que en la primera definición propuesta de consumidor se incluía a quien actuaba con fines que no entraban “directamente” en el marco de su actividad profesional, es decir, que era *consumidor* el profesional *no especialista*, aquél que reintegra el bien o servicio al mercado sin que ello constituya el contenido específico de su actividad profesional habitual²⁴⁸. Este planteamiento inicial no fue sin embargo el finalmente acogido, de tal modo que el concepto actual de profesional, a la luz de las Directivas *pro consumptore*, es un concepto amplio que comprende al profesional *no especialista* y por ello, esta concepción amplia de

²⁴⁷ *Vid.*, LETE ACHIRICA, J., *op. cit.*, pág. 1369.

²⁴⁸ En contra de esta postura se mostraría ALPA, para quien no hay ningún problema en calificar también de consumidor al profesional que realiza una adquisición o utiliza un servicio fuera de su propia actividad habitual, pues la definición se basaría en el fin de la adquisición o del uso, más que sobre el estatus permanente del sujeto. Consideraciones que realiza comentando la definición que de “consumidores y usuarios” se realiza en la Ley italiana sobre derechos de los consumidores de 2 de julio de 1998, que sigue el contenido de las Directivas *pro consumptore* dictadas y que el autor italiano interpreta a la vista de las disposiciones de Derecho comunitario. *Vid.*, ALPA, G., “Nuevos aspectos de la tutela del consumidor. La Ley italiana de consumidores de 2 de julio de 1998”, *Actualidad Civil*, n.º 1, 1999 (trad. por DÍAZ ALABART, S.), pág. 18.

profesional viene a restringir el concepto de consumidor y a limitarlo a menor número de sujetos, planteamiento que igualmente parece asumir el TJCE²⁴⁹.

Dificultades presentarán también los supuestos en que un mismo sujeto da al bien o servicio una finalidad mixta, tanto profesional como particular (v. gr., la adquisición de un vehículo para su uso tanto profesional como particular), casos que habrán de solucionarse, señala PAGADOR LÓPEZ, atendiendo al destino u objetivo preponderante²⁵⁰. Pero incluso la propia definición de qué haya de entenderse

²⁴⁹ Concretamente, en *Di Pinto* declaró el TJCE (apdo. 16) que el comerciante que recibe una visita a domicilio con el fin de celebrar un contrato de publicidad relativo a la venta de su fondo de comercio no debía ser considerado como un consumidor, al tiempo que precisó que los actos que éste había efectuado eran *actos de gestión realizados para satisfacer necesidades que no son las necesidades familiares o personales del comerciante* (STJCE 14 marzo 1991, *Proceso penal/Patrice Di Pinto*, as. C-361/89, *Rec.* 1991, pág. I-1189; y en *Benincasa*, citada, que (apdo. 16) *para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona y que (apdo. 17) las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo.*

²⁵⁰ *Vid.*, PAGADOR LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 47, n. 31. Sigue el autor, en este punto, a la doctrina italiana y alemana (SCIARRONE ALIBRANDI, A., “Prime riflessioni sulla Direttiva comunitaria n. 93/13 (Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1993, págs. 715, 716 y n. 8; ROPPO, V., “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati fra imprese e consumatori”, *Rivista di Diritto Civile*, 1994, págs. 282 y 283; HEINRICH, H., “Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, pág. 159).

por profesional también ha sido puesta en cuestión por la doctrina, que ha constatado que el sentido del término *profesional* no es propiamente jurídico²⁵¹. En esta línea, sostiene JUSTE MENCÍA²⁵² que al desaparecer la referencia a la actividad *comercial* al lado de la actividad *profesional* probablemente el legislador comunitario trate de huir de conceptos como empresario o comerciante que, acuñados por las legislaciones o doctrinas nacionales, permitan eludir las normas imperativas de protección de consumidores. Quizá con ello, apuntamos, teniendo en consideración que la vocación de las normas parece ser la de introducir un concepto amplio de profesional, desligado de las concretas definiciones jurídicas de cada Estado miembro, cabe entender al profesional -contraparte en la relación contractual con el consumidor- como empresario en sentido económico. En fin, son razones todas por las que predicamos el carácter difuso de la noción de consumidor comunitario.

Si acudimos a la búsqueda de una definición del concepto de consumidor en el Convenio de Bruselas de 1968, lo que nos viene autorizado al existir identidad de razón en el modo en que el consumidor se concibe en las Directivas referidas y en el CB -consideraciones trasladables al “Reglamento Bruselas I”, con la salvedad de que el art. 13 CB ha pasado a ser el art. 15 del Reglamento-, no menos ardua nos resultará la tarea de su definición. El art. 13 CB, en una fórmula que ya no nos resulta extraña, decía que *en materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada el “consumidor”, la competencia quedará determinada por la presente*

²⁵¹ *Vid.*, EMPARANZA SOBEJANO, A., *op. cit.*, págs. 466 y 467.

²⁵² *Vid.*, JUSTE MENCÍA, J., *op. cit.*, pág. 1617.

*Sección*²⁵³ (el art. 15 del “Reglamento Bruselas I” mantiene el mismo tenor en este punto). CARRILLO POZO, comentando dicha disposición, constata que existen tres fórmulas de definición de consumidor, según se ponga el acento en el destino de los bienes o servicios adquiridos, en la naturaleza no profesional de la actividad de su adquirente en el momento de la conclusión del contrato o, en fin, en la concurrencia cumulativa de ambas condiciones, ¿cuál acoge el CB? Para el autor citado, el art. 13 CB atiende primordialmente al uso²⁵⁴, que será el no profesional para que estemos ante un consumidor.

²⁵³ La definición guarda una íntima relación con la ofrecida por el art. 5 del Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, que se refiere a los contratos de consumidores como aquellos que *tienen por objeto el suministro de objetos muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado ajeno a su actividad profesional*. La coincidencia se explica puesto que el art. 13 del CB no proviene de su redacción originaria, sino que se introdujo con ocasión del Convenio de Luxemburgo de 9 octubre 1978 relativo a la adhesión de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, tomándose la redacción de los trabajos preparatorios del que sería el Convenio de Roma de 1980.

²⁵⁴ También para BENCHENEB el uso -entendido como finalidad de la adquisición- es el criterio acogido frente a la cualidad del adquirente, criterio que compartiría el CB con el CR y que sería igualmente el seguido por el TJCE en *Benincasa*, citada; ello comportará que el contrato celebrado con finalidad o incluso con *perspectiva* profesional y los celebrados con una doble finalidad -doméstica y profesional- no sean de los comprendidos por las normas tuitivas protectoras del consumidor (*vid.*, BENCHENEB, A., *op. cit.*, págs. 347 y 348). A similar conclusión ha llegado ZABALO ESCUDERO respecto del CR, cuyo art. 5 sostiene la autora que combina el criterio del uso con el de la actividad no profesional (*vid.*, ZABALO ESCUDERO, E., *op. cit.*, pág. 117). Discrepan sin embargo ESPLUGUES y PALAO, para quienes el último factor (actividad no profesional) no jugaría en esta sede como un elemento adicional de control -para uso particular y, además, que no se adquiriera en el marco de actividad profesional- sino que se incardinaria dentro del primer criterio, actuando como elemento de referencia. Esto es, frente a lo que acontece en otras soluciones en las que se refiere directamente al uso personal, familiar o doméstico, en el Convenio, el destino particular se verifica a partir de la negación del uso profesional, entendido este uso profesional como aquél que favorecería una reintroducción del bien en el mercado y no su uso o consumo (*vid.*, ESPLUGUES MOTA C. A. y PALAO MORENO, G., *op. cit.*, págs. 6771 y 6772).

Ahora bien, admitido lo anterior, esto es, que sea el destino de los bienes y servicios lo que defina al consumidor del CB y del “Reglamento Bruselas I”, habría de admitirse que quien actuando como profesional concluye un contrato por el que adquiere un bien o un servicio destinado a un uso personal o familiar, tal vez incluso conjuntamente con otros destinados a su uso profesional, es consumidor del art. 13 CB. No parece sin embargo que sea ésta una conclusión válida atendido el espíritu del Convenio, empeñado sólo en la protección del contratante económica y jurídicamente débil²⁵⁵, ni conforme con la jurisprudencia del TJCE que busca restringir el ámbito de aplicación de la norma referida (al menos en STJCE *Bertrand vs. Ott*²⁵⁶, citada), reconduciéndola a su verdadero rol de excepción²⁵⁷ y excluyendo de su ámbito de protección a quienes pese a dar un destino personal o familiar al bien o servicio que adquieren actúan como profesionales a la hora de contratar. Parecería, pues, que existe una discordancia entre lo

²⁵⁵ Este contrasentido, en términos similares, también lo han puesto de relieve ESPLUGUES y PALAO (*ibidem*, pág. 6772).

²⁵⁶ Sobre el modo restrictivo con el que deben ser interpretadas las disposiciones del CB en materia de consumidores -algo que en sí, no prejuzga que sea una interpretación valorativa o literalista-, *vid.*, LANDY, L., “Le consommateur européen: une notion éclatée”, en OSMAN, F. (dir.), *op. cit.*, pág. 64.

²⁵⁷ *Vid.*, CARRILLO POZO. L. F., *op. cit.*, pág. 273. En el mismo lugar (pág. 274), el autor califica la noción de consumidor de centrífuga, lo que se pone de manifiesto con la jurisprudencia del TJCE a la que se refería. En concreto, parece que el TJCE, tras su primer pronunciamiento prejudicial sobre el CB (STJCE 21 junio 1978, *Bertrand vs. Ott*, as. C-150-77, *Rec.* 1978, pág. 1431) buscaba una interpretación que pudiera calificarse de axiológica, corrigiendo la letra de la norma para excluir de la consideración de consumidores a sujetos no necesitados de esa especial protección. De todas formas, esta doctrina finalista entendemos que ha sido contradicha por la STJCE *Hutton vs. TVB*, a la que más adelante nos referiremos y que tiene un sentido mucho más riguroso.

que la norma debe permitir en atención a su sentido (limitarse exclusivamente a la protección del consumidor que actúa desde una posición de inferioridad, favoreciendo con ello un comercio más *liberado* de normas imperativas entre el resto de sujetos) y lo que realmente puede permitir su tenor literal (extensible al profesional que actuando como tal da un destino personal o familiar al bien o servicio que adquiere).

Esta interpretación, sin embargo, ha sido contestada por NORMAND y BALATE. El *uso* al que se refiere la norma, señalan los autores citados, plantea la cuestión de quienes ejercen una actividad profesional pero actúan al margen de la misma, es decir, el supuesto -muy ligado al anterior- en que un bien se adquiere al margen de la actividad profesional que un sujeto desarrolla. Una primera interpretación conduciría a pensar que han de excluirse de plano los contratos celebrados entre personas que actúan como profesionales y, con ello, concluir que el beneficio que supone el art. 13 CB queda excluido si la transacción es parte integrante de la actividad profesional; si el producto es ajeno al *stock* regularmente explotado o, por último, si el producto es adquirido para su reventa. Pero esta interpretación literalista podría ser puesta en cuestión, en concreto, los autores mencionados se decantan por extender el campo de aplicación de la norma protectora a los pequeños y medianos comerciantes que pueden estar tanto o más necesitados de protección que los particulares, interpretación que incluso parecería autorizarla la STJCE *Bertrand vs. Ott*, citada, pues pese a partir de un concepto estricto de consumidor (precisamente, el TJCE se prevaleció de una interpretación axiológica para restringir el concepto de consumidor), en su interpretación valorativa y finalista del CB se refería, respecto de los beneficiarios del fuero de protección del art. 13 CB, a los *acheteurs ayant besoin de protection*.

Igualmente, NORMAND y BALATE han detectado otras insuficiencias del art. 13 CB -extensibles asimismo al art. 5.1 CR²⁵⁸-. Nuevamente el *uso* al que se refiere la norma les lleva a plantearse el caso de quienes no ejercen ninguna actividad profesional, particularmente en el supuesto de las personas casadas o en análoga relación, donde la adquisición de un bien concreto podría ser profesional para uno y no para el otro cuando éste ni sea profesional ni actúe como tal. Para estas situaciones, consideramos que en la medida en que el Texto utiliza un criterio subjetivo hemos de admitir la posibilidad de una doble competencia según el caso, al menos en abstracto, aunque esto es algo que en nuestra opinión no dejará de resultar problemático en la práctica. En cualquier caso, en las hipótesis planteadas compete a quien reivindique el beneficio del art. 13 CB demostrar su condición de consumidor. Los autores antes citados, por último, estiman que una persona jurídica puede ser consumidor²⁵⁹, pero esto ya vimos que no resultaba admisible para el TJCE (*Idealservice vs. OMAI*), y aunque en ese caso se refería el Tribunal de Justicia a la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas no creemos que lo no admisible en aquella sede (Directivas *pro consumptore*) lo vaya a ser en ésta (CB, “Reglamento Bruselas I” y Convenio de Roma), pues el sentido de las normas al referirse al consumidor es el mismo.

La idea anterior nos permite enlazar con otra cuestión que no conviene orillar. Admitimos que el CB y el “Reglamento Bruselas I” (lo mismo el CR y las Directivas referidas) realizan una definición autónoma de consumi-

²⁵⁸ Recordemos que por el paralelismo y complementariedad de ambos Textos, participan de los mismos aciertos y desaciertos. Al respecto, *vid.*, ESPLUGUES MOTA, C. A., *Régimen jurídico de la contratación internacional*, Valencia, 1994, pág. 73.

²⁵⁹ *Vid.*, NORMAND, J. y BALATE, E., *op. cit.*, págs. 292 a 294.

dor, esto no es en sí reprochable -quizá todo lo contrario²⁶⁰- pero si buscamos un concepto claro y sencillo de consumidor que nos permita identificar el ámbito de aplicación personal de las normas -lo que posibilita algo tan importante como aplicar regímenes jurídicos privilegiados-, en la medida en que dichas definiciones estén sujetas, por su amplitud y extensión, a distintas interpretaciones y no sea previsible que exista un cuerpo sólido de jurisprudencia que precise todos los extremos²⁶¹ la consecuencia no puede ser otra que falta de seguridad jurídica en un sector tan sensible. Además, lo que apuntamos se agrava cuando por razón de este tipo de normas -tuitivas- nos movemos en

²⁶⁰ No dudamos de la conveniencia de las definiciones autónomas, incluso tampoco de su necesidad, sí de las consecuencias a que pueden dar lugar si no son todo lo claras que sería deseable y no es previsible que un cuerpo jurisprudencial sólido las complete. Sobre su necesidad, ZABALO ESCUDERO afirmaba que en un texto convencional donde de alguna manera se contemple la figura del consumidor y cuya finalidad sea la armonización de las legislaciones, se hace precisa la adopción de una definición *ad hoc*. De otra manera, y dada la diversidad existente en los distintos sistemas jurídicos sobre el tema, nos encontraríamos con que su ámbito de aplicación variaría según las concepciones del ordenamiento en el que se reclama su aplicación. En este sentido -prosigue la autora-, y puesto que partimos de la conveniencia de adoptar una definición de consumidor en los textos internacionales, hay que concluir que deben sentarse criterios concretos y claros para su correcta identificación. Tras exponer lo anterior, a la autora le parecen suficientes y relevantes los criterios utilizados por la Convención de Roma de 1980 (uso doméstico y actividad no profesional) -trasladables, dijimos, al CB y al “Reglamento Bruselas I”- para la caracterización del consumidor (*vid.*, ZABALO ESCUDERO, E., *op. cit.*, pág. 117), apreciación esta última con la que no estamos de acuerdo, pues son muchas las cuestiones problemáticas que suscitan.

²⁶¹ Esto no es una cuestión baladí. A los consumidores les resulta caro y costoso recurrir a los Tribunales y los casos que van a llegar al TJCE no serán todos los deseables como para que se forme un cuerpo jurisprudencial más o menos sólido. En esta línea, ZANOBETTI afirmaba que ello repercute negativamente en la concreción de los conceptos que se utilizan en el campo de las normas de conflicto. *Vid.*, ZANOBETTI, A., *op. cit.*, pág. 58.

un terreno propicio a interpretaciones correctoras y finalistas. Pongamos un ejemplo: el TJCE se pronunció en un caso (*Hutton vs. TVB*) donde un consumidor había cedido sus derechos a determinada sociedad, que por ello actuaba en su nombre y en beneficio exclusivo del consumidor²⁶², pues bien, en contra de lo sostenido por el Abogado General, el TJCE estimó que dicha sociedad cesionaria no ostentaba ella misma la condición de consumidora y no cabía por ello aplicar el beneficio de los arts. 13 y ss. CB²⁶³. Por ello, puede afirmarse que el TJCE habría pasado a exigir que el consumidor, además de serlo, sea también el demandante en el proceso donde se pretenda el acogimiento al fuero protector, conclusión que no estimamos acertada, pues el concepto de consumidor es de suyo un concepto material y no parece admisible que además haya de revestirse de tintes formales, como en este caso que

²⁶² Nos referimos a la STJCE 19 enero 1993, *Hutton vs. TVB*, as. C-89/91, *Rec.* 1993, pág. 5. En concreto, un particular alemán cedió su derecho de crédito a la sociedad TVB, derecho que nació del perjuicio que le había ocasionado la sociedad “E. F. Hutton & Company GMBH” con la que le ligaba un contrato de corretaje. La cesionaria TVB demanda en Alemania a Hutton (a la sociedad matriz, que era extranjera) *ex* arts. 13 y ss. CB. Suscitada la cuestión de competencia, el BGH formula varias cuestiones prejudiciales al TJCE, que no entra en ellas al responder negativamente a la primera, esto es, si cabía aplicar o no el art. 13 CB por estar en presencia de un consumidor. Comentando esta sentencia, *vid.*, GAUDEMMENT-TALLON, H., en *Revue critique de droit international privé*, n.º 2, 1993, págs. 319 y ss.

²⁶³ Textualmente: *el demandante, que actúa en el ejercicio de su actividad profesional, y que, por tanto, no tiene, él mismo, la condición de consumidor, parte en uno de los contratos enumerados en el párrafo primero de dicha disposición [art. 13 CB], no puede beneficiarse de las normas especiales para determinar la competencia que el Convenio prevé en materia de contratos celebrados por los consumidores (apdo. 22).*

tenga la cualidad de demandante²⁶⁴. Igualmente, nos parece que si el CB huye de una definición *objetiva* de consumidor (como pudiera haberlo hecho atendiendo, pongamos por caso, a la naturaleza del bien o servicio o, incluso, al contrato en sí) y ha optado por una caracterización *subjetiva*, es precisamente porque la segunda se ofrece más a interpretaciones valorativas, que podrá estimarse acertado o no, pero parece que con ello se está optando por rechazar planteamientos literalistas y rígidos²⁶⁵. En fin, esta doctrina, estima CARRILLO POZO, vendría a corregir el tenor literal de la norma y presumir que quien contrata en el ejercicio de su actividad profesional no se halla desprotegido, lo que conduce a excluir de la protección normativo-com-

²⁶⁴ De hecho, esta jurisprudencia puede plantear otra duda, ¿qué ocurre si quien actúa como demandante es una asociación de consumidores y no el consumidor afectado? ¿Podría invocar el foro de protección? HUET se ha inclinado por entender que sí, aunque la duda sigue en el aire (*vid.*, HUET, A., “Nota a la STJCE de 19 de enero de 1993”, *Clunet*, 1993, pág. 467).

²⁶⁵ Lo que sostenemos creo que lo avala el propio origen de la norma. Ni el art. 13 CB ni el art. 5 CR surgen *ex novo*, sino que en su génesis está la ya mencionada STJCE *Bertrand vs. Ott*, en concreto, cuando afirma respecto de las normas conflictuales tuitivas del consumidor que debían atender únicamente a los “*acheteurs ayant besoin de protection, leur position économique étant caractérisée par une faiblesse vis-à-vis des vendeurs, du fait qu’ils sont consommateurs finals à caractère privé, non engagés, par l’achat du produit acquis à tempérament, dans des activités commerciales ou professionnelles*” (apdo. 21). Que esta sentencia está en la base del art. 13 CB lo viene a reconocer el propio Informe Schlosser sobre el Convenio de adhesión de 1978, que en su punto 21 hablaba de “*l’idée qu’il convenait de puiser dans les concepts du droit communautaire déjà existant ou en gestation*” (DO C 59 de 5.3.1979, pág. 118). Pues bien, entendemos que si el art. 13 CB bebe directamente de una sentencia que acoge un sentido valorativo y finalista de la noción de consumidor, forzosamente su sentido ha de ser el mismo y así ser interpretado.

petencial a los pequeños comerciantes²⁶⁶, los cuales ya vimos que para otros autores (NORMAND y BALATE) habían de merecer la condición de consumidores en ciertos casos. Dicho de otro modo, pugnan claramente las doctrinas *Bertrand* y *Hutton*, la primera eminentemente valorativa, la segunda rígida y literalista; y tan es así que las conclusiones a las que se llega con la primera de ellas (como el ejemplo propuesto de los pequeños comerciantes) no son válidas para la segunda, mucho más estricta²⁶⁷. En la línea que sostenemos de indefinición de *consumidor* e inseguridad que ello provoca, CARRILLO POZO, incisivamente, advierte que con las diferencias de trato a que puede dar lugar una interpretación valorativa y finalista del art. 13 CB y concordantes por un lado, y una rígida por otro, dicha norma se convierte en una especie de desgarro esquizofrénico entre lo que tendencialmente está llamada a producir -la protección del contratante débil y sólo el débil- y lo que de hecho provoca -una protección encorsetada en unos rígidos requisitos²⁶⁸-.

Desistimos, por todo lo expuesto, de buscar un concepto claro de qué haya de entenderse por *consumidor* en el Derecho comunitario. Pero en cualquier caso, entendemos que aun cuando optara el Derecho comunitario (al menos las Directivas *pro*

²⁶⁶ *Vid.*, CARRILLO POZO, L. F., *op. cit.*, págs. 275 y 276.

²⁶⁷ Para TIRADO ROBLES, tras *Hutton*, debemos entender que los conceptos contenidos en disposiciones especiales del Convenio deben ser interpretados restrictivamente y que el sistema general es el del art. 2 CB (*vid.*, TIRADO ROBLES, C., *La competencia judicial en la Unión Europea. Comentarios al Convenio de Bruselas*, Barcelona, 1995, pág. 99). Coincidiendo con la necesidad de una interpretación restrictiva a la vista de dicha sentencia, *vid.*, ESPLUGUES MOTA, C. A. y PALAO MORENO, G., *op. cit.*, pág. 6772.

²⁶⁸ *Vid.*, CARRILLO POZO, L. F., *op. cit.*, pág. 276, n. 20.

consumptore) por un determinado concepto de consumidor - que fuera claro, único y concreto- ello no excluye que las legislaciones nacionales amplíen su protección a otros sujetos²⁶⁹, como ocurriría en la legislación francesa o la española, donde también se protege *ex lege* a las personas jurídicas o a los profesionales sujetos de un contrato de adhesión (Ley francesa de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos y Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación: *La presente ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-*). E incluso diríamos más, no habría razones para que la normativa nacional de transposición de directivas prevea la ampliación de los sujetos protegidos aun cuando la norma comunitaria, como la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas, restrinja su ámbito a las personas físicas²⁷⁰. Decimos esto puesto que expresamente varias Directivas sobre la protección de los consumidores prevén que los Estados miembros puedan adoptar normas más estrictas que las propias Directivas²⁷¹, algo que está en la base del principio de armonización mínima tan utilizado en esta sede

²⁶⁹ En un sentido particular, lo vino a “permitir” el TJCE en *Di Pinto*, citada, cuando puso de relieve que la Directiva relativa a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles no se opone a que una legislación nacional sobre la materia extienda su protección a los comerciantes. Así pues, los Estados pueden mantener o adoptar una legislación más protectora y de este modo proteger a personas que no respondan a la definición de la Directiva (*vid.*, LANDY, L., *op. cit.*, págs. 69 y 70).

²⁷⁰ *Vid.*, EMPARANZA SOBEJANO, A., *op. cit.*, págs. 467 y 483 y ss.

²⁷¹ Esta técnica, además, resultó *constitucionalizada* por el art. 129 A TUE; en su redacción actual, el art. 153 TCE establece en su punto 5 lo que sigue: *5. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 4 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión.*

(cfr. Directivas 85/577/CEE sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (art. 8); 87/102/CEE sobre el crédito al consumo (art. 15); 90/314/CEE sobre los viajes combinados (art. 8); 94/47/CE sobre el régimen de tiempo compartido (art. 11); 97/7/CE sobre los contratos a distancia (art. 14); 1999/44/CE sobre la venta de bienes de consumo (art. 8) y 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas (art. 8). Dicho de otro modo, en la medida en que las normas comunitarias son normas de mínimos, permiten un *plus* de protección tanto *ratione materiae*, acabamos de verlo en las normas referidas, como, a nuestro juicio, *ratione personae*, pues el Estado miembro cumple con adoptar las medidas que como mínimas se fijan por la Comunidad o, en su caso, puede mantener la legislación que ya poseyera y que estuviera ofreciendo un mayor margen de protección al consumidor, lo que se conoce como técnica del “mínimo denominador común”²⁷².

²⁷² Este carácter de normas de mínimos es criticado por MORILLAS JARILLO, pues entiende frente a quienes defienden esta fórmula (cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*, págs. 53, 54 y 58) que la armonización puede quedar básicamente reducida a un primer escalón básico. Y ese nivel básico -a pesar de las indeterminadas fórmulas y conceptos del “alto nivel de protección” (art. 129 A 1 del TUE), el “nivel de protección elevado” (art. 100 A 3 del TCE), el “alto nivel de protección social, la elevación del nivel y la calidad de vida” (art. 2 TCE) o la “contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores” (art. 3 S del TCE)- no será seguramente tan elevado como el que se habría plasmado en una norma comunitaria ajena, independiente, que no hubiese tenido en cuenta las legislaciones nacionales y sus respectivos niveles de protección. Apunta, además, que esa disparidad real de niveles de protección entre los Estados miembros puede afectar a la consecución y el funcionamiento del mercado interior, precisamente cuando la armonización se ha justificado desde el principio en las directivas por la diversidad legislativa, por los dispares ordenamientos nacionales. Si a través de la vía de armonización elegida, se posibilita que se perpetúe o que se instaure la diversidad, estamos -sentencia la autora- ante un sistema que alimenta sus propias quiebras (*vid.*, MORILLAS JARILLO, M. J., *op. cit.*, págs. 594 y 595).

Podríamos concluir sosteniendo que la noción de consumidor en el ámbito comunitario es, en efecto, difusa²⁷³ y eventualmente multiforme²⁷⁴, y ello es así desde el momento en que la noción de consumidor no puede formularse en abstracto -no es un concepto *formal*- sino que necesariamente ha de tomar por referencia para su definición las normas del Derecho de obligaciones y contratos para que pueda obtenerse una formulación válida; es, pues, un concepto de derivación *material*. Y si en la Comunidad Europea no existe aún un conjunto realmente armónico no ya del Derecho contractual en general sino, al menos, del Derecho *pro consumptore*, la noción que de consumidor ofrezca el Derecho comunitario ha de ser forzosamente difusa y multiforme, es decir, siempre en función de la concreta norma que contemple su posición en una relación obligacional determinada.

²⁷³ Se ha llegado incluso a sostener (MÉNDEZ PINEDO) que no existe tal definición de consumidor en el Derecho comunitario derivado, pues las normas comunitarias evitarían toda definición precisa del concepto, limitándose a definir la categoría negativamente; es decir, consumidor sería toda aquella persona que no actúa de manera comercial o profesional. *Vid.*, MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*, págs. 47, 48 y 60, n. 83.

²⁷⁴ Remarcaba ARROYO FIESTAS, refiriéndose al concepto de consumidor, que en cada directiva se pone el acento en matices particulares, según sea el objeto de la norma (*vid.*, ARROYO FIESTAS, F. J., *op. cit.*, pág. 277). En un sentido similar a como hacemos nosotros, LANDY les reprochaba a estas directivas el que acogieran una noción de consumidor heterogénea y polisémica (*vid.*, LANDY, L., *op. cit.*, págs. 67 y 68).

D) La protección jurídica del consumidor en el Derecho de producción comunitaria

Siguiendo a MÉNDEZ PINEDO²⁷⁵, históricamente la política comunitaria de protección de consumidores desarrollada por las Instituciones podría calificarse como de integración *negativa*, habiendo estado subordinada al establecimiento del mercado común. En este sentido, según BOURGOIGNIE y TRUBEK, la Comunidad ha primado, por encima de la protección de los consumidores, la creación y la consolidación de un mercado interior. La Comunidad Europea habría adoptado una visión liberal de la protección de esta categoría de personas ligada directamente a los objetivos de una política macroeconómica, olvidando que constituyen un colectivo necesitado de un régimen de tutela propio. La teoría de la integración *negativa* explica de manera clara el desarrollo de la política comunitaria de los consumidores²⁷⁶. Según esta tesis, la Comunidad Europea ha alterado sus prioridades privilegiando la creación del mercado común sobre la protección de los consumidores. El conflicto potencial entre las dos políticas constituye el problema del Derecho de consumo en la Comunidad, puesto que las dos políticas pueden y deben ser complementarias. Una vez se hubo logrado el mercado común comenzaron a surgir los problemas para los consumidores, y la inadecuación de los Derechos nacionales a la hora de solucionar los

²⁷⁵ *Vid.*, MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*, págs. 64 y ss. y 392.

²⁷⁶ BOURGOIGNIE, T. y TRUBEK, D., *Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and in the United States*, vol. 3 de la serie *Integration through Law. Europe and the American Federal Experience*, dir. por CAPPETELLI, M. y WEILER, J., Nueva York, Instituto Universitario Europeo de Florencia, 1987. Cit. por MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*, pág. 64.

conflictos de carácter transfronterizo, junto con la falta de previsión de los autores del Tratado, explica la paralización de la integración europea en materia de consumo. Este tipo, pues, de integración (*negativa*), habría consistido en la eliminación de los obstáculos nacionales a la libre circulación de bienes y servicios, sin establecer paralelamente un conjunto de normas *positivas* o reguladoras de tal comercio intracomunitario.

Es el propio Tratado de Roma el que ha obligado a la Comunidad a realizar la única integración posible teniendo en cuenta la ausencia de una base jurídica explícita, de ahí que la única integración factible haya sido la *negativa*. El Acta Única Europea tampoco alteró esta situación y sólo el Tratado de la Unión Europea permitió, a partir de su entrada en vigor, la realización de una integración positiva moderada por las exigencias del principio de subsidiariedad (actual art. 5 TCE²⁷⁷); y así, el artículo 129 A del Tratado de la Unión Europea, que

²⁷⁷ Abundando en lo expuesto, se pudo decir (CAPPELLETTI, M., *Process of interaction of law in Europe*, en BOURGOIGNIE, T., *European Consumer Law. Prospects for integration of consumer law and policy within the European Community*, Actas del seminario de la Universidad de Louvain-la-Neuve, 14-15 de mayo de 1981, Bruselas, 1982) que la Comunidad Europea ha fracasado por no haber creado mecanismos, instituciones y procedimientos de coordinación y control en materia de consumo -segunda aportación a la teoría de la integración *negativa* de CAPPELLETTI-. Según este autor, al contrario de lo ocurrido en los Estados Unidos, la ausencia de un programa efectivo de protección a los consumidores en Europa no ha resultado de los conflictos inherentes entre las dos políticas mencionadas: la creación de un mercado común *versus* la protección de los consumidores; al contrario, el obstáculo mayor a la protección comunitaria de los consumidores ha derivado del fracaso de la Comunidad por no crear instituciones y procedimientos de coordinación para aplicar la política de protección de los consumidores. Cit. por MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*, pág. 68.

permite la adopción de normas protectoras de los consumidores -y que pasó a ser, tras el Tratado de Amsterdam, el art. 153 del TCE²⁷⁸- consagró una serie de derechos del consumidor: a la información, a la educación y a la representación. Las directivas comunitarias de protección de los consumidores, basadas por lo general en las disposiciones sobre el mercado interior del artículo 95 del TCE (antiguo art. 100 A), han precisado algunos de estos derechos. Otras directivas, aun no teniendo como objetivo primordial la protección del consumidor, inciden también directamente sobre ella. A su vez, las normativas y jurisprudencias nacionales ejercen una acción directa sobre la protección del consumidor en el mercado interior.

Con relación a esta base jurídica *pro consumptore* a la que acabamos de referirnos, el Libro Verde sobre protección de los consumidores en la Unión Europea²⁷⁹, elaborado por la Comisión, constata que la demanda transfronteriza de bienes y servicios aumenta la presión competitiva dentro del mercado interior y favorece una oferta de bienes y servicios

²⁷⁸ La referencia, así como las sucesivas, han de entenderse realizadas a la versión que se denomina “consolidada”, Texto que de acuerdo con el Tratado de Amsterdam de 2 octubre 1997 incorpora todas las modificaciones introducidas por dicho Tratado (supresiones, añadidos, simplificaciones y cambios de numeración). Dicho Texto carece de valor normativo, según señala el Acta final de la Conferencia en que se aprobó y firmó el Tratado de Amsterdam, en cualquier caso, en un trabajo como el presente, se estima más acertado, por ganar la exposición en claridad, que tanto las referencias al TUE como al TCE sean a las versiones llamadas “consolidadas”, pues de lo contrario sería preciso manejar el texto original por un lado y, por otro, el contenido aislado de cada modificación. En *DO C 325 de 24.12.2002, pág. 1*, se publicaron las versiones consolidadas del TUE y del TCE con las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001.

²⁷⁹ COMISIÓN CE, *Libro Verde sobre la protección...*, cit., pág. 3.

más eficaz y a precios más competitivos, pero este círculo ideal sólo puede conseguirse si el marco regulatorio vigente impulsa a los consumidores y a las empresas a participar en el comercio transfronterizo, y las diferencias entre las legislaciones nacionales sobre prácticas comerciales en lo que se refiere a las relaciones entre las empresas y los consumidores pueden impedir esta evolución. En este sentido y con la finalidad de que el mercado interior no se convierta en algo ilusorio para el consumidor, la Comisión propone en el Libro Verde una regulación que alcance el nivel más alto posible de protección para el consumidor manteniendo un mínimo coste para las empresas, que sea una regulación lo suficientemente flexible para responder rápidamente al mercado y que proporcione una seguridad jurídica y garantice su aplicación eficaz y real, especialmente en los litigios transfronterizos²⁸⁰. A petición de la Comisión, se realizaron tres

²⁸⁰ Que la protección del consumidor también se procure en los casos en que haya de acudir a mecanismos, judiciales o no, de resolución de controversias es algo evidente. Con gran expresividad decía QUIÑONES ESCÁMEZ que las sumas objeto de los litigios individuales son, por lo general, demasiado pequeñas como para decidir al consumidor a entablar un pleito contra una empresa extranjera, y aun lanzado a tan quijotesca hazaña, y ganado el caso ante su propia jurisdicción, el consumidor dudará en soportar el gasto suplementario de un eventual exequátur; y si el profesional es insolvente, las posibilidades de cobrar su modesto crédito, no privilegiado, serán mínimas en el marco de un procedimiento concursal, si es que llega a enterarse de su existencia. *Vid.*, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “La protección..., *cit.*”, pág. 79.

²⁸¹ Estudio sobre la posibilidad de un marco general legislativo sobre la lealtad de las transacciones comerciales; Estudio de *Price Waterhouse Coopers* sobre la legislación en materia de protección del consumidor y la sociedad de la información y Estudio de *Lex Fori* para determinar las mejores prácticas en el uso de la autorreglamentación y su aplicación a los consumidores en la Unión Europea, accesibles desde: <<http://europa.eu.int/comm/consumers>>.

estudios²⁸¹ para obtener un panorama completo de la reglamentación sobre la protección de los consumidores a escala nacional y comunitaria, que sirvieron de base para las propuestas del Libro Verde citado y a los que vamos a ir haciendo referencia.

Las directivas sobre protección de los consumidores entran dentro de dos grandes categorías: las directivas de aplicación general²⁸² y aquéllas cuyas normas afectan a sectores o méto-

²⁸² Serían las que siguen: Directiva sobre publicidad engañosa (Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa (*DO L 250 de 19.9.1984, pág. 17*), modificada por la Directiva sobre publicidad comparativa (Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa (*DO L 290 de 23.10.1997, pág. 18*); Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DO L 095 de 21.4.1993, pág. 29*) y Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo (Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (*DO L 171 de 7.7.1999, pág. 12*).

²⁸³ Serían las que siguen: Directivas sobre productos alimenticios (Directiva 95/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de noviembre de 1995, por la que se modifica la Directiva 79/581/CEE relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos alimenticios y la Directiva 88/314/CEE relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos no alimenticios (*DO L 299 de 12.12.1995, pág. 11*); cosméticos (Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de productos cosméticos (*DO L 262 de 27.9.1976, pág. 169*), modificada por la Directiva 79/661/CEE (*DO L 192 de 31.7.1979, pág.*

35), Directiva 82/368/CEE (*DO L 167 de 15.6.1982, pág.1*), Directiva 83/574/CEE (*DO L 332 de 28.11.1983, pág. 38*), Directiva 88/667/CEE (*DO L 382 de 31.12.1988, pág. 46*), Directiva 89/679/CEE (*DO L 398 de 30.12.89, pág. 25*), Directiva 93/35/CEE (*DO L 151 de 23.6.1993, pág.32*) y Directiva 97/18/CE (*DO L 114 de 1.5.1997*); denominaciones textiles (Directiva 96/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, relativa a las denominaciones textiles (*DO L 032 de 3.2.1997, pág. 38*), modificada por la Directiva 97/37/CE (*DO L 169 de 27.6.1997, pág. 74*) sobre los medicamentos para uso humano (Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano (*DO L 113 de 30.4.1992, pág. 13*); sobre los viajes combinados (Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (*DO L 158 de 23.6.1990, pág. 59*); los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (*DO L 372 de 31.12.1985, pág. 31*); crédito al consumo (Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo (*DO L 042 de 12.2.1987, pág. 48*), modificada por la Directiva 90/88/CEE del Consejo de 22 de febrero de 1990 (*DO L 61 de 10.3.1990, pág. 14*) y Directiva 98/7/CE del Consejo y del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 1998 (*DO L 101 de 1.4.1998, pág. 17*); contratos de venta a distancia (Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (*DO L 144 de 4.6.1997, pág. 19*); instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático (Directiva 90/384/CE del Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático (*DO L 189 de 20.7.1990, pág. 1*) y adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido (Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (*DO L 280 de 29.10.1994, pág. 83*).

dos de venta específicos²⁸³. La Directiva relativa a las acciones de cesación²⁸⁴ constituiría un *tertium genus*, al ser una norma de aplicación de las anteriores. Por otra parte, aunque no tengan la protección del consumidor como objetivo principal, otros textos de la legislación comunitaria también introducen algún tipo de protección para el consumidor o regulan la competencia de las autoridades nacionales para introducir normas destinadas a proteger a los consumidores²⁸⁵.

Asimismo, el Convenio de Bruselas, convertido ahora como dijimos en un Reglamento comunitario y el Convenio de Roma de 1980, establecen normas para casos de litigios contractuales transfronterizos dentro de la Unión Europea que sirven para determinar el Estado miembro competente (jurisdic-

²⁸⁴ Nos referimos a la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (*DO L 166 de 11.6.1998, pág. 51*).

²⁸⁵ Como pueden ser la Directiva sobre el comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior -Directiva sobre el comercio electrónico- *DO L 178 de 17.7.2000, pág. 1*), que afecta a la publicidad y la venta a los consumidores por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información; o la Directiva sobre la televisión sin fronteras (Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (*DO L 298 de 17.10.1989, pág. 23*), cuya última modificación la constituye la Directiva 97/36/CE), Directiva que coordina también ciertos aspectos de las comunicaciones comerciales a través de los medios de radiodifusión, introduce un nivel de protección elevado y uniforme, la aplicación del principio del Estado miembro de origen, definiciones comunes formuladas con precisión y claros requisitos de aplicación.

ción) y la legislación nacional aplicable al contrato (legislación aplicable). Por último, existe todo un conjunto de jurisprudencia del TJCE que versa sobre la compatibilidad de algunas normas nacionales de protección de los consumidores con el mercado interior²⁸⁶.

Para la Comisión²⁸⁷, las principales características de la regulación en materia de protección de consumidores serían las siguientes:

En comparación con la legislación nacional, 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, pues si bien algunos ámbitos están bien cubiertos, en otros aspectos fundamentales se carece de normas comunitarias, en particular en lo que se refiere a las prácticas de comer-

²⁸⁶ Entre la que puede destacarse: los obsequios como sistema de promoción de ventas (*Oosthoek*, C-286/ 81 (1982) TJCE 4575), la imitación servil (*Industrie Diensten Groep vs. Beele Handelmaatschappij*, C-6/81 (1982) TJCE 707), la prohibición de la reventa a pérdida (*Keck y Mithouard*, C-267 y 268/91 (1993) TJCE I-6097), las importaciones paralelas (*Dansk supermarked vs. Imerco*, C-58/80 (1981) TJCE 181), la publicidad que puede inducir a error (*Pall corp. vs. Dahlhausen*, C-283/89 (1990) TJCE. I-4827; *Verband Sozialer Wettbewerb e.V vs. Laboratorios Clinique SNC y Cosméticos Estée Lauder GmbH*, C-315/92 (1994) TJCE I-317; *Mars*, C-470/93 (1995) TJCE I-923; *Comisión vs. Alemania "Salsa holandesa"*, C-51/94 (1995) TJCE I-3299; *Gut Springenheide*, C-210/96 (1998) TJCE I-4657, *Estée Lauder vs. Lancaster*, C-220/98 (2000) TJCE I-117), las comparaciones de precio e incitación a la compra (*GB-INNO*, C-362/88 (1990) TJCE I-667; *Yves Rocher*, C-156/91 (1993) TJCE I-2361) y los requisitos de información (*Comisión vs. Reino Unido*, C-20/83 (1985) TJCE 1201 y *Robertson*, C-220/81 (1982) TJCE 2349).

²⁸⁷ *Vid.*, COMISIÓN CE, *Libro Verde sobre la protección...*, *cit.*, págs. 5 y 6.

cialización, las prácticas relacionadas con los contratos, los pagos y los servicios posventa. La irrupción de nuevas prácticas comerciales y tecnológicas también ha tendido a borrar las distinciones tradicionales introducidas en la legislación comunitaria entre las diferentes etapas de la transacción, añadiendo así un elemento de incertidumbre.

Algunas directivas, sobre todo las específicas para un sector, nacieron como una respuesta muy precisa a problemas específicos bien definidos en un momento concreto. Esto, junto con el largo período de tiempo transcurrido entre la propuesta y la aplicación de las medidas comunitarias (v. gr., la Directiva de venta a distancia fue propuesta en junio de 1992, pero no fue aplicable hasta junio de 2000²⁸⁸) ha hecho que se hayan ido quedando obsoletas a medida que las prácticas mercantiles han ido evolucionando, lo que podría hacer superfluas

²⁸⁸ En efecto, la Directiva sobre ventas a distancia prevé una serie de derechos contractuales de los consumidores cuando compran bienes o servicios de un proveedor que no está presente físicamente. En concreto, se establece una serie de requisitos de información que deben facilitarse en un *soporte duradero* para que el consumidor pueda retener la información contractual esencial. Esto no plantea problemas si el medio utilizado para la transacción es el correo postal o el correo electrónico, pero el desarrollo de la venta a distancia a través de la nueva telefonía móvil podría verse restringido por tales requisitos y por los límites de la tecnología actual, lo que coarta la innovación y debilita la protección del consumidor. Por otra parte, las nuevas técnicas de comercialización para la multipropiedad de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles se han concebido de forma que, en determinadas circunstancias, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva y de sus obligaciones fundamentales. A título de ejemplo, como ha constatado la Comisión, algunos vendedores proponen contratos por un período inferior a tres años o prevén un período anual de disfrute inferior a siete días. Además, los contratos de propiedad compartida se ofrecen a través de un seguro o de la pertenencia a un club, o mediante fórmulas concretas destinadas a excluir estas disposiciones del ámbito de aplicación de la Directiva.

las normas comunitarias, restringir innecesariamente la innovación o permitir que los comerciantes poco honrados vayan por delante de la ley. El tiempo necesario para modificar estas directivas y adaptarlas al progreso tecnológico manteniendo al mismo tiempo el mismo nivel de protección de los consumidores viene a sumarse a dicha falta de flexibilidad.

Ciertamente, constata con ello la Comisión los principales defectos de las normas que tienen por misión la protección del consumidor cuando contrata. Destacaba ALPA²⁸⁹, refiriéndose más ampliamente a las directivas que inciden en materia de contratación, que éstas no nacen de forma ordenada, que adolecen de falta de coordinación entre ellas²⁹⁰, tanto en lo referido a su contenido como a su momento de entrada en vigor. De este modo - prosigue el autor italiano- será al legislador nacional a quien le compete la tarea de coordinación en el momento de transponer las directivas²⁹¹. Además, si consideramos que cada directiva está transpuesta en cada país de una forma diferente (bien a causa del tipo de norma de transposición, bien por las distintas opciones que tiene el legislador o bien, sobre todo, en atención a los conceptos utilizados para la traducción), entonces, y añadiendo que el momento de transposición generalmente es distinto en

²⁸⁹ Vid., ALPA, G., “Nouvelles frontières du Droit des contrats”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 4, 1998, págs. 1023 y 1024.

²⁹⁰ Esta insuficiencia del modelo de aproximación por medio de directivas es constatada también por CALAIS-AULOY, para quien las distintas directivas han sido adoptadas una por una, sin que hubiera preocupación por dotarlas de una coherencia general; adolecen de lo que este autor denomina una *filosofía global*. Vid., CALAIS-AULOY, J., “Un Code européen de la consommation?”, en OSMAN, F. (dir.), *op. cit.*, pág. 405.

²⁹¹ Y esto, si el legislador nacional lo hace, pues no son raros los casos en que habiendo de transponer varias directivas con un mismo campo de

aplicación adopta una Ley especial para cada una de ellas, limitándose a su traducción y sin coordinarlas entre sí y con la normativa que ya estuviera vigente. En esta línea, el Comité Económico y Social ha destacado cómo el carácter sectorial de la mayoría de los Textos comunitarios puede, llegado el caso, menoscabar la armonía del Derecho nacional de cada país si las modificaciones introducidas por la transposición conducen a una superposición de normas sectoriales mal coordinadas en un ámbito del Derecho (*vid.*, COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen...*, *cit.*, pág. 4). Aunque sea en un sector distinto del de consumidores, podemos poner un ejemplo de lo que decimos: La regulación actual en España en materia de propiedad intelectual se contiene en el Texto Refundido de 12 abril 1996 (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), en dicho Texto el legislador español ha optado por superponer, sin la coordinación precisa, la originaria Ley 22/1987 y las cuatro Leyes especiales de transposición a nuestro ordenamiento de Directivas comunitarias sobre la materia (Directiva 91/250/CEE, referida a los programas de ordenador; la Directiva 92/100/CEE, sobre derechos de alquiler y préstamo en el ámbito de la propiedad intelectual; la Directiva 93/83/CEE, para el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable; la Directiva 93/98/CEE, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos). El resultado mereció la reprobación de la doctrina (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Propiedad Intelectual”, *Aranzadi Civil* (portada), 1996, pág. 22) por cuanto suponía un Texto normativo de mala factura técnica, de dudosa legalidad en algunos puntos y que no lograba toda la seguridad jurídica que debía ofrecer. Recientemente se dictó la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, o mucho nos equivocamos o el legislador optará, al límite del plazo -cuando no fuera- por transponerla vía Ley especial, y cuando acumule varias, las yuxtapondrá en nuevo Texto refundido. *Vid.*, ROMERO GARCÍA-MORA, G., “Comentario a la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos del derecho de autor”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 516, 2002, pág. 9.

cada Estado, la interpretación de las directivas y de las normas de transposición puede ser diferente al pasar de un país a otro²⁹².

Pero tampoco paran ahí los inconvenientes de la armonización en el modo en que se está llevando a cabo, pues la técnica de armonización mínima, que permite a los Estados transponer las directivas de un modo más estricto y exigente de como vienen originariamente formuladas, provoca un sistema normativo considerablemente complejo donde las normas comunitarias se superponen a las nacionales ya existentes en lugar de desplazarlas. Esta forma de armonización podría ser vista incluso como un obstáculo más a la hora de proporcionar un sistema autosuficiente y único para el consumidor²⁹³.

Los inconvenientes a los que acabamos de referirnos, sobre todo en cuanto implican disparidades en las normas nacionales de transposición de directivas, junto con las consecuencias menos deseables de la técnica de armonización mínima, nos parecen uno de los problemas más graves de la legislación comunitaria actual en materia de consumidores y contratación, pues se corre el riesgo de desnaturalizar la finalidad misma de las directivas -finalidad armonizadora- y, con ello, no alcanzar el objetivo pretendido que no es sino el favorecimiento de la contratación transfronteriza cuando interviene un consumidor,

²⁹² No podemos tampoco olvidar que, como señalara VIRGÓS SORIANO, nos encontramos ante normas cuyo objetivo no es sólo la protección del contratante débil sino también la organización del mercado, por lo que las normativas nacionales expresan un marcado particularismo y diversos niveles de intervencionismo público, lo que, añadimos, incidirá aún más en la disparidad de las normas de transposición (*vid.*, VIRGÓS SORIANO, M., “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1985, vol. III, págs. 793 y 794).

²⁹³ *Vid.*, WEATHERILL, S., “El Libro Verde de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo: Contexto, Contenido y Fundamento constitucional”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 244, 2002, pág. 766 (trad. por PÉREZ CARRILLO, E. F.).

de forma que también los consumidores puedan gozar de las ventajas del mercado interior y un nivel alto de competencia entre las empresas.

Podríamos poner un ejemplo de lo que afirmamos: en materia de crédito al consumo, donde fue dictada en su día la Directiva 87/102/CEE (aunque actualmente se halla en tramitación una Propuesta de Directiva que la derogaría), los Estados, acogiendo a la cláusula mínima del art. 15 han adoptado disposiciones más detalladas, precisas y estrictas que las de dicha Directiva para la mayoría de las formas de crédito al consumo, diferentes en cada Estado miembro. Estas diferencias consideramos que pueden dificultar la conclusión de contratos transfronterizos en perjuicio tanto de los consumidores como de las propias entidades financieras. Por ejemplo, la legislación en materia de crédito al consumo de algunos Estados miembros incluye el arrendamiento financiero con opción de compra a particulares, incluido el *leasing* a consumidores para bienes mobiliarios, mientras que en otros Estados miembros se excluyen estos contratos de la noción de crédito al consumo. A su vez, las diferentes concepciones de “crédito al consumo” que coexisten provocan como efecto reflejo que las modalidades de cálculo de los tipos de interés y los costes difieran de una forma de crédito a otra y de un Estado miembro a otro, problema que ni tan siquiera la introducción de la llamada TAE (tasa anual equivalente) por la Directiva referida ha podido solucionar²⁹⁴.

²⁹⁴ La Directiva 87/102/CEE, modificada por las Directivas 90/88/CEE y 98/7/CEE, introdujo el cálculo de un porcentaje anual de cargas financieras (o TAE, es decir, “tasa anual equivalente”) que engloba todos los intereses y costes exigibles al consumidor y facilita su comparación. No obstante, la introducción de la TAE está planteando dos problemas recurrentes: por un lado, los convenios de cálculo de los intervalos de tiempo y los redondeos y, por otro, la determinación de los gastos -la “base”- que deben tomarse en consideración. Para que la TAE sea totalmente fiable y utilizable en toda la Comunidad Europea, los Estados miembros deberían calcularla de manera uniforme e incorporar de idéntica forma todos los elementos de coste derivados del contrato de crédito. Sin embargo, a pesar de las modificaciones introducidas por la Directiva 98/7/CE, no siempre se respetan estas condiciones.

Sin dejar de lado este ejemplo del crédito al consumo y la introducción de la TAE, recordamos cómo las dificultades para demostrar el carácter “obligatorio” de los seguros y las garantías que cubren el reembolso del crédito -este carácter obligatorio es una condición para incluir su coste en la base de cálculo de la TAE-, han llevado a algunos Estados miembros a regular la cuestión haciendo uso de la cláusula mínima que les permite desbordar el ámbito de la Directiva. Si a ello le añadimos que esta Directiva adolece de cierta falta de precisión (v. gr., a propósito del impacto de las comisiones a intermediarios o las tasas relacionadas con el otorgamiento o la ejecución del contrato de crédito), todo ello puede conducir a una diferencia considerable de puntos porcentuales según que los Estados miembros sean más o menos estrictos en la definición de la composición de sus “bases”²⁹⁵. Obviamente esto conduce a que sea considerablemente difícil, en la práctica, comparar ofertas y contratar de acuerdo con la más conveniente garantizándose un nivel alto de protección en todos los casos, que en definitiva es el modo en que habría de protegerse al consumidor o reforzar su posición en el momento de contratar.

²⁹⁵ No obstante, no debemos olvidar que la recientemente aprobada Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (*DO C 331/E de 31.12.02, pág. 200*) aspira a poner remedio a esta situación, concretamente mediante una reevaluación tanto de los convenios de cálculo como de la inclusión o exclusión de determinados costes básicos en función de su justificación económica, a fin de lograr la menor exclusión posible de costes de crédito y un máximo de claridad, lo que debería conducir, en principio, a una aproximación máxima de las “bases” nacionales y a una mayor uniformidad de cálculo.

Siguiendo con las características que a juicio de la Comisión presenta la regulación en materia de protección de consumidores:

La interacción entre la reglamentación comunitaria en materia de protección de consumidores y las otras normas citadas ha creado un marco regulatorio complicado y difícil de entender para las empresas y los consumidores.

La jurisprudencia del TJCE sobre la posible justificación de barreras al libre movimiento de bienes y servicios por motivos de protección de los consumidores no aporta una solución porque se ha limitado a cuestiones específicas de casos concretos (cfr. sentencia *Cassis de Dijon*, ya referida).

Aunque está experimentando un rápido desarrollo en muchos Estados miembros, la autorregulación, mediante códigos de buena conducta, se ve muy restringida a escala comunitaria. Los esfuerzos realizados recientemente para desarrollar la autorregulación a escala comunitaria han dado escasos resultados. Se ha comprobado sin embargo que la autorregulación puede ser un complemento útil de la reglamentación y que puede reducir la necesidad de una legislación muy pormenorizada y aportar beneficios a los consumidores. No obstante, si bien en algunos textos legislativos comunitarios se hace referencia explícita a los códigos de conducta, éstos no han podido desarrollar todo su potencial a escala de la Unión Europea por la diversidad de las legislaciones nacionales y la incertidumbre sobre la situación de los compromisos adoptados en los códigos y su posible carácter ejecutorio. En el Libro Verde, lo que la Comisión sugiere es que se incremente -incluso amparados por una directiva marco- la función de los códigos de conducta en la

Comunidad. A este respecto y con la finalidad de dotarlos de mayor operatividad práctica, sugiere que se defina como práctica desleal el incumplimiento de los compromisos asumidos voluntariamente en materia de prácticas comerciales que se encuentren recogidos en códigos de conducta.

A diferencia de lo que sucede con el trabajo de los organismos de normalización en el *nuevo enfoque*²⁹⁶ y el de los representantes de la patronal y los sindicatos en el diálogo social sobre la regulación del empleo, no existe un marco para la participación oficial de las partes interesadas en el proceso reglamentario a escala comunitaria. A medida que los mercados se diversifican crece la necesidad de recurrir a expertos para establecer la reglamentación. La participación de los agentes interesados podría hacer más aceptables las decisiones normativas.

Si éstas son las características, a juicio de la Comisión, de la regulación comunitaria de la posición del consumidor, la orientación que dicha regulación ha de adoptar en el futuro, según el Libro Verde²⁹⁷, debería aspirar a la consecución de un efectivo *mercado interior del consumo*, pues un mercado interior del consumo a pleno funcionamiento podría contribuir de forma sensible a la consecución de los fines de la Unión Europea; e igualmente, la simplificación de las normas existentes y, donde sea posible, la desregulación, ayudarían también a reducir las cargas desproporcionadas que recaen sobre las empresas, pues los consumidores tendrían acceso a

²⁹⁶ Tal *nuevo enfoque* al que la Comisión se refiere es el indicado en la Resolución del Consejo, de 7 de mayo 1985, relativa a una nueva aproximación en materia de armonización y de normalización (DO C 136 de 4.6.1985).

²⁹⁷ COMISIÓN CE, *Libro Verde sobre la protección...*, cit., pág. 10.

una mayor variedad de mercado²⁹⁸ y a mejores precios²⁹⁹. Y en efecto, no puede olvidarse que las directivas -señalaba QUIÑONES ESCÁMEZ- establecen un nivel de protección común mínimo del consumidor europeo (con independencia de su carácter *pasivo* o *activo*) no sólo para protegerlo sino

²⁹⁸ Los estudios de la Comisión y otros estudios realizados sobre los precios en el mercado interior revelan que en distintos productos de consumo se dan divergencias sustanciales de precios, en parte, debido a las escasas operaciones transfronterizas con consumidores que aún realizan las empresas de la Comunidad. Una reciente encuesta de la Comisión sobre los precios mostró que no son excepcionales las diferencias de precios de un 30 % o incluso un 40 % entre los países de la Unión Europea que ostentan los precios más bajos y los más altos, por ejemplo para los productos electrónicos de consumo de marca (y tales diferencias no pueden explicarse únicamente por diferencias en el régimen de los impuestos indirectos). Estas divergencias revelan, en parte, las consecuencias de un mercado interior del consumo que no está funcionando como debería (*Single Market Scoreboard*, n.º 8 (28 de mayo de 2001) págs.17 a 21). Por otra parte, el último Informe de la Comisión sobre el funcionamiento de los mercados comunitarios de productos y capitales (COM (2001) 736 final) revela que los precios de los alimentos y los bienes siguen variando mucho entre los Estados miembros y que la reducción de esas diferencias se ha frenado considerablemente en los últimos años. En general, los precios varían entre tres y cinco veces más en la Unión Europea que dentro de un mismo país. El informe concluye que la combinación de las diferencias en las legislaciones nacionales, el comportamiento de las empresas y los problemas de competencia pueden hacer que persistan las diferencias de precios en la Comunidad.

²⁹⁹ Las razones políticas para la reforma han sido reconocidas al más alto nivel. El Consejo Europeo de Lisboa fijó un nuevo objetivo estratégico para la Unión: *convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo* mediante la realización del mercado interior, la introducción de reglas fiables para el comercio electrónico y la simplificación y mejora del entorno reglamentario. El Consejo informal de mercado interior y consumo reunido en Lund los días 27 y 28 de abril de 2001 reconoció también la necesidad de reforzar la dimensión de los consumidores en el mercado interior.

para evitar que la disparidad de legislaciones pueda obstaculizar la libertad de circulación de bienes y servicios en los Estados miembros. Las directivas en materia de consumo integrarían, pues, el objetivo social de la protección del consumidor en la lógica económica y concurrencial que preside el Tratado de Roma, haciendo inseparables ambos objetivos³⁰⁰. Cuando hay restricciones transfronterizas para las prácticas comerciales entre empresas y consumidores, un mayor grado de armonización de las normas que las rigen es esencial para el desarrollo de un mercado interior del consumo que funcione plenamente. Por ello, en su Comunicación sobre el mercado interior de los servicios³⁰¹, la Comisión ya ha reconocido que serían convenientes otras medidas de armonización en ámbitos en los que la protección de los consumidores desempeña un importante papel. En consecuencia, la decisión esencial gira en torno al tipo de método necesario para lograr una mayor armonización. Las opciones, para la Comisión, son esencialmente dos:

Un *enfoque específico* basado en la adopción de una serie de nuevas directivas, que tendrían un contenido específico, bien sectorial, bien sobre aspectos tales como publicidad de productos, sistemas de pago, servicios posventa y garantías, etc. Para la Comisión, este planteamiento (basado en medidas verticales de armonización) ofrece considerables ventajas, pues representa un método conocido y fiable que ha llevado a la adopción de las disposiciones legislativas existentes y es también, en principio, más fácil alcanzar un acuerdo

³⁰⁰ Vid., QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “La protección..., *cit.*”, págs. 81 y 82.

³⁰¹ Vid., COMISIÓN CE, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Una estrategia para el mercado interior de servicios*, COM (2000) 888 final, pág. 18. Accesible desde: <http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2000/com2000_0888es01.pdf>.

sobre directivas con un ámbito de aplicación relativamente reducido y proceder luego a cambios específicos durante un largo período de tiempo³⁰². Sin embargo, existen obviamente algunas dudas en cuanto a la eficacia de confiar exclusivamente en este planteamiento para alcanzar un genuino mercado interior. Los límites del ámbito de aplicación de la reglamentación existente en materia de protección de los consumidores a escala comunitaria han justificado la necesidad de las denominadas cláusulas mínimas en las directivas. La decisión de continuar con el planteamiento de legislación selectiva y específica requeriría un compromiso claro de los Estados miembros para cambiar esta política, tanto en lo que se refiere a las directivas ya existentes como a las de nueva creación. Asimismo, muchas de las directivas existentes para la protección de los consumidores necesitarán modi-

³⁰² Un buen ejemplo de la aplicación de esta técnica lo encontramos en el ámbito de las comunicaciones comerciales, donde la Comisión ha examinado en detalle con los representantes de los Estados miembros en su grupo de expertos la posibilidad de aplicar el principio de reconocimiento mutuo de las normas nacionales en el subsector de las promociones de ventas. Estas prácticas comerciales son utilizadas por las empresas para ofrecer publicidad de sus productos y servicios, estando sujetas a una jurisprudencia o a reglas nacionales detalladas que difieren ampliamente de un Estado miembro a otro. El trabajo del grupo de expertos ha mostrado que el único medio de permitir la libre circulación de tales servicios, basándose en un alto nivel de protección del consumidor en este ámbito, es reforzar la armonización, por lo que propone un Proyecto de Reglamento sobre las promociones de ventas en el mercado interior. (*Vid.*, Dictamen del Grupo de expertos sobre la regulación de los descuentos transfronterizos en la Comunidad (*Commercial Communications Journal*, n.º 19, junio de 1999) y el Dictamen del grupo de expertos sobre la regulación de los regalos y ofertas transfronterizas en la Comunidad (*Comercial Communications Journal*, n.º 24, octubre de 2000; a los que se refiere la Comisión en doc. COM (2001) 531 final, n. 40).

ficaciones para corregir los aspectos que se hayan quedado obsoletos como consecuencia del proceso de evolución del nuevo mercado o porque los requisitos legislativos hayan sido superados.

La segunda opción que plantea la Comisión sobre el método necesario para lograr una mayor armonización normativa en materia de consumo consistiría en un *enfoque mixto* compuesto por una directiva marco amplia, completada por directivas específicas en los casos en que fuera necesario. Esta directiva se basaría en modelos similares a los existentes en algunos Estados miembros y terceros países para la protección de los consumidores y a escala de la Unión Europea para la seguridad de los productos³⁰³ y la propuesta para la seguridad alimentaria³⁰⁴. Esta directiva marco general no dejaría sin efecto directivas relativas a sectores específicos como la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos, ni una futura legislación, como el Reglamento propuesto sobre las promociones de ventas, sino que constituiría un instrumento de salvaguarda para las prácticas en las que se han detectado restricciones transfronterizas y que no entran dentro de los ámbitos de aplicación coordinados de las directivas dirigidas a sectores específicos. La principal ventaja que observa la Comisión es que con esta directiva marco, por un lado se haría menos necesaria una reglamentación más detallada de la protección de

³⁰³ Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos (*DO L 228 de 11.8.92, pág. 24*).

³⁰⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Alimentaria Europea y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria (COM (2000) 716 final, 8 noviembre 2000).

consumidores, pues la existencia de esta norma general permitiría abordar las nuevas prácticas comerciales sin necesidad de recurrir a nuevas reglamentaciones; y por otro, que el enfoque global que facilita una directiva marco permite la simplificación de las normas existentes y evita, por su mayor flexibilidad, las *cláusulas mínimas* -que los Estados miembros suelen exigir- en las directivas comunitarias.

Efectivamente, el llamado *enfoque mixto* parece el más interesante en cuanto novedoso frente al tradicional de elaboración de normas para sectores o ámbitos determinados. La Comisión, en el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, estudia con algún detenimiento este enfoque o técnica normativa que propone. En primer lugar, entiende que la directiva marco habría de basarse en una cláusula general sobre las relaciones entre empresas y consumidores, que podría inspirarse en los modelos jurídicos existentes en los Estados miembros sobre las “prácticas comerciales leales” o el “buen comportamiento empresarial”. La cláusula general se completaría con normas generales de equidad y normas específicas para eliminar las diferencias en las reglamentaciones nacionales en materia de prácticas comerciales. Todas estas normas se inspirarían tanto en la jurisprudencia del TJCE y en los conceptos jurídicos comunitarios autónomos (particularmente, sobre publicidad engañosa y cláusulas contractuales abusivas), como en las normas nacionales sobre prácticas fraudulentas y engañosas, el abuso de influencia o las presiones, la comunicación de información, los consumidores vulnerables, las rebajas equitativas o la buena fe.

La cláusula o marco general referido, propone la Comisión que en lugar de basarse en las prácticas comerciales leales parta del concepto más restrictivo de prácticas fraudulentas y engañosas, pues probablemente sería más fácil alcanzar

un acuerdo sobre tal directiva marco puesto que este concepto constituye, en muchos aspectos, el núcleo común de los conceptos de comercio desleal en toda la Comunidad³⁰⁵. No obstante, dado su ámbito de aplicación más limitado, la directiva marco no abarcaría todos los aspectos que entran dentro de una obligación general de comercio equitativo o leal (v. gr., la utilización de técnicas de venta basadas en el abuso de influencia). En consecuencia, los planteamientos nacionales divergentes sobre cuestiones que no entran dentro del ámbito de esta obligación general podrían seguir desarrollándose y probablemente serían necesarias reglamentaciones específicas a escala comunitaria. Apunta la Comisión que esta directiva marco habría de prestar especial atención a la necesidad de informar a los consumidores -realmente, esto no debería ser privativo de la técnica de *enfoque mixto* a que la Comisión se refiere-, como derivación necesaria del art. 153 TCE (derecho a la información), y un aspecto esencial de la misma sería la obligación para las empresas de comunicar toda la información necesaria a los consumidores de forma clara y oportuna, lo que garantizaría el respeto del derecho a la información que el Tratado otorga a los consumidores. En la directiva marco sobre las prácticas comerciales leales también sería posible excluir prácticas como el exceso deliberado de información y el recurso excesivo a la *letra pequeña*. Asimismo, pondría de manifiesto otra importante

³⁰⁵ Con ello, realmente, la Comisión no propone nada nuevo, pues esta prohibición general es la que ya se introdujo como criterio de partida en la Directiva sobre publicidad engañosa (Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa (*DO L 250 de 19.9.1984, pág. 17*), modificada por la Directiva sobre publicidad comparativa (Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa (*DO L 290 de 23.10.1997, pág. 18*).

dimensión del comercio desleal como es que las omisiones también pueden constituir una práctica de comercio desleal.

Además, hemos de añadir que sería también posible que la directiva marco que se sugiere no se limitara a ofrecer una regulación, sino que posibilitara la autorregulación por las partes de sus relaciones permitiendo a las empresas adherirse a un único código de conducta común en vez de a quince. Para que esta autorregulación funcionara serían precisos dos elementos. En primer lugar, cualquier obligación general tendría que definir el incumplimiento de un compromiso voluntario por parte de una empresa respecto de los consumidores como una práctica engañosa o desleal -lo que ya ocurre con la Directiva sobre publicidad engañosa-. En segundo lugar, el ámbito de aplicación de la obligación general no se limitaría a las empresas que mantienen relación con los consumidores, sino que alcanzaría también a las asociaciones comerciales y otras organizaciones que formulan recomendaciones sobre prácticas comerciales y elaboran códigos, etc³⁰⁶. De esta forma, pues, se aumentaría la responsabilidad de las asociaciones cuando ejercitan acciones.

Recientemente la Comisión, en su Comunicación de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea³⁰⁷, ha precisado los que serían elementos principales de la posible directiva marco. Esta directiva marco, como dijimos, armonizaría las disposiciones jurídicas de los Estados miembros relacionadas con la lealtad de las prácticas comerciales

³⁰⁶ Esto mismo ya se llevó a la práctica en la Directiva sobre cláusulas abusivas (art. 7 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DO L 95 de 21.4.1993, pág. 29*).

³⁰⁷ Nos referimos a COMISIÓN CE, *Comunicación de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, COM (2002) 289 final, de 11 junio 2002.

con el fin de garantizar un nivel de protección de los consumidores alto y uniforme y el correcto funcionamiento del mercado interior, centrándose en la protección del interés de los consumidores en tanto que colectivo. En su estructura, partiría de una cláusula general según la cual los Estados miembros deberán garantizar que los comerciantes establecidos en su territorio no adoptarán prácticas comerciales desleales³⁰⁸. A su vez, esta cláusula general deberá apoyarse en una serie exhaustiva de normas específicas (las categorías de *prácticas leales/desleales*) referidas a diferentes etapas de la relación entre las empresas y los consumidores. Para definir dichas categorías, la Comisión habría de examinar las nociones de prácticas leales que son comunes a la mayoría de los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Algunos elementos comunes podrían ser los siguientes: prácticas comerciales engañosas³⁰⁹, ausencia de información debida³¹⁰, uso de fuerza, acoso, coerción y abuso de influencia³¹¹ o la no prestación de servicio posventa ni tratamiento efectivo de las reclamaciones³¹².

Por último, en su reciente Libro Blanco sobre la *gobernanza*³¹³, la Comisión ha recomendado hacer un mayor uso de los mecanismos de corregulación y las directivas marco, por lo que cualquier propuesta para la protección del consumidor que incluya la corregulación deberá cumplir las condiciones que el Libro Blanco establece para ella³¹⁴. Precisamente la opción propuesta por la Comisión de combinar una directiva marco con una base de autorregulación -inserta en el llamado *enfoque mixto*- podría considerarse como un planteamiento corregulador en los términos del Libro Blanco sobre la *gobernanza*. En cualquier caso, los cinco principios de buena *gobernanza*, a saber, apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia, estimamos que revisten un

³⁰⁸ Es decir, en la cláusula general habría dos elementos centrales: el carácter desleal de la práctica comercial y una *prueba del perjuicio para el consumidor*, esto es, el hecho de que la práctica comercial cause o pueda cau-

sar un perjuicio directo al consumidor. Dicha prueba deberá tomar como referencia a un consumidor de inteligencia normal, razonablemente bien informado y razonablemente atento y perspicaz, tal como lo ha definido el Tribunal de Justicia (*Pall corp. vs. Dahlhausen*, as. C-283/89, *Rec.* 1990, pág. I-4827; *Verband Sozialer Wettbewerb e.V. vs. Clinique Laboratoires SNC y Estée Lauder Cosmetics GmbH*, as. C-315/92, *Rec.* 1994, pag. I-317; *Mars*, as. C-470/93, *Rec.* 1995, pág. I-923; *Comisión vs. Alemania "Salsa holandesa"*, as. C-51/94, *Rec.* 1995, pág. I-3299 y *Gut Springenheide*, as. C-210/96, *Rec.* 1998, pág. I-4657).

³⁰⁹ La directiva marco prohibiría que las empresas adopten prácticas comerciales engañosas o que puedan inducir a engaño al consumidor al que van directamente dirigidas o contra el que se practiquen. Ejemplos de estas prácticas engañosas serían las técnicas de promoción de bienes, servicios o propiedades en oferta que no sea claramente identificable como tal por los consumidores; publicitar un bien o servicio haciendo ver que cuenta con un patrocinio, una aprobación, unas características de funcionamiento, accesorios, ingredientes, cantidades, componentes, usos o beneficios que en realidad no tiene o la difusión de que un bien o servicio es de una calidad, grado, estilo o modelo particular que realmente no le corresponde. En definitiva, las empresas deberán poder justificar objetivamente todos los mensajes publicitarios que lancen.

³¹⁰ La directiva marco debería garantizar la transparencia y la posibilidad de conocimiento de datos relevantes, como las afecciones ocultas o las cargas o restricciones sobre los bienes o servicios que puedan tener un efecto importante sobre la decisión de compra del consumidor. El proveedor debería facilitar dicha información al consumidor antes de la compra de cualquier bien o servicio. La directiva marco podría imponer a los comerciantes la obligación de facilitar a los consumidores toda la información que pueda tener una influencia sobre su actitud o su decisión en lo que respecta a los bienes o servicios. Por ejemplo, podrían exigirse, entre otros, los siguientes datos: la identidad del proveedor y, en caso de contratos que requieran un pago por anticipado, su dirección; el precio de los bienes o servicios, incluidas todas las tasas indicadas en la divisa correspondiente; los gastos de entrega, si procede; las disposiciones para la distribución o el funcionamiento; la posibilidad de cualquier devolución, si estuviera prevista por la legislación comunitaria o por cualquier normativa sobre devolución, cambio o reembolso; el coste que supondría para el consumidor comunicar con el comerciante, si fuera superior a la tasa básica, como el uso de números de teléfono con tarifas especiales; información sobre los servicios posventa disponibles o la adhesión a un código de conducta y un mecanismo alternativo de solución de litigios, en su caso.

³¹¹ La directiva marco debería disponer que las empresas no podrán recu-

rrir a la fuerza física, el acoso, la coerción ni el abuso de influencia en sus relaciones con los consumidores, lo que incluye la venta agresiva, y habría de dirigirse contra las empresas que mantengan los comportamientos siguientes: a) se aprovechen indebidamente de características o circunstancias del consumidor; por ejemplo, abusando de una situación específica o desgraciada del consumidor, como el fallecimiento de alguna persona cercana o la enfermedad grave de un familiar, o las preocupaciones sobre su seguridad personal o sobre deudas pendientes; b) presionen indebidamente sobre el consumidor para que acepte la compra de bienes o servicios; por ejemplo, advirtiéndole que no podrá irse sin firmar el contrato, o mediante prolongadas visitas de los representantes de ventas que no atiendan las indicaciones para que cesen en tales visitas.

³¹² La directiva marco habría de incluir los aspectos del servicio posventa que se consideren precisos. Con relación a los procedimientos de gestión de las reclamaciones la directiva marco habría de imponer a los comerciantes que deben responder rápidamente y con eficacia ante cualquier reclamación y que, cuando esté justificada, deberán asegurar la debida reparación. A este respecto, las normas deberán centrarse en los resultados, más que en dictar métodos, dejando que sean las empresas las que organicen sus prácticas internas.

³¹³ Nos referimos a COMISIÓN CE, *La gobernanza europea: Un Libro Blanco*, COM (2001) 428 final, de 25 julio 2001; accesible desde <http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2001/com2001_0428es01.pdf>. Sobre dicho documento, *vid.*, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., “Quelques réflexions à propos du Livre blanc de la Commission *Gouvernance européenne*”, *Revue du Marché Commun et de L'Union Européenne*, n.º 454, 2002, págs. 10 y ss. y PARDO LEAL, M., “El Libro Blanco sobre la Gobernanza: ¿la reforma de la gobernanza de la Comunidad servirá para mejorar la calidad de la legislación comunitaria?”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 216, 2001, págs. 8 a 22.

³¹⁴ El Comité Económico y Social, en su Dictamen al Libro Verde sobre la protección de los consumidores, con relación al mecanismo corregulador destacó que sería útil siempre que los códigos de conducta o códigos de buenas prácticas resultantes sean de buena calidad y se concentren en la definición de buenas prácticas establecida en la directiva marco y los gobiernos y las asociaciones de consumidores lleven a cabo un seguimiento, y siempre que los códigos de conducta estén asociados a mecanismos de reparación y se trate adecuadamente todo incumplimiento de la autorregulación por parte de quienes se adhieran a ella (punto 2.5 del Dictamen del Comité Económico y Social sobre el *Libro Verde sobre la protección...*, *cit.*, pág. 1).

interés directo para la política de los consumidores y deberían formar parte integrante de cualquier futuro planteamiento.

E) Aplicación actual del Derecho de consumo de producción comunitaria en la Comunidad.

Resulta obvio que las opciones que acabamos de ver de reglamentación del Derecho comunitario en materia de protección de consumidores deben ir acompañadas de los mecanismos adecuados que permitan su correcta aplicación, y tanto si el instrumento regulador que se utiliza es un planteamiento de directiva específica como si es una directiva marco, deberá ir ligado a mecanismos de ejecución si se quiere que los Estados miembros puedan cooperar rápida, eficaz y efectivamente para resolver las cuestiones de aplicación transfronteriza³¹⁵.

³¹⁵ La creación del mercado interior ya ha necesitado el desarrollo de cierto grado de cooperación en materia de ejecución y coordinación, por ejemplo, se han creado mecanismos oficiales de cooperación en lo que se refiere a políticas de mercado interior relativas a la fiscalidad, las aduanas, la seguridad alimentaria y la seguridad de los productos. Para la protección de los consumidores ya existe una combinación de mecanismos informales y un instrumento jurídico: la Directiva sobre las acciones de cesación, que otorga a los organismos nacionales competentes en materia de consumo y a las asociaciones de consumidores designadas por los Estados miembros la capacidad de interponer acciones de cesación ante los tribunales de su propio país y de otros Estados miembros para impedir que algunos agentes infrinjan las directivas comunitarias sobre protección de los consumidores. La Red internacional de supervisión de las prácticas comerciales (*International Marketing Supervision Network*, IMSN) es un foro semestral para la cooperación informal entre los responsables de la aplicación de las leyes en el mundo. Un subgrupo de funcionarios encargados de su cumplimiento en la Unión Europea se reúne también cada seis meses.

El art. 10 TCE sienta la base de la cooperación entre la Comunidad y los Estados miembros³¹⁶. MÉNDEZ PINEDO, estudiando dicha cooperación, sostiene que existe una nueva concepción de la labor de la Comisión y del papel que deben desarrollar los Estados miembros en la ejecución y aplicación³¹⁷ del Derecho comunitario sobre la base de los actuales arts. 5 (principio de subsidiariedad) y 10 TCE (principio de coopera-

³¹⁶ Este art. 10 TCE dispone que *Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.* En el art. 11 TCE se prevé la autorización a los Estados miembros para establecer entre sí una cooperación reforzada en determinados ámbitos.

³¹⁷ Las diferencias entre “transposición”, “aplicación” y “ejecución” las explica MÉNDEZ PINEDO en los términos siguientes: La “transposición” designa el proceso abstracto de incorporación y traslación del Derecho comunitario derivado al ordenamiento de los Estados miembros. La “aplicación” se refiere a la correcta administración del Derecho comunitario, proceso que no sólo afecta al Derecho derivado, sino también al originario. La consecuencia más evidente de la aplicación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro es que no puede aplicar ni ejecutar las normas nacionales que sean contrarias al mismo. Cuando se utiliza la expresión “ejecución” se hace referencia exclusivamente al papel que ejercen la Comisión o los Estados miembros (y excepcionalmente actores privados) al obligar - de acuerdo con el arsenal de medidas a su disposición- a otros actores a cumplir con las obligaciones que les impone el Derecho comunitario. *Vid.*, MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*, pág. 289, n. 143 (sigue la autora en este punto a CURTIN, D. y MORTELMANS, K., “Application and Enforcement of Community Law by the Member States”, en CURTIN, D. y HEUKELS, T., (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, págs. 1 a 44).

ción)³¹⁸, de tal modo que si bien la toma de decisiones en el plano comunitario se realiza de manera centralizada, la descentralización se produce en la fase de aplicación, lo que conlleva una menor intervención comunitaria y una mayor responsabilidad de los Estados en el cumplimiento de los objetivos de la integración europea. La obligación de cooperación, remarca VAN GERVEN, implica a todos los poderes públicos, y por lo que concierne a los Estados incumbe en todos los niveles. Y así, el legislativo tendrá la obligación de respetar escrupulosamente las obligaciones comunitarias que deriven de reglamentos o directivas; las jurisdicciones nacionales deberán interpretar las disposiciones nacionales en la medida de lo posible de acuerdo con el Derecho comunitario y, el poder ejecutivo, tendrá la obligación, pongamos por caso, de hacer efectivas libertades tan importantes como la libre prestación de servicios en la Comunidad³¹⁹.

Sobre este concepto de cooperación habría de fundarse la nueva legislación comunitaria en materia de consumo. Centrándonos en el ámbito de cooperación en la aplicación del Derecho comunitario *pro consumptore* y descendiendo a lo concreto, la aplicación conjunta de los principios de subsidiariedad y de cooperación exigirá cada vez en mayor medida la cooperación administrativa entre los Estados miembros y la Comunidad

³¹⁸ La relación entre ambos principios la encuentra la autora citada, básicamente, en que la subsidiariedad justifica una menor intervención de las instituciones de la Comunidad, mientras que la cooperación fundamenta una mayor responsabilidad estatal en la aplicación y ejecución del Derecho comunitario. *Vid.*, MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*, pág. 401.

³¹⁹ *Vid.*, VAN GERVEN, W., “Les principes de ‘subsidiarité, proportionnalité et coopération’ en Droit communautaire européen”, en VV. AA., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Madrid, 1993, pág. 1290.

Europea, de tal forma que debe existir un sistema de cooperación viable entre las Instituciones comunitarias y los Estados miembros ordenado según el principio de mutua colaboración: los Estados miembros deben asumir la obligación de aplicar los programas de consumo comunitarios y, al mismo tiempo, la Comunidad debe respetar las competencias de dichos Estados. Los dos principios mencionados, concluye MÉNDEZ PINEDO, se constituyen como ejes fundamentales para entender las relaciones entre la Comunidad y sus Estados miembros. En realidad, se podría decir que la Comunidad estaría tendiendo hacia un sistema “federal de cooperación”, lo que ha sido confirmado por el Tratado de Amsterdam (que mantiene los principios aludidos en los términos en que se diseñaron en el TUE)³²⁰.

La Comisión, en el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea³²¹, expone las que a su juicio deben ser las características principales en materia de aplicación de las normas relativas a la protección de los consumidores en el mercado interior y llama la atención sobre las principales carencias en materia de cooperación. Precisamente la Comisión ha puesto de relieve la importancia de la cooperación en este ámbito de protección de consumidores, de tal modo que la legislación existente y la que pueda irse elaborando no resulte vacía de contenido a la hora de su aplicación o ejecución en su caso. La cooperación, en este sentido, va a ser precisa en tres niveles: entre la Comisión y los Estados miembros, entre los Estados

³²⁰ *Vid.*, MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*, *passim*.

³²¹ *Vid.*, COMISIÓN CE, *Libro Verde sobre la protección...*, *cit.*, págs. 17 a19.

miembros entre sí y por último, entre la Comunidad y terceros Estados³²².

Primeramente, ha destacado la Comisión que el pleno funcionamiento de un mercado interior de los consumidores dependerá en buena medida de que las autoridades públicas competentes de cada Estado miembro actúen en cooperación como “la última instancia ejecutiva”, sin por ello excluir la función que los consumidores y las asociaciones, a través de los tribunales, puedan tener. La capacidad de los poderes públicos para actuar y prevenir el perjuicio a los consumidores antes de que se mate-

³²² Lo cierto es que el art. 10 TCE se refiere a la cooperación de los Estados miembros con las Instituciones comunitarias, lo que podría calificarse como de formulación unilateral de la norma (así, VAN GERVEN, W., *op. cit.*, pág. 1289), pero actualmente se impone una relectura de la norma de tal modo que se contemplen otros planos de cooperación que excedan del referido, del simple facilitar los Estados el cumplimiento por la Comunidad de sus objetivos, pues las competencias y poderes de ésta son cada vez mayores. En cualquier caso, esta carencia “histórica” del Tratado no ha pasado desapercibida para el TJCE -atento intérprete siempre del Derecho comunitario- que ha tenido ocasión de recordar que también han de existir ámbitos de cooperación inversos, es decir, de la Comunidad con los Estados miembros, y así, en *Delimits* declaró que la Comisión tenía la obligación de colaborar tanto económica como jurídicamente con las autoridades nacionales que reclamen dicha colaboración en el ámbito del Derecho de la competencia (STJCE 28 febrero 1991, *Delimits*, as. C-234/89, *Rec.* 1991, pág. I-935). E incluso, ha precisado que también existe un ámbito de cooperación a desarrollarse entre los propios Estados, en concreto, en *Matteucci* se impuso a los Estados la obligación de tener en cuenta las medidas de control establecidas por otro Estado -lo que consideraba como aplicación del deber de cooperación- cuando se adoptaran medidas inspiradas en los motivos de justificación enunciados en el actual art. 30 TCE (referido a la prohibición de restricciones cuantitativas entre los Estados miembros o de las medidas de efecto equivalente en el ámbito de la libre circulación de mercancías) o que vengan justificadas por exigencias imperativas (STJCE 27 septiembre 1988, *Matteucci*, as. 235/87, *Rec.* 1988, pág. 5589).

rialice en caso de que las empresas actúen fraudulentamente, con engaño o mala fe, o para persuadir a las empresas de que cambien su comportamiento sin tener que recurrir a largos procedimientos judiciales es un elemento esencial de la confianza de las empresas y los consumidores, pues un mercado interior necesita una vigilancia coordinada del mercado. Señaladamente, el desarrollo del comercio electrónico *Business-to-Consumer* hará mucho más necesaria la cooperación³²³, en la medida en que el entorno *on line* abre posibilidades sin precedentes para que empresas con prácticas fraudulentas o desleales entren en contacto con los consumidores de un ámbito de jurisdicción diferente y puedan escapar a la acción de las autoridades competentes³²⁴.

El segundo nivel de cooperación lo situamos, dijimos, entre los propios Estados miembros, ámbito en el que, aunque existen acuerdos de cooperación con relación a operaciones transfronterizas, acuerdos no oficiales que han resultado extremadamente útiles dentro de su marco informal (el caso de la IMSN Europe), no ofrecen los instrumentos necesarios de cooperación que se han desarrollado en otros ámbitos. Quizás una de las principales carencias en este terreno y que pone particularmente de relieve la Comisión es la ausencia de un

³²³ El comercio electrónico presenta un potencial de desarrollo dentro de la Comunidad extraordinario, aun cuando ciertamente su volumen actual todavía es escaso. El dictamen del Comité Económico y Social sobre *Los efectos del comercio electrónico sobre el mercado interior* muestra que actualmente en Europa el comercio electrónico supone menos del 1 % del número total de transacciones de consumo, menos aún que la venta por correo tradicional (*DO C 123 de 25.04.01, pág.1*).

³²⁴ En este sentido, el artículo 19 de la Directiva sobre el comercio electrónico establece que los Estados miembros deberán dotarse de los medios adecuados de supervisión e investigación necesarios para aplicar la Directiva y deberán cooperar mutuamente.

marco para el intercambio sistemático de información (*asistencia mutua*) sobre comerciantes potencialmente fraudulentos, deshonestos o desleales, ni de forma espontánea ni a petición de parte, cuando el intercambio extensivo de información es la piedra de toque de una vigilancia eficaz del mercado. Tampoco existe una base jurídica para la comunicación de tal información de forma confidencial entre organismos de aplicación de la ley³²⁵. Otras deficiencias que observa la Comisión para una más eficaz cooperación entre los Estados miembros serían la ausencia de un marco para las acciones coordinadas de aplicación de la ley contra los comerciantes que se dirigen a consumidores de varios Estados miembros, o la falta de un único punto de contacto para las autoridades de otro Estado y de los suficientes enlaces dentro de cada Estado miembro que garanticen una buena cooperación. Existe un elemento sobre el que conviene llamar la atención como es la Directiva sobre acciones de cesación³²⁶, que vino a colmar una laguna importante y que puede constituir una herramienta útil para las asociaciones de consumidores, pero no es probable que se convierta en un instrumento polivalente para resolver estas cuestiones, pues aunque las autoridades públicas puedan actuar a su amparo, la relación entre coste y beneficio que supone para una autoridad pública el inicio de una acción de cesación en jurisdicciones extranjeras nunca será lo

³²⁵ No obstante, recientemente se ha creado una base de datos dentro del subgrupo de la Unión Europea en la IMSN, pero por razones de confidencialidad se limita a ser un instrumento histórico y anticuado, en lugar de un instrumento de aplicación “en tiempo real”.

³²⁶ Destacando la función que esta Directiva puede tener con relación a la infracción transfronteriza del Derecho comunitario de consumo, *vid.*, COMISIÓN CE, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las reclamaciones de los consumidores respecto de la venta a distancia y la publicidad comparativa*, COM (2000), 127 final.

suficientemente positiva como para que este instrumento pueda generalizarse en la práctica diaria³²⁷.

El tercer nivel de cooperación es el que debía encontrarse entre la Comunidad como tal y terceros Estados, y precisamente este marco de cooperación se ve aquejado por las deficiencias de cooperación intracomunitaria, lo que comporta que la Comunidad no pueda iniciar una cooperación eficaz con terceros países, cuando, sobre todo el desarrollo del comercio electrónico, que deja entrever la posibilidad de hacer compras por encima de las fronteras a escala mundial, exige tal cooperación³²⁸.

En definitiva, el funcionamiento pleno de un mercado interior de los consumidores depende de su aplicación más o menos eficaz en todos los Estados miembros. El artículo 153

³²⁷ Que algunas autoridades públicas puedan tener la consideración de entidades habilitadas es una posibilidad contemplada en el art. 3 de la Directiva 98/27/CE, relativa a las acciones de cesación. En concreto, establece esta norma lo siguiente: *A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "entidad habilitada" cualquier organismo u organización, correctamente constituido con arreglo a la legislación de un Estado miembro, que posea un interés legítimo en hacer que se respeten las disposiciones contempladas en el artículo 1, y en particular: a) uno o más organismos públicos independientes específicamente encargados de la protección de los intereses a los que se refiere el artículo 1, en los Estados miembros en los que existan tales organismos, y/o b) las organizaciones cuya finalidad consista en la protección de los intereses a los que se refiere el artículo 1, según los criterios establecidos por su legislación nacional.*

³²⁸ Entre tanto, para hacer frente a este reto, Estados Unidos, Canadá y Australia han creado una red oficial de cooperación, a la que han invitado a adherirse a la Unión Europea, Japón y a otros países. La red mundial ya ha logrado superar los problemas de confidencialidad encontrados por la IMSN-Unión Europea y ha elaborado una base de datos "en tiempo real". La falta de un marco comunitario para la cooperación impide que la Unión Europea pueda adherirse a la red mundial e influir sobre su evolución.

TCE fue modificado por el Tratado de Amsterdam para precisar el cometido de la Comisión como garante de la eficacia de las políticas nacionales. Por el momento, sin embargo, no existe un marco en el que las Instituciones puedan llevar a cabo su función de control y ayudar a mejorar las normas de ejecución en el mercado interior, cuando la necesidad de que desempeñen esta función de apoyo aumentará con la ampliación y la entrada de países sin una larga tradición de protección de los consumidores. Además, también hemos visto que se ven entorpecidas en su labor de vigilancia del mercado interno de los consumidores y de las repercusiones de la legislación de protección de los consumidores por la falta de una corriente sistemática de información sobre el terreno en los Estados miembros³²⁹.

³²⁹ La Comisión viene pidiendo desde hace tiempo un marco jurídico de cooperación formal con las autoridades de los Estados miembros. Este marco jurídico de cooperación ayudaría a mejorar la corriente de información entre las autoridades encargadas de la aplicación y la reglamentación, e incluiría el nombramiento de autoridades competentes dentro de cada Estado miembro, la introducción de un listado de derechos y obligaciones de asistencia mutua entre los Estados miembros (para intercambio de información, vigilancia, investigación...), la creación de bases de datos comunes y redes de comunicación interna, etc. Para ello se propone la creación de un Comité que tendría como función la puesta en práctica de la cooperación (*vid.*, Decisión del Consejo, de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (*DO L 184 de 17.7.1999, pág. 23*). Un avance en esta materia, aunque se está revelando insuficiente, es la base de datos CLAB (*clauses abusives*), creada por la Comisión para disponer de un instrumento de control en la aplicación práctica de la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas, en la forma de una base de datos sobre *jurisprudencias* nacionales sobre dichas cláusulas (en realidad, esa *jurisprudencia* abarca no sólo sentencias judiciales, sino también decisiones de órganos administrativos, acuerdos voluntarios, resoluciones extrajudiciales y laudos arbitrales). La propia Comisión, impulsora del proyecto, estima que es preciso completar y mejorar la base de datos (*vid.*, COMISIÓN CE, *Comunicación de la Comisión...*, *cit.*, COM (2002) 208 final, pág. 9).

4. LA POSIBILIDAD DE UN CÓDIGO EUROPEO DE CONSUMO

Ya vimos que las opciones que *pro futuro* se planteaba la Comisión en materia de consumidores eran dos, bien la adopción de una serie de nuevas directivas con un contenido específico, que es el método hasta ahora seguido, o bien la elaboración de una directiva marco amplia, completada por directivas específicas. No cabe duda que los planteamientos que realiza la Comisión son a corto plazo y asumibles por todos, pues constatadas las insuficiencias de las directivas que protegen la posición del consumidor cuando es parte en contratos, la solución consistente en mejorar la legislación lejos de ser conveniente es necesaria. E incluso el planteamiento de realizar una directiva marco que partiendo de un principio general que pueda ser asumido por todos los Estados miembros contenga las especificaciones mínimas que posibiliten la coordinación del resto de normas, también puede verse como una necesidad ante la imposibilidad de que un solo texto reúna el contenido que actualmente se halla disperso en numerosas directivas. Por otra parte, esta directiva marco tal y como se propone no encontraría obstáculos graves, ni tan siquiera el competencial o el derivado de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad tal como han sido definidos tras el TUE. En fin, podríamos concebir esta opción como un avance frente a lo existente, pues la directiva marco podría proporcionar mayor coherencia a las directivas específicas que se fueran elaborando, podría incluso venir a solucionar alguno de los problemas que aquejan a las ya existentes, v. gr., podría ofrecer un concepto uni-

forme de consumidor comunitario, aunque otros problemas quedarían sin resolver³³⁰.

Pero las miras pueden ir un poco más lejos. Ya dijimos en la introducción que el modelo de la directiva surge en un contexto muy determinado y con una finalidad muy precisa. A pesar de sus virtudes, a las necesidades crecientes de políticas comunitarias como la propia de la protección de consumidores es un instrumento que le queda escaso. La alternativa que la Comisión propone incide sobre lo mismo que ya existe, perpetúa la parcelación normativa, la regulación para casos concretos, no evita el solapamiento de normas, no soluciona la diversidad de aplicaciones judiciales y administrativas y mantiene los problemas de transposición de las directivas³³¹. Incluso el paso más atrevido, la directiva marco que se propone, no puede solucionar por sus

³³⁰ Entiendo que la subsistencia de las directivas actuales y la posibilidad de que se siguieran elaborando otras para ámbitos específicos, a lo que no se renuncia, dejaría irresueltas cuestiones como la concreción de las obligaciones de información con relación al consumidor, las vías de recurso, el derecho de resolución contractual a instancia del consumidor y las consecuencias de dicha resolución, etc.

³³¹ Quizá con un ejemplo se comprenda mejor esto último que decimos: el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas contractuales abusivas, excluye de su ámbito de aplicación material las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas de un Estado (por cierto, defectuosa traducción, pues no sólo se refiere a las que en Derecho español llamamos disposiciones *imperativas*, sino también a las que conocemos como *dispositivas*), lo que tiene su lógica, pues al gozar estas cláusulas del amparo del legislador o de la Administración no serían sospechosas, en principio, de ser abusivas. Pues bien, esto puede conducir perfectamente a que cláusulas que en un determinado Estado son abusivas no lo sean en otros Estados miembros, lo que prueba las incoherencias a que se puede llegar cuando la Directiva es transpuesta de una determinada forma y se inserta en el sistema propio de cada Estado; por no mencionar las implicaciones que el ejemplo propuesto puede tener en otros ámbitos, señaladamente en cuanto a la competencia entre empresas de Estados distintos.

propias limitaciones los problemas referidos. Las miras, decíamos, pueden ser a más larga distancia.

A) La justificación de un Código europeo de consumo

El diseño básico de cómo ha de ser protegido el consumidor proviene de los años setenta, concretamente de la llamada de atención que el TJCE hizo en *Cassis de Dijon* y que la Comisión supo recoger y desarrollar (antes, el llamado *Programa Preliminar* de 1975 no tenía tanto de contenido jurídico cuanto de declaración política programática). Este diseño respondía fielmente a lo que denominábamos la integración *negativa*, cuya base radicaba en las consecuencias del actual art. 28 TCE (*Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente*). El principio de libre circulación de mercancías que dicha norma consagra conducía a la aproximación de legislaciones de forma negativa: eliminando las que fueran más estrictas, alineándolas por el nivel inferior. El TJCE hubo de reconocer ciertas excepciones y admitir que la legislación *pro consumptore* del país de destino del bien o servicio podría ser aplicada en la medida en que la protección del consumidor constituye una exigencia imperativa de interés general que justifica la limitación a las libertades de circulación.

Pero este sistema, la integración negativa, ha tenido su punto de inflexión con la introducción del art. 129 A TUE -actual art. 153 TCE- que prefiguró una política de protección del consumidor autónoma, independiente de los requerimientos y las necesidades del mercado interior, al que ya no está subordinada al tener su justificación en la tutela que la posición del consumidor requiere. La defensa de los consumidores, considerada en sí misma, ha pasado a ser un objetivo comunitario específi-

co, y las autoridades europeas tienen una legitimación y un mandato para proteger sus intereses incluso al margen de su conexión o no con las restantes políticas comunitarias³³², además de que para alcanzar los fines de la Comunidad la acción de ésta también habrá de implicar el *fortalecimiento de la protección de los consumidores*, como recuerda el artículo 3.1 letra t) del Tratado³³³.

En fin, cabe plantearse dejar atrás el planteamiento armonizador, sobre el que ha girado la política de consumidores hasta el momento, y optar por instrumentos de unificación jurídica³³⁴ que tengan como objetivo la protección de los consumidores unificando las reglas de fondo -las directivas ya hemos visto

³³² *Vid.*, REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, pág. 405.

³³³ Estaría fuera de discusión, aunque convendría remarcarlo, que la competencia contenida en el art. 153 TCE es de las denominadas *compartidas* (recordemos, las competencias pueden ser exclusivas de la Comunidad, concurrentes con los Estados -en virtud de las cuales estos últimos actuarán en la medida en que no lo haga la Comunidad-, paralelas -que ejercen los Estados de acuerdo con el principio de primacía, es decir, de un modo compatible con la actuación de la Comunidad- y complementarias -los Estados las ejercen como prolongación de la actuación comunitaria-). A este tipo de competencias *compartidas* es al que le será de aplicación el principio de subsidiariedad (cfr. VAN GERVEN, W., *op. cit.*, págs. 1284 y ss. y MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*, pág. 329).

³³⁴ Sobre las diferencias entre los conceptos de unificación, *uniformización* y armonización, *vid.*, JEAMMAUD, A., “Unification, uniformisation, harmonisation: de quoi s’agit-il?”, en OSMAN, F., *op. cit.*, págs. 35 y ss. Con acierto apunta este autor que armonización y *uniformización* conllevan, al contrario que la unificación, el mantenimiento de la diversidad formal de las disposiciones nacionales sobre las materias de que se trate; implican la elaboración (o el mantenimiento en su caso) de ciertas disposiciones de Derecho nacional. La armonización se diferencia a su vez de la *uniformización* y de la unificación en que no aspira a la unidad de tenor normativo buscado por la *uniformización* o por la adopción de reglas únicas (unificación). En consecuencia, la unificación comportará reglas *únicas*, la *uniformización* reglas *distintas pero idénticas* y la armonización reglas *distintas pero equivalentes*.

que no tienen esta finalidad- y eliminando los conflictos de leyes, hasta ahora inexcusables para determinar el Derecho aplicable (con independencia del grado de armonización conseguido en ese Derecho de fondo)³³⁵. Ello favorecería una mayor seguridad e incremento en la contratación de consumo y particularmente en la contratación transfronteriza ahora que logros como la moneda única, el mercado interior o los avances tecnológicos de la sociedad de la información lo permiten.

Las objeciones que podrían formularse a la elaboración de un Código europeo de consumo han sido puestas de manifiesto por CALAIS-AULOY. Una objeción importante es la derivada de las diferencias existentes entre las legislaciones de los distintos Estados miembros, y no sólo ya las más notables entre los sistemas de *common law* y continental, sino incluso, dentro de este último grupo, las que habría entre los Derechos *latinos y germánicos*³³⁶. Otra objeción importante que señala CALAIS-AULOY es que el Derecho de consumo no podría unificarse en tanto no lo esté el Derecho común de contratos, pero lo cierto y en ello repara el autor citado, es que aun cuando negáramos autonomía al Derecho de consumo éste presenta un grado de especificidad suficiente como para dar lugar a una codificación diferenciada de la propia del Derecho civil *lato sensu*. E incluso, un Código europeo de consumo tendría

³³⁵ Conviene puntualizar que la eliminación del conflicto de leyes operaría sólo respecto de la determinación del Derecho de fondo, no para la fijación de la jurisdicción competente para conocer del litigio de consumo, pues un eventual Código europeo de consumo sólo unificaría las normas materiales que rigen la relación jurídica de fondo en la que interviene un consumidor.

³³⁶ No obstante, esta objeción ha sido contestada por OSMAN, quien subraya que este posible freno no es invencible y realmente viene motivado por la ausencia de un *espritu abierto*. *Vid.*, OSMAN, F., “Codification, Unification, Harmonisation du droit en Europe: un rêve en passe de devenir réalité?”, en OSMAN, F., *op. cit.*, págs. 29 y ss.

posiblemente una mayor aceptación que un Código de obligaciones y contratos, pues las legislaciones consumeristas de los Estados miembros están actualmente lo suficientemente próximas merced a las directivas *pro consumptore* como para que la unificación parezca un paso posible³³⁷. Pero sobre cómo la ausencia de un Código general de Derecho privado o al menos de Derecho obligacional no es obstáculo para la elaboración de un Código de consumo es algo en lo que merece la pena detenerse.

Hemos comenzado este estudio haciendo un compendio de todos los trabajos que se están llevando a cabo para la unificación del Derecho privado europeo, y si de algo no se les puede acusar es falta de rigor y exhaustividad en el modo en que se están desarrollando (sirva como ejemplo la formulación de los PECL por la Comisión Lando). Posiblemente los principales obstáculos y rémoras que encuentra cualquier proyecto de unificación -e incluso de simple armonización- del Derecho privado europeo puedan ser primeramente evitados en el ámbito de la contratación de consumidores, que no en vano es el ámbito de la contratación más armonizado³³⁸.

³³⁷ *Vid.*, CALAIS-AULOY, J., *op. cit.*, págs. 408 y 409.

³³⁸ Esta interrelación entre la aspiración a un Derecho contractual europeo y la necesidad de armonizar en mayor grado -cuando no uniformar- el Derecho comunitario *pro consumptore* que en este trabajo tratamos de poner de relieve, tampoco es ajena a la Comisión Europea, que ha reconocido que el Derecho contractual en materia de consumo es una parte importante del Derecho contractual de la CE, ligando los avances que hayan de producirse en el contexto del Derecho contractual europeo con la futura legislación sobre los contratos en los que interviene un consumidor. Cfr. COMISIÓN CE, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Estrategia en materia de política de los consumidores 2002 -2006*, COM (2002) 208 final (DO C 137 de 8.6.2002, pág. 2), pág. 6.

En efecto, ha constatado ALPA que actualmente el proceso de armonización y unificación del Derecho de contratos se está produciendo en un triple cuerpo normativo: la creación de un Derecho europeo de contratos (donde insertaríamos las directivas vistas en materia de consumidores), un proyecto de Código europeo de contratos y la redacción de principios uniformes del Derecho de contratos en el comercio internacional³³⁹, y en otro lugar se preguntaba el autor italiano si el primero de estos cuerpos no podría cristalizar en un verdadero y propio “Código europeo” de consumo cuyo efecto último sería sacrificar las peculiaridades propias de los ordenamientos nacionales, pero que a cambio garantizaría a todos los consumidores el mismo nivel de protección y la posibilidad concreta de hacer valer sus derechos en todo país en el que se produzcan bienes y servicios destinados a circular dentro del espacio económico común³⁴⁰. Creemos que sí sería posible dicho Código europeo en materia de consumo³⁴¹. Subraya CÁMARA LAPUENTE que la protección de consumidores ha supuesto una revisión de la normativa sobre las fuentes de las obligaciones y los vínculos entre acreedor y deudor, con especial incidencia en el contenido del contrato y en la formación del consentimiento, y que esta profusión normativa no resulta sorprendente si se tiene en cuenta que, a diferencia de otras materias de Derecho privado, el legislador comunitario tiene reservada competencia expresa sobre materias calificadas como prioritarias cual es la protección del consumi-

³³⁹ *Vid.*, ALPA, G., “Nouvelles frontières..., *cit.*”, págs. 1021 y 1022.

³⁴⁰ *Vid.*, ALPA, G., “Nuevos aspectos..., *cit.*”, págs. 28 y 29.

³⁴¹ Idea que fue abordada en un seminario celebrado en Lyon los días 12 y 13 de diciembre de 1997 (*vid.*, ALPA, G., “Nuevos aspectos..., *cit.*”, pág. 29 y CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, pág. 1669). Las actas se encuentran recogidas en OSMAN, F. (dir.), *op. cit.*

dor³⁴². Algo que tendrá su lógica, pues como ya destacara ULMER hace algunos años, la armonización en esta sede tiene una clara utilidad en el mercado común al garantizar al consumidor la seguridad en sus compras en cualquier país de la Unión Europea sin temor a un déficit de protección jurídica³⁴³.

Pero el punto de inferencia entre una codificación más general que abarque todo el Derecho contractual, a la que nos referíamos al principio, y una codificación sectorial, que comprenda el ámbito del Derecho de consumo, agudamente nos lo muestra CÁMARA LAPUENTE cuando dice que en cierta medida, en aras a la protección de la parte débil en la contratación (el consumidor) la regulación comunitaria ha perseguido como meta limitar la libertad contractual, lo que parece acertado como forma de contrarrestar el desequilibrio que *de facto* se produce entre las partes contratantes. Desde un punto de vista más general -prosigue el autor citado-, la futura armonización acaso debería hacerse sobre la base de la libertad contractual y por tanto del carácter dispositivo del Derecho armonizado por dos razones: fundar la nueva convergencia jurídica en el principio tradicional de la autonomía de la voluntad y, a la vez, reducir los perjuicios que ocasionaría la rigidez en el contexto de adaptación de la normativa a circunstancias cambiantes. Y efectivamente, la diferencia fundamental entre una codificación amplia que comprendiese todo el sector del Derecho contractual y una limitada que comprendiese las normas de protección de consumidores, en la medida en que afectan a normas sustancialmente distintas -tanto que la primera viene básicamente referida a normas dispositivas y la segunda a normas imperativas- está en que la segunda no encontraría las resistencias de culturas o tradiciones jurídicas

³⁴² *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, pág. 1669.

³⁴³ *Vid.*, ULMER, P., *op. cit.*, pág. 1009.

que es el argumento principal para rechazar la unificación del Derecho contractual³⁴⁴, encontrando su base en normas sustancialmente imperativas, que modalizan la eficacia de la autonomía de la voluntad, que obedecen a una realidad como es el fenómeno del consumo a la que los Estados comunitarios han venido respondiendo de un modo similar y que, sobre todo, ha sido objeto de una notable armonización vía directivas que ha desembocado en un Derecho cogente menos resistente a su unificación. Precisamente, señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, las directivas ya existentes en materia de protección de consumidores han permitido una más fácil armonización al referirse a realidades nuevas, que escapan de las reglas y planteamientos tradicionales ya existentes en cada Derecho nacional; era claro que los Derechos nacionales debían hacer frente a esas nuevas realidades con instrumentos jurídicos nuevos -algunos comenzaron a hacerlo antes que otros- y, precisamente por ello, las directivas han servido para que estos instrumentos sean homogéneos en el plano europeo³⁴⁵.

³⁴⁴ WEATHERILL ha resaltado cómo las Directivas *pro consumptore* que se adentran en el control y definición de los contenidos contractuales -sería el caso, especialmente, de la Directiva sobre cláusulas abusivas- estarían estimulando, a la hora de su interpretación por parte del TJCE en respuesta a cuestiones prejudiciales, lo que denomina “fertilización cruzada” o influencia recíproca entre los sistemas de Derecho privado de los Estados miembros de la Comunidad europea. *Vid.*, WEATHERILL, S., *op. cit.*, págs. 762 y 763.

³⁴⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Respuesta en relación con la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y al Parlamento europeo sobre Derecho contractual europeo*. El texto, junto con el resto de respuestas enviadas, se encuentra accesible desde: <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/index_en.html>. Esta misma idea ya fue puesta de manifiesto en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La reforma del Derecho de la contratación en España”, *Ponencias. Congreso Internacional sobre la reforma del derecho contractual y la protección de los consumidores*. Zaragoza, 15-18 de noviembre de 1993, pág. 238.

Lógicamente el contenido de un eventual Código europeo de consumo habría de tomar como base lo ya legislado vía directivas *pro consumptore*, retomando todas las normas destinadas a la protección del consumidor cuando interviene en la contratación, procurando la coherencia interna y el establecimiento de un verdadero sistema en esta sede -principal defecto que al conjunto de directivas hemos venido achacando-, procurando el *alto nivel de protección* que los arts. 153.1 y 95.3 TCE preconizan. Dos serían las principales dificultades en la determinación de su contenido. La primera derivada del carácter pluridisciplinar del Derecho de consumo, donde se entremezclan disposiciones propias del Derecho civil, penal, administrativo o procesal y no siempre va a resultar tarea fácil deslindar unas de otras y, aun cuando lo hiciéramos, no podría descoordinarse, pongamos por caso, la unificación civil-mercantil del Derecho administrativo sancionador. Otra dificultad importante deriva del tipo de normas a introducir, bien exclusivamente normas de tipo general aplicables al conjunto de bienes o servicios o bien, junto a éstas, normas especiales para la contratación sobre ciertos bienes y servicios, opción esta última que parecería preferible si se quiere un instrumento completo, aunque no puede ignorarse que haría aún mucho más difícil la tarea de elaborar un instrumento único³⁴⁶.

