

LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿MITO O REALIDAD?

*Jorge Moráis Carvalho**

RESUMEN

En los últimos años, la protección de los consumidores se transformó en una de las prioridades a nivel del proceso de decisión política en la Unión Europea. Los límites son, sin embargo, evidentes y pasan por la diversidad lingüística y por las diferentes culturas jurídicas, por la forma y tipo de normas adoptadas (directivas de armonización mínima o máxima) y por las cuestiones que no son tratadas por las directivas y que se muestran decisivas para la aplicación efectiva del régimen de protección de los consumidores. El objetivo de estas normas no es claro, ya que, si el principio de la protección de los consumidores está actualmente claramente consagrado en el derecho comunitario, la verdad es que muchas veces es utilizado como instrumento de fortalecimiento del mercado común.

Palabras clave: Consumidor, Unión Europea, Directivas comunitarias, Aproximación de legislaciones, Mercado Común.

ABSTRACT

During the last years, the consumer's protection turns in one of the politic decision process priorities of European Union. However, their bounds are evident: linguistic diversity, different juridical cultures, the kind of adopted rules and the questions ignored by the directives but essential for the effective application of the consumer's protection regime. The objective of these rules is not clear because, if the principle of consumer's protection is today clearly consecrated in the communitarian law, in a lot of times it is used like an enforcement instrument for the Common Market.

Keywords: *Consumer, European Union, Communitarian Directives, legislation approaches, Common Market.*

* Doctor en Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa. Becario de la Fundación para la Ciencia y la Tecnología. Trabajó en la Unidad de Mediación y Acompañamiento de Conflictos de Consumo y en la Oficina de Política Legislativa y Planeación del Ministerio de Justicia en Lisboa, Portugal.

1. INTRODUCCIÓN

La problemática de la protección de los consumidores, entendida como tal, nació hace poco más de cuatro décadas, en la secuencia del famoso discurso del presidente estadounidense John F. Kennedy en el Congreso el 15 de marzo de 1962. Desde entonces ha venido ganando un espacio progresivamente más relevante en la doctrina jurídica, especialmente en los países más desarrollados. La igualdad entre las partes de un contrato (comerciantes y consumidores), se veía seriamente afectada por la diferencia de poder económico, siendo abismal la asimetría de información y la diferencia de capacidad para imponer cláusulas en el contrato. Este es el fundamento natural de la protección del consumidor, por el que se implementaron normas con el objetivo de disminuir esa desigualdad.

Sin embargo, debe notarse que la aprobación de normas protectoras del consumidor tiene también el apoyo – y el consecuente e importante incentivo – de las grandes empresas, las únicas capaces de mantenerse en el mercado debido al elevado costo asociado a una legislación exigente.

Se coloca, entonces, la cuestión de saber si no existen otras razones que explican la legislación aprobada en este ámbito. La actividad de la Unión Europea y de sus instituciones constituye un buen ejemplo de la relación entre las medidas que tienen como fin el regular funcionamiento del mercado y aquellas que velan por la protección del consumidor.

Este texto tiene como principal objetivo reflexionar, por medio de la descripción y el análisis de algunas normas comunitarias, sobre las razones, a veces no tan evidentes, que hay detrás del desarrollo del derecho del consumo en el mundo y especialmente en la Unión Europea.

En una primera parte, se traza un cuadro descriptivo del derecho del consumo comunitario, a través de breves referencias históricas, un análisis de las competencias de la Unión Europea y una exposición de la legislación comunitaria más relevante. Después, se exponen las principales fragilidades del derecho comunitario en esta materia. Por fin, se proponen algunas respuestas para la cuestión de saber si la protección del consumidor es un objetivo real o tan solo un mero instrumento de salvaguardia del mercado interno.

2. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO COMUNITARIO

2.1 Breve historia de la protección del consumidor en el derecho comunitario¹

En su versión original, el Tratado de Roma,² firmado el 25 de marzo de 1957, no contenía ninguna norma específica de protección de los consumidores. Es natural que esta preocupación no haya estado presente en el pensamiento de aquellos que lo idealizaron, por cuanto aun no se trataba de una problemática entendida como tal y que se discutía de forma sistemática. El principal objetivo de la Comunidad consistía en el desarrollo armonioso de las actividades económicas, a través del establecimiento de un mercado común. El artículo 2 del Tratado establecía que “*la Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un desarrollo continuo y equilibrado, una mayor estabilidad, una creciente elevación del nivel de vida y un estrechamiento de las relaciones entre los Estados miembros*”.

El mercado común se basa en las cuatro libertades principales: libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales.

¹ Sobre el derecho comunitario del consumo y su evolución histórica existen muchos textos doctrinarios, de los cuales destacamos: KRÄMER, L., *EEC Consumer Law*, E. Story–Scientia, Bruxelles, 1986, HOWELLS, GERAINT, y WILHELMSSON, Thomas, *EC Consumer Law*, Dartmouth, Aldershot, 1997, WEATHERILL, Stephen, y BEAUMONT, Paul, *EU Law – The Essential Guide to the Legal Workings of the European Union*, 3.ª Ed., Penguin Books, London, 1999, pp. 1030 a 1058, OUGHTON, David, y LOWRY, John, *Textbook on Consumer Law*, 2.ª Ed., Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 53 a 73, LAFFINEUR, Jacques. “L’Évolution du Droit Communautaire Relatif aux Contrats de Consommation”, En *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, N° 1, 2001, pp. 19–42, CALAIS-AULOY, Jean, y STEINMETZ, Frank, *Droit de la Consommation*, 6.ª Ed., Dalloz, Paris, 2003, pp. 34 a 40, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 15 a 22, BOURGOIGNIE, Thierry. “Droit et Politique Communautaires de la Consommation – Une Évaluation des Acquis”, En *Études de Droit de la Consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 95–129, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 65 a 68, PALAO MORENO, Guillermo. “La Protección de los Consumidores en el Ámbito Comunitario Europeo”, En *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 73–94, y ALPA, Guido, *Introduzione al Diritto dei Consumatori*, Editori Laterza, Roma, 2006, pp. 45 a 71.

² Siempre que en el presente texto se refiera aisladamