

CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA, MERCADO Y DERECHO

Por

JOSÉ-ANTONIO VEGA VEGA

Catedrático E.U. de Derecho Mercantil. UEx

SUMARIO: ABSTRACT-RESUMEN.- 1. PLANTEAMIENTO.- 2. MERCADO Y CONSUMIDOR. 2.1. Ideas generales. 2.2. Modelo económico y protección de los consumidores. 2.3. El Derecho del consumo.- 3. REGULACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE CONSUMO.- 4. COMERCIO ELECTRÓNICO Y DERECHO A LA INTIMIDAD.- 5. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO. 5.1. Ámbito internacional. 5.2. Derecho comunitario.- 6. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA.

ABSTRACT:

E-commerce is still a new phenomenon, and when a new phenomenon arrives, the existing law has to apply to it as best it can. On fluctuating markets, there is always the temptations for one of the parties later to try to get out of it if the market has moved against him or her. The simplest argument is that not valid contract has been made in the first place. It is therefore necessary to decide when there is a binding contract in principle and, if so, the effect of a qualification such a subject details, as consumers. E-commerce is a global activity and it is quite likely that the contracting parties will be in different countries. Obviously, this can lead to potential for disputes about which country 's law applies, and also as to jurisdiction over the defendant. The EC Directives are important consumer protection provisions.

RESUMEN

El comercio electrónico puede considerarse todavía un fenómeno reciente. Y toda nueva actividad económica necesita una regulación legal. En el mercado siempre existe la inclinación de una de las partes de obtener ventajas. La ley debe regular la nueva situación que se crea y proteger a la parte más débil, como son los consumidores. El comercio electrónico se configura, asimismo, como una actividad global. La intervención de diferentes partes contractuales pertenecientes a diferentes países puede plantear problemas en la resolución de conflictos, principalmente de cara a qué ley y jurisdicción nacionales son aplicables. Las directivas europeas representan a tal respecto una importante protección para los consumidores.

1. PLANTEAMIENTO

Vivimos en un mundo telecomunicado. Las empresas compiten en mercados mundiales, pero nos encaminamos, más allá de la producción económica masiva y estandarizada, hacia un nuevo sistema de producción flexible y especializado, basado en la información y la tecnología¹. Con estas premisas es fácil colegir que

¹ Véase sobre los cambios económicos y tecnológicos FERNÁNDEZ ARUFE, M.E., "Los grandes cambios y la sociedad del conocimiento", en *La política económica en tiempos de incertidumbre* (Editores: M. Esteban y F. Serrano), Ed. Netbiblo, A Coruña, 2006, pág. 216.

Para PASCUZZI G., "Il diritto é plasmato dalle tecnologie disponibili, con la conseguenza che esso è destinato a cambiare in ragione dell 'evento di nuove tecnologie" (*Il diritto dell 'era digitale*, Ed. Il Mulino Itinerari, Bologna, 2006, pág. 39).

los principios sobre los que se articula la regulación de la actividad empresarial han de adaptarse a las exigencias institucionales e imperativos sociales impuestos por los nuevos hechos económicos y la evolución de los fenómenos tecnológicos que nos proporciona el desarrollo social. Es fácil entender que la evolución del comercio ha estado siempre condicionada por los medios e instrumentos con los que en cada momento pueden servirse los propios oferentes de mercancías y servicios y los destinatarios, sean empresarios o consumidores.

La eficiencia depende de la capacidad para acoger las tendencias del mercado². De ahí que el desarrollo tecnológico, que facilita la transmisión de datos (ofertas y aceptaciones a distancia), y la “desmaterialización” del dinero (dinero electrónico) marquen la última tendencia de la evolución del comercio. El comercio electrónico, al que se le augura un gran auge económico³, diseña la vía por la que una gran parte de las transacciones están comenzando a producirse, sobre todo si tenemos en cuenta que la globalización económica ha propiciado una sociedad de masas, a la que el progreso y el bienestar la han conformado como una sociedad de consumo⁴.

² Cfr. DORE, R., *Capitalismo bursátil: capitalismo de bienestar*, Ed. Akal, Madrid, 2000, pág. 41.

³ MORENO NAVARRETE, M.A., *DERERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 10: “El comercio electrónico es una consecuencia más del denominado fenómeno de globalización que se produce por la interacción entre el uso de las tecnologías de la información y la apertura de mercados como posibilidad real de las empresas”.

⁴ Sobre el fenómeno del consumo y la sociedad de masas, puede verse BAUMANN, D., *Droit de la Consommation*, Ed. Litec, Paris, 1997, págs. 34 ss.; BENITO, L.E., *Estudios sobre el consumo*, Madrid, 1985, pp. 11 ss.; BERCOVITZ, A., “Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español”, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, (Bercovitz, A. y Bercovitz, R.), Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 17 ss.; BUROU, H., *Le droit de la consommation transfrontière*, Ed. Litec, Paris, 1999, 68 ss.; DAHL, B., “Consumer Protection within the European Union”, en *Journal of consumer Policy*, núm. 16, 1993, pp. 345-353; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores como principio general del ordenamiento español”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 48, 1999, pp. 131 ss.; LOPEZ, G., “Une nouvelle approche de la politique communautaire de la consommation”, en *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 82, 1994, pp. 57-62; QUINTANO CARLO, I., “La protección del consumidor en España (Aspecto comparativo con la Comunidad económica Europea)”, en *Aranzadi Civil*, 1987, pp. 80 ss.; REBOLLO PUIG, M., “La defensa de los consumidores”, en *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reformas y nuevos horizontes* (Dir.: S. Muñoz Machado, J.L. García Delgado y L. González Seara), Madrid, 2002, pp. 392 a 462; BOURGOIGNIE, T., “Droit et politique communautaires de la consommation: de Rome à Amsterdam”, en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 3 (1997), pp. 194-210; BUREAU, H., *Le droit de la consommation transfrontière*, Ed. Litec, Paris, 1999.

La reflexión sobre la evolución histórica del comercio deja claro, pues, su intrínseca adaptabilidad a las variables sociales, económicas y técnicas en las que se desarrolla, y pone de relieve la necesidad de que las normas jurídicas vayan ordenando el tráfico económico en virtud de los cambios que se operan en un mundo incierto⁵. A la vez, los principios sobre los que se articula el Estado social exige que las normas jurídicas liberales se transformen en normas jurídicas tuitivas, plenamente adaptadas a los imperativos sociales impuestos por los nuevos hechos económicos, tecnológicos y sociales⁶. De esta forma, la regulación del mercado ha de cohererse con los otros sujetos participantes en el mercado, como son los consumidores y usuarios⁷, sujetos débiles en las relaciones comerciales, que provoca que el Estado se vea obligado a intervenir, en consideración a estos intereses, tanto institucional como normativamente⁸, teniendo en cuenta que la autonomía de la voluntad entendida como autonomía comercial ha devenido, en muchos casos, una pura ficción para el consumidor⁹. Nuestro estudio se basa, pues, en una premisa categórica: el mercado y el derecho del consumo están conectados intrínsecamente.

⁵ ARIAS, X.C./CABALLEROG., "El retorno de las instituciones y la teoría de la política económica", en *La política económica en tiempos de incertidumbre* (Editores: M. Esteban y F. Serrano), Ed. Netbiblo, A Coruña, 2006, págs. 15 ss.

⁶ Como ha señalado GIRÓN TENA, J.: "Aunque la intervención de los poderes públicos en el tráfico económico no es reciente, solo modernamente se ha tomado conciencia expresa de esa cuestión haciéndola objeto de estudio y enseñanza" (GIRÓN TENA, J., "El concepto de Derecho Mercantil", en *ADC*, 1954, pág. 1016).

⁷ Sobre la creciente y autónoma relevancia adquirida por la tendencia a la protección de los consumidores, sea en el ámbito interno de los países o en el ámbito internacional, puede verse DELFINI, F., *Contratto telematico e commercio elettronico*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, págs. 137 ss.

⁸ La presumible posición de igualdad cambia cuando las relaciones en el mercado entre los empresarios y los consumidores se tornaron de tal manera, que quienes teóricamente habían de poseer el poder de decisión y de control sobre los bienes y servicios ofertados en el mercado -los consumidores- sucumbieron ante el creciente poder económico de las empresas, que les relegó a una posición de debilidad. Tal como apunta GONDRÁ ROMERO, J.M., los consumidores dejan de ser los pretendidos "soberanos" para pasar a ser verdaderos "súbditos", sujetos al poder económico de la Gran Empresa, susceptible no sólo de hacer imaginaria la pretendida libertad de elección de aquél, sino de manipular y predeterminar sus propias necesidades, por lo que el triunfo de ciertas ideas sociales, unido al espíritu intervencionista de los Estados, fueron modificando esta situación, hasta configurar una normativa que se ha ido traduciendo en un *status* del consumidor, protegido en muchos casos con normas imperativas (*Derecho Mercantil*, T. I, Vol. 1, Introducción, Madrid, 1992, pp. 98-99).

⁹ Cfr. DE CASTRO BRAVO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 1068 ss.

El artículo 1º de nuestra Constitución, como norma fundamental de convivencia que define el modelo social y económico, sienta los principios que definen la organización política y social que se constituye¹⁰. Este precepto se ve completado por el artículo 38 CE, que configura el modelo económico¹¹, y que debe ser interpretado en relación con los restantes principios consagrados en la Carta Magna, dado que el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado ha de desarrollarse en un contexto social y político previamente delimitado.

La cláusula del Estado social y democrático contenida en nuestra Constitución incide decisivamente sobre todos los sectores de nuestra sociedad y, en particular, sobre el económico. En ella se inspira la filosofía del modelo económico que se instaure, presidido por la idea de corregir los desequilibrios y desigualdades que pueda general la economía de mercado. La cláusula del Estado social contiene por tanto un programa de remodelación jurídica de la sociedad civil y económica¹². Y tal como se ha apuntado, en el sistema económico vigente en la Constitución no hay espacio para programas que ignoren los elementos públicos y sociales del modelo adoptado¹³. La Constitución Española, pues, compromete a los poderes públicos a realizar el Estado social en el marco de la economía de mercado¹⁴. Por ende, podemos concluir que el sistema económico instaurado es el de la “economía de mercado del Estado social”, también llamada «economía social de mercado»¹⁵,

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

¹¹ Acerca de la “Constitución económica” en nuestra Constitución puede verse: BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1985; DE JUAN, O., *La Constitución económica española*, Madrid, 1984; ESCRIBANO COLLADO, M., “El orden económico en la Constitución de 1978”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, núm. 14, pp. 77 ss.

¹² MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil*, Madrid, 1982, pág. 51.

¹³ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil*, cit., pág. 64.

¹⁴ SANTOS, «Modelo económico y unidad de mercado», en *El desarrollo de la Constitución española de 1978* (Dir.: E. García de Enterría y L. Sánchez Agesta), Zaragoza, 1982, pág. 371, nota 17.

aunque este término fue desterrado de la Constitución durante los debates parlamentarios¹⁶.

La cláusula social, que debe cohonestarse con otros preceptos o principios que inciden en la configuración del modelo económico, justifica la intervención del Estado a fin de ordenar las relaciones de mercado¹⁷. En efecto, a tales fines nuestra Constitución se refiere a una serie de derechos sociales y económicos, entre los que cabe citar, por lo que aquí nos concierne, a la protección de los consumidores (art. 51).

El contenido del artículo 51, sobre protección de los consumidores y regulación del comercio, viene impuesto por las exigencias de los consumidores y asociaciones de consumidores de evitar fraudes generalizados en los productos o servicios¹⁸. Para conseguir este fin se establecen varios mecanismos: 1) normas imperativas en materia de contratación; 2) regulación del comercio interior; 3) procedimientos eficaces a través de normas de control, y 4) información mejor y más exhaustiva. Con estas premisas se ha procurado establecer una tutela de las personas que contratan con los empresarios a través de un control público de la iniciativa económica en determinados sectores, tanto en el momento de acceso al mercado en su calidad de oferentes de determinados productos o servicios como posteriormente en el ejercicio de la actividad, lo que ha llevado a que, frente al principio de absoluta libertad de iniciativa económica, el Estado haya establecido la necesidad de la obtención de la oportuna autorización administrativa para ciertas

¹⁵ ROJO, A., "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española", en *RDM*, 1983, pp. 309 ss. y, en especial, pág. 317.

¹⁶ En efecto, algún grupo político pretendió introducir la expresión "economía social de mercado", concepto que fue rechazado porque la propia expresión se utilizaba, en aquellos momentos, por regímenes no democráticos; en concreto era una expresión que provenía del nacionalsocialismo alemán y venía siendo utilizada en Chile bajo el mandato de Pinochet (Cfr. TAMAMES, R., *Constitución española*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pág. 70).

¹⁷ En cualquier caso, "la economía de mercado" ha de contemplarse no sólo en función del artículo 38 CE, sino teniendo en cuenta el resto del marco económico que se diseña en el texto constitucional: respeto al medio ambiente (art. 45), prohibición de especulación del suelo (art. 47), protección de los consumidores (art. 51), presencia del sector público en la economía (art. 128), así como la defensa de la productividad, y con una referencia a la posibilidad de dar entrada a la planificación económica, aspecto que se desarrolla con más amplitud en el art. 131. En esta línea, el artículo 53.3 comienza diciendo que "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos".

¹⁸ El apartado primero del artículo 51 de nuestra Constitución no garantiza la libertad de consumo, que ha de entenderse comprendida dentro de los componentes de la economía de mercado, sino que, por el contrario, a partir de la misma, aborda la defensa de los consumidores y usuarios (cfr. PRADA ALONSO, J., *La protección jurídico civil del consumidor*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 37).

actividades en sectores como el financiero, seguros, transportes, industria, etc.¹⁹. El artículo 51 de la Constitución española es una norma importante a tener en cuenta, dado que condiciona y condicionará en el futuro amplios sectores de la legislación normativa de los actos mixtos, de relación entre empresarios y consumidores, habida cuenta que se parte de que la legislación especial, hasta el momento presente, no protege suficientemente los vitales intereses o derechos del consumidor enunciados en el artículo 51 de la Constitución²⁰, todo ello, sin perjuicio de los esfuerzos que se están haciendo tanto por el legislador comunitario como el nacional.

La Constitución ha operado, sin ningún género de dudas, una profunda transformación en el espíritu y en la orientación política e ideológica de las normas en que se apoya la contratación. A partir de la Constitución, el ordenamiento jurídico ha de sentirse guiado por los objetivos socio-económicos generales impuestos por la misma, debiendo normar con carácter tuitivo las relaciones jurídicas que surgen de la actividad comercial²¹. Los principios que caracterizan al Estado social repercuten en las relaciones entre particulares delimitando no sólo la forma, sino también su contenido. El Derecho Mercantil ha sufrido así una gran transformación, porque el Estado social deroga parcialmente el dogma de la autonomía de la voluntad allí donde existen relaciones de "poder o dominación social". En este sector de relaciones (consumidores, usuarios, ahorradores, etc.), el Derecho Mercantil, como Derecho privado del tráfico económico, se convierte paulatinamente en un Derecho imperativo o, si se quiere, en un Derecho ordenador de la sociedad civil; y en atención a ese fenómeno se va afirmando la idea de que el Derecho privado clásico debe ser reinterpretado para ser corregido de acuerdo con principios sociales²². De esta forma, se aprecia una tendencia a limitar el poder de la autonomía de la voluntad con el designio de tutelar los intereses de los que a la hora de contratar se encuentran, de hecho, en una situación de inferioridad²³.

¹⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., "Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho Mercantil al finalizar el siglo XX", en *Perspectivas actuales del Derecho Mercantil* (Dir. F. Sánchez Calero), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 25-26.

²⁰ VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I, vol. 1, 3ª ed., Barcelona, 1991, pp. 15-16.

²¹ Cfr. BERCOVITZ, A., "La protección de los consumidores, la constitución española y el Derecho mercantil", en *Lecturas sobre la Constitución española* (Dir. T. R. Fernández Rodríguez), T. II, Madrid, 1978, pp. 99 ss.

²² MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil*, cit., pp. 51-52.

2. MERCADO Y CONSUMIDOR

2.1. IDEAS GENERALES

En un análisis de la situación del consumidor es preciso valorar los efectos relativos de las políticas económicas y llevar a cabo una labor analítica y sistemática que nos permita arrojar luz sobre las cuestiones relacionadas con la eficiencia del mercado y la protección de los consumidores²⁴. Una de las líneas evolutivas de los principios jurídicos que inspiran nuestro ordenamiento jurídico en materia de contratación viene caracterizada por una nueva tendencia preocupada por la tutela de los consumidores y usuarios, totalmente ignorados en etapas anteriores. Ello, porque, de una parte, la regulación de las obligaciones y contratos, de la que con carácter general se ha venido ocupando el Derecho Civil, se inspiraba en claros principios liberales, donde la autonomía de la voluntad se concebía como soberana dentro de un marco ficticio de libertad e igualdad, y, de otra, porque el origen y evolución del Derecho Mercantil pone de relieve que esta disciplina se concibió en sus orígenes como un Derecho profesional y, por ende, ligado a intereses de clase. Un Derecho profesional, nacido de los usos de sus propios operadores, no podía contemplar la tutela de aquellos que, si bien clientes, se configuraban con intereses contrapuestos. Y así, los consumidores, en cuanto destinatarios finales de los productos y servicios existentes en el mercado, han venido careciendo hasta hace poco tiempo de un *status* jurídico propio. Mas, con el paso del tiempo, estas circunstancias se han visto influidas por la lucha determinada por la penetración de las ideas sociales en el ámbito del Derecho²⁵. La Codificación partió del principio, sin duda positivo, de la igualdad entre todos los individuos y el respeto a su libertad, de lo que derivó la libertad de contratación

²³ CASCAJO CASTRO, J.L., "Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores", en *Estudios sobre el Derecho de consumo*, Iberduero, 2ª ed., Bilbao, 1994, pp. 38 ss.

²⁴ Es importante al respecto ver las conclusiones que, sobre la tutela de los consumidores y la aplicación de leyes tuitivas en materia de comercio y contratación electrónicos, se encuentran en ROSSELLO, C., *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, págs. 153 ss.

²⁵ La protección del consumidor viene determinada por la existencia de situaciones nuevas, que precisan un parapeto contra la agresividad desplegada por los empresarios en el mercado y una especial protección no alcanzable con las normas generales que regulan el tráfico económico (Cfr. RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, Consumo y Comercio Electrónico. Aspectos Jurídicos Bancarios*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 37).

y el otorgamiento a los contratantes de un amplio poder para regular sus propias relaciones contractuales, con los límites de la ley, la moral y las buenas costumbres (art. 1255 CC). La normativa concreta de estos códigos para los contratos era meramente dispositiva. Se partía, frente al Antiguo Régimen, de una concepción de igualdad y libertad. Ahora bien, la libertad e igualdad formales no tuvieron su reflejo en la práctica, de ahí que pronto surgiera, a través de las conquistas sociales, la necesidad de proteger a los contratantes débiles²⁶, máxime cuando el Derecho Mercantil ha perdido su primitivo carácter subjetivo.

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

La situación se modifica cuando las relaciones en el mercado entre las empresas y los consumidores se tornaron de tal manera, que quienes teóricamente habían de ejercer el poder de decisión y de control sobre los bienes y servicios ofertados en el mercado -los consumidores- sucumbieron ante el creciente poder económico de las empresas, que les relegó a una posición de debilidad²⁷. Como se ha dicho, los consumidores dejan de ser los pretendidos “soberanos” para pasar a ser verdaderos “súbditos”, sujetos al poder económico de la gran empresa, susceptible no sólo de hacer imaginaria la pretendida libertad de elección de aquél, sino de manipular y predeterminar sus propias necesidades²⁸, por lo que el triunfo de ciertas ideas sociales, unido al espíritu intervencionista de los Estados, fueron modificando esta situación, hasta configurar una normativa que se ha ido traduciendo en un *status* del consumidor, protegido en numerosos casos con normas imperativas.

²⁶ Cfr. SEQUEIRA MARTÍN, J., “Defensa del consumidor y Derecho constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, pp. 92 ss.

²⁷ Como ha dicho BERCOVITZ, A., “La protección de los consumidores en la Unión Europea”, Introducción a *Reglamentos y Directivas de la Unión Europea referentes a la protección de los consumidores*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2002, pág. 18: “La necesidad de que el consumidor sea protegido es consecuencia del reconocimiento de que existe una gran masa —la inmensa mayoría— de personas que al realizar las operaciones normales de la vida diaria, referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios, no están en condiciones de conseguir por sí solas unas calidades y unos precios adecuados”.

²⁸ GONDRÁ ROMERO, J.M., *Derecho Mercantil*, T. I, Vol. 1º, Introducción, Madrid, 1992, pp. 98-99.

El germen del movimiento de protección de los consumidores lo encontramos en los Estados Unidos de América. En un primer momento, el objetivo a lograr era sencillamente hacer intervenir a las autoridades administrativas en el control de determinadas situaciones de mercado que constituían situaciones abusivas contra el colectivo de los consumidores. Sin embargo, la auténtica tutela no comienza hasta muchos años después. Hay que esperar a los años sesenta del pasado siglo para observar el nacimiento de una política concreta dirigida a la protección de los consumidores. Como punto de referencia suele tomarse el «*Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*», pronunciado por el Presidente J. F. Kennedy el 15 de marzo de 1962.

En Europa han sido los órganos comunitarios los que quizá han apostado más decididamente por impulsar la política de protección de los consumidores. Sin embargo, no sucedió así desde sus orígenes. El Tratado de Roma de 1957 sólo aludía superficialmente a la figura del consumidor²⁹. En los momentos de puesta en marcha de las instituciones comunitarias, la concepción que se tenía del mercado común era esencialmente productivista. Esta concepción del mercado común se fue suavizando con el transcurso de los años, dejando paso a concepciones más sociales³⁰. En el tema que ahora nos ocupa, esto se observa claramente con la puesta en marcha en 1975 de un “Programa preliminar para una política de información y protección de los consumidores”, continuado en 1981 por un

²⁹ Sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea en general, y en especial en relación con el comercio electrónico, puede consultarse MÉNDEZ PINEDO, E., *La protección de los consumidores en la Unión Europea*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 35 ss.; ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., *La protección de los consumidores en la Comunidad Europea*, Ed. PPU, Barcelona, 1990; BARONA VILAR, S., “Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y de futuro”, en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. S. Barona), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 21 ss.; CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.M., “La protección de los consumidores”, en *Derecho de Internet, contratación electrónica y firma digital* (Coords.: Mateu de Ros y Cendoya Méndez de Vigo), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000; DAHL, B., “Consumer Protection within the European Union”, en *Journal of Consumer Policy*, núm. 16, 1993, pp. 345-353; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Derecho comunitario y derecho del consumo”, en *RDM*, 1989, pp. 327-370.

³⁰ BERCOVITZ, A., “La protección de los consumidores en la Unión Europea”, Introducción a *Reglamentos y Directivas de la Unión Europea referentes a la protección de los consumidores*, cit., pp. 19 y 20: “Hay que partir, por tanto, del hecho de que el Tratado de Roma no contenía en su redacción original normas dirigidas específicamente a la protección de los consumidores. Pero, evidentemente, la Comunidad Europea no podía quedar al margen del movimiento de carácter social, como era el de la protección a los consumidores, que en los años setenta empezó a tener una relevancia de primer orden”.

Segundo Programa quinquenal, y por un Tercer Programa trienal, puesto en vigor en 1990, prosiguiéndose en esta línea.

En nuestro país, cuyo precedente referencial a la tutela de los consumidores se halla en la Ley 110/1963, de 20 de julio³¹, la protección del consumidor ha recibido refrendo constitucional, considerándose uno de los principios rectores de la política social y económica. El artículo 51 de la Constitución encomienda a los poderes públicos³² un programa de actuación en defensa de la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios; de promoción de la información y educación de los mismos; de fomento de sus organizaciones, destacando la necesidad de que éstas sean oídas³³. El diseño constitucional fue objeto inicialmente de desarrollo por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que tuvo su continuidad en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; en la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, que modifica la Ley 26/1984 y establece pautas protectoras frente a la actuación de los profesionales, ampliando así la categoría de empresario; así como en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazo de Bienes Muebles.

³¹ En efecto, como se ha puesto de relieve por el profesor GALÁN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, pp. 29 y siguientes, las disposiciones y la propia Exposición de Motivos de la hoy derogada Ley 110/1963, de 20 de junio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, de forma colateral tenían en cuenta los intereses de los consumidores: "La Ley fija unas reglas de competencia que establecen con claridad los límites de una sana libertad, que permitirá el libre desenvolvimiento de las actividades económicas, sin que el ejercicio de la misma conduzca a situaciones de mercado nada deseable para los consumidores y para el interés general", teniéndose en cuenta también "el permanente deber del Estado de defender al consumidor (art. 5 de la Ley) y evitar abusos derivados de restricciones intencionadas de la competencia".

³² Como señala NIETO, A., "Competencias de las Diputaciones Provinciales en materia de consumo", en *Revista de Consumo*, núm. 8, 1986, pp. 23 ss., el hecho de que los destinatarios del artículo 51 de la CE sean todos los poderes públicos, incluyendo bajo dicha expresión tanto al estatal como autonómico o local, impone la necesaria armonización de las legislaciones.

³³ Sobre el particular *Videri* ALBORCH BATALLER, C., "La protección del consumidor en el artículo 51 de la Constitución", en *Consideraciones generales y desarrollo legislativo. Estudio homenaje a Sevilla Andrés*, T. I., Valencia, 1984; BERCOVITZ, A., "La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil", en *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores*, Madrid, 1987, pág. 25.

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

Por su parte, la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución de precios, supone un avance en la protección objeto de análisis.

También el texto constitucional deja sentir su influjo sobre materias concretas relativas a los legítimos intereses económicos de los consumidores, tales como: responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (Ley 22/1994, de 6 de julio, que modifica los principios clásicos de responsabilidad civil extracontractual basados en criterios subjetivos); actividad publicitaria con finalidad comercial (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad); deslealtad en la actuación en el mercado (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal); regulación del comercio (Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo), así como en un elenco de normas de rango inferior, sin perjuicio de las normas que cada Comunidad Autónoma ha dictado o pueda dictar en ejercicio legítimo de sus potestades legislativas o reglamentarias.

2.2. MODELO ECONÓMICO Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

La relación teórica entre una estructura económica razonable y el desarrollo de la protección de los consumidores no es opaca. El análisis de las tendencias principales que se han registrado en relación con la política de protección del consumidor, nos ofrece, de una parte, el modelo liberal, seguido hoy por corrientes neoliberales, como la doctrina del análisis económico del derecho, basado en los principios de igualdad y libertad³⁴; y de otra, el que se ha convenido en llamar modelo social, que propugna una mayor protección de los intereses de los agentes más débiles del mercado: los usuarios y consumidores.

³⁴ En los últimos años, el Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*) ha cobrado carta de naturaleza entre los distintos sistemas metodológicos que recurren a disciplinas científicas ajenas al Derecho. Se trata de una corriente que se caracteriza por propugnar una identidad lógica entre el Derecho

Como es sabido, el modelo liberal y las nuevas corrientes neoliberales conciben al individuo prácticamente en el mismo plano de igualdad y libertad que el empresario. La sociedad civil es la esfera del libre juego “natural” de las fuerzas individuales, supuestamente iguales, que el Estado no debe alterar. Llevada esta concepción al terreno económico, la sociedad consiste en el marco de las relaciones de mercado entre sujetos económicos iguales que deben poder traficar con plena libertad de contratación³⁵. El individuo posee la facultad de autodeterminarse racionalmente en el mercado. El mercado se ha de regir por leyes inexorables de oferta y demanda, y en atención a sus fundamentos será capaz de autorregularse y expulsar al empresario ineficiente que oferte en peores condiciones sus bienes o servicios. El criterio de la eficiencia servirá de base para reestructurar las instituciones jurídicas, así como para guiar los pronunciamientos legales y jurisprudenciales³⁶. El mercado funciona con una cierta racionalidad: la maximización de la riqueza. El consumidor, pues, partirá de una libertad de elección con fundamento en la información que podrá adquirir en el mercado. Esta elección posibilitará una competencia entre los oferentes. Así, entre los empresarios se instaurará una relación de concurrencia dirigida a ofrecer los bienes y servicios en el mercado en las condiciones más ventajosas posibles para los consumidores. Además, se parte de la consideración de que en ese hipotético mercado el individuo posee libertad y poder para configurar como tenga por conveniente el contenido de las relaciones jurídicas que se establezcan con los empresarios. Este modelo liberal, que parte de una libertad formal, se apoya fundamentalmente en la salvaguarda de un mercado competitivo sin distorsiones, en el que además se otorgue al consumidor la información suficiente sobre los bienes y servicios ofertados. El Derecho es un instrumento de racionalización económica y, precisamente por este motivo, no puede establecer normas que no resulten coherentes con el mercado, sino, antes bien, normas que traduzcan en

privado y la Economía de Mercado, consistente en que ambos tienen por objeto la maximización de la riqueza. Por eso se afirma que el criterio de la eficiencia podría ser empleado como criterio básico para reestructurar las relaciones jurídicas, así como para guiar pronunciamientos legales y jurisprudenciales. Puede verse REICH, N., *Mercado y Derecho*, (traducción de Font Rivas) Prólogo de E. Galán Corona, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1985.

³⁵ TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Átomo ediciones, T. I, Madrid, 1985, pp. 273 y 274.

³⁶ MERCURO, “Toward a comparative institutional approach to the study of Law and Economics”, en *UUAALaw and Economics*, Boston-Dordrecht-London, 1989, p. 18.

coerción lo que el mercado exige como consecuencia de su propia racionalidad³⁷. Gracias a la existencia de una situación en el mercado como la descrita, puede el consumidor satisfacer sus necesidades de un modo óptimo.

Los partidarios de esta corriente, sustentándose en los principios de libertad y igualdad y con fundamento en la premisa de la identidad de fines básicos del Derecho y de la Economía, confían plenamente en el postulado de una sociedad civil autónoma capaz de autorregularse y de producir bienestar común³⁸. Sin embargo, una concepción axiológica del Derecho basada en el puro criterio de la eficacia económica y apoyada en la premisa de que el interés general es igual a la suma de los intereses particulares, así como el alejamiento de la realidad de esta concepción³⁹ y el hecho de que el mercado no funciona sin distorsiones, podría dar como resultado una situación jurídica que, sin duda ninguna, atentaría contra el principio del Estado Social consagrado en nuestra Constitución.

El modelo social parte de otra premisa: negando la existencia de una concurrencia perfecta al existir sujetos débiles que no pueden negociar en un plano de igualdad con la mayoría de los oferentes, defiende que el consumidor se encuentra en una situación de subordinación estructural frente a los sujetos activos del sistema, esto es, frente a los operadores económicos⁴⁰. La inexistencia de una igualdad de condiciones trae como consecuencia la monopolización por parte de los oferentes del funcionamiento del mercado, ya que éste, en la práctica, más que constituir un ámbito de comunicación y encuentro entre la oferta y la demanda, se convierte en un ámbito donde la oferta cobra una iniciativa destacada al hallarse en posesión de importantes instrumentos como la publicidad y el *marketing*. Los consumidores y usuarios, por ende, no pueden desarrollar el papel de árbitros que teóricamente les corresponde. Esta afirmación no significa

³⁷ GIRÓN TENA, *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil*, Madrid, 1986, pp. 117.

³⁸ La cuestión del desarrollo económico y social igualitario puede verse en GALBRAITH, J.K., "Desigualdad y desarrollo económico: reflexiones a modo de conclusión", en *Desigualdad y cambio social* (Eds. J.K. Galbraith y M. Berner), Ed. Akal, Madrid, 2001, págs. 267-288.

³⁹ Sobre el particular puede verse BUROW, "Introducción al análisis económico del derecho", 43, *ADC* (1993), pp. 819 y ss.

⁴⁰ La consideración de los datos fácticos de un sistema político no es identificable tan sólo a partir de las normas, sino a partir de las reales y efectivas conductas y relaciones políticas. Dado que los comportamientos políticos democráticos no se producen por el simple hecho de que sean posibles, se hace preciso que el Estado apoye positivamente el ejercicio de esas libertades, por ejemplo mediante el favorecimiento económico de determinados sectores (cfr. OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ed. Ariel Derecho, Madrid, 1997, pág. 42).

negar de forma categórica la facultad de autorregulación del mercado, ya que hay que admitir que su propio funcionamiento se configura como instrumento importante en defensa de los consumidores, pero ello no es suficiente ni, por tanto, deber ser el único instrumento. La realidad social en la que nos movemos pone de relieve que entre las partes intervinientes en el mercado difícilmente puede hablarse de la existencia de una igualdad funcional. El Derecho del consumo, en consecuencia, debe procurar la existencia de dicha igualdad funcional, y ello no puede sino realizarse por medio de disposiciones específicas inspiradas en principios diferentes a los tradicionales⁴¹.

Con estos presupuestos, no ocultamos la necesidad de que la protección o defensa de los consumidores deba encontrar acogida en el seno del ordenamiento jurídico. Tal como hemos expuesto, los consumidores son agentes partícipes en el mercado, en cuanto demandantes de bienes y servicios ofertados por los operadores económicos, lo que trae como consecuencia la necesidad de que el orden jurídico, que debe tender a regular el funcionamiento y la actividad de los profesionales en el mercado, les preste atención. Deberán, por consiguiente, introducirse normas tuteladoras de estos agentes que, usualmente, presentan una posición más débil frente a los empresarios u oferentes. Consecuencia de todo ello es la existencia de normas limitadoras de la autonomía de la voluntad, mediante la introducción de normas imperativas que integran e interpretan los contratos en muchos supuestos⁴².

2.3. EL DERECHO DEL CONSUMO

La adscripción de este conjunto de normas relativas al consumo a una determinada rama jurídica del Derecho constituye, no obstante, una cuestión polémica desde el punto de vista formal. Por tratarse de relaciones jurídicas en las que convergen, por un lado, los empresarios, destinatarios tradicionales de las

⁴¹ REICH, N., "Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaft und Verbraucherschutz", *ZRP*, 1974, pág. 187; DAMM, "Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem", *IZ*, 1978, pág. 173; LANDFERMANN, "Die Überarbeitung des deutsche Schuldrecht aus internationalrechtlicher Sicht", *Rabelsz* 45 (1981), pág. 124; REIFNER, "Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung Realitätsverlebung oder Soziale Auslegung im Zivilrecht", 1979, pp. 407 y ss.

⁴² Cfr. BERMEJO VERA, J., "Aspectos jurídicos de la protección al consumidor", en *Revista de la Administración Pública*, núm. 87, 1978, pp. 264 ss.

normas mercantiles, y, por otro, individuos aislados de la sociedad civil, destinatarios tradicionales de las normas civiles, es lógico que exista tensión a la hora de intentar ubicar en el sistema las disposiciones protectoras de los consumidores. Si bien desde un punto de vista formal entendemos que algunos contratos concluidos con los consumidores tendrán carácter civil, desde un punto de vista material, poseen un régimen propio y específico derivado del hecho de la presencia de un empresario en la relación. Por ello también sería lógico estudiar este tipo de relaciones allí donde se estudia la figura del empresario y las relaciones existentes en el mercado; esto es, en el ámbito del Derecho Mercantil, que es el ordenamiento que mejor se adapta a las cuestiones y problemas que puedan suscitarse. No obstante, hay que convenir que también existen normas de naturaleza pública, en especial de ordenación del comercio, que encajan más dentro del Derecho Administrativo o, si se prefiere más concreción, en el ámbito del Derecho Administrativo Económico. De ahí que, en principio, lejos de catalogarse el Derecho del consumo como una rama jurídica autónoma se esté configurando como una rama interdisciplinar⁴³.

El Derecho de los consumidores puede, a grandes rasgos, concebirse como un orden normativo destinado a complementar, por un lado, las normas reguladoras del mercado y, por otro, a corregir los desequilibrios que pudieran producirse en el propio mercado⁴⁴. El ámbito en que tenga lugar tal incrustación de normas no podrá ser otro, en principio, que la materia encomendada al Derecho Mercantil. Si bien, dada la evolución de esta disciplina, y aunque la doctrina mercantilista ha dado pruebas de su capacidad de adaptación a los nuevos hechos afirmando la necesidad de proceder a una revisión de la doctrina tradicional del Derecho Mercantil, su generalización así como la constitucionalización del principio de defensa de los consumidores y usuarios, de directa influencia en la unificación del Derecho privado, repercuten necesariamente en la noción de aquél y en la revisión de los postulados tradicionales que particulariza esta disciplina en torno al empresario y a su actividad en el mercado. En concomitancia con lo dicho, el profesor Alberto Bercovitz ha observado cómo el tráfico actual está dominado por las empresas, por lo que carece de sentido distinguir un tráfico mercantil

⁴³ La Sentencia del TC 7/1982 (BOE de 29 de diciembre de 1982) ya decía que el Derecho de consumo se caracteriza por tener un "carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo, que sin contornos precisos tiene por objeto la protección del consumidor".

⁴⁴ GONDRA ROMERO, J.M., *Del Derecho de la economía a la moderna economía del Derecho*, cit., pp 100 y ss.

(empresarial) y un tráfico económico general, pues la mercantilización de la sociedad ha generado ese tráfico profesional, en el que intervienen empresarios y consumidores convirtiéndolo en el tráfico económico general⁴⁵. Esta situación conduce a la pérdida de la especialidad tradicional del Derecho Mercantil y a su integración junto a determinadas áreas del Derecho Civil en un nuevo Derecho privado del tráfico económico⁴⁶. De este modo, la Ley 26/1984 ya propinó un mazazo demoledor sobre el sistema jurídico del Derecho Mercantil clásico a la vez que propició la vertebración de un nuevo sistema jurídico del Derecho privado del tráfico económico masificado sobre el eje de rotación del mercado como ámbito de contactos sociales, intercambios económicos y negociables jurídicas de todos los sujetos y organizaciones económicas de la sociedad civil, cuyos polos, económicamente opuestos y recíprocamente atractivos, son, de un lado, los actos de empresa y, de otro, los actos de consumo⁴⁷.

Es palmario que, a raíz de la promulgación de nuevas leyes tuteladoras de los intereses de los consumidores, modifica muchos axiomas anteriores, entre otros, la doctrina tradicional del Derecho Mercantil como Derecho regulador del empresario y de la actividad constitutiva de empresa, dando entrada al elemento del que va a depender precisamente la esencia de su juridicidad, por cuanto tiene que incorporar otro conjunto de relaciones que se dan en el tráfico jurídico-económico⁴⁸. Ahora bien, dado que los consumidores asumen un papel primordial en la economía de mercado y que la autoridad suprema corresponde al consumidor, es preciso que el ordenamiento jurídico, para el recto desarrollo de su función, tutele el ejercicio de ese poder, garantice el ejercicio de la libre

⁴⁵ Sobre el particular pueden verse las siguientes publicaciones del profesor A. BERCOVITZ: "Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Joaquín Garrigues*, Vol. 1, Madrid, 1971, pp. XIII ss.; "En torno a la unificación del Derecho privado", en *Estudios en homenaje al Profesor Federico de Castro*, Vol. I, Madrid, 1976, pp. 152 ss.; "20 años de Ordenamiento Constitucional", en *Homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Pamplona, 1999, pp. 119 ss.

⁴⁶ PUENTE MUÑOZ, "Notas para un estudio sobre el concepto de Derecho Mercantil", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Joaquín Garrigues*, cit., III, pp. 77 ss.

⁴⁷ FONT GALÁN, J.L., "¿Hacia un sistema jurídico mercantil de faz completamente nueva, la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho Mercantil del Estado social?", *RDM*, 1985, pág. 177 ss.

⁴⁸ El pensamiento de Font Galán, a raíz de la publicación de la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, entronca, sin ningún género de duda, con las ideas que ya con anterioridad a la elaboración de dicha Ley expresaba SUÁREZ LLANOS en su trabajo "Crítica del saber de los mercantilistas", en *Estudios en Homenaje a Antonio POLO*, Madrid, 1981, pp. 1148 y ss.

competencia prohibiendo todo tipo de prácticas que la falseen o la restrinjan, impida la publicidad engañosa, y en la misma línea proteja eficazmente los signos distintivos de los empresarios y de sus productos⁴⁹.

3. REGULACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE CONSUMO

Nuestra Constitución implantó una nueva organización territorial que tiene una acusada incidencia en la distribución de competencias legislativas, habida cuenta que la descentralización ha propiciado la ruptura del monopolio estatal generador de leyes, al permitir que, en la génesis normativa, participen tanto el poder legislativo central como las Comunidades Autónomas. Esta evidencia empírica nos lleva a concluir que la dualidad de instancias creadoras de normas jurídicas nos obliga a hacer una reflexión sobre su repercusión en el Derecho del consumo.

El artículo 149.1 de la CE establece, mediante un extenso rol, las materias de competencia exclusiva del Estado. El ordinal 6º de mentado precepto formula, en términos absolutos, la competencia del Estado en lo atinente a la legislación mercantil, a diferencia de la legislación civil (número 8), que establece una excepción a favor de las Comunidades Autónomas en la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales⁵⁰. Esta línea constitucional enlaza con la tradición histórica y supone la reserva exclusiva al Estado de la regulación legal en todas las materias que rigen la actividad económica de los empresarios, como aplicación del principio de unidad de mercado⁵¹.

El tenor del artículo 149.1.6 CE suscita una serie de interpretaciones sobre la

⁴⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., "Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho Mercantil al finalizar el Siglo XX", en *Perspectivas actuales del Derecho mercantil* (Coord. F. Sánchez Calero), cit., pág. 30.

⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, L., "Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas", *Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil*, Ponencias y Comunicaciones a las Jornadas de Granada, mayo de 1988, Ed. Tecnos, p. 13, ha señalado que las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil no nacen por la fuerza expansiva de sus derechos especiales, pero que pueden surgir por las disposiciones de sus estatutos de autonomía cuando tales estatutos no se rijan por las disposiciones de la oferta del artículo 148, sino que puedan avanzar hasta los límites del artículo 149.

⁵¹ Sin embargo, como señala A. BERCOVITZ, la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre materia mercantil no deriva exclusivamente del art. 149.1.6 CE, ya que en otros números del mismo artículo se mencionan como independientes de la legislación mercantil, materias que se incluyen

determinación del significado de la expresión constitucional “legislación mercantil” en relación con la incidencia sobre la regulación jurídico-privada del desarrollo jurídico-público que realizase una Comunidad Autónoma. Las dificultades en este caso son mayores si nos paramos a reflexionar sobre la adscripción a una rama jurídica del Derecho de consumo y, en especial, sobre la protección de los consumidores en materia de contratación electrónica. Los artículos 39 y 40 de la LGDCU establecen la competencia concurrente de facultades sobre protección y defensa de los consumidores y usuarios, pero ha de entenderse ello desde el punto de vista de la regulación administrativa, ya que en lo que se refiere al ámbito sustantivo es competencia exclusiva del Estado⁵², tal como veremos más adelante.

Partiendo de la idea, según lo dicho más arriba, de que la contratación electrónica puede tener su encaje en la regulación normativa del Derecho Mercantil, hemos de preguntarnos sobre el concepto sustantivo de la locución legislación mercantil, que no aparece definido por la propia Constitución. El término legislación ha de ser entendido, según postura mayoritaria en nuestra doctrina, en un sentido amplio, comprensivo tanto de su acepción formal -normas con fuerza y rango de ley-, como de su concepto material, esto es, cualquier disposición escrita de carácter general emanada de los poderes públicos en el ejercicio de la potestad normativa⁵³. El propio Tribunal Constitucional ha

habitualmente dentro de la noción de Derecho Mercantil, como ocurre con la legislación sobre propiedad intelectual e industrial, las bases de la ordenación de crédito, banca y seguros (núm. 11), a materias de Derecho marítimo y Derecho aéreo, con mención específica del transporte (núm. 20) y a los transportes terrestres que transcurren por el territorio de más de una Comunidad Autónoma (núm. 21) (Cfr. *Apuntes de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, 10ª ed., Cizur Menor, 2009, pág. 103).

⁵² Respecto de las competencias en materia de consumo según los distintos Estatutos de Autonomía puede verse PARDO ALONSO, J., *Protección del consumidor y responsabilidad civil*, cit., pp. 66 y siguientes; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Un panorama de la defensa de los consumidores desde el Derecho Administrativo”, en *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, Ed. Iberdrola, Bilbao, 1994, pp. 122 ss.; SALAS HERNÁNDEZ, J., “Defensa del consumidor y competencias de los diversos entes territoriales”, en *Directiva*, núm. 1, 1990, pp. 23 ss. En cualquier caso es importante tener presente la sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989 (suplemento del BOE, núm. 43, de 1989), que declara inconstitucional el artículo 40 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

⁵³ Puede verse QUINTANA CARLO, I., “La materia mercantil en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Dir. L. Martín-Retortillo), Zaragoza, 1985, pp. 518 ss.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “Constitución económica y Derecho mercantil”, en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, pp. 63 ss.; DÍAZ MORENO, “El Derecho mercantil en el marco de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor A. Menéndez*, T. I, Madrid, 1996, pp. 227 ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1979, pp. 31 ss.

interpretado el término “legislación” desde un punto de vista material (STC de 30 de junio de 1982). Ello significa que la voz “legislación” comprende no solamente aquellas disposiciones que tengan rango de Ley, sino toda norma escrita con independencia de su rango formal relativa a la materia mercantil⁵⁴. El término legislación abarca así la facultad de emanar tanto leyes formales como reglamentos ejecutivos de las mismas. Los reglamentos organizativos, sin embargo, no caerían dentro del ámbito de competencia exclusiva del Estado⁵⁵.

Analizado el sentido que ha de darse a la expresión «legislación», veamos ahora a qué ha de reducirse su calificativo de «mercantil», que plantea más problemas interpretativos. Es palmario que la referencia a lo «mercantil» que se realiza en el artículo 149.1.6^a de la CE resulta excesivamente ambigua. Buena prueba de ello es la aparición de diversas interpretaciones doctrinales que pueden agruparse en las que extractamos a continuación⁵⁶.

Para un sector doctrinal el alcance del término «legislación mercantil» se reduce a la noción tradicional del Derecho Mercantil, vinculada al contenido del Código de Comercio y a su legislación complementaria, pero con exclusión de aquellos sectores que han surgido legislativamente con independencia del Derecho Mercantil tradicional y que han sido incluidas dentro de esta rama del ordenamiento jurídico como consecuencia de la evolución de la doctrina científica⁵⁷. Para otra corriente doctrinal, el término «legislación mercantil» se extiende a todas las normas públicas y privadas que inciden en la ordenación de la empresa y del mercado, con inclusión, tanto de los sujetos que actúan en el mismo, como de los aspectos puramente contractuales de la actividad que despliegan⁵⁸. Finalmente, un tercer grupo de autores entiende que la reserva exclusiva del Estado sobre la “legislación mercantil” alcanza a la regulación jurídico-privado de la actividad económica y comercial, pudiendo las Comunidades Autónomas

⁵⁴ Cfr. QUINTANA CARLO, I., “La materia mercantil en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, al cuidado de MARTÍN RETORTILLO, Zaragoza 1985, pp. 525 ss.

⁵⁵ Según GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil”, *RDM*, 199-200 (1991), pág. 23.

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil”, *RDM*, 199-200 (1991), pp. 27 ss.

⁵⁷ BERCOVITZ, A., “Modificaciones recientes”, cit., pp. 15-16; IDEM, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 10^a ed., cit., pág. 104.

⁵⁸ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, cit., pp. 81 ss.

asumir competencias en aquellos aspectos que afectan a la intervención de los poderes públicos en los sectores mercantiles⁵⁹.

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

De lo establecido en estas sentencias debe, evidentemente, extraerse la conclusión de que la normativa mercantil jurídico-privada será competencia exclusiva del Estado. En definitiva, siguiendo a Alberto Bercovitz, podemos decir que a la vista de los artículos 148 y 149 de la CE la competencia para dictar leyes

⁵⁹ BROSETA PONT, M., “Ponencia sobre el Estado”, cit., p. 434; LASARTE, *Autonomía y Derecho privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980, p. 42; MUÑOZ MACHADO, *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1981, pp. 53 ss.

mercantiles a los efectos del orden de prelación de fuentes del artículo 2 del Código de Comercio corresponde en exclusiva al Estado, así como, con carácter general, la legislación sobre las restantes materias que suelen incluirse dentro de la noción de Derecho Mercantil⁶⁰.

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

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

⁶⁰ BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 10ª ed., cit., p. 104.

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

Esta labor interpretativa realizada por el Tribunal Constitucional no evita, sino todo lo contrario, los conflictos e interferencias que se puedan provocar entre los dos ámbitos competenciales, estatal y autonómico, sobre todo en el ámbito del Derecho del consumo⁶¹. La determinación de si una norma autonómica ha excedido su campo de atribución competencial y ha invadido la esfera estatal es cuestión que ha de resolverse en la práctica casuísticamente, esto es, en atención a las circunstancias concretas de cada determinada situación, pero sirviendo de criterio referencial la finalidad perseguida con la norma dictada por el poder autonómico dentro de su competencia lícitamente asumida. Ésta ha sido, al menos, la posición que el Tribunal Constitucional ha mantenido en algunos de sus pronunciamientos, como, por ejemplo, en la sentencia de 22 de julio de 1993, sobre la incidencia de normas autonómicas en la regulación de la libre competencia, donde sostuvo la conveniencia de “acudir a criterios teleológicos, precisando el objetivo predominante de la norma”.

⁶¹ La totalidad de los Estatutos de Autonomía atribuyen a la respectiva Comunidad Autónoma competencias en materia de protección de los consumidores, si bien en distinto grado. De una parte, nos encontramos con los Estatutos que, con pequeñas variantes, atribuyen a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de defensa de los consumidores y usuarios (País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Navarra, Valencia y Aragón, si bien este último es de mero desarrollo legislativo y ejecución en el marco de la legislación básica del Estado). En el otro lado se encuentran los Estatutos que atribuyen a la Comunidad Autónoma competencias meramente ejecutivas en la materia, que son los restantes. Cfr. PRADA ALONSO, J., *Protección del consumidor y responsabilidad civil*, cit., pp. 67-68; SALAS HERNÁNDEZ, J., *Defensa del consumidor y competencias de los distintos entes territoriales*, cit., pág. 28.

4. COMERCIO ELECTRÓNICO Y DERECHO A LA INTIMIDAD

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

Junto a estas ventajas, hemos de señalar que el nuevo *modus operandi* contractual plantea problemas añadidos que inciden no solamente sobre los elementos esenciales del contrato y su prueba, sino sobre sus efectos, respecto de las normas de competencia y, en especial, en lo atinente a la salvaguarda de los derechos de los destinatarios⁶². En este punto, las nuevas vías de contratación y su creciente oferta marcan la necesidad de definir los límites de acceso a la intimidad y el respeto a los derechos de la persona y su desarrollo en libertad dentro de la convivencia, con una regulación jurídica -junto a unos presupuestos éticos- de los comportamientos básicos en el respeto y libertad que definen y distinguen al hombre⁶³.

Las dificultades del comercio electrónico en la práctica vienen, por consiguiente, motivadas no sólo por cuestiones técnicas o económicas que pueden afectar a las transacciones en sí, como son la inseguridad jurídica, los riesgos e incertidum-

⁶² FORNI, R., "Message", en *Le droit international de l'Internet* (Dir. G. Chantillon), Ed. Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 5, "Les progrès des nouvelles technologies de l'information et de la communication lancent aux juristes et aux hommes politiques un défi inédit. Certains de nos concitoyens s'inquiètent, d'autres s'alarment, prompts à dénoncer les menaces du totalitarisme électronique ou de la délinquance numérique. Ces craintes sont légitimes... Car ces technologies sont une chance pour nos concitoyens".

⁶³ Puede verse DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Manual de Derecho Informático*, Ed. Aranzadi, 3ª ed., Pamplona, 2001, pág. 25. En esta línea sostiene DRUMMOND, V., *Internet, Privacidad y Datos Personales* (traducción de I. Espín Alba), Ed. Reus, Madrid, 2004, págs. 151-152, "La función de los operadores del Derecho es en este momento buscar las mejores soluciones para que el ciudadano pueda ser tutelado, aunque se puedan identificar, paulatinamente, nuevos paradigmas y nuevas comprensiones y percepciones éticas producto de la llegada [...] de la sociedad tecnocomunicacional. No se podrá olvidar en ningún caso, que aunque con variaciones de tiempo y de espacio, el sentido común, la justicia social y determinados valores éticos deberán siempre persistir -y existir. Tan sólo de esa manera existiremos nosotros".

bres en las operaciones económicas⁶⁴ o la insuficiente regulación legal en determinados aspectos⁶⁵, sino también por la posibilidad de invadir la intimidad y conculcar derechos individuales básicos con motivo de acciones de comunicación o promoción⁶⁶. De ahí que se imponga, al lado de una regulación limitativa de este tipo de actos, que originan pérdidas económicas y molestias, la necesidad de someter las mismas a preceptos que salvaguarden la intimidad personal, entre los que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre protección de datos de carácter personal, y la normativa que la desarrolla.

Es fácil suponer que, para que el comercio electrónico pueda desarrollar de una forma adecuada su cometido, es necesario que se produzcan comunicaciones comerciales, a través de las cuales los empresarios pueden dar a conocer sus bienes y servicios para que por mor de esa oferta los consumidores y usuarios puedan acceder a los mismos. No cabe duda que esta entrada en el mercado deberá realizarse respetando todas las normas que regulan la actividad del empresario y que afectan a competencia, corrección en el tráfico, buenos usos y legalidad de la publicidad, etc. Por ello, el innegable espíritu emprendedor de cualquier empre-

⁶⁴ Lo que confiere una tipicidad más o menos definida a estos contratos, además del medio empleado en su celebración, es la existencia de una problemática jurídica propia y común a todos ellos, entre cuyos problemas cabe citar la equivalencia del mensaje a la forma escrita, al texto original y a los medios de prueba tradicionales. Singular relevancia presenta, entre otros, la identificación de los contratantes y la seguridad y confidencialidad de los datos [cfr. VATTIERFUENZALIDA, C., "Nota sobre los contratos electrónicos", en *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual* (Coord. C. Rogel Vide), Ed. Reus, 1999, pág. 89].

⁶⁵ En puridad no podemos decir que el comercio electrónico no esté regulado, tanto a nivel comunitario como nacional, pero lo cierto es que quedan muchas parcelas sin normar ya que, en estos campos, la ley siempre va a la zaga de la realidad, de ahí que constantemente se imponga la necesidad de una actualización legislativa para proteger derechos, en especial de los consumidores. A título indicativo, y sin ánimo de excogitar todo un catálogo de disposiciones, diremos que sobre el comercio electrónico existen, entre otras, las siguientes disposiciones básicas de su régimen jurídico: Ley modelo de Naciones Unidas, sobre comercio electrónico de 30-1-1997 (UNCITRAL); Directiva 97/7/CE, 20-5-1997, sobre protección de los consumidores en materia de comercio a distancia; Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000; Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico; Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, donde en el artículo 21 se alude por primera vez al dinero electrónico, además de otras normas sobre propiedad industrial e intelectual: patentes, marcas, publicidad, competencia, comercio a distancia, etc., que tangencialmente puedan ser aplicables.