B) La incierta base competencial para legislar en materia de consumo

Ya hemos visto que la política *pro consumptore* en la Comunidad tuvo su nacimiento en el Programa Preliminar de 1975 y en el pronunciamiento del TJCE en *Cassis de Dijon* y cómo a pesar del desarrollo posterior de dicha polí-

³⁴⁶ Vid., CALAIS-AULOY, J., *op. cit.*, págs. 411 y 412.

tica a través, fundamentalmente, de directivas durante la siguiente década, hasta la elaboración del Tratado de la Unión Europea en 1992 no se introduciría un título específico sobre la protección del consumidor en un texto *constitucional*. Este desarrollo de la acción *pro consumptore* se ha llevado a cabo careciendo la Comunidad de una base competencial cierta y precisa, a diferencia de otras políticas comunitarias que reposan sobre una base jurídica proporcionada por el Tratado, pese a lo cual se ha venido desarrollando por la práctica de las Instituciones comunitarias incluso antes de ser oficialmente reconocida como una política comunitaria en Maastricht³⁴⁷.

La base competencial que se ha venido empleando en materia de protección de consumidores ha sido en su mayor parte la prevista para las disposiciones en materia de libertades de circulación, principalmente los arts. 94 (antiguo art. 100) y 95 (antiguo art. 100 A, introducido por el Acta Única Europea) TCE³⁴⁸. El primero de ellos prevé que *El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproxima-*

³⁴⁷ *Vid.*, PIZZIO, J. P., *op. cit.*, pág. 87.

³⁴⁸ En otras ocasiones, sin embargo, el título competencial habilitante se ha ido a buscar en bases previstas para acciones y políticas comunes, sería el caso del art. 308 TCE (antiguo art. 235), donde se establece que *Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes*. A su amparo se adoptaron las Directivas 92/59/CEE sobre seguridad general de los productos o 79/581/CEE, relativa a los precios de productos alimentarios.

ción de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común, mientras el segundo de ellos, en lo que nos interesa, establece que *El Consejo (...) adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior*. Una importante diferencia entre ambas normas estriba en que para poder adoptar actos normativos con base en la primera es precisa la unanimidad, bastando mayoría cualificada respecto de la segunda, lo que obedece a la intención del Acta Única Europea de evitar que la efectividad del mercado interior pudiera estar sometida al “veto” de algún Estado.

Esta competencia de la Comunidad en relación con el mercado interior no se halla *a priori* limitada por competencia alguna reservada a los Estados miembros, se trata, pues, de una de las llamadas competencias horizontales, cuyo ejercicio desplaza la competencia normativa nacional en el ámbito de que se trata permitiendo la adopción de las medidas (obviamente, incluidos actos normativos vinculantes) que requiera el mercado interior para su efectividad, no sólo en un sentido meramente liberalizador, sino también, llegado el caso, regulador.

No obstante, debe recordarse que las competencias comunitarias, conferidas por el Tratado, son asignadas a la Comunidad con el fin de lograr los objetivos específicos del Tratado, interpretados a la luz de los objetivos generales de la Comunidad, por lo que la amplitud de la competencia comunitaria debe ser determinada tomando como referencia el alcance de dichos objetivos, es decir, en todo caso la

Comunidad sólo ostenta competencias “de atribución”³⁴⁹. Queremos decir con ello que el alcance de la competencia comunitaria derivada de los actuales arts. 94 y 95 TCE, en la medida en que habilita para adoptar medidas que tengan por objeto el *establecimiento y el funcionamiento del mercado interior*, se define en virtud de un criterio de carácter funcional, que se extiende transversalmente al conjunto de las medidas destinadas a la realización de dicho mercado interior. Este criterio conduce generalmente a normas comunitarias que afectan a las más diversas áreas del Derecho nacional³⁵⁰, siempre que sean relevantes para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior³⁵¹. De esta forma, el alcance de la competencia conferida por el actual art. 95 TCE se define exclusivamente con arreglo a su objetivo declarado, razón por la que -es lo que inte-

³⁴⁹ Así, el artículo 3 B, párrafo primero, del Tratado dispone que *la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. Vid.*, al respecto, Dictamen 2/94 del TJCE de 28 marzo 1996 (*Rec.* 1996, pág. I-1759, apdo. 23), así como art. 7.1 TCE (anterior art. 4.1) y el primer motivo de anulación en el artículo 173 del Tratado, es decir, incompetencia.

³⁵⁰ *Vid.*, Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto *España vs. Consejo* (STJCE 13 julio 1995, as. C-350/92, *Rec.* 1995, pág. I-1985, apdo. 26), donde España solicitaba la anulación del Reglamento (CEE) n.º 1768/92 del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativo a la creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos, basado en el artículo 100 A del Tratado.

³⁵¹ Si bien deben tenerse presentes, primero, el art. 100 A, apdo. 2 TCE, que excluye expresamente determinadas materias del ámbito de aplicación del apartado precedente; segundo, el art. 100 A, apdo. 1, que es aplicable *salvo que el presente Tratado disponga otra cosa*. Entre otros ejemplos cabe citar: el artículo 57.2 TCE, al que se refiere expresamente el art. 7 A del Tratado; las disposiciones que tratan de objetivos sectoriales específicos, como los artículos 154 a 156 TCE (anteriores arts. 129 B a 129 D) o, más en general, la política agrícola común, contemplada en el artículo 43 del Tratado.

resa retener- los actos normativos adoptados en favor de los consumidores al amparo de dicha norma han de cumplir, primeramente, con el requisito de ser medidas destinadas a dotar de efectividad al mercado interior.

La lógica a que obedece este fundamento competencial viene a ser la misma que presidió el pronunciamiento del TJCE en *Cassis de Dijon*, esto es, que las disparidades legales -en nuestro caso a la hora de establecer disposiciones protectoras del consumidor- pueden suponer obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios, por lo que serán necesarios instrumentos armonizadores que hagan desaparecer dichos obstáculos a las libertades fundamentales. Esta es, acaso, la base competencial más aceptada y que ha sido utilizada en numerosas ocasiones con el consenso de todos los Estados miembros (es la base de directivas tan relevantes como las relativas a las cláusulas abusivas, crédito al consumo o viajes combinados), aunque en buena medida ello se ha debido a la ausencia de una competencia específica que permita legislar en materia de protección del consumidor armonizando legislaciones, de tal modo que la legislación en este ámbito ha tenido que ser elaborada como medidas de armonización dirigidas a la consecución del establecimiento y desarrollo del mercado interior³⁵².

En cualquier caso, debemos señalar que si hasta ahora había sido ésta una base tan aceptada se debía a que para adoptar una norma a su amparo se precisaba la unanimidad en el pri-

³⁵² WEATHERILL pone como ejemplo la Directiva 85/577/CEE, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, ya que en ella se recuerda que la práctica de venta a distancia está sujeta a normativas diversas en los distintos Estados miembros, lo que puede afectar directamente al funcionamiento del mercado común. Es decir, que se fundamenta jurídicamente como medida de armonización. *Vid.*, WEATHERILL, *op. cit.*, págs. 763 y 764.

mer caso (art. 94 TCE, antiguo 100), luego difícilmente si los Estados consentían en su adopción iban a recurrirlas posteriormente en anulación³⁵³. De hecho, cuando ha comenzado a utilizarse la base competencial que proporciona el art. 100 A TCE (actual art. 95), que no exige la unanimidad, y algún Estado ha fracasado en la negociación política previa de tal modo que se le ha “impuesto” una directiva, han comenzado a impugnarse éstas (sería el caso de la conocida como sentencia sobre Publicidad del Tabaco, a la que más adelante nos referiremos).

Proseguir con la utilización de este fundamento competencial para la política relativa a consumidores implica tener que estar constantemente en la lógica de someter la protección del consumidor al condicionante de las libertades de circulación, es decir, de legislar no tanto en atención a la presencia de una parte débil en la contratación sino para favorecer el comercio

³⁵³ *Vid.*, WEATHERILL, *op. cit.*, pág. 766 y PICOD, F., *op. cit.*, págs. 77 y 78. Incluso, continúa este último autor, cuando se ha podido utilizar como base competencial el art. 100 A TCE (actual art. 95), donde basta la mayoría cualificada, si ha sido contestada la base competencial, concretamente con relación a la Directiva 92/59/CEE, donde el TJCE ha observado que la expresión *medidas relativas a la aproximación* que utiliza dicha norma podría englobar, más allá de la aproximación de reglas generales de seguridad, prescripciones aplicables a un producto o a una categoría de productos (STJCE 9 agosto 1994, *Alemania vs. Consejo*, as. C-359/92, *Rec.* 1994, pág. I-3681, apdo. 37). Si bien, considera el autor citado que son raras las oposiciones de los Estados a la utilización de esta base competencial y, cuando se oponen, no es tanto para resaltar el carácter tal vez artificial de este fundamento competencial. No obstante, recientemente el TJCE (en su sentencia sobre Publicidad del Tabaco) ha quebrado con esta tendencia y ha mostrado que vigilará atentamente las intervenciones de la Comunidad en materia de Derecho privado y, por lo que nos concierne, de Derecho de consumo. Nos referimos a la STJCE 5 octubre 2000, *Alemania vs. Parlamento y Consejo*, as. C-376/98, *Rec.* 2000, pág. I-08419.

intracomunitario, deviniendo la armonización *pro consumptore* en sólo una forma de evitar normas dispares por parte de los Estados que entrañen medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas que suponen un obstáculo a las libertades de circulación y, con ello, un freno a la efectividad del mercado interior. PICOD arriesga incluso a sostener, aunque concluye afirmando que le parece una base insuficiente, que el fundamento competencial de los antiguos arts. 100 y 100 A TCE (actuales arts. 94 y 95 TCE) podría seguir siendo válido combinado con la nueva disposición introducida por el TUE, el art. 129 A (actual art. 153 TCE), y ello por cuanto dicha norma dispone que *la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores (...) mediante: a) medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior*, es decir, que el TUE aseguraría la continuidad con la acción de aproximación de legislaciones llevada a cabo *ex* arts. 100 y 100 A TCE en su redacción anterior a Amsterdam³⁵⁴. Esta doble base jurídica, para el autor citado, no cambiaría nada en términos de procedimiento de adopción y aclararía la vinculación de la política relativa a las libertades de circulación con la política de protección de consumidores y la complementariedad entre sus fundamentos. Incluso, sería conveniente esta doble base competencial en la

³⁵⁴ De hecho, se habrían adoptado directivas *pro consumptore* posteriores a 1992, vigente el art. 129 A TUE, sobre la base de los arts. 100 y 100 A TCE, como serían la 94/47/CE relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, 97/5/CE relativa a las transferencias transfronterizas, 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia o 97/55/CE, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma a la publicidad comparativa.

medida en que las directivas *pro consumptore* adoptadas sobre el fundamento de las libertades de circulación a menudo exceden del objetivo de eliminación de obstáculos a tales libertades que en principio cabría atribuirles³⁵⁵.

En suma, el título competencial hasta ahora empleado, que en última instancia parte de considerar la política de consumidores como subordinada a la política de mercado interior, sin autonomía propia, nos parece insuficiente. En esta línea, PIZZIO ha puesto de relieve su insuficiencia para apoyar en el futuro la política consumerista, pues constata que sólo serían susceptibles de armonización aquellas normas que suponen obstáculos a las libertades de circulación³⁵⁶ y, en efecto, esto ha sido así desde los originarios artículos 100 y 100 A TCE (este último tras el Acta Única Europea), pero sólo en abstracto, pues la experiencia nos ha mostrado cómo a menudo se ha recurrido a la base que proporcionaban los arts. 100 y 100 A TCE para legislar sobre consumo en materias que poca relación guardaban con las libertades de circulación (v. gr., las Directivas 79/530/CEE, relativa a la información sobre el consumo de energía de los aparatos domésticos a través del etiquetaje y 88/314/CEE, relativa a la indicación de precios de los productos no alimentarios³⁵⁷). Pero de todas formas la crítica de PIZZIO es atendible, pues no excusa que en la práctica se haya hecho lo contrario para que pueda, sin más, adoptarse normas sobre una base competencial ligada a las libertades de circulación cuando esas normas no atienden -al menos en su esencia- a dichas libertades.

³⁵⁵ *Vid.*, PICOD, F., *op. cit.*, págs. 82 y 83.

³⁵⁶ *Vid.*, PIZZIO, J. P., *op. cit.*, pág. 93.

³⁵⁷ Los ejemplos son de PICOD (PICOD, F., *op. cit.*, pág. 78).

En fin, es cuestionable que la legislación en materia de consumo dentro de la Comunidad pueda tomar como punto de partida, sin más, la competencia habilitante ligada al desarrollo de las políticas de mercado destinadas a garantizar la libre circulación de mercancías y servicios, pues sólo de un modo forzado puede identificarse el desarrollo normativo en materia de consumo con las libertades de circulación y, en cualquier caso, la identificación que pudiera intentarse nunca lo será de un modo pleno, pues son materias distintas aunque puedan guardar relación (sería el caso del crédito al consumo, por ejemplo, objeto de una Directiva dictada sobre este fundamento competencial). Pero junto a esto, un nuevo inconveniente ha surgido. Hasta ahora ya dijimos que las directivas *pro consumptore* adoptadas sobre la base competencial proporcionada por el art. 100 TCE (actual art. 94) no resultaban problemáticas puesto que para su aprobación era necesaria unanimidad en el Consejo. Aunque la base competencial resultara insuficiente, si existía la voluntad política de crear la norma y ningún Estado miembro la “vetaba”, por lógica ninguno la recurría en anulación, luego la insuficiencia competencial no podría ser apreciada por el TJCE. Con la introducción por el AUE del art. 100 A TCE (actual art. 95) se opera un cambio importante al introducirse la regla de la mayoría cualificada, resultando posible que un Estado se oponga a una determinada directiva y a pesar de ello ésta puede ser aprobada y por lo tanto ser “impuesta” al Estado que no la consintió.

Con la generalización del uso de la nueva base competencial que representó el art. 100 A TCE era de esperar que, tarde o temprano, se recurrieran en anulación las directivas que fueran “impuestas” a los Estados que no pudieron utilizar su derecho de “veto” en el Consejo. Y en efecto, esto ha sido lo ocurrido con la Directiva 98/34/CE sobre la regulación de la

Publicidad y Patrocinio de los Productos de Tabaco, elaborada a partir del art. 100 A TCE y que Alemania, tras no haber conseguido hacer valer su posición política contraria a la Directiva, recurrió en anulación ante el TJCE. El Tribunal de Justicia ha estimado finalmente que la Directiva no podía descansar, sin más, sobre la base del art. 100 A TCE, ya que no guardaba una relación lo suficientemente estrecha con la mejora de las condiciones para conseguir la efectividad del mercado interior, ratificando con ello la línea que antes había ya apuntado cuando afirmó que el solo hecho de que el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior sea afectado no basta para que el artículo 100 A resulte aplicable³⁵⁸. Por ello, estima WEATHERILL, en el futuro habrán de justificarse respecto de cada instrumento armonizador, tanto la calidad de su contribución a la construcción del mercado europeo como su fundamento dentro de la estructura de competencias comunitarias³⁵⁹.

Recapitulando, legislar en materia de consumo tomando como base la competencia habilitante para armonizar legislaciones en favor de las libertades de circulación y desarrollo del mercado interior tiene como inconvenientes, primero, que

³⁵⁸ Vid., STJCE 17 marzo 1993, *Comisión vs. Consejo*, as. C-155/91, *Rec.* 1993, pág. I-939, apdo. 19; así como STJCE 9 noviembre 1995, *Alemania vs. Consejo*, as. C-426/93, *Rec.* 1995, pág. I-3723, apdo. 33.

³⁵⁹ Precisamente por esta razón, apunta WEATHERILL con agudeza, la Comunicación de la Comisión sobre el Derecho contractual europeo insiste en su interés por obtener informaciones concretas sobre posibles áreas donde se produzcan disfunciones en el mercado interior que puedan ser relacionadas causalmente con la ausencia de normas de armonización de Derecho contractual. Vid., WEATHERILL, S., *op. cit.*, pág. 777. Añadimos que en el Plan de acción para un Derecho contractual europeo más coherente, citado, esta preocupación de la Comisión igualmente se mantiene.

libertades de circulación y protección de consumidores son ámbitos con zonas en común, pero no coincidentes. Segundo, que tras la sentencia en el asunto Publicidad del Tabaco no es posible apelar sin más a la necesidad de armonizar para favorecer la efectividad de las libertades de circulación y con ello tener vía libre para legislar, sino que ahora será aún más preciso delimitar de modo muy concreto las áreas en las que es preciso armonizar y, sobre todo, acertar en los motivos concretos para tal armonización, que habrá de venir íntimamente ligada al proceso de consecución del mercado interior³⁶⁰.

Pero las dificultades no paran ahí, sino que además el fundamento competencial hasta ahora empleado habría entrado en crisis al descartar el Tribunal de Justicia -con una jurisprudencia novedosa pero ya consagrada-, que la regulación de las modalidades de venta en cada Estado puedan tener la consideración de medidas de efecto equivalente a los efectos del art. 28 TCE, es decir, al descartar el TJCE que todo este sector de modalidades de venta pueda ser objeto de acciones legislativas comunitarias para armonizar aspectos del mismo. Y desde luego, buena parte de la legislación *pro consumptore* en materia de contratación tendría por objeto directo incidir en modalidades de venta.

³⁶⁰ Sin ir más lejos, la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (*DO L 194 de 18.7.2001, pág. 26*), se ocupó de precisar de un modo más minucioso la base competencial (art. 95 TCE) sobre la que se asentaba. Recientemente, su validez ha sido confirmada por el TJCE (STJCE 10 diciembre 2002, *British American Tobacco (Investments) Ltd. e Imperial Tobacco Ltd.*, as. C-491/01, *Rec. 2002*, pág. 0.

Con ello nos estamos refiriendo al pronunciamiento del TJCE en el conocido asunto *Keck y Mithouard*³⁶¹. En esta sentencia el Tribunal de Justicia utiliza la distinción entre normas relativas a las características de los productos y normas referentes a modalidades de venta, para determinar las medidas indistintamente aplicables a los productos nacionales y a los importados, que provocan un efecto restrictivo capaz de convertirlas en medidas de efecto equivalente. En este pronunciamiento el Tribunal confirmó que *constituyen medidas de efecto equivalente, prohibidas por el artículo 28 CE, los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados, a falta de armonización de las legislaciones, de la aplicación a mercancías procedentes de otros Estados miembros, donde se fabrican y comercializan legalmente, de normas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías, aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que esta aplicación no pueda ser justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer*

³⁶¹ Nos referimos a la STJCE 24 noviembre 1993, *Keck y Mithouard*, as. C-267/91 y C-268/91, *Rec.* 1993, pág. I-6097. Entre nosotros, esta sentencia ha sido anotada por GONZÁLEZ VAQUÉ, L., en *Estudios sobre consumo*, n.º 34, 1995; *id.*, en *Gaceta jurídica de la UE y de la Competencia*, n.º 206, 2000; *id.*, en *Revue de Droit de l'Union Européenne*, n.º 2, 2000; LÓPEZ ESCUDERO, en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, n.º 2, 1994; MARTÍNEZ LAGE, S., en *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, Boletines n.º 90, 1993; n.º 101, 1995 y n.º 109, 1996; PELLISÉ, C., en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994; ANDRÉS ORDAX, B., en *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 11, 1994; GARDEÑES SANTIAGO, M., en *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, n.º 97, 1994 y FERNÁNDEZ ARROYO, D. P., en *La ley-Comunidades Europeas*, n.º 92, 1994. Asimismo, *vid.*, PIÑAR MAÑAS, J. L., “Comentario al art. 4 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (libre circulación de bienes)”, en PIÑAR MAÑAS, J. L. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *op. cit.*, págs. 51 y ss.

sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías. Y a continuación quebró con la línea jurisprudencial que venía siguiendo³⁶² al declarar que la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la doctrina *Dassonville*, citada, siempre que tales disposiciones se apliquen a todos los operadores que ejerzan su actividad en el territorio nacional y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros. De esta forma, en tanto tales requisitos se cumplan, las normas relativas a las modalidades de venta quedan fuera del ámbito del artículo 28 TCE.

Por lo que nos interesa, pues, será necesario distinguir para determinar si el art. 28 TCE se aplica, con relación a una normativa indistintamente aplicable a los productos nacionales y a los importados, si estamos en presencia de disposiciones sobre los requisitos que deben cumplir las mercancías (como los relativos a su denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado y embalaje) o de normas destinadas a regular modalidades de venta. Coincidimos con PIZZIO cuando subraya que la doctrina que emana de esta sentencia ha venido a facultar a los Estados para imponer su normativa referida a modalidades de venta aun cuando la misma comporte restricciones a las libertades de circulación³⁶³, en contra de la doctrina tradicional de *Cassis de Dijon*, que no hacía estos

³⁶² Línea principalmente representada por *Cassis de Dijon*, citada, y *Dassonville* (STJCE 11 julio 1974, *Procureur du Roi vs. Dassonville*, as. 8/74, Rec. 1974, pág. 837).

³⁶³ *Vid.*, PIZZIO, J. P., *op. cit.*, pág. 93.

distingos. A nuestro entender, por tanto, no cabría armonizar sobre la base de los actuales arts. 94 y 95 TCE para aproximar la legislación de consumidores cuando estemos en presencia de *modalidades de venta* (en el sentido de *Keck y Mithouard* y la jurisprudencia posterior que la completa³⁶⁴), pues las distintas normas estatales sobre estas modalidades de venta no pueden suponer obstáculos a las libertades de circulación y por ello no van a ser necesarias acciones armonizadoras vía directivas. Esta base competencial, hasta ahora la más utilizada, se nos revela como más insuficiente que nunca.

³⁶⁴ Desde *Keck y Mithouard*, el TJCE ha considerado modalidades de venta, v. gr., una norma deontológica, adoptada por un colegio profesional, que veda a los farmacéuticos hacer publicidad fuera de las oficinas de farmacia de los productos parafarmacéuticos que están autorizados a vender (STJCE 15 diciembre 1993, *Hünermund y otros*, as. C-292/92, *Rec.* 1993, pág. I-6787); la regulación del número máximo de horas de apertura de los comercios y los periodos de cierre (STJCE 2 junio 1994, *Tankstation't Heukske vof y Boermans*, as. C-401/92 y C-402/92, *Rec.* 1994, pág. I-2199); la obligación de no abrir los comercios minoristas los domingos (STJCE 2 junio 1994, *Punto Casa y PPV*, as. C-69/93 y C-258/93, *Rec.* 1994, pág. 2355); la normativa que reserva la venta de leche transformada para la primera infancia en exclusiva a las farmacias (STJCE 29 junio 1995, *Comisión vs. Grecia*, as. C-391/92, *Rec.* 1995, pág. I-1621); un sistema de distribución que reserva la venta al por menor del tabaco a expendedurías autorizadas por la Administración (STJCE 14 diciembre 1995, *Banchero*, as. C-387/93, *Rec.* 1995, pág. I-4663); la norma que prohíbe la difusión de mensajes publicitarios televisados del sector económico de la distribución (STJCE 9 febrero 1995, *Leclerc-siplec*, as. C-412/93, *Rec.* 1995, pág. I-179); la interdicción de vender a un margen de beneficio extremadamente reducido (STJCE 11 agosto 1995, *Belgapom*, as. C-63/94, *Rec.* 1995, pág. I-2467); la prohibición total de la publicidad destinada a los menores de 12 años y de la publicidad engañosa (STJCE 9 julio 1997, *De Agostini y Tv-shop*, as. C-34/95 a C-36/95, *Rec.* 1997, pág. I-3843); la prohibición de que los productores e importadores de bebidas alcohólicas en un Estado hagan difundir mensajes publicitarios dirigidos a los consumidores (STJCE 8 marzo 2001, *Gourmet International Products*, as. C-405/98, *Rec.* 2001, pág. I-1795) y la limitación de la venta ambulante en una determinada circunscripción administrativa a los comerciantes que ejerzan en ella su actividad en establecimientos fijos y respecto a las mercancías que venden (STJCE 13 enero 2000, *TK-Heimdienst*, as. C-254/98, *Rec.* 2000, pág. I-151).

Llegados a este punto, conviene que volvamos la vista hacia el art. 153 TCE -heredero como dijimos del art. 129 A TUE³⁶⁵- y a la función que dicha norma haya de desempeñar tanto en la elaboración de la legislación *pro consumptore* como de un eventual Código europeo de consumo³⁶⁶. Ciertamente el art. 153 TCE confiere a la Comunidad una competencia explícita

³⁶⁵ El actual art. 153 TCE, que integra el Título XIV (*Protección de los consumidores*) establece lo que sigue: 1. *Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.* 2. *Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.* 3. *La Comunidad contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante: a) medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior; b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.* 4. *El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 3.* 5. *Las medidas que se adopten en virtud del apartado 4 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión.* Básicamente se ha mantenido la redacción del art. 129 A TUE y únicamente se han añadido al apartado 1 los objetivos de la política de defensa del consumidor y se ha incorporado el apartado 2, que obliga a tener en cuenta la protección del consumidor en el resto de políticas y acciones comunitarias.

³⁶⁶ Hasta el momento sólo una directiva habría sido adoptada sobre la base que el art. 129 A TUE (actual art. 153 TCE) proporciona: la Directiva 98/6/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (*DO L 80 de 18.3.1998, págs. 27 y ss.*). Si bien en este caso, según palabras de ALLIX, a la sazón Administrador Ppal. de la D. G. XXIV de la Comisión, se acudió a esa vía en lugar de al art. 100 A TCE al no haber ningún aspecto transfronterizo y utilizándola *a escondidas* (*vid.*, intervención de ALLIX, J-L., en los debates desarrollados con ocasión del seminario celebrado en Lyon los días 12 y 13 de diciembre de 1997 bajo el título *Vers un Code européen de la consommation*, cuyas actas se hallan recogidas en OSMAN, F., *op. cit.*, pág. 110). Además, habrían apelado a la base competencial del art. 153 TCE la Decisión 3092/94, modificada por la Decisión 95/184 sobre el establecimiento de un sistema de información sobre accidentes domésticos y la Decisión 283/99, que establece un marco legal para las actividades comunitarias en favor de los consumidores.

en materia de protección al consumidor, pero dicho fundamento no es base competencial suficiente para poder legislar sobre esta materia, sino que es preciso disponer de una base competencial cierta que expresamente atribuya a la Comunidad la competencia normativa (que le vendría, pues, cedida por los Estados miembros), y esa competencia normativa hay que encontrarla en la mayor parte de las ocasiones en el título habilitante que representa el art. 95 TCE, al que el propio art. 153 TCE apela, a pesar de las insuficiencias que presenta legislar sobre dicho fundamento competencial ligado a la efectividad del mercado interior, como acabamos de ver. De este modo, las normas que pudieran adoptarse sobre la base del art. 95 TCE, combinado con el art. 153 TCE, habrán de cumplir con el requisito de que su objeto sea el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior o las normativas nacionales acerca del acceso o el ejercicio de actividades de prestación de servicios, pero -ésta es la virtualidad que añadiría el art. 153 TCE- el contenido de dichas normas deberá reflejar también la influencia de intereses sustanciales para la Comunidad, como sería en este caso el interés en la protección de los consumidores, máxime cuando el propio art. 95.3 TCE obliga a la Comisión a basarse *en un nivel de protección elevado* cuando presente propuestas de aproximación en esta materia.

Parece por lo tanto que el título competencial para legislar en materia de consumo puede, si no basarse, sí al menos referenciarse en el art. 153 TCE³⁶⁷, norma de la que se dijo

³⁶⁷ Se puede, incluso, detectar una “cierta apertura” de dicha norma, pues parecería que el cambio de redacción operado por el actual art. 153 TCE frente a su antecesor, el art. 129 A TUE, cambiando la originaria expresión de *acciones específicas* por la más amplia de *medidas* que se ha introducido en el art. 153 TCE, despejaría las dudas acerca de si al amparo de este art. 153 pueden adoptarse directivas, pues la duda de si éstas estaban incluidas en las *acciones específicas* del art. 129 A TUE desaparece, ya que sí resulta claro que las directivas estarían comprendidas en las actuales *medidas*. Vid., PIZZIO, J. P., *op. cit.*, pág. 96.

que ofrecía la base jurídica suficiente para el desarrollo de una política comunitaria de protección de los consumidores independiente del proceso de creación y consolidación del mercado interior³⁶⁸, aunque, también por las razones señaladas, debe apoyarse en una competencia que posibilite expresamente la adopción de textos normativos. Obviamente esta tarea resultará más complicada si a la situación actual, que prácticamente no deja otra salida que la proporcionada por el art. 95 TCE, se le añade que tras la doctrina de la sentencia sobre Publicidad del Tabaco las acciones al amparo del art. 95 TCE han de ser medidas y justificadas con sumo cuidado y que, tras *Keck* y *Mithouard*, ya hemos visto que resultará más difícil legislar en favor de los consumidores sobre la base de eliminación de obstáculos a las libertades de circulación, toda vez que las modalidades de venta han dejado de ser consideradas como medidas de efecto equivalente.

En definitiva, la sentencia sobre Publicidad del Tabaco nos ha enseñado que la falta de atribución expresa de una competencia para armonizar legislaciones en el art. 153 TCE no puede ser suplida llanamente acudiendo a otras normas que sí establecen competencia expresa en materia de armonización, cual pudieran ser los arts. 94 y 95 TCE referidos al establecimiento y funcionamiento del mercado interior, sino que será necesario que el instrumento armonizador esté lo suficientemente orientado a conseguir la efectividad del mercado interior. Dicho de otro modo, tras esta sentencia resulta aún más evidente que todo instrumento que no contribuya a dotar de efectividad al mercado interior carecerá de un título competencial habilitante para la armonización de legislaciones, en mayor medida por tanto para la

³⁶⁸ *Vid.*, MÉNDEZ PINEDO, E., *op cit.*, pág. 245.

elaboración de un Código. Por ello, las normas que se adopten en favor de los consumidores sobre la base de los arts. 94 ó 95 TCE, completadas como apuntamos con lo dispuesto en el art. 153 TCE, habrán de cumplir con el requisito de contribuir a la efectividad del mercado interior o carecerán de fundamento competencial válido. Llevado al terreno práctico, puede sostenerse que si como hemos venido exponiendo las disparidades y diferencias legislativas entre los distintos ordenamientos nacionales frenan el consumo que pudiera realizarse mediante contratación transfronteriza, puede estar legitimado el recurso a la base competencial que nos proporciona el art. 95 TCE -combinado con el art. 153-, pues la armonización sería necesaria no sólo para una más eficaz tutela de la posición del consumidor sino también para contribuir al desarrollo del mercado interior. Pero este razonamiento también tiene sus flaquezas, como es dar carta de naturaleza a la subordinación de la tutela del consumidor a los objetivos de mercado, limitándose en consecuencia las posibilidades de actuación en materia de consumo, o la posibilidad de encontrar dificultades para adoptar normas armonizadoras en el sector del comercio electrónico, al que aún no sabemos cómo le puede afectar la doctrina *Keck y Mithouard* por no haberse pronunciado todavía el TJCE³⁶⁹.

Ahora bien, la innovación competencial operada en Maastricht con la introducción del art. 129 A TUE aún tiene dos importantes contrapartidas, tanto a la hora de legislar

³⁶⁹ Si bien, alguna doctrina ya habría comenzado a plantearse la cuestión, cfr. DREXL, J., “Le commerce électronique et la protection des consommateurs”, *Revue Internationale de Droit Économique*, n.º especial: “Mondialisation et Droit Économique”, 2002, págs. 421 y 422.

en materia de consumo como se viene haciendo hasta ahora como, en mayor medida, para elaborar un posible Código europeo de consumo; la primera contrapartida radica en la técnica de “armonización mínima” definitivamente sancionada en el art. 153.3 del TCE, que acepta la existencia de iniciativas de regulación nacionales junto a la legislación comunitaria en el desarrollo de la reglamentación del mercado comunitario, y ello, aun cuando los criterios mínimos comunitarios deberán ser fijados con referencia al “alto nivel” de protección aludido en los arts. 153.1 y 95.3 TCE³⁷⁰. Y la segunda y más importante en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que se contienen en el actual art. 5 TCE³⁷¹ y a los que se refiere el Protocolo n.º 30 anejo al TCE, pues no es la competencia en materia de consumidores una competencia exclusiva de la Comunidad sino compartida³⁷². Con relación al principio de subsidiariedad, señala MÉNDEZ PINEDO que la subsidiariedad no significa inacción, sino acción al nivel más apropiado, y que no debe concebirse como un medio para reducir el ámbito de las obligaciones comunitarias sino como un instrumento con vistas a alcanzar una administración eficiente

³⁷⁰ Vid., MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*, pág. 255.

³⁷¹ Cuando dispone: *La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.*

³⁷² Vid., MORILLAS JARILLO, M. J., *op. cit.*, pág. 590.

de las mismas³⁷³. De este modo, cuando la acción comunitaria es más eficaz que la de los Estados miembros, se puede decir que este principio impone una obligación de otorgar la competencia suficiente a la Comunidad y, cuando la acción de los Estados miembros es más eficaz, se reduce el ámbito de competencia de la Comunidad para intervenir directamente pero, al mismo tiempo, se crea para los Estados miembros una obligación, derivada del propio ordenamiento jurídico comunitario (art. 10 TCE), de adoptar las medidas apropiadas en la materia que corresponda. Por ello, en el ámbito de la protección de consumidores, donde la Comunidad posee una política común esbozada por el actual art. 153 TCE, el principio de subsidiariedad debe entenderse como una responsabilidad compartida, como un marco dentro del cual se asignan las tareas comunitarias al nivel más eficaz³⁷⁴. En palabras de PIZZIO, el efecto del principio de subsidiariedad sobre la política de

³⁷³ Creemos que tampoco conviene exagerar el papel del principio de subsidiariedad, que no ha sido una creación *ex novo* del TUE, sino que su origen, como ha observado VAN GERVEN, ya se hallaba -tras el Acta Única Europea- en la redacción del art. 130 R TCE (en materia de medio ambiente). Maastricht, pues, no crea nada nuevo sino que lo eleva a principio general y añade a la lista de principios enunciados (*vid.*, VAN GERVEN, W., *op. cit.*, pág. 1281). Parece, en consecuencia, que estaríamos ante un caso más de lo que MANGAS MARTÍN ha denominado *codificación* del Derecho comunitario, expresión con la que se refiere al fenómeno de que las reformas comunitarias no son realmente tales cuanto *codificaciones* de prácticas que ya se vienen observando en la Comunidad, lo que explica la autora en la precaución siempre presente a la hora de reformar los Tratados (*vid.*, MANGAS MARTÍN, A., “La dinámica de las revisiones de los Tratados y los déficits estructurales de la Unión Europea: Reflexiones generales críticas”, en VV. AA., *Hacia un nuevo... cit.*, pág. 1064).

³⁷⁴ *Vid.*, MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*, págs. 263 y 264.

consumidores *ex art. 153 TCE* dependerá, pues, de la interpretación más o menos restrictiva que hagamos de los términos *apoyar* y *completar* de dicho artículo 153 TCE cuando se refiere a que la Comunidad contribuirá a alcanzar los objetivos en materia de protección de consumidores mediante *medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros*³⁷⁵. En suma, que si el marco competencial para actuar en favor de los consumidores resulta más claro con la introducción del art. 153 TCE, dicha norma ha de ser cohonestada forzosamente con el principio de subsidiariedad, es decir, que para que la Comunidad actúe se ha de constatar previamente la insuficiencia de la actuación de los Estados miembros. Pero volviendo a la posibilidad de un Código europeo de consumo, si este freno competencial (la interrelación entre la competencia del art. 153 TCE, por un lado, y de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y técnica de “armonización mínima”, por otro) se ha considerado óbice suficiente como para impedir un Código sustantivo en materia de Derecho privado³⁷⁶, para poder fundar la competencia de la Comunidad en orden a la elaboración de un Código europeo de consumo sería preciso hacer una interpretación sobre el principio de subsidiariedad que implica-

³⁷⁵ *Vid.*, PIZZIO, J. P., *op. cit.*, págs. 98 y 99.

³⁷⁶ Más en general, el principio de subsidiariedad impediría la elaboración de un Código civil europeo. Así, cfr. BUSSANI, M. y MATTEI, U., *op. cit.*, pág. 42; CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, pág. 1670 y CHAMBOREDON, A. y SCHMID, U., *op. cit.*, pág. 690. Con una posición más matizada, MÉNDEZ PINEDO añade a la deficiente base constitucional el respeto a la diversidad de los distintos regímenes nacionales (*vid.*, MÉNDEZ PINEDO, *op. cit.*, págs. 326 y 327), mientras que para LEGRAND ésta viene a ser la razón única por la que no sería posible tal Código (*vid.*, LEGRAND, P., *op. cit.*, *passim*).

ra, en esta sede, un determinado criterio de *eficacia comparada*³⁷⁷, es decir, sería preciso y sería una cuestión principalmente de voluntad, que los Estados miembros llegaran a la conclusión de que el objetivo de consolidar la protección del consumidor se consigue preferiblemente por la actuación de la Comunidad³⁷⁸.

Formalmente parece que un eventual Código europeo de consumo habría de ser un reglamento, en la medida en que las directivas no obligan a los sujetos privados sino por medio de las leyes nacionales de transposición³⁷⁹ y por cuanto un tratado internacional es más resistente a modernizarse cuando ello fuera preciso³⁸⁰, aunque no podemos desconocer que un reglamento en esta sede, tomando como base el art. 308 TCE, adolecería de un cierto déficit democráti-

³⁷⁷ La aguda expresión es de BASEDOW (BASEDOW, J., *op. cit.*, pág. 25). En parecidos términos, CALAIS-AULOY entiende que sería posible admitir que la protección de los consumidores puede conseguirse de mejor modo por la Comunidad que por los Estados miembros, y que de esta forma demandaría la acción de la Comunidad, aunque, como manifiesta más adelante, en realidad en esta materia tiene más peso la voluntad política que el argumento jurídico (*vid.*, CALAIS-AULOY, J., *op. cit.*, pág. 409).

³⁷⁸ En cualquier caso, conviene puntualizar que la solución de un único Código europeo de consumo tampoco estaría exenta de problemas. Por citar dos evidentes: las dificultades para integrar el Derecho comunitario *pro consumptore* ya vigente, compuesto básicamente por directivas excesivamente detalladas (*vid.*, VON BAR, C., *op. cit.*, pág. 138) y las diferencias que habría en el modo de aplicar dicho Texto por los distintos jueces nacionales (*vid.*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Respuesta...*, *cit.*, pág. 3).

³⁷⁹ *Vid.*, BASEDOW, J., *op. cit.*, pág. 22.

³⁸⁰ *Vid.*, VON BAR, C., *op. cit.*, pág. 133 y SONNENBERGER, H. J., *op. cit.*, pág. 410.

co³⁸¹. En contra de esta opción y defendiendo que fuera un Convenio, CALAIS-AULOY sostiene que así se evitarían los problemas sobre la suficiencia de la base competencial y particularmente las exigencias del principio de subsidiariedad. Mediante un tratado, sostiene que se evitarían los inconvenientes de las directivas -que pueden aproximar legislaciones pero no unificarlas- y de los reglamentos, que se adaptan mal a campos de aplicación tan amplios³⁸².

Hemos dejado para el final la cuestión sobre el título competencial para poder legislar en materia de consumo o, incluso, para poder elaborar un Código europeo de consumo, porque bajo el problema competencial subyacen todas las tensiones actuales en el seno de la Comunidad sobre el modelo de Unión que se busca o la función y el poder de decisión que habrán de tener los Estados miembros en una Unión ampliada. Tras la cuestión competencial late toda la tensión que existe entre las reticencias estatales a variar el diseño originario de armonización vía directivas, que se ha revelando insuficiente, y la necesidad de acercar la Unión a los ciudadanos y particularmente a los consumidores. En realidad, todas estas consideraciones sobre la conveniencia de un Código en materia de consumo no obedecen a la intención de suscitar una nueva tensión *saviñiana* acerca de la oportunidad o conveniencia de una codifica-

³⁸¹ Dicho artículo 308 TCE dispone lo que sigue: *Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.* Decimos que un reglamento sobre esta base adolecería de un cierto déficit democrático en la medida en que el Parlamento Europeo tiene escasa intervención -únicamente ha de ser oído- en su elaboración.

³⁸² *Vid.*, CALAIS-AULOY, J., *op. cit.*, págs. 409 a 411.

ción, sino que nacen de la constatación de la insuficiencia del actual modelo, lo que debe dar lugar a un replanteamiento del mismo, más ahora, desde Maastricht, que la protección del consumidor es un objetivo específico y no está exclusivamente al servicio del desarrollo del mercado interior.

Anexo

ANEXO:

LA POSICIÓN DEL CONSUMIDOR COMO PARTE CONTRACTUAL. NORMAS DE DERECHO COMUNITARIO DERIVADO³⁸³

1. Venta y garantías de los bienes de consumo

Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Se pretende con esta norma garantizar la protección del consumidor y reforzar su confianza en las compras transfronterizas, estableciendo normas mínimas comunes aplicables independientemente del lugar de compra de los bienes.

La Directiva 1999/44/CE armoniza la noción de falta de conformidad del bien con el contrato, los derechos de los consumidores cuando compran un producto defectuoso y las condiciones en las que el consumidor puede ejercitar esos dere-

³⁸³ Sobre las concretas normas comunitarias que inciden directamente en la protección del consumidor, pueden citarse, en nuestra doctrina: Responsabilidad por productos defectuosos: ALCOVER GARAU, G., “La responsabilidad civil del fabricante”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 19, 1993 (Responsabilidad civil); BOURGES, L. A., “La interpretación de la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 222, 2002; DÍAZ ALABART, S. y GÓMEZ LAPLAZA, M. C., “Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *Actualidad Civil*, n.º 25, 1995; GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: ¿es necesaria su actualización?”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 217, 2002 y LOIS

CABALLÉ, A. I., “La Ley 22/1994 de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *Derecho de los Negocios*, n.º 54, 1995. Venta y garantías de los bienes de consumo: AVILÉS GARCÍA, J., “Problemas de Derecho interno que plantea la incorporación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, *Actualidad Civil*, n.º 49, 2000; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Algunas reflexiones sobre la incidencia de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en el Derecho Civil español”, *Noticias de la Unión Europea*, núms. 211 y 212, 2002; LETE ACHIRICA, J., “La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español”, *Actualidad Civil*, n.º 42, 1999; SANZ VALENTÍN, L. A., “La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, *Actualidad Civil*, n.º 35, 1999 y TAMAYO CARMONA, J. A., “Falta de conformidad de las mercaderías e implicaciones en materia contractual. Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, y normas de la Convención de Viena”, *Noticias de la Unión Europea*, núms. 211 y 212, 2002. Utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido: CUENCA ANTOLÍN, D., “Del fenómeno económico-social de la ‘multipropiedad’ a la regulación legal en España de los derechos de aprovechamiento por turno”, *Noticias de la Unión Europea*, núms. 211 y 212, 2002; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., “La multipropiedad en la práctica notarial”, *Actualidad Civil*, núms. 21 y 22, 1995; MIRALLES GONZÁLEZ, I., “La multipropiedad en el Derecho comunitario y en el Anteproyecto de Ley de conjuntos inmobiliarios”, en VV. AA., *Estudios de Derecho Europeo Privado*, Madrid, 1994; MUNAR BERNAT, P. A., “La Directiva 94/47 sobre protección de los adquirentes de multipropiedad”, *Gaceta Jurídica CEE*, B-99, 1994 y TENA ARREGUI, R., “Protección de los consumidores. Especial referencia al ‘time-sharing’, conferencia pronunciada en el seminario ‘futuros desafíos para el notariado europeo’. Academia de Derecho Europeo, Bruselas, 20 de septiembre de 2000”, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 36, 2000. Cláusulas abusivas: BUESO GUILLÉN, P. J., “Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 59, 1995; DE LOS MOZOS, J. L., “La propuesta de un Código europeo de los contratos del ‘Convengo de Pavia’, visto desde

España”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 114, 1994; DÍAZ FRAILE, J. M., “La protección registral de los consumidores y la Directiva sobre cláusulas abusivas de 1993”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 114, 1994; *id.*, “La protección registral de los consumidores y la Directiva sobre cláusulas abusivas de 1993”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 622, 1994; *id.*, “La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993”, en VV. AA., *Estudios de Derecho Europeo Privado*, Madrid, 1994; *id.*, “La transposición en el Derecho español de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Aplicación Registral”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 146, 1997; DÍAZ JIMÉNEZ, M. C., “Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, *Actualidad Aranzadi*, n.º 101, 1993; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria”, en VV. AA., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en homenaje a E. Verdera y Tuells*, t. I, Madrid, 1994; EMPARANZA SOBEJANO, A., *op. cit.*; GARCÍA AMIGO, M., “Las cláusulas abusivas en el Derecho comunitario. Su aplicación a los servicios financieros”, *Actualidad y Derecho*, n.º 44, 1993; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “Notas a la Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas contractuales abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, *Noticias CEE*, n.º 77, 1991; LETE ACHIRICA, J., “La transposición de la Directiva de 5 de abril de 1993 en el Derecho francés: la Ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas contractuales abusivas y presentación de los contratos”, *Revista La Ley*, n.º 3.940, 1996; PAGADOR LÓPEZ, J., *op. cit.*; PINTO MONTEIRO, A., “El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas en los contratos con consumidores”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 219, 1996; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Propuesta modificada de Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 45, 1992; RUIZ MUÑOZ, M., “Cláusulas abusivas en la CEE: ámbito de aplicación”, *Cuadernos Jurídicos*, n.º 11, 1993; *id.*, “Derecho comunitario de condiciones generales de los contratos y su aplicación registral”, en VV. AA., *Estudios...*, *cit.*; *id.*, “Control de las Condiciones Generales de los Contratos en el Derecho Comunitario”, *Gaceta Jurídica CE*, D-21, 1994; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Propuesta de Directiva sobre cláusulas abusivas de los contratos”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 39, 1990; URÁN RIVACOVA, R., “Condiciones Generales de

la Contratación y cláusulas abusivas”, *Revista de Derecho Privado*, 1º trimestre de 2000/febrero 2000; VATTIER FUENZALIDA, C., “Las cláusulas..., *cit.*” y VICENTE BLANCO, D. J., “La ley aplicable al contrato de consumo en el Derecho comunitario europeo. El tratamiento de las cláusulas abusivas (parte segunda: las reglas de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y su transposición al Derecho español)”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 23, 1999. Crédito al consumo: AMORÓS DORDA, F. J., “La Directiva 87/102/CEE. Protección al consumidor y crédito al consumo”, *Cuadernos de Dererecho y Comercio*, n.º 2, 1987; CASERO MEJÍAS, M., “Propuesta de Directiva sobre Crédito Hipotecario”, *Noticias CEE*, n.º 47, 1988; DÍAZ CREMADES, M. P. y GÓMEZ DE MIGUEL, J. M., “La armonización comunitaria del crédito al consumo”, *Noticias CEE*, n.º 86, 1992; LUNAS DÍAZ, M. J., “El efecto directo horizontal de las directivas y la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario en un supuesto de crédito al consumo. A propósito de la STJCE de 7 de marzo de 1996”, *La Ley-Unión Europea*, n.º 4.222, 1997 y MORENO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “La protección del consumidor en materia de crédito al consumo, Directiva 87/102/CEE”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, n.º 16, 1992. Contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles: BADENAS CARPIO, J. M., “La forma y la perfección de los contratos de venta celebrados fuera de los establecimientos mercantiles”, *Revista La Ley*, n.º 3.681, 1994; BOTANA GARCÍA, G. A., *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, Barcelona, 1994; CABALLERO LOZANO, J. M., “La protección del consumidor en la venta fuera de los establecimientos mercantiles”, *Revista La Ley*, n.º 3.639, 1994; GUZMÁN ZAPATER, M., “La protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles”, *Gaceta Jurídica CEE*, B-80, 1992 y B-82, 1993; JUSTE MENCÍA, J., “Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)”, *Revista La Ley*, núms. 4434 y 4435, 1997; MIRANDA SERRANO, L. M., *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*, Madrid, 2001 y VERGEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de establecimiento (una aproximación al Derecho europeo)”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en homenaje a*

J. Girón Tena), Madrid, 1991. Contratación a distancia de servicios financieros: ANCOS FRANCO, H., “La protección de los consumidores en la comercialización a distancia de los servicios financieros: una perspectiva de Derecho Comunitario Europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 10, 2001. Contratación electrónica: BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *La protección del consumidor titular de tarjetas de pago en la Comunidad Europea*, Madrid, 1994; CUESTA RUTE, J. M. de la (dir.) y VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.), *Contratos Mercantiles*, Madrid, 2001; DÍAZ FRAILE, J. M., “El comercio electrónico: Directiva y Proyecto de Ley español de 2000 (Crónica de su contenido, origen, propósitos y proceso de elaboración)”, *Actualidad Civil*, n.º 2, 2001; JIMÉNEZ DE PARGA, R., “El comercio electrónico ¿seguridad jurídica?”, *Derecho de los Negocios*, núms. 118 y 119, 2000; PARDO LEAL, M., “La Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico: su aplicación en el ámbito del Mercado interior”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 210, 2000; PINOCHET OLAVE, R., *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Madrid, 2001 y ROSELLÓ MORENO, R., *El comercio electrónico y la protección de los consumidores*, Barcelona, 2001. Acceso de los consumidores a la Justicia: ALMAGRO NOSETE, J., “Estudio sobre una proposición de directiva comunitaria que regule las acciones colectivas y de grupo de los consumidores”, *Estudios sobre Consumo*, n.º 18, 1990; MARÍN LÓPEZ, A., “El acceso de los consumidores a la justicia comunitaria”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 189, 2000; BADENAS CARPIO, J. M., “Los litigios transfronterizos: notas al Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el Mercado Único Europeo”, *Actualidad Civil*, n.º 3, 1995; FERRANDO PÉREZ, S., “Comentario sobre el artículo 17”, en *Comentarios sobre el Proyecto de Constitución Europea*, Granada, 1996; GARRIDO COUREL, B., “El acceso de los consumidores a la justicia”, *Revista La Ley*, n.º 5601, 2002; JIMENO BLUNES, M. M., “La protección judicial de los consumidores en el ámbito comunitario: el Libro Verde de acceso a la justicia”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 9, 1995; MÉNDEZ PINEDO, E., *op. cit.*; MARTÍN LÓPEZ, A., “El acceso de los consumidores a la justicia comunitaria”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 189, 2000; PEINADO GARCÍA, J. I., “Consumidores, contratos, seguridad y costes alternativos”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 237, 2000. Viajes combinados: CUARTERO RUBIO, M. V., “Viajes combinados y derecho de los particulares a una indemnización”, *La Ley-Unión Europea*, n.º 4.222, 1997.

chos. Salvo excepciones, se entiende por bien de consumo cualquier bien mueble corpóreo, (art. 1.2 b). Éste deberá ser conforme al contrato de compraventa (art. 2.1). El apartado 2 del artículo 2 indica los casos en los que se presupone que los bienes son conformes al contrato. El vendedor debe responder de cualquier falta de conformidad existente en el momento de la entrega del bien al consumidor que se manifieste dentro de un plazo de dos años (art. 5.1), excepto si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el consumidor tenía conocimiento del defecto o no podía fundadamente ignorarlo (art. 2.3). Se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en un período de seis meses a partir de la entrega del bien ya existían en esa fecha, salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad (art. 5.3). En caso de falta de conformidad notificada al vendedor, el consumidor podrá exigir que los bienes sean reparados o sustituidos sin cargo alguno en un plazo de tiempo razonable y sin inconvenientes mayores para él (art. 2.3). Si la reparación o la sustitución resultan imposibles o desproporcionadas o el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo de tiempo razonable o sin inconvenientes mayores para el consumidor, éste tendrá derecho a una reducción adecuada del precio (art. 3.5). En cualquier caso, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad no es de escasa importancia (art. 6.3). Cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por una falta de conformidad, podrá emprender acciones contra la persona responsable, de acuerdo con las disposiciones de la legislación nacional. No obstante, la falta de conformidad deberá resultar de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermedia-

rio (art. 4). Toda garantía (esto es, toda garantía que dé el vendedor o el productor además de las normas legales aplicables a la venta de bienes de consumo) obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía, en el contrato escrito o en la correspondiente publicidad (art. 6.1). Dicha garantía deberá figurar en un documento escrito que pueda consultarse libremente antes de la venta y que indique en particular su duración y alcance territorial, así como el nombre y la dirección del garante (art. 6.2 y 3). Aunque la garantía ofrecida no se ajuste a las disposiciones de la Directiva, el consumidor podrá exigir su cumplimiento (art. 6.5). Las cláusulas contractuales o los acuerdos que excluyan o limiten directa o indirectamente los derechos conferidos por esta Directiva no obligarán al consumidor (art. 7.1).

2. Cláusulas abusivas en los contratos con consumidores

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Pretende privar de eficacia a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor.

La Directiva 93/13/CEE se aplica a las cláusulas contractuales no obligatorias y no negociadas que se incorporan en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor (art. 1). Una cláusula no negociada se considera abusiva cuando causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato (se adjunta a la Directiva una lista de cláusulas abusivas) (art. 3). El supuesto carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del con-

trato, las circunstancias que concurran en su celebración así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa (art. 4). En caso de duda sobre el significado de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor (art. 5). En todo caso, las cláusulas declaradas abusivas que figuren en un contrato no obligarán al consumidor (art. 6).

3. Viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados

Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

Pretende aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados vendidos u ofrecidos a la venta en el territorio de la Comunidad.

La Directiva 90/314/CEE se aplica a la venta de combinaciones preestablecidas de transporte, alojamiento y otros servicios turísticos no accesorios del transporte o el alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado. Para que la Directiva pueda aplicarse es necesario que al menos dos de estos elementos sean vendidos u ofrecidos a la venta por un precio global y que la prestación cubra un periodo superior a 24 horas o incluya una noche de estancia. Si se pone a disposición del consumidor un folleto, éste deberá indicar, de forma clara y precisa, el precio, el destino, el itinerario y los medios de transporte utilizados, el tipo de alojamiento, las comidas previstas, las condiciones aplicables en materia de pasaporte y visado, las formalidades sanitarias, el

calendario de pago y el plazo para informar al consumidor en caso de cancelación (art. 3). La información contenida en el folleto formará parte del contrato (art. 3). Antes de celebrar un contrato, el organizador deberá facilitar información por escrito sobre las condiciones aplicables en materia de pasaporte, visado (plazos para su obtención) y las formalidades sanitarias (art. 4). El organizador deberá indicar por escrito los horarios y los lugares de las escalas, información sobre el lugar que deberá ocupar el viajero, el nombre, la dirección y el número de teléfono de la representación local del organizador o, a falta de ésta, un número de teléfono de urgencia. Deberá facilitar información adicional cuando los viajes incluyan a menores así como indicaciones sobre la suscripción facultativa de contratos de seguro y asistencia (art. 4.1). El consumidor podrá ceder su reserva a otra persona (art. 3.4). El precio establecido en el contrato sólo podrá ser revisado si éste lo prevé expresamente. Las variaciones en el precio sólo podrán reflejar las variaciones en los tipos de cambio, los costes de transporte y las tasas o los impuestos aplicables (art. 4.4). En caso de modificación significativa del contrato, el consumidor tendrá derecho a resolverlo sin verse penalizado y al reembolso de las cantidades abonadas (art. 4.6). El organizador deberá responder del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. Cuando proceda, el consumidor tendrá derecho a una compensación por incumplimiento del contrato (art. 4.7). Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el organizador o el detallista que sea parte en un contrato responda ante el consumidor del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho contrato. El organizador o el detallista será responsable de los daños que sufra el consumidor por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato, a condi-

ción de que ello sea imputable a ellos o a otro prestador de servicios. La cuantía del resarcimiento por los daños podrá limitarse con arreglo a los convenios internacionales. Se podrá imponer un límite contractual razonable a la cuantía del resarcimiento por los daños que no sean corporales (art. 5). El consumidor deberá comunicar al prestador de servicios, así como al organizador o al detallista, lo antes posible y por escrito o en cualquier otra forma adecuada, todo incumplimiento del contrato que haya comprobado *in situ*. Esta obligación deberá mencionarse de forma clara y precisa en el contrato (art. 5). En caso de reclamación, el organizador o el detallista, o su representante local, si existe, deberán actuar con diligencia para hallar las soluciones adecuadas (art. 6).

4. Contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales

Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

Pretende proteger a los consumidores contra las prácticas comerciales abusivas en el ámbito de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

La Directiva 85/577/CEE se aplica a los contratos que impliquen el pago de un importe superior a 60 euros (art. 3) celebrados entre un comerciante y un consumidor durante una excursión organizada por aquél fuera de su establecimiento comercial. Se aplica también a los contratos celebrados durante una visita del comerciante al domicilio o lugar de trabajo del consumidor. La Directiva es aplicable si el consumidor no ha solicitado expresamente la visita del comerciante o,

en caso contrario, no podía estar al corriente del conjunto de actividades comerciales desarrolladas por el comerciante. Por último, la Directiva se aplica también a los contratos para los cuales el consumidor ha realizado una oferta contractual o no contractual en la que solicita recibir una visita del comerciante o participar en una excursión organizada por éste (art. 1). El comerciante deberá informar por escrito al consumidor sobre su derecho a resolver el contrato (art. 4). Una vez informado, el consumidor dispondrá de siete días para hacer uso de su facultad de resolución (art. 5).

5. Crédito al consumo

Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo, modificada por las Directivas 90/88/CEE y 98/7/CE³⁸⁴.

Pretende armonizar las normas en materia de crédito al consumo garantizando un alto nivel de protección de los consumidores.

La Directiva 87/102/CEE se aplica a los contratos de crédito en los que un prestamista concede crédito a un consumidor en forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de pago (art. 1). Los contratos de crédito se harán por escrito

³⁸⁴ Nos referimos a la Directiva 90/88/CEE del Consejo, de 22 de febrero de 1990, por la que se modifica la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo (*DO L 61 de 10.3.1990, pág. 14*), modificada a su vez por la Directiva 98/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 (*DO L 101 de 1.4.1998, pág. 17*).

e indicarán las condiciones esenciales, incluidas una declaración del porcentaje anual de cargas financieras y las condiciones en las que podrá modificarse (art. 4). Cuando el crédito se haga en forma de anticipos en una cuenta corriente que no sea una cuenta de tarjeta de crédito, el consumidor sólo deberá recibir por escrito ciertas informaciones, en el momento de la celebración del contrato o con anterioridad. En particular, deberá estar informado del límite de crédito (si lo hubiera), del tipo de interés anual y de los gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato, así como del procedimiento para la resolución del mismo (art. 6). En el caso de contratos de créditos concedidos para la adquisición de bienes que confieren al prestamista el derecho a recuperar los bienes, los Estados miembros deberán establecer las condiciones de recuperación de dichos bienes y garantizar que ello no dé lugar a un enriquecimiento injusto (art. 7). En virtud de los contratos de crédito, cuando el consumidor se libere de las obligaciones que haya contraído antes de la fecha fijada tendrá derecho a una reducción equitativa del coste total del crédito (art. 8). La cesión a un tercero no alterará en modo alguno los derechos del consumidor (art. 9). Los Estados miembros deberán ofrecer protección adicional a los consumidores, por ejemplo en los casos de utilización de letras de cambio, pagarés o cheques para realizar pagos o conceder garantías (art. 10). En determinadas condiciones, el consumidor tendrá derecho a reclamar contra el prestamista si ha adquirido bienes o servicios, en el marco de un contrato de crédito, a una persona distinta del prestamista y los bienes o servicios no son suministrados o no son conformes al contrato. Este derecho existirá sólo cuando el consumidor haya reclamado contra el proveedor pero no haya obtenido satisfacción (art. 11).

6. Contratos a distancia

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Pretende aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los contratos a distancia entre consumidores y proveedores estableciendo normas mínimas comunes.

La Directiva 97/7/CE se aplica a todo contrato *-contrato a distancia-* entre un proveedor y un consumidor para el suministro de bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor. Para que la Directiva 97/7/CE sea aplicable, el proveedor deberá utilizar exclusivamente, a efectos del contrato, una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración, inclusive, del contrato (art. 2.1). Antes de la celebración de un contrato a distancia, el consumidor deberá recibir información clara y comprensible, conforme a los principios de buena fe en materia de transacciones comerciales. En particular, esta información deberá incluir los datos siguientes: la identidad y, a ser posible, la dirección del proveedor; las características de los bienes y servicios, así como su precio; los gastos de entrega; las modalidades de pago, entrega o ejecución; la existencia de un derecho de resolución; el plazo de validez de la oferta o del precio; la duración mínima del contrato, si procede; el coste de utilización de medios de comunicación a distancia. Si los acuerdos se celebran por teléfono, deberán indicarse desde el principio la identidad del que llama y el propósito comercial de la llamada (art. 4). El consumidor deberá recibir confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a

su disposición (v. gr., correo electrónico) en el momento de la celebración del contrato. Deberá facilitarse también por escrito la información siguiente: términos en que es posible el ejercicio del derecho de resolución; el lugar en el que el consumidor puede presentar sus reclamaciones; los datos de los servicios de posventa; las condiciones en las que puede resolverse el contrato (art. 5). El consumidor tiene derecho a resolver la mayoría de los contratos a distancia. Cuando el proveedor haya cumplido sus obligaciones de información, el consumidor dispondrá de al menos siete días para resolver el contrato sin verse penalizado. Si el proveedor no ha cumplido sus obligaciones de información, el plazo se ampliará a tres meses (art. 6.1). El proveedor deberá rembolsar las cantidades abonadas por el consumidor en un plazo de treinta días después de que éste haya ejercitado su derecho de resolución (art. 6.2). En principio, el proveedor dispone de treinta días para ejecutar el contrato (art. 7.1), si no puede cumplir su parte del contrato, deberá informar al consumidor y devolverle las cantidades abonadas (art. 7.2). En algunos casos podrán suministrarse bienes o servicios sustitutivos. Los Estados miembros garantizarán la existencia de medidas apropiadas para que el consumidor pueda solicitar la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago en el marco de contratos a distancia cubiertos por la Directiva 97/7/CE. En caso de utilización fraudulenta de una tarjeta de crédito deberán abonarse en la cuenta del consumidor o restituirse las sumas pagadas (art. 8). Si se suministran bienes no solicitados, la falta de respuesta del consumidor no podrá considerarse como un consentimiento (art. 9). La utilización por parte de un proveedor de un sistema automatizado de llamada o de un fax para comunicar con un consumidor estará supeditada al consentimiento previo de éste. Sólo podrán utilizarse otros

medios de comunicación a distancia si no existe oposición manifiesta del consumidor (art. 10). En caso de litigios, los organismos públicos y las organizaciones profesionales y de consumidores podrán actuar ante los tribunales o los órganos administrativos competentes (art. 11).

7. Utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido

Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

Pretende aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la protección de las personas que adquieren un derecho de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido.

La Directiva 94/47/CE cubre los aspectos relativos a la información sobre los elementos constitutivos de un contrato en materia de derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido y los procedimientos de resolución de dichos contratos (art. 1). Si se le solicita, el vendedor debe facilitar un documento que contenga una descripción general de la propiedad. En el mismo documento, deberá facilitar los datos mínimos indicados en el anexo de la Directiva (identidad y domicilio de las partes interesadas, número del permiso de construcción, etc.) e indicaciones sobre cómo obtener información adicional. La información facilitada en ese documento formará parte integrante del contrato (art. 3). El comprador tendrá derecho a resolver el contrato en un plazo de diez días después de la firma del mismo sin necesidad de alegar motivos (art. 5.1) y sólo se le podrá exigir el pago de los

gastos derivados de la celebración y resolución del contrato (art. 5.3). El comprador podrá ejercitar su derecho de resolución en un plazo de tres meses a partir de la firma del contrato si éste no contiene la información que exige la Directiva. En ese caso, el comprador no deberá sufragar ningún gasto (art. 5.1). Las cláusulas incorporadas al contrato que sean contrarias a los derechos del comprador o a las responsabilidades del vendedor en virtud de la Directiva no obligarán al comprador (art. 8).

8. Acciones de cesación

Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

Pretende aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las acciones de cesación destinadas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores que se contemplan en las Directivas que aparecen enumeradas en el anexo, con el objeto de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior.

Con relación a las acciones de cesación, los Estados miembros designarán las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver en las acciones ejercitadas por las entidades habilitadas con arreglo al artículo 3 a fin de obtener que: a) se ordene, con toda la diligencia debida, en su caso mediante procedimiento de urgencia, la cesación o la prohibición de toda infracción; b) se adopten, en su caso, medidas como la publicación, total o parcial, y en la forma que se estime conveniente, de la resolución, o que se publique una declaración rectificativa con vistas a suprimir los efectos duraderos derivados de la infracción; c) en la medida en que el ordena-

miento jurídico del Estado miembro interesado lo permita, se condene a la parte demandada perdedora a abonar al Tesoro público o al beneficiario designado por la legislación nacional, o en virtud de la misma, en caso de inejecución de la resolución en el plazo establecido por las autoridades judiciales o administrativas, una cantidad fija por cada día de retraso o cualquier otra cantidad prevista en la legislación nacional, con objeto de garantizar el cumplimiento de las resoluciones (art. 2.1). Asimismo, cada Estado miembro (art. 4.1) adoptará las medidas necesarias para que, cuando una infracción tenga su origen en ese Estado miembro, toda entidad habilitada de otro Estado miembro donde los intereses protegidos por esa entidad habilitada se vean afectados por dicha infracción pueda interponer una demanda ante las autoridades judiciales o una solicitud ante las autoridades administrativas. Los Estados miembros podrán establecer o mantener disposiciones por las que la parte que se proponga ejercitar una acción de cesación únicamente pueda ejercitarla después de que haya procurado obtener la cesación de la infracción previa consulta, bien con la parte demandada, bien tanto con la parte demandada como con una entidad habilitada -a tenor de la letra a) del art. 3- del Estado miembro en que se ejercite la acción de cesación (art. 5.1). Las directivas que se relacionan en el anexo al que se refería el art. 1 son las que siguen: Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa; Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las dis-

posiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, cuya última modificación es la operada por la Directiva 98/7/CE; Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva: artículos 10 a 21, modificada por la Directiva 97/36/CE; Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano; Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido y Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

EN PREPARACIÓN:

1. Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE (en *DO C 58 E de 05.03.2002, pág. 32*, se publicó la Posición común (CE) n.º 16/2002, de 19 de diciembre de 2001, aprobada por el Consejo).

Pretende establecer un marco jurídico armonizado y adecuado para los contratos a distancia en el ámbito de los servicios financieros que garantice un nivel adecuado de protección de los consumidores.

Esta Propuesta de Directiva tiene por objeto establecer normas comunes que regulen las condiciones en las que se celebran los contratos a distancia relativos a servicios financieros. La Propuesta cubre los servicios financieros al por menor negociados a distancia por cualquier medio que no requiera la presencia física simultánea de las partes del contrato. La Propuesta prevé la obligación de informar al consumidor antes de la celebración del contrato. El proveedor deberá enviar al consumidor, a condición de que éste dé su autorización, un proyecto de contrato por escrito o en otro soporte duradero. El proyecto de contrato deberá contener todas las cláusulas y condiciones contractuales así como un resumen de las mismas. La Propuesta hace referencia al derecho del consumidor a disponer de un periodo de reflexión antes de la celebración de un contrato y a la facultad de resolución con algunas exenciones, así como a la obligación de pago de los servicios prestados antes de la resolución. Los pagos realiza-

dos por medios electrónicos podrán ser anulados si se hace un uso fraudulento de esos medios y se establecen límites a ciertos medios de comunicación a distancia.

2. Promociones de ventas

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior (Propuesta presentada por la Comisión con fecha 2 octubre 2001 (COM (2001) 546 final; en *DO C 221 de 17.09.2002*, pág. 73, se publicó el Dictamen del Comité Económico y Social).

La Propuesta de Reglamento establece las normas relativas al uso y la comunicación comercial de las promociones de ventas a fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

En el art. 2 se definen una serie de términos en orden a la aplicación del Reglamento. Establece el art. 3.1 que los Estados miembros o los organismos reguladores no públicos no impondrán: prohibiciones generales del uso o de la comunicación comercial de las promociones de ventas, a menos que así lo exija el Derecho comunitario; limitaciones del valor de una promoción de ventas, con excepción de los descuentos para libros; prohibiciones de los descuentos previos a los periodos de rebajas de fin de temporada ni la exigencia de obtener una autorización previa, o cualquier otra exigencia que tenga un efecto equivalente, para el uso o la comunicación comercial de una promoción de ventas; y el art. 3.2 que los Estados miembros o los organismos reguladores no públicos no limitarán la libertad de prestación de servicios ni restringirán la libre circulación de bienes que se beneficien del uso de las promociones de ventas por motivos de uso de pro-

mociones de ventas y referencias a las mismas en comunicaciones comerciales. El promotor garantizará que la comunicación comercial de una promoción de ventas cumple los requisitos que se establecen en el anexo del Reglamento. Toda la información exigida por el anexo se facilitará de manera clara y sin ambigüedades. La información que el promotor está obligado a poner a disposición del cliente previa solicitud deberá estar disponible en el momento del lanzamiento de la promoción de ventas en cuestión (art. 4). El art. 5 se refiere expresamente a los niños y adolescentes, estableciendo (apdo. 1) que cuando un promotor realice una promoción de ventas, no recopilará datos personales de niños sin el consentimiento previo verificable de su tutor legal. Se prohíbe asimismo a los promotores facilitar directamente a niños un obsequio o una prima cuya naturaleza pueda resultar peligrosa para su salud física (art. 5.2). Se prohíbe por último a los promotores entregar obsequios consistentes en bebidas alcohólicas a personas menores de 18 años de edad (art. 5.3).

3. Crédito al consumo

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (en *DO C 331 E de 31.12.2002, pág. 200*, se publicó la Propuesta, COM (2002) 443 final). Derogaría la Directiva 87/102/CEE.

Pretende armonizar las disposiciones de los Estados miembros en materia de contratos de crédito y contratos de garantía suscritos por consumidores.

La Directiva se aplicaría (art. 1) a todos los tipos y formas de crédito a disposición de los particulares (no en vano se refiere al crédito *a los consumidores* y no al crédito *al consumo*). La armonización incluiría también los contratos de garantía. Frente a la Directiva 87/102/CEE, únicamente aplicable a los contratos de crédito, esta Propuesta amplía su ámbito hasta las fianzas, entendiendo por tales cualquier garantía, personal o real, relativa a un crédito concedido (art. 3). La Propuesta impone que toda publicidad, en particular la que contenga referencias a tipos de interés, deberá realizarse de forma clara, comprensible y respetando los principios de lealtad en materia de transacciones comerciales (art. 4). Prohíbe la negociación de los contratos comprendidos en su ámbito fuera de los establecimientos comerciales (art. 5). Al consumidor se le reconocen una serie de derechos, tales como derecho de información precontractual (art. 6), de tal modo que el prestamista o el intermediario del crédito habrán de ofrecer toda la información necesaria sobre el contrato a firmar (datos como garantías y seguros exigidos, duración del contrato, importe y periodicidad de los pagos, etc.); derecho de información contractual, recogándose en el art. 10 las menciones mínimas que habrán de contener los contratos; derecho de “retractación” (art. 11), que se otorga al consumidor con un plazo de catorce días o derecho de reembolso anticipado (art. 16). Los Estados miembros habrán de poner los medios para la utilización de una base de datos centralizada cuyo objetivo sea el registro de los consumidores y avalistas que hayan protagonizado un incidente de pago, base de datos que habrá de ser consultada por los prestamistas antes de aceptar cualquier compromiso (art. 8).

En líneas generales, podría decirse que la Propuesta sigue las siguientes directrices: 1) ofrecer una nueva definición del ámbito de aplicación de la Directiva a fin de adaptarla a las nuevas realidades del mercado; 2) la integración de nuevas disposiciones relativas no sólo a los prestamistas sino también a los intermediarios de crédito; 3) la creación de un marco estructurado de información al proveedor de crédito para que éste pueda apreciar mejor los riesgos; 4) la definición de una información más completa al consumidor y a los posibles avalistas; 5) un reparto más equilibrado de las responsabilidades entre el consumidor y el profesional y, 6) la mejora, en beneficio tanto del consumidor como del prestamista, de las modalidades y prácticas de tratamiento de los incidentes de pago por parte de los profesionales.

OTRAS NORMAS DE DERECHO COMUNITARIO DERIVADO QUE AFECTAN AL CONSUMIDOR ENTENDIDO COMO PARTE CONTRACTUAL

1. Sistemas de pago

1.1. Morosidad en las operaciones comerciales

Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Pretende combatir la morosidad en los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales dentro de la Comunidad, tanto entre empresas como entre poderes públicos y empresas.

La Directiva 2000/35/CE contiene un amplio conjunto de medidas para combatir la morosidad en las operaciones comerciales en el ámbito comunitario y se aplica a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales (art. 1). Estas medidas se aplican a todos los retrasos en los pagos entre empresas o entre poderes públicos y empresas (art. 2.1). La Directiva establece también un marco jurídico para disuadir la morosidad en los pagos. En particular, los Estados miembros deben garantizar que el interés devengado será pagadero al día siguiente a la fecha de pago o al término del plazo de pago que se fije en el contrato; si no se fija la fecha o el plazo de pago en el contrato, el interés será pagadero automáticamente, sin necesidad de aviso de vencimiento, 30 días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente. Si se ha dispuesto un mecanismo de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato, el interés será pagadero 30 días después de la fecha de dicha aceptación o comprobación. Si el deudor recibe una factura o una solicitud de pago equivalente antes de la fecha de aceptación o verificación, o incluso ese mismo día, el plazo comenzará en dicha fecha. El tipo de interés de demora será el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo más, como mínimo, 7 puntos porcentuales (art. 3). Los Estados miembros habrán de velar por que, de conformidad con la normativa nacional aplicable, el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio, siempre que se haya

acordado expresamente una cláusula de reserva de dominio entre el comprador y el vendedor antes de la entrega de los bienes (art. 4). Velarán también por que, cuando no exista litigio sobre la deuda, independientemente de su importe, se pueda obtener un título ejecutivo, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el Tribunal u otra autoridad competente (art. 5).

1.2. Transferencias transfronterizas

Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas.

Pretende establecer requisitos mínimos de información y de funcionamiento para las transferencias transfronterizas de hasta 50.000 euros, efectuadas en las divisas de los Estados miembros y en euros dentro de la Comunidad y del Espacio Económico Europeo a iniciativa de un ordenante. El objetivo principal de la Directiva 97/5/CE es permitir la transferencia de fondos de un lugar a otro de la Comunidad de forma rápida, fiable y económica. Las *transferencias de débitos* y los pagos por cheques no entran en el ámbito de aplicación de esta Directiva.

Establece: 1) Una obligación de transparencia con el cliente (arts. 3 y 4), de tal modo que antes de proceder a una transferencia transfronteriza las entidades deben facilitar información general sobre el procedimiento. En particular, deben informar sobre el plazo de ejecución, el método de cálculo de comisiones y gastos que deba pagar el cliente a la entidad, la fecha de valor aplicada por la entidad, las vías de reclamación y de recurso y los tipos de cambio de referencia utilizados.

Con posterioridad a la ejecución o la recepción de una transferencia transfronteriza, las entidades facilitarán a sus clientes información que incluya una referencia que les permita identificar la transferencia, el importe real (inicial) de la transferencia, el importe de todos los gastos y comisiones a cargo del cliente y la fecha de valor aplicada por la entidad. Si el ordenante especifica que el beneficiario debe sufragar la totalidad o parte de los gastos relativos a la transferencia, éste deberá ser informado de ello por su propia entidad. 2) Normas mínimas aplicables a las transferencias; para las transferencias transfronterizas cuyas características se precisen, la entidad deberá -a petición del cliente- bien comprometerse en lo referente al plazo de ejecución y a las comisiones y gastos correspondientes, bien rehusar efectuar la transferencia (art. 5). La transferencia deberá efectuarse en el plazo acordado, si no se respeta ese plazo, la Directiva prevé disposiciones para el resarcimiento. No se abonará ninguna indemnización cuando la entidad del beneficiario pueda demostrar que el retraso es imputable al ordenante o al beneficiario (art. 6). La entidad del ordenante, cualquier entidad intermediaria y la entidad del beneficiario estarán obligadas, una vez transcurrida la fecha de aceptación de la orden de transferencia transfronteriza, a ejecutar dicha transferencia por su importe total, a menos que el ordenante haya especificado que los gastos relativos a esa transferencia deban correr total o parcialmente a cargo del beneficiario. Toda deducción errónea que realice la entidad del ordenante, del beneficiario o cualquier entidad intermediaria deberá ser reembolsada (art. 7). Cuando la entidad de un ordenante haya aceptado una orden de transferencia y los fondos correspondientes no hayan sido acreditados en la cuenta de la entidad del beneficiario, se aplicará una garantía

de devolución de hasta 12.500 euros, más los intereses y el importe de los gastos (art. 8).

2. Responsabilidad por productos defectuosos

Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (modificada por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999).

La Directiva 85/374/CEE (modificada por la Directiva 1999/34/CE) es una norma destinada al mercado interior que busca un equilibrio entre un alto nivel de protección de los consumidores y un marco legal estable en materia de responsabilidad de los productores. Elimina, pues, las distorsiones de competencia resultantes de las diferencias entre los regímenes de responsabilidad y facilita la libre circulación de mercancías, sujeta a normas de responsabilidad comunes.

La Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, establece una serie de normas de responsabilidad por los daños que los productos defectuosos puedan ocasionar a sus usuarios. Un producto defectuoso es cualquier bien mueble que no cumpla las condiciones de seguridad a que tiene derecho el gran público, teniendo en cuenta la presentación del producto, el uso que razonablemente pudiera esperarse de él y el momento de su puesta en circulación (arts. 2 y 6). La Directiva 1999/34/CE amplió el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374/CEE del Consejo a las materias primas agrícolas. La responsabilidad del productor en cada Estado miembro equivaldrá a una cantidad no inferior a 70 millones de euros por la muerte o lesiones corporales causadas por pro-

ductos idénticos que presenten el mismo defecto (art. 16). La Directiva no afecta a los derechos que las víctimas pudieran tener de acuerdo con la legislación existente en materia de responsabilidad contractual y extracontractual. El productor (o el importador), le sea imputable o no conducta negligente, tiene la responsabilidad de indemnizar por la muerte o las lesiones corporales así como por los daños a otros bienes que cause el producto defectuoso. La víctima debe demostrar el daño, el defecto del producto y la relación causal entre ambos (art. 4). La Directiva establece la responsabilidad solidaria cuando varias personas son responsables del mismo daño (art. 5). El productor no será responsable si demuestra la existencia de circunstancias que limiten o, en su caso, anulen su responsabilidad por la propia negligencia de la víctima (art. 7). La víctima deberá presentar una reclamación por daños en el plazo de tres años. Con arreglo a la Directiva, el productor no será responsable de los daños después de transcurridos diez años desde la comercialización del producto (art. 10). No se admiten exoneraciones de responsabilidad.

3. Comercio electrónico

3.1. Servicios de comercio electrónico

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

El objetivo de la Directiva 2000/31/CE es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros.

La Directiva contiene obligaciones específicas en materia de legislación contractual, en particular las siguientes: 1) Los Estados miembros velarán para que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica (art. 9.1). 2) El proveedor de servicios deberá respetar las normas de transparencia aplicables al proceso contractual. Estas normas establecen que el prestador deberá facilitar determinada información al consumidor de manera clara, comprensible e inequívoca, en particular: los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato, si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado y si éste va a ser accesible, los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido, así como las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato. Además, el prestador de servicios deberá indicar los códigos de conducta a los que se acoja y facilitar información sobre la manera de consultar electrónicamente dichos códigos. Esta información deberá facilitarse antes de que el destinatario del servicio efectúe el pedido (art. 10.1 y 2). 3) Cuando el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, el prestador del servicio deberá acusar recibo del pedido sin demora indebida. Se considerará que se ha entregado el acuse de recibo cuando la parte a la que está dirigido pueda tener acceso al mismo (art. 11.1). 4) Los Estados miembros garantizarán que el prestador de servicios pone a disposición del destinatario del servicio los medios técnicos que le permitan identificar y

corregir los errores de introducción de datos antes de realizar el pedido (art. 11.2).

3.2. Firmas electrónicas

Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

Pretende garantizar un funcionamiento correcto del mercado interior en el ámbito de las firmas electrónicas, creando un marco jurídico armonizado y apropiado para la utilización de firmas electrónicas en la Comunidad Europea.

La Directiva 1999/93/CE reconoce las firmas electrónicas que anteriormente no gozaban de reconocimiento por el mero hecho de su forma electrónica. A este fin, establece los criterios que constituyen la base del reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas, centrándose en determinados servicios de certificación (art. 1). Las firmas electrónicas que cumplan los requisitos de la Directiva 1999/93/CE tendrán automáticamente el mismo valor que las firmas manuscritas para la legislación del Estado miembro en cuestión. Estas firmas serán, pues, admisibles como prueba en los procedimientos judiciales de la misma forma que las firmas manuscritas (art. 5).

4. Servicios financieros

Las directivas relativas al sector bancario, los seguros y los bienes muebles establecen un régimen financiero que regula las condiciones de establecimiento y prestación de servicios de entidades financieras de la Comunidad Europea. Por definición, no se trata, pues, de normas de Derecho privado. Los

únicos Textos relativos a aspectos del Derecho privado y de interés para el Derecho contractual cuando actúa un consumidor, consideramos que son los siguientes:

4.1. Sector bancario

4.1.1. Coeficientes de solvencia de las entidades de crédito

Directiva 96/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 89/647/CEE en lo que se refiere al reconocimiento por las autoridades competentes de la compensación contractual (coeficientes de solvencia de las entidades de crédito).

Pretende contribuir a armonizar la supervisión prudencial y reforzar las normas de solvencia de las entidades de crédito de la Comunidad para proteger a los ahorradores e inversores y mantener la estabilidad bancaria.