⁶⁶ Sobre el particular puede verse TODD, P., *E-Commerce Law*, Cavendish Publishing, London, 2005, págs. 157 ss.

sario le llevará a intentar comunicarse con posibles destinatarios a fin de obtener una difusión de sus servicios. Estas comunicaciones pueden ser solicitadas por los destinatarios, lo cual supondrá que las mismas, al ser aceptadas de forma recíproca, quedan inmersas en el campo negocial. Pero, de hecho, puede darse el supuesto de que los operadores económicos deseen captar nuevos clientes todavía desconocidos para ellos y que representan un claro potencial económico. Para ello, sirviéndose de elencos de datos personales que otras empresas les hayan suministrado o que ellos mismos hayan conseguido, les envían dichas ofertas sin que medie solicitud de los destinatarios. En este caso habrá receptores que acepten dichas comunicaciones, pero otros no desearán las mismas. La comunicación comercial en esta última hipótesis produciría, pues, pérdidas de tiempo, perjuicios y una invasión de la intimidad, lo que supondría una conducta contraria a principios jurídicos y obligaría a legislar para salvaguardar derechos de la persona en un marco de convivencia y libertad. De ahí que se haya venido primero cuestionando y después prohibiendo estas comunicaciones comerciales no solicitadas, cuya práctica recibe el nombre, en terminología anglosajona, de *spamming*⁶⁷.

5. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

5.1. ÁMBITO INTERNACIONAL

La innovación tecnológica comprende un complejo proceso que abarca desde la creación de nuevos medios hasta nuevas formas contractuales. El comercio electrónico surge en la práctica, en un principio, como es lógico, al margen de toda cobertura normativa específica⁶⁸, por lo que fue necesario crear los cimientos en el orden internacional para procurar unas normas unificadas, en cuyo cometido estuvo la UNCITRAL.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) en su 17º período de sesiones, en 1984, elaboró un

⁶⁷ Las comunicaciones comerciales no solicitadas son objeto de estudio en el Capítulo 5 de este trabajo al que nos remitimos.

⁶⁸ No nos referimos a la creación de un orden jurídico *ex novo*, sino que, como es usual en el campo del Derecho, la norma siempre va a la zaga de la realidad; si bien, en tanto se perfila el precepto específico, deben aplicarse normas generales, que, como tales, no están pensadas para el caso concreto.

informe titulado “Aspectos jurídicos del proceso automático de datos” (A/CN.9/254), en el que se abordaban diferentes cuestiones sobre la validez de la documentación informática, autenticación, condiciones generales, etc.

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

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

En el año 1991 se producen otros informes, entre ellos, el A/CN.9/350, sobre reglas generales de las comunicaciones por vía electrónica, y el A/CN.9/360, sobre negociabilidad de títulos y documentos de titularidad.

Durante los años 1992 a 1995 el Grupo de Trabajo Electrónico de Datos elabora las reglas jurídicas aplicables al “Intercambio Electrónico de Datos (EDI) y otros medios de comunicación de datos”, que concluyó con la presentación de un texto del proyecto de Ley Modelo. Presentada a la Comisión, ésta aprueba, el día 12 de junio de 1996, el texto definitivo de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. En la aprobación se recomendaba a todos los Estados que tuvieran en cuenta el tenor de referida ley a la hora de aprobar o modificar leyes de derecho interno en aras a uniformar la legislación aplicable a las formas de comunicación y almacenamiento de información en soportes distintos al papel⁶⁹.

Por su parte, la Comisión Europea había venido trabajando en la problemática de la transmisión electrónica de datos y sus consecuencias en orden a la contratación electrónica, por lo que el 18 de julio de 1994 publica el “Modelo

⁶⁹MORENONAVARRETE, M.A., *DERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 15-16.

Europeo de Acuerdo EDI⁷⁰, que adopta la forma de recomendación para los Estados, y en cuyo artículo 1,1º declara que el Acuerdo estipula las condiciones legales a las que se ajustarán las partes para efectuar transacciones mediante el uso del Intercambio Electrónico de Datos (EDI)⁷¹.

5.2. DERECHO COMUNITARIO

Los precedentes anteriores llevan a la Comisión Europea a presentar para su aprobación al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico Social y al Comité de las Regiones la comunicación "Iniciativa europea de comercio electrónico", de 16 de abril de 1997. Esta comunicación tenía dos objetivos fundamentales: de una parte, potenciar las relaciones comerciales por esta vía, intentando diluir las reticencias creadas por la inseguridad del medio, y, de otra, potenciar una reglamentación uniforme en el ámbito internacional, habida cuenta el carácter transnacional de esta forma de comercio, para lo cual se debería potenciar la seguridad de las comunicaciones, la protección de los secretos industriales y la protección de la propiedad intelectual (en sentido amplio). Esta comunicación fue acompañada de otra posterior titulada "El fomento de la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica: hacia un marco europeo para la firma digital y el cifrado", de 8 de octubre de 1997, presentada a los mismos órganos que la anterior, y que fue la base de una propuesta de Directiva sobre firma digital, ya que, con fecha 1 de diciembre de 1997, el Consejo invitó a la Comisión a que presentara lo antes posible una Propuesta de Directiva sobre la firma digital, lo cual lleva a efecto la Comisión en mayo de 1998⁷², estableciendo un marco común para la firma electrónica.

Esta propuesta, tras distintas reelaboraciones y enmiendas, obtiene los dictámenes favorables en 1999 del Comité Económico y Social⁷³, del Comité de las Regiones⁷⁴, del Parlamento Europeo⁷⁵, así como la Posición común del Consejo

⁷⁰ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 338/100, de 28 de diciembre de 1994.

⁷¹ En el artículo 2.2 del Acuerdo se define el mensaje de EDI como el que "consta de una serie de segmentos, estructurados con arreglo a una norma aceptada, preparados en un formato legible por ordenador y capaz de ser procesado automáticamente y sin ambigüedades".

⁷² DOC 325, de 23 de octubre de 1998, pp. 5 ss.

⁷³ DOC 40, de 15 de febrero de 1999, pág. 29.

⁷⁴ DOC 93, de 6 de abril de 1999, pp. 33 ss.

⁷⁵ DOC 104, de 14 de abril de 1999, pp. 49 ss.

de 28 de junio de 1999⁷⁶, y la Decisión del Parlamento Europeo de 27 de octubre de 1999⁷⁷, y se convierte en la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre firma electrónica⁷⁸. Esta directiva tenía por objeto establecer un marco europeo de homogeneidad normativa en materia de reconocimiento legal de la firma electrónica y de acreditación de los prestadores de los servicios de certificación, esto es, de los medios de autenticación de la firma⁷⁹. Entró en vigor el día 19 de enero de 2000 y se estableció como plazo para su incorporación a los distintos ordenamientos comunitarios la fecha de 19 de julio de 2001 (art. 13). Hay que señalar que algunos países, como Italia, Alemania, Portugal o España ya tenían una regulación propia sobre la firma electrónica⁸⁰. Y los países que aún no la tenían acomodaron enseguida su normativa a la de la Unión, como ocurrió en Francia, Austria, Luxemburgo, Bélgica, lo que evidencia la necesidad y oportunidad de la misma. Dados los avances en las tecnologías, la propia Directiva preveía en su artículo 12 la necesidad de que la Comisión procediera al examen de la aplicación de la Directiva, presentando el oportuno informe al Parlamento Europeo y al Consejo a más tardar el 19 de julio de 2003. Esto es, al cumplirse dos años desde su entrada en vigor⁸¹.

La Directiva, como hemos apuntado, tenía por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico, así como crear un marco jurídico para la misma y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Se deja meridianamente claro que la Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales en lo atinente a requisitos de forma o documentales (art. 1). Podemos decir, en definitiva, que lo que pretendía la Directiva, además de crear dicho marco homogéneo, era

⁷⁶ DOC 243, de 27 de agosto de 1999, pp. 83 ss.

⁷⁷ No publicada en el Diario Oficial.

⁷⁸ DOL 10 de enero de 2000, pp. 12 ss.

⁷⁹ MORENO NAVARRETE, M.A., *DERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico*, cit., pp. 22-23.

⁸⁰ La regulación española en dicha fecha estaba contenida en el Real Decreto Ley 44/1999, de 17 de septiembre, que posteriormente fue derogada por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre sobre firma electrónica.

⁸¹ En Alemania se ha promulgado la Ley 16 de mayo de 2001, sobre condiciones marco para la firma electrónica, que deroga la Ley de 13 de junio de 1997. En Italia está en vigor en Decreto Legislativo núm. 10/2002, de 23 de enero. En Francia, la Ley número 2000-230, de 30 de marzo de 2000.

impulsar el desarrollo de esta nueva forma de comercio y aumentar la confianza de todos los intervinientes en el tráfico económico. La Directiva establecía su eficacia territorial exclusivamente para el mercado interior (art. 4).

Por los trámites del procedimiento de codecisión, con el dictamen previo del Comité Económico y Social⁸² y a propuesta de la Comisión⁸³, se aborda la regulación de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000⁸⁴, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico en el mercado interior, denominada "Directiva sobre el comercio electrónico". Se subraya en esta Directiva las oportunidades que ofrece el comercio electrónico para las pequeñas y medianas empresas, lo que supondrá el crecimiento de las mismas, de las inversiones en innovación y de la propia competitividad, siempre y cuando Internet sea accesible para todos (considerando 2º). Con la Directiva se pretende superar los obstáculos que tienen su origen en la disparidad de regímenes jurídicos de cada uno de los Estados, así como los que proceden de la inseguridad jurídica sobre el alcance del control que los Estados miembros pueden realizar sobre los servicios procedentes de otro Estado miembro, estableciendo un marco claro y general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico con la adopción de medidas mínimas para conseguir el correcto funcionamiento del mercado interior y definición de los servicios de la sociedad de la información. Se excluye expresamente como objeto de la Directiva la protección de la salud pública y de los consumidores (considerando 11) y la protección de las personas respecto al tratamiento de datos de carácter personal (considerando 14). Así, el artículo 1º configura el objetivo y ámbito de aplicación con las exclusiones que se establecen. La entrada en vigor se fija para el día de su publicación (17 de julio de 2000), y se establecía como fecha límite para la transposición de los Estados miembros el día 17 de enero de 2002.

⁸² DOC 169, de 16 de junio de 1999, pp. 36 ss.

⁸³ DOC 30, de 2 de enero de 1999, pp. 4 ss.

⁸⁴ DOL 178, de 17 de julio de 2000, pp. 0001-0016. Con anterioridad se había publicado la Resolución del Consejo, de 19 de enero de 1999, sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información (DOC 23, de 28 de enero de 1999, pp. 1-3) que invitaba a la Comisión a examinar la legislación en materia de consumidores respecto a la sociedad de la información, así como a adoptar medidas adecuadas al respecto.

Pero la legislación sobre la sociedad de la información y el comercio electrónico no está desligada de la ingente labor desplegada por la Unión Europea para proteger a los consumidores. De ahí que se haga necesario una referencia, aunque sea somera, a las principales Directivas en la materia.

En materia de publicidad hay que citar la 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 engañosa⁸⁵, que se ocupa en primera fase de la necesidad de armonización de la legislación de los Estados miembros en esta materia. Posteriormente, la Directiva 97/55/CE⁸⁶ modifica la anterior a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa, normativa que debe tenerse en cuenta en el comercio electrónico⁸⁷.

La Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, se ocupa de la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales⁸⁸. Aunque dicha Directiva, con carácter general, no podría aplicarse al comercio electrónico, habida cuenta la naturaleza y requisitos de estos contratos, sin embargo sienta un principio de protección para los consumidores cuando encaje dentro del contexto legal⁸⁹. Análoga vinculación con la anterior encontramos en la 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 créditos al consumo⁹⁰, cuya última modificación lo constituye la Directiva 98/7/CE⁹¹, y

⁸⁵ DOL 250, de 19 de septiembre de 1984, pp. 17 ss.

⁸⁶ DO L 290, de 23 de octubre de 1997, pp. 18 ss.

⁸⁷ En virtud de la modificación llevada a cabo por la Directiva 97/55/CEE, el artículo 7 de la Directiva 84/450/CEE quedó redactado con un criterio amplio de protección: "1. La presente Directiva no es óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones tendentes a dar una protección más amplia, en materia de publicidad engañosa, de los consumidores, de las personas que ejercen una actividad industrial, artesanal o profesional, así como del público en general..."

⁸⁸ DOL 372, de 31 de diciembre de 1985, pp. 31 ss.

⁸⁹ Sobre la delimitación conceptual de este tipo de contrato puede verse el artículo 1 de la Directiva, y en cuanto a los derechos especiales que se reconocen, como a información o renuncia, los artículos 4 y 5. El artículo 7 establece, por su parte, la irrenunciabilidad de los derechos concedidos por la ley al consumidor.

⁹⁰ DOL 42, de 12 de febrero de 1987, pp. 48 ss.

⁹¹ DOL 101, de 1 de abril de 1998, pp. 17 ss.

que establece la necesidad de ofrecer información previa y precisa al consumidor, reconociéndole derechos específicos para la liberación de obligaciones⁹².

Entre otras directivas más específicas dignas de mención, podemos citar la 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 televisiva⁹³ (en especial los artículos 10 a 21), modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997⁹⁴; la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados⁹⁵; la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992⁹⁶, sobre la publicidad de los medicamentos para el uso humano⁹⁷; la 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 compartido⁹⁸; la Directiva 99/44/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 consumo⁹⁹.

⁹² Sobre el crédito al consumo dentro de la especialidad del comercio electrónico, puede verse RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, Consumo y Comercio Electrónico*, cit., en especial las pp. 453 ss.

⁹³ DOL 298, de 17 de octubre de 1989, pp. 23 y ss. El Considerando 3º de la Directiva refleja de forma clara la finalidad de la misma: "Considerando que las emisiones a través de las fronteras realizadas gracias a las diferentes tecnologías son uno de los medios que permiten perseguir los objetivos de la Comunidad; que conviene adoptar medidas que garanticen la transición de los mercados nacionales a un mercado común de producción y de distribución de programas y que creen condiciones de competencia leal sin perjuicio de la función de interés público que incumbe a los servicios de radiodifusión televisiva".

⁹⁴ DOL 202, de 30 de julio de 1997, pp. 60 ss.

⁹⁵ DOL 158, de 23 de junio de 1990, pp. 59 ss.

⁹⁶ DOL 113, de 30 de abril de 1992, pp. 13 ss.

⁹⁷ El diseño de la Directiva es, partiendo de que la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, prohibía ya la publicidad televisada de medicamentos disponibles únicamente por prescripción facultativa, generalizar dicha prohibición a otros medios.

⁹⁸ DOL 280, de 29 de octubre de 1994, pp. 83 ss.

⁹⁹ DOL 171, de 7 de julio de 1999, pp. 12 ss. Por otra parte, decir que en materia de productos alimenticios hay que tener en cuenta la 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 (DOL 299, de 12 de diciembre de 1995, pp. 11 ss).

En materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993¹⁰⁰, tiene como finalidad aproximar las disposiciones legales de los Estados miembros en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores¹⁰¹. Esta Directiva fue transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, con el objeto de proteger la igualdad de los contratantes y, por ende, de los consumidores y de cualquier persona que contrate con otra que utilice condiciones generales en su actividad¹⁰².

La 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 distancia¹⁰³, se dictó en la idea de que era preciso, en el marco de la realización de los objetivos del mercado interior, adoptar las medidas destinadas a establecer y consolidar progresivamente dicho mercado, por cuanto la libre circulación de bienes y servicios concierne no solamente al comercio profesional sino también a los particulares, y dado que algunos Estados han tomado disposiciones distintas o divergentes de protección de los consumidores en materia de venta a distancia, con el consiguiente efecto negativo en la competencia entre empresas en el mercado interior, es por lo que la introducción de normas comunes mínimas a nivel comunitario resulta necesaria en ese ámbito.

Cuando se dictó 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 consumidores¹⁰⁴, tenía como objetivo principal aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las acciones de cesación o de prohibición destinadas

¹⁰⁰ DOL 95, de 21 de abril de 1993, pp. 29 ss.

¹⁰¹ El artículo 3 de la Directiva, por remisión del artículo 2, define lo que son cláusulas abusivas, así como los conceptos de consumidor y profesional. En cualquier caso se vislumbra una mayor tutela en la ley nacional que en la norma comunitaria.

¹⁰² La cuestión sobre comercio electrónico con cláusulas abusivas serán estudiadas *infra* en el Capítulo 7 de esta obra.

¹⁰³ DOL 144, de 4 de junio de 1997, pp. 0019-0027.

¹⁰⁴ DOL 166, de 11 de junio de 1998, pp. 0051-0055. Esta Directiva fue modificada por la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo (DOL 171, de 7 de julio de 1999, pág. 12) y por la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000 (DOL 178, de 17 de julio de 2000, pág. 01).

a la protección de los intereses colectivos de los consumidores referidos en varias Directivas a fin de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior¹⁰⁵.

Es importante destacar la Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades. El enfoque que adopta esta disposición pretende resultar adecuado para alcanzar únicamente el grado necesario y suficiente de armonización con objeto de asegurar el reconocimiento mutuo de la autorización y supervisión cautelar de las entidades de dinero electrónico, de tal modo que sea posible conceder una única licencia reconocida en el conjunto del territorio comunitario y concebida para dar confianza al portador y aplicar el principio de que la supervisión cautelar compete al Estado miembro de origen. El marco normativo pretende aprovechar plenamente todas las ventajas derivadas del dinero electrónico, evitando, en particular, obstaculizar la innovación tecnológica. La propia Directiva define el marco que introduce como neutro desde el punto de vista tecnológico en cuanto pretende armonizar la supervisión cautelar de las entidades de dinero electrónico en la medida necesaria para garantizar su gestión responsable y prudente, así como su integridad financiera.

Los problemas de las comunicaciones comerciales abusivas en Europa han aflorado con cierto retraso en relación con los Estados Unidos. La Directiva 95/46/CE, de Protección de Datos, en lo atinente a correos ordinarios reconocía a los destinatarios el derecho a solicitar la cancelación de los datos personales para evitar tales comunicaciones. Asimismo, exigía determinados requisitos para la obtención de datos personales que pudieran ser utilizados para promociones o publicidad, prohibiendo igualmente la cesión de tales datos. La Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, en su artículo 10 establecía el mandato de que los Estados miembros velarán por que las técnicas de determinadas comunicaciones a distancia sólo puedan utilizarse a falta de oposición expresa del consumidor. En relación con la

¹⁰⁵ El artículo 2 de la Directiva establece que los Estados miembros designarán las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver acciones ejercitadas por entidades sobre protección de consumidores con interés legítimo a fin de ordenar con toda diligencia, mediante un procedimiento de urgencia, la cesación o prohibición de toda infracción, así como la adopción de medidas como la publicidad 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.

¹⁰⁶ DO L 217 de 5 agosto 1998, pp. 18 ss.

anterior conviene también traer a colación la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998¹⁰⁶, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso¹⁰⁷.

La primera regulación en el ámbito comunitario que de una forma directa afronta el problema de defensa de los consumidores respecto de las comunicaciones comerciales y el *spam* se contiene en la Directiva 2000/31/CE/, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Esta Directiva propugna que todo Estado miembro examine y ajuste su legislación y régimen jurídico para no dificultar la celebración de contratos por vía electrónica, ni privarlos de efectos y de validez jurídica en razón de su celebración por esta vía. Regula las comunicaciones comerciales en el marco de los servicios de la sociedad de la información, siendo el artículo 7 el que de modo específico se ocupa de las comunicaciones no solicitadas, estableciendo un régimen permisivo para estas prácticas, aunque sometido a ciertas garantías y requisitos, y dejando a los Estados miembros la posibilidad de regular más estrictamente tales prácticas. Consecuencia de la promulgación de esta Directiva¹⁰⁸ fue su transposición al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, en la que su artículo 21, con un criterio más restrictivo en su primera redacción, prohibió de forma expresa cualquier comunicación comercial por medios electrónicos que no hubiera sido solicitada o no hubiera sido autorizada expresamente por los destinatarios de las mismas¹⁰⁹.

La protección de la intimidad fue abordada por la Unión Europea en la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, que trajo como consecuencia la

¹⁰⁷ Prescribe la Directiva la obligación de los Estados miembros de prohibir en su territorio las actividades enumeradas en el artículo 4º, consistentes, principalmente, en la fabricación, importación, distribución, venta o alquiler o posesión con fines comerciales de dispositivos ilícitos, así como la instalación o uso de los mismos. Dispositivo ilícito es definido como cualquier equipo o programa informático diseñado o adaptado para hacer posible el acceso al un servicio protegido de forma inteligente sin autorización del proveedor del servicio [cfr. art. 2.d)].

¹⁰⁸ DO L024 de 30 de enero de 1998, pp. 1-8.

¹⁰⁹ Sobre la Directiva 2000/31/CE puede verse GARCÍAMAS, F.J., *Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información*, Ed. Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2004, pp. 115 ss.

publicación en España de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Posteriormente se publica la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, que deroga la Directiva 97/66/CE y modifica el régimen jurídico, y que ha tenido como consecuencia la necesidad de modificar la legislación española, estableciéndose a tal efecto un plazo de transposición que terminó el 31 de octubre de 2003.

La publicación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la que también se abordó la necesidad de transponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2002/58/CE, supone la reforma parcial de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, afectando concretamente a los artículos 21, 22, 38.3.b), 38.4.d) y 43.1, y añadiéndose la disposición adicional sexta.

En lo atinente a la tutela judicial del consumidor litigante¹¹⁰, visto el vertiginoso desarrollo de las nuevas formas de comercialización de bienes y servicios en el comercio electrónico y del incremento de las transacciones transfronterizas de consumo se han adoptado a nivel comunitario un gran número de disposiciones, entre las que cabe citar la Recomendación R(86) 12, dictada por el Consejo para potenciar el arbitraje como alternativa accesible y eficaz a la acción

¹¹⁰ A este respecto, debemos mencionar el Acuerdo de Estrasburgo de 1977 (*Acuerdo del Consejo de Estado sobre la transmisión de solicitudes de asistencia jurídica*), que establece un sistema para la remisión de solicitudes de un país a otro. El Convenio de Roma de 1980 también establece reglas básicas sobre jurisdicción aplicable. Por su parte, el Convenio de Bruselas de 1968 (sustituido por el Reglamento "Bruselas I") regula la jurisdicción y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. También los Protocolos que acompañan al Convenio de Bruselas otorgan a los tribunales nacionales de apelación la posibilidad de elevar cuestiones prejudiciales al TJCE, cuando exista alguna duda interpretativa (Cfr. St. del TJCE de 17 de marzo de 1998, recaía en el asunto C-45).