La Directiva modificada sobre los coeficientes de solvencia se aplica a las entidades de crédito (definidas en la Directiva 77/780/CEE). Se aplica una ponderación de riesgo a los activos y cuentas de orden de cada entidad de crédito (art. 5.1). La ponderación de activos y cuentas de orden está relacionada principalmente con los riesgos de crédito derivados del incumplimiento de la contraparte, haciéndose una distinción entre los grados de riesgo relacionados con determinados activos y cuentas de orden con determinadas categorías de prestatarios (art. 5). Las ponderaciones varían entre contrapartes de bajo riesgo y de alto riesgo (art. 6). Se establece un coeficiente mínimo del 8 % (art. 10). Desde enero de 1993, las entidades de crédito deben mantener en todo momento un

³⁸⁵ Esta Directiva refunde el contenido, además de introducir disposiciones de nuevo cuño, de las tres Directivas sobre seguro de vida que estaban en vigor, modificadas a su vez por otras Directivas y que resul-

tan derogadas por esta Directiva 2002/83/CE. En concreto, quedarían derogadas las Directivas 79/267/CEE del Consejo, de 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, referentes al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida y a su ejercicio (primera Directiva sobre los seguros de vida), afectada por las Directivas 95/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (sólo el segundo guión del artículo 1, el cuarto guión del apartado 2 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 en cuanto a las referencias a la Directiva 79/267/CEE) y 2002/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE (segunda Directiva sobre los seguros de vida) y Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (tercera Directiva sobre los seguros de vida), a su vez afectada por las Directivas 95/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (sólo el segundo guión del artículo 1, el tercer guión del apartado 1 del artículo 2, los apartados 1, 3 y 5 del artículo 4 y el tercer guión del artículo 5 en cuanto a las referencias a la Directiva 92/96/CEE), 2000/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (artículo 2 en cuanto a las referencias a la Directiva 92/96/CEE) y 2002/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (artículo 2). Todas estas Directivas quedan derogadas por la nueva Directiva 2002/83/CE (art. 72.1 en relación con la parte A del Anexo V de la Directiva). Las referencias que en otros Textos comunitarios se realizan a las tres Directivas derogadas se han de entender realizadas al nuevo Texto (art. 72.2), para ello, en el Anexo VI de la Directiva se incorpora una tabla de correspondencias. Véase, además, la Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE y 93/22/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

coeficiente mínimo del 8 %, siendo responsabilidad de las autoridades nacionales competentes garantizar el respeto de ese coeficiente (art. 10.3).

4.2. Seguros

4.2.1. Seguros de vida

Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida³⁸⁵.

Pretende facilitar el ejercicio efectivo del derecho a prestar servicios de seguro de vida, llevando con ello a término el mercado interior en materia de seguro directo de vida, en su doble vertiente de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en los Estados miembros, de tal modo que todos los tomadores de seguro puedan recurrir a cualquier asegurador con domicilio social en la Comunidad con garantía de una protección adecuada.

La Directiva se aplica a los seguros del ramo “vida”, tanto individuales como colectivos, así como a los seguros complementarios practicados por empresas de seguros de vida, tales como los seguros de accidente, incluida la incapacidad laboral o los seguros de muerte o invalidez por accidente o enfermedad, siempre que estas variedades de seguros sean suscritas como complementarias de los seguros de vida.

Por lo que atañe a la contratación de seguros de vida, la Directiva parte de considerar que las disposiciones vigentes en los Estados miembros en esta materia son divergentes, pero que no por ello la armonización del Derecho del contrato de seguro es una condición previa para la realización del mercado interior de los seguros, pues la posibilidad de aplicar las distintas legislaciones nacionales puede propor-

cionar las suficientes garantías a los tomadores de seguro. A los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación material de la Directiva, en defecto de elección de ley aplicable, se aplica la del *Estado del compromiso* (aquél en que el tomador tenga su residencia habitual o si el tomador fuere una persona jurídica, el Estado miembro en que esté situado el establecimiento de dicha persona jurídica al que se refiere el contrato). No obstante, en determinados casos, siempre que lo permita la ley del Estado del compromiso, puede concederse la libertad de elegir como ley aplicable al contrato una ley distinta de la dicho Estado (artículo 32).

En virtud de lo establecido en el artículo 35.1, los Estados miembros habrán de poner los medios para que el tomador de un contrato de seguro de vida individual disponga de un plazo que oscilará entre 14 y 30 días, a partir del momento en que se informe al tomador de que se celebra el contrato, para renunciar a los efectos de dicho contrato, de tal modo que la renuncia del tomador notificada al asegurador liberará a aquél de toda obligación derivada del mismo. Los demás efectos y las condiciones de la renuncia se regirán por la legislación aplicable al contrato, tal como queda definida en el artículo 32. No obstante, los Estados miembros podrán excluir de su legislación esta facultad de renuncia con relación a los contratos de una duración igual o inferior a seis meses, así como con relación a los casos en que por razón de la situación del tomador de seguro o de las condiciones en las que se celebra el contrato, se considere que el tomador no necesita beneficiarse de esta protección especial (artículo 35.2).

Con objeto de que los tomadores puedan tener acceso a la gama más amplia posible de productos de seguro de vida ofrecidos en la Comunidad, los Estados miembros han de preca-

ver las medidas para que no exista obstáculo alguno a la comercialización de todos los productos de seguro ofrecidos en la Comunidad, siempre que éstos no sean contrarios a las disposiciones legales de interés general vigentes en el Estado miembro del compromiso y en la medida en que el interés general no quede salvaguardado por las normas del Estado miembro de origen, quedando entendido que tales disposiciones deberán aplicarse de forma no discriminatoria a toda empresa que opere en dicho Estado miembro. Para beneficiarse el consumidor de la mayor oferta y de una competencia más intensa, debe disponer de la información necesaria para elegir el contrato que mejor se ajuste a sus necesidades, de tal forma que ha de recibir información clara y precisa sobre las características esenciales de los productos que le son propuestos y la denominación y dirección de los organismos facultados para tramitar las reclamaciones de los tomadores, los asegurados o los beneficiarios del contrato. Por ello, el artículo 36 de la Directiva prevé un específico deber de información en favor de los tomadores, en primer lugar antes de la firma del contrato de seguro, debiendo ponerse en conocimiento del tomador, al menos, la identidad del asegurador (denominación o razón social, forma jurídica, Estado en que está establecido, etc.) y los datos fundamentales del contrato (tales como definición de cada garantía, periodo de vigencia, condiciones y duración del pago de las primas, valor de rescate, modo de ejercitar la facultad de renuncia, régimen fiscal de la póliza, ley aplicable al contrato, etc.). En segundo lugar, dentro del periodo de vigencia del contrato, el tomador habrá de ser informado de cualquier modificación relativa a la denominación o razón social, forma jurídica o domicilio social del asegurador, así como sobre la situación en cada momento de la participación en los beneficios.

4.2.2. Seguros diferentes de los seguros de vida

Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (tercera Directiva sobre seguros distintos del seguro de vida).

Pretende establecer normas relativas a la prestación transfronteriza de seguros diferentes del seguro de vida que establezcan un equilibrio entre la libre circulación de servicios y la protección de los consumidores.

La Directiva 92/49/CEE, por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (tercera directiva sobre seguros distintos del seguro de vida) establece la obligación para las empresas de seguros diferentes de los seguros de vida de facilitar determinada información al posible tomador de un contrato de seguro. En particular, deberá facilitársele el nombre del Estado miembro en el que se encuentra la empresa -o una sucursal- con la que vaya a celebrarse el contrato. Toda póliza de seguro deberá indicar la dirección de la sede central o, en su caso, de una sucursal de la compañía aseguradora (art. 43). La Directiva 92/49/CEE exige también que el asegurador informe al cliente antes de la firma del contrato sobre la ley que se aplicará al contrato de seguro propuesto (art. 31).

4.3. Transacciones de valores

4.3.1. Publicación del prospecto

Directiva 80/390/CEE del Consejo, de 17 de marzo de 1980, sobre la coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión del prospecto que se publicará para la admisión

de valores mobiliarios a la cotización oficial en una bolsa de valores.

El objetivo de la Directiva 80/390/CEE es facilitar información adecuada y objetiva a inversores potenciales y reales, coordinando los requisitos del prospecto que deben publicar los emisores de valores mobiliarios. La Directiva 80/390/CEE del Consejo coordina también las condiciones de elaboración, control y difusión del prospecto que se publicará para la admisión de valores mobiliarios a la cotización oficial en una bolsa de valores. El prospecto deberá contener la información necesaria, tanto de las personas físicas como jurídicas, para que los inversores y sus asesores financieros puedan formarse un juicio fundado de los activos y pasivos, los beneficios y las pérdidas, las perspectivas del emisor, así como sobre los derechos inherentes a dichos valores mobiliarios (art. 4); se aplican requisitos similares al control de cuentas (incluidas en el prospecto). El incumplimiento de estas obligaciones se considerará como publicación de información engañosa y se sancionará como violación del Derecho contractual o extracontractual, según las disposiciones de la legislación nacional. Las autoridades competentes designadas deberán comprobar que el prospecto cumple los requisitos enunciados en la Directiva 80/390/CEE y, en consecuencia, podrán considerarse responsables en caso de aprobación de prospectos que contengan información engañosa (art. 18). La Directiva 80/390/CEE no afecta a la responsabilidad de las autoridades competentes, que seguirá regulada exclusivamente por el Derecho nacional (art. 18.4).

4.3.2. Prospecto de oferta pública

Directiva 89/298/CEE del Consejo, de 17 de abril de 1989, por la que se coordinan las condiciones de elaboración, control y difusión del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública de valores negociables.

Pretende coordinar las condiciones de elaboración, control y difusión del prospecto que debe publicarse cuando valores negociables sean objeto por primera vez de una oferta pública.

La Directiva 89/298/CEE se aplica a los valores, excepto los emitidos por organismos de inversión colectiva de tipo no cerrado y los *eurovalores* que sean objeto por primera vez de una oferta pública en un Estado miembro (art. 1.1). La Directiva 89/298/CEE exige que el prospecto sea publicado por la persona que realiza la oferta pública (art. 4). El folleto deberá contener las informaciones necesarias, en función de las características del emisor y de los valores objeto de oferta pública, para que los inversores puedan formarse un juicio fundado sobre los valores (art. 11). Cuando no se trate de valores destinados a ser admitidos a cotización oficial, las normas de publicación pueden ser menos detalladas. La Directiva 89/298/CEE no exige que autoridades competentes examinen el prospecto de oferta pública antes de su publicación, aspecto que deja a la discreción del Estado miembro. No obstante, sólo podrán ser reconocidos mutuamente y utilizados para ofertas multinacionales los prospectos de ofertas públicas redactados y examinados en los términos establecidos en la Directiva 80/390/CEE, relativa a la publicación del prospecto (art. 21).

4.3.3. Servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables

Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables.

Pretende liberalizar el acceso de las empresas inversoras autorizadas a suministrar los servicios en cuestión en su Estado miembro de origen, a la condición de miembro de bolsas de valores y mercados financieros en los Estados miembros de acogida.

La Directiva 93/22/CEE del Consejo exige que los Estados miembros elaboren normas de conducta que las empresas de inversión deberán respetar en todo momento (art. 10). Estas normas deberán aplicar los principios establecidos en la Directiva. Entre otras cosas, las normas nacionales deberán exigir que las empresas de inversión actúen leal y equitativamente, defendiendo al máximo los intereses de sus clientes. Asimismo, las empresas de inversión deberán solicitar a sus clientes información sobre su situación financiera, su experiencia inversora y sus objetivos en relación con los servicios solicitados, transmitir de forma adecuada la información que proceda y evitar conflictos de intereses (art. 11). No se trata de disposiciones de Derecho contractual, pero muchas de ellas podrían influir en una situación contractual.

5. Protección de datos personales

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Pretende armonizar las leyes nacionales relativas al tratamiento de datos personales y proteger los derechos y las libertades de las personas, en particular el derecho a la intimidad.

La Directiva 95/46/CE busca garantizar un nivel elevado de protección de los datos personales en la Comunidad. Regula el derecho a la intimidad en el ámbito del tratamiento de datos personales, especialmente a la luz del considerable aumento del intercambio transfronterizo de datos personales en el marco del mercado interior. 1) El contrato. Se podrá efectuar un tratamiento de datos si es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado (persona física que puede ser identificada, directa o indirectamente) sea parte, o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado (art. 7); Cuando el encargado del tratamiento (persona física o jurídica) lo hace a petición del responsable del tratamiento (persona física o jurídica que determina los objetivos y los medios del tratamiento de datos personales), su relación deberá estar regulada por un contrato u otro acto jurídico. Este contrato o acto jurídico deberá incluir ciertas garantías que vinculen al encargado del tratamiento con el responsable que dispongan, v. gr., que el encargado sólo actuará de acuerdo con las instrucciones del responsable (art. 17). 2) Transferencia de datos personales a terceros países. La Directiva 95/46/CE establece que la transferencia de datos personales a terceros países sólo puede efectuarse si el país en cuestión ofrece un *nivel de protección adecuado* (art. 25). Ahora bien, en ciertas situaciones excepcionales se permitirá el envío de datos personales a países que no garantizan un *nivel de protección adecuado* (art. 26). 3) Acuerdos y manifestaciones de voluntad (*rechtsgeschäft*, en el lenguaje jurídico alemán). En la letra h) del artículo 2 de la Directiva 95/46/CE se define el consentimiento del interesado en tér-

minos generales. Los requisitos específicos para el consentimiento del interesado al tratamiento de sus datos se recogen en el artículo 7 (consentimiento de forma inequívoca) y el artículo 8 (consentimiento explícito). 4) Responsabilidad. El artículo 23 de la Directiva 95/46/CE regula la responsabilidad por un tratamiento ilícito de datos personales y la reparación del perjuicio sufrido por la persona en cuestión.

Conclusiones

CONCLUSIONES

I. De un modo cada vez más decidido se viene impulsando lo que ha dado en llamarse *Derecho contractual europeo*, entendido como sector del Derecho privado especialmente susceptible de una armonización que se estima conveniente para el funcionamiento del mercado interior. Dentro de esta aspiración de conseguir un *Derecho contractual europeo* se insertan tendencias que, auspiciadas por la propia Comunidad, han sido recogidas por académicos que le van dando forma. En la doctrina, tres son las líneas principales que se están siguiendo: la creación de un régimen especial europeo limitado a las relaciones internacionales entre sujetos privados, que tomaría como modelo los principios *Unidroit* y que vendría a ser un *soft law* o Derecho no imperativo escogido libremente por las partes contratantes; la elaboración de un cuerpo de principios europeos comunes aplicables por los Derechos privados nacionales, sería el caso de los PECL que, elaborados por la Comisión Lando, aspiran no tanto a convertirse en Derecho vigente sino a avanzar una futura codificación e ir creando una especie de cultura jurídica común; y por último, la adopción de un Código civil europeo que fuera vinculante para los sujetos privados.

II. Un *Derecho contractual europeo*, como categoría, no puede afirmarse que exista actualmente en la Comunidad, donde a lo sumo, existe un régimen comunitario de la contratación entendido como conjunto normativo disperso y del que actualmente formarían parte normas que traen su origen del Derecho internacional (fundamentalmente el Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el “Reglamento Bruselas I”) y normas de Derecho comunitario derivado (principalmente directivas). En concreto, el “Reglamento Bruselas I” protege al consumidor estableciendo una de las llamadas competencias *particulares* en su favor y procurando que el fuero competente en aquellos litigios que traigan causa de un contrato celebrado con un consumidor sea el de su residencia habitual. El

Reglamento, no obstante, al que protege de un modo más satisfactorio es al llamado consumidor pasivo, y descuida en sus disposiciones la tutela que al consumidor habría de procurarle cuando trata de ejecutar una sentencia que le sea favorable. En el plano sustantivo, el Convenio de Roma asegura un ámbito de protección al consumidor sobre la base de establecer que la designación de una ley para regir un contrato determinado no podrá privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país donde tenga su residencia.

Podría, con este conjunto de normas que constituyen los Textos originariamente de Derecho internacional y las normas armonizadoras de Derecho comunitario derivado, intentarse una sistematización del régimen comunitario de la contratación, lo que prueba que a pesar de ser como decíamos un conjunto normativo disperso, no es un mero conjunto de normas deslavazadas, al menos en lo que atañe a la posición del consumidor. En cualquier caso, lo cierto es que para el mercado interior supone un obstáculo la coexistencia de diferentes normativas en materia de Derecho contractual y para el consumidor en particular, un freno a la hora de adquirir bienes o recibir la prestación de servicios transfronterizos. Al consumidor, pues, le convendría un verdadero, completo y armónico *Derecho contractual europeo* que garantizara la coherencia normativa y su aplicación uniforme en los Estados miembros.

III. Las normas de Derecho derivado que actualmente atienden al Derecho europeo de contratos (básicamente directivas) han sido elaboradas pensando en casos y supuestos concretos, se restringen a ámbito limitados, en los que ofrecen una regulación excesivamente detallada. La Comisión Europea, atendidas las insuficiencias que presenta el Derecho contractual se plantea cuatro opciones de futuro: la no actuación de la Comunidad, dejando que el mercado solucione sus propios problemas a través de la presión de los diferentes sujetos que intervienen en la contratación, sin perjuicio de actuaciones comunitarias puntuales. Alternativa que se presenta como insuficiente en orden a la protección

del consumidor. Como segunda opción, fomentar la definición de principios comunes de Derecho contractual para reforzar con ello la convergencia de las leyes nacionales, lo que tendría utilidad tanto para las partes contratantes (en cuanto a la elaboración y ejecución de contratos) como para los tribunales e instancias arbitrales nacionales. Esta segunda opción no es la más conveniente para el sector del Derecho *pro consumptore*, que descansa sobre todo en normas imperativas. La tercera opción que plantea la Comisión consiste en mejorar la legislación sobre Derecho contractual que ya se halla en vigor; esta opción, que es sobre todo una necesidad, en materia de contratación de consumidores sería especialmente deseable en la medida en que consiguiera una mayor coherencia entre las distintas normas y una mejor definición de los derechos del consumidor-parte contractual. La cuarta opción consiste en la adopción de una nueva legislación más exhaustiva y, más en concreto, de un Texto general que contenga disposiciones sobre cuestiones generales de Derecho contractual y contratos específicos y que podría estar compuesto por normas dispositivas e imperativas (estas últimas, particularmente en cuanto a la protección del consumidor). Finalmente, la Comisión se decanta por la tercera opción, enfocada como vía para aumentar la coherencia del acervo comunitario en materia de Derecho contractual, reseñando la conveniencia de la elaboración de cláusulas contractuales tipo para el comercio transfronterizo.

IV. Descendiendo a la posición del consumidor, entendido éste como parte contractual, dos hitos principales habría habido en la evolución política dentro de la Comunidad acerca de su protección. El primero, la creación de una política propiamente dicha de protección del consumidor a instancia de la Comisión Europea y tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el conocido asunto *Cassis de Dijon*, donde admitió el TJCE la posibilidad de que la protección del consumidor estuviera reñida con el objetivo del mercado común. El paso dado por el TJCE en *Cassis de Dijon* consistió en admitir que la legislación *pro consumptore* del país de destino de un bien o servicio podría ser aplicada en la

medida en que la protección del consumidor constituye una exigencia imperativa de interés general que justifica la limitación a las libertades de circulación, y ello aun cuando dicha legislación pudiera constituir una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas prohibidas por el art. 28 TCE. La Comisión supo recoger el testigo del TJCE en los años setenta y emprender una acción cada vez más decidida en favor de los consumidores. El segundo hito al que nos referíamos es la redacción en Maastricht del art. 129 A TUE (actual art. 153 TCE), por el cual la protección del consumidor pasa de ser algo atendible al diseñar las políticas de mercado (desde *Cassis de Dijon*) a ser un objetivo específico en sí mismo, con independencia de los objetivos ligados al mercado interior.

V. Atendiendo al momento actual, la protección del consumidor en la Comunidad, pese a ser un fin atendible en sí mismo como acabamos de ver en el punto anterior, presenta importantes carencias. Los Ordenamientos nacionales son los primeros que, en un orden lógico, establecen un cuerpo normativo *pro consumptore* que viene respondiendo al modelo consistente en la determinación de un principio general que es completado con normas específicas, entendiéndose por tales desde la elaboración de normas concretas y detalladas en favor del consumidor (el caso de España) hasta la elaboración de distintas normas donde se atiende tanto a la protección del consumidor como a las reglas de competencia leal. Al consumidor europeo le resulta insuficiente un cuerpo normativo *pro consumptore* basado exclusivamente en la protección que pueden ofrecer los Ordenamientos nacionales, sobre todo en orden a la contratación transfronteriza de bienes y servicios dentro del mercado interior.

El modelo actual de protección del consumidor comunitario presenta insuficiencias. Responde a un sistema caracterizado como de integración *negativa*, esto es, caracterizado por la eliminación de los obstáculos nacionales a la libre circulación de bienes y servicios, sin establecer paralelamente una norma *positiva* o reguladora de tal comercio intracomunitario. Con el art. 129 A TUE -actual art. 153 TCE- parece

que se invierte la fórmula en materia de protección del consumidor, pues la defensa del mismo a través de instrumentos normativos pasa a ser un fin atendible en sí mismo y no reflejo de la consecución del mercado interior. Pero en cualquier caso, el *corpus* normativo existente es insuficiente, tanto en relación con las normas que lo componen como respecto del modelo a que obedecen. Las directivas que actualmente protegen al consumidor son incompletas, nacen para dar respuesta a problemas concretos, tienen importantes lagunas, no constituyen un todo armónico y adolecen de falta de coordinación. Por otra parte, se carece de una jurisprudencia comunitaria completa y otras soluciones, como la autorregulación, son de suyo insuficientes. Si es, pues, precisa una mayor armonización, la Comisión propone que el nuevo modelo obedezca a un enfoque llamado mixto, compuesto por una directiva marco amplia completada por directivas específicas en los casos en que sea necesario (subsistiendo las actuales). Esta directiva marco se basaría en una cláusula general sobre las relaciones entre empresas y consumidores, que podría inspirarse en los modelos jurídicos existentes en los Estados miembros sobre las “prácticas comerciales leales” o el “buen comportamiento empresarial”, completándose con normas generales de equidad y normas específicas para eliminar las diferencias en las reglamentaciones nacionales en materia de prácticas comerciales. También podría posibilitar esta eventual directiva marco la autorregulación por las partes de sus relaciones.

Cualquier opción de reglamentación del Derecho comunitario en materia de protección de consumidores debe ir acompañada de los mecanismos adecuados que permitan su correcta aplicación y, especialmente, de mecanismos de ejecución que permitan a los Estados cooperar rápida, eficaz y efectivamente para resolver las cuestiones de aplicación transfronteriza. El actual art. 10 TCE sienta la base de la cooperación entre la Comunidad y los Estados miembros, y en materia de consumidores la aplicación conjunta de los principios de subsidiariedad y de cooperación exige la cooperación administrativa entre los Estados miembros y la

Comunidad Europea, de tal forma que se debe crear un sistema de cooperación viable entre las Instituciones comunitarias y los Estados miembros ordenado según el principio de mutua colaboración: los Estados miembros deben asumir la obligación de aplicar los programas de consumo comunitario y, al mismo tiempo, la Comunidad debe respetar las competencias de dichos Estados. La cooperación, en este sentido, va a ser precisa en tres niveles: entre la Comisión y los Estados miembros, entre los Estados miembros entre sí y entre la Comunidad y terceros Estados.

El modelo actual resulta tan insuficiente que incluso se carece de un concepto preciso y claro de qué se entiende por consumidor comunitario. El concepto de consumidor es definido por cada una de las principales directivas en materia de contratación con consumidores, y además es definido de modo negativo, por contraposición al profesional, concepto éste que tal y como se presenta sólo permite una aproximación económica y no jurídica. No menos difusa se nos aparece la noción de consumidor comunitario si acudimos a buscarla en los Convenios de Roma y Bruselas -o al “Reglamento Bruselas I”, a través de las definiciones autónomas que de consumidor nos ofrecen. Lo anterior, unido a otras lagunas en la caracterización del consumidor y a la técnica de “armonización mínima”, que permite que los Estados incluyan a más o menos sujetos como objeto de protección, nos lleva a considerar que es éste de consumidor un concepto difuso y eventualmente multiforme (es decir, siempre en función de la concreta norma que contemple su posición en una relación obligacional determinada). En fin, una muestra más de las insuficiencias del actual modelo de protección del consumidor europeo.

VI. En este punto, procede esbozar cuáles son las líneas de futuro, y junto con el planteamiento que para la Comisión es más novedoso, recordemos: realizar una directiva marco que partiendo de un principio general que pueda ser asumido por todos los Estados miembros contenga las especificaciones mínimas que posibiliten la coordinación del resto de normas, que a nuestro juicio supondría mejorar el modelo actual

pero perpetuarlo, pues subsistirían la parcelación normativa, la regulación para casos concretos, el solapamiento de normas, la diversidad de aplicaciones judiciales y administrativas y los problemas de transposición de las directivas. Junto a este planteamiento, decimos, también cabe plantearse la posibilidad de elaborar un Código europeo de consumo. Se trataría, en consecuencia, de superar el planteamiento armonizador sobre el que ha girado la política de consumidores y optar por un instrumento de unificación jurídica. Los principales obstáculos, junto al competencial, que tendría un instrumento de este tipo serían las notables diferencias entre los sistemas jurídicos europeos y la ausencia de un instrumento unificador previo, más general, en materia contractual (aunque esto puede no ser visto como un obstáculo si consideramos que precisamente un Código en materia de consumo podría avanzar, en su caso, una codificación más general). Este cambio en el modelo de protección del consumidor es no sólo posible sino además coherente con la nueva concepción de la protección del consumidor entendida desde el Tratado de la Unión Europea como fin atendible en sí mismo (actuales arts. 153 y 3 t) TCE) y no como reflejo o cuestión atendible al diseñar las políticas de mercado. Y en esta tesitura es donde puede volverse la vista a todos los trabajos que en pro de un Derecho contractual europeo están llevándose a cabo, pues precisamente los obstáculos y rémoras que encuentra este proyecto empequeñecen en materia de protección de consumidores donde el carácter imperativo de las normas favorece una menor reticencia de las distintas familias jurídicas (no en vano, este sector es el más armonizado dentro del Derecho de obligaciones), a lo que contribuye la propia realidad regulada, nueva (el fenómeno del consumo es relativamente joven), favoreciendo que se parta de una base con más puntos comunes. Uno de los principales obstáculos para la elaboración de un Código europeo de consumo y, más en general para legislar en materia de consumo, dijimos que era el fundamento competencial del que se dispondría. Hasta el momento la base que se ha venido empleando en materia de protección de consumidores vía directivas ha sido en su mayor parte la prevista para las disposi-

ciones en materia de libertades de circulación y desarrollo del mercado interior. Seguir admitiendo esta base competencial equivale a perpetuar la lógica de *Cassis de Dijon*, esto es, que las disparidades legales -en nuestro caso a la hora de establecer disposiciones protectoras del consumidor- pueden suponer obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios, razón por la cual son necesarios instrumentos armonizadores que hagan desaparecer esos obstáculos a las libertades de circulación. Pero esto es algo que va ser especialmente complicado al tener que justificar que las medidas armonizadoras en favor de los consumidores contribuyen de un modo apreciable al establecimiento del mercado interior -requisito imprescindible tras la sentencia en el asunto Publicidad del Tabaco- y, además, tras la nueva línea jurisprudencial del TJCE inaugurada con *Keck y Mithouard* y que ha venido a facultar a los Estados para imponer su normativa referida a modalidades de venta aun cuando la misma comporte restricciones a las libertades de circulación, se encontrarán más dificultades en el futuro para armonizar en materia de consumo sobre la base competencial de las libertades de circulación cuando estemos en presencia de lo que tras dicha sentencia se consideran *modalidades de venta*. A la luz de los Textos *constitucionales* vigentes, parece que el referido art. 153 TCE debe de ser la base competencial, pero necesariamente combinada con la relativa al desarrollo del mercado interior (art. 95 TCE) a pesar de los inconvenientes señalados, capaz de sostener la legislación en materia de consumidores, siempre, eso sí, que por exigencia del principio de subsidiariedad (art. 5 TCE) exista el consenso de que el objetivo de consolidar la protección del consumidor se consigue preferiblemente por la actuación de la Comunidad. Por todo ello, podemos afirmar que realmente el problema competencial esconde tras de sí la tensión actual entre la indefinición del modelo europeo de protección del consumidor y la necesidad de reorientarlo.

ISBN 84-86816-95-5



9788486816957

INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO
Principe de Vergara, 54 - 28006 MADRID
www.consumo-inc.es