En el orden de las soluciones extrajudiciales, el Consejo de Ministros instó a los Gobiernos de los países miembros, a través de la Recomendación R(86) 12, a que tomasen las medidas necesarias para potenciar el arbitraje como alternativa accesible y eficaz a la acción judicial. La Resolución de 25 de mayo de 2000 (DOC 155, de 6 de junio de 2000, p. 1), se refiere a una *red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*. Por la Resolución 7876/2000 el Consejo pone de relieve la necesidad de desarrollar procedimientos extrajudiciales, prácticos, eficientes y económicos, para la resolución de conflictos en materia de consumo. En este contexto la Comisión dicta la Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril, donde se contienen los principios que deberán aplicarse a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.

judicial. También es de tener en cuenta la Resolución de 25 de mayo de 2000, relativa a *una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*¹¹¹, y la Resolución 7876/2000 por la que el Consejo pone de relieve la necesidad de desarrollar procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos en materia de consumo. La Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril, de la Comisión contiene los principios que deberán aplicarse a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo. También es de tener en cuenta el Reglamento del Parlamento y del Consejo, aprobado por el Consejo en 2004, sobre cooperación en materia de protección de los consumidores.

6. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA

A lo largo de más de un cuarto de siglo en que se ha abordado de una forma directa o indirecta la protección de los consumidores y usuarios en la Unión Europea, se ha perfilado una protección que, pese a los buenos intentos, no es todavía asaz suficiente¹¹². La causa puede obedecer al designio primigenio de fortalecer más las relaciones e intercambios comerciales que la protección de los sujetos débiles intervinientes, sin reparar que un fortalecimiento de los intercambios económicos se sustenta en un aumento de la demanda. Últimamente, la tendencia se ha invertido, en la medida que la instauración de nuevas formas contractuales amparadas por las nuevas tecnologías ha resaltado más esta necesidad. En cualquier caso, la tutela sigue resultando insuficiente, fragmentaria y de mínimos.

¹¹¹ A través de esta Recomendación el Consejo instó a la Comisión para que con los Estados miembros desarrollasen unos criterios comunes para la valoración de los órganos y procedimientos extrajudiciales, que han de garantizar la calidad, equidad y eficacia de los mismos, con el fin de incluir finalmente dichos órganos en la REDEJE a la que se hacía referencia en el documento de trabajo de la Comisión.

¹¹² Entre otras causas, señala MÉNDEZ PINERO, E., *La integración europea y la protección de los consumidores*, cit., pág. 59, que "A pesar de que la Comunidad se ha dedicado de lleno a la tarea de armonización de legislaciones con vistas a la consecución del Mercado Interior el 1 de enero de 1993, lo cierto es que sigue existiendo un número importante de problemas legales y extraleales que impide una armonización efectiva en el campo de los derechos del consumidor" ... "Con respecto al problema general del nivel de protección de los consumidores se debe reconocer que la legislación en materia de consumo varía enormemente de un Estado a otro. Por ello, la Comisión ha adoptado la técnica del *mínimo denominador común*, permitiendo a los Estados miembros con legislación favorable el mantener dicha protección y obligando a los Estados menos proclives a adoptar una normativa protectoria mínima."

Del análisis de la actuación de los órganos comunitarios a lo largo de este período, podemos colegir los siguientes rasgos caracterizadores de la tutela de los consumidores y usuarios¹¹³ :

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

b) Algunas directivas específicas en determinados sectores nacieron como una respuesta muy precisa a problemas concretos, surgidos en un determinado momento. No obstante, a veces se ha constatado que transcurría un largo *lapsus* desde la propuesta hasta la aplicación¹¹⁴, lo que ha motivado que muchas quedasen obsoletas a medida que las prácticas mercantiles iban evolucionando. Esta falta de flexibilidad pone de relieve la necesidad de mantener viva la capacidad para modificar directivas e ir adaptándolas al progreso tecnológico manteniendo al mismo tiempo el nivel de protección de los consumidores, extremos que en los últimos tiempos parece ir mejorando.

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

d) La ausencia de una jurisprudencia general y válida del Tribunal de Justicia sobre la posible justificación de barreras al libre movimiento de bienes y servicios por motivos de protección de los consumidores, pues se ha limitado a resolver cuestiones específicas de casos puntuales, también representa una rémora en la materia.

¹¹³ Caracteres o tendencias que, en parte, se admiten y reconocen por la Unión Europea en el Libro Verde de 2001, sobre la protección de los consumidores.

¹¹⁴ Tal como ocurrió con la Directiva de venta a distancia que fue propuesta en el año 1992, y no se aplicó hasta casi ocho años después.

e) Al contrario de lo ocurrido en Estados Unidos, la falta de un programa efectivo de protección a los consumidores de Europa no ha resultado de los conflictos inherentes entre dos políticas: la creación de un mercado común *versus* la protección de los consumidores, sino que ha derivado del fracaso de la Comunidad por no crear instituciones y procedimientos de coordinación para aplicar la política de protección de los consumidores¹¹⁵.

f) Las normas de protección de los consumidores en el ámbito de la Unión Europea, que se sustenta en cláusulas de mínimos, permiten a los Estados miembros adoptar medidas más específicas o más estrictas para proteger a los consumidores, o, más comúnmente, mantener las normas existentes, a condición de que sean más estrictas que las normas comunitarias. Esto genera nuevas divergencias entre las legislaciones nacionales, además de las existentes entre los ámbitos no armonizados de la protección de los consumidores¹¹⁶.

g) Es palmario que, cuando no existe legislación o jurisprudencia comunitaria, se impone la necesidad de aplicar la legislación nacional de los Estados miembros, que puede diferir en su fondo y aplicación. Cada Estado miembro cuenta con un entorno normativo bien desarrollado dirigido específicamente a la protección de los consumidores o a la regulación de las prácticas comerciales entre empresas y consumidores para otros fines¹¹⁷. No obstante, además del mismo tipo de reglamentaciones existentes a escala comunitaria, muchos Estados miembros disponen de un principio jurídico general, apoyado a veces por leyes específicas para regir las prácticas comerciales entre empresas y consumidores¹¹⁸. Los

¹¹⁵ CAPPELETTI, M., "Process of integration of law in Europe", en *European Consumer Law. Prospects for integration of consumer law and policy within the European Community* (Dir. T. Bourgoignie), Actas del seminario de Loavain-la-Neuve, 14-15 de mayo de 1981, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1982, pp. 3-13. En cualquier caso el Reglamento sobre cooperación en materia de protección de los consumidores establece autoridades competentes para aplicar la legislación de protección de los intereses, así como cooperar con la Comisión.

¹¹⁶ BERCOVITZ, A., "La protección de los consumidores en la Unión Europea", en la Introducción a *Reglamentos y Directivas de la Unión Europea referentes a la protección de los consumidores*, cit., p 35: "Esa regla de *minimis* es, precisamente, contraria a la realización del mercado común, que ha sido la base jurídica en la que se ha fundamentado la promulgación de las Directivas de protección de los consumidores".

¹¹⁷ Al respecto puede verse KEOHANE, R.O./HOFFMAN, S., "Community politics an institutional change", en *The dynamics of European Integration* (Ed. W. Wallace), Ed. Pinter, London, 1990, p. 25.

¹¹⁸ El principio general de comportamiento contrario a las buenas costumbres (*contra bonos mores*) se aplica en legislaciones como la de Austria (art. 1 de la *Bundesgesetz gegen den unlautern Wettbewerb*, Ley Federal contra la competencia desleal), Grecia (art. 1 de la Ley sobre competencia desleal), Portugal (apartado

principios generales han sido posteriormente desarrollados mediante una legislación específica, o bien su desarrollo se ha dejado en manos de los tribunales, que, con el paso de los años, han ido produciendo una jurisprudencia completa y detallada. Los principios han surgido por distintas vías y tienen alcances diferentes. 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. En España y Francia los objetivos son abordados de forma diferente, dado que la protección de los consumidores se rige directamente por normativa específica, pero también los principios generales son aplicables, obteniéndose, asimismo, una protección a través de las normas que regulan la competencia.

h) La situación de diferencia de trato que cada Estado miembro otorga a prácticas comerciales idénticas, supone un factor de disuasión frente a las ventas transfronterizas y la explotación del mercado interior. Se refleja también una falta de seguridad y de claridad en lo que se refiere a cada Estado miembro. Para los consumidores esta falta de claridad y seguridad sobre sus derechos supone un freno importante para su confianza, por lo que se demanda más uniformidad legislativa y más protección, como sujetos débiles de la contratación, máxime cuando las nuevas orientaciones contractuales, como el comercio electrónico, incorpora más incertidumbre e inseguridad en las transacciones¹¹⁹.

i) En lo que respecta específicamente a nuestro país, la trasposición de las Directivas europeas han puesto de relieve algunos problemas específicos reseñados

1 del artículo 260 del *Código da Propriedade Industrial*) y Alemania (art. 1 de la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*). El principio de "prácticas comerciales leales" puede encontrarse en ordenamientos jurídicos como los de Bélgica (arts. 93 y 94 de la *Loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur*), Italia (art. 2598 del *Codice civile*), Luxemburgo (art. 16 de la *Loi du 27 novembre 1986, réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale*) y España (art. 5 de la LCD y art. 6 b) de la Ley General de Publicidad), Francia (arts. 1328-1384 del *Code Civil*) y Holanda (art. 6:162 de la *Burgerlijk Wetboek*) adoptan disposiciones generales del derecho de responsabilidad civil, bajo los conceptos de "ilicitud". Existen muchas similitudes en el principio de "buenas prácticas de comercialización adoptadas por Dinamarca (artículo 1 de la *Marketing Practices Act*), Finlandia (art. 1,2 *Consumer Protection Act*) y Suecia (artículo 1.4 *Marketing Act*). Hay que recordar que también se encuentran principios generales similares en los sistemas jurídicos de los países anglosajones, en particular USA, Canadá y Australia. En Reino Unido e Irlanda, si bien no existen normas jurídicas concretas que rijan las relaciones consumidor y empresas, si existen principios equivalentes que sirven para la tutela de los consumidores (así los principios de *unconscionability* y *equity*, que tienden a garantizar el equilibrio y la equidad entre estas partes, dentro del conjunto conceptual de "fair").

por el profesor A. Bercovitz¹²⁰, cuya solución debería acometerse de forma inmediata. Uno de ellos hace referencia a la noción de consumidor, que en el ámbito comunitario es solo aplicable al consumidor persona física, en tanto que en derecho interno la protección se extiende a los consumidores personales físicas, con lo que se produce una injustificada disfunción. Otro problema viene determinado por el hecho de que, salvo alguna excepción, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de las directivas sobre protección de consumidores se ha hecho mediante leyes especiales, y sería deseable que se hiciera mediante una ley especial, a fin de evitar los problemas de delimitación de los destinatarios –los consumidores– a los que se trata de beneficiar con la regulación impuesta por la directiva.

INSTRUMENTOS ELECTRONICOS DE PAGO

¹¹⁹ Si la Unión Europea, sostiene MÉNDEZ PINEDO, E., *La integración europea y la protección de los consumidores*, cit., p. 81, decide ejercer sus competencias y complementar las acciones nacionales en determinados casos estrechamente relacionados con el funcionamiento del Mercado Interior, este ejercicio de competencias será absolutamente conforme a la legalidad comunitaria tras el Tratado de la Unión Europea.

¹²⁰ BERCOVITZ, A., "La protección de los consumidores en la Unión Europea", en la *Introducción a Reglamentos y Directivas de la Unión Europea referentes a la protección de los consumidores*, cit., pp. 34-35. Además, cita el problema de la regla de *minimis*, que como hemos dicho más arriba, es común a todo el territorio de la Unión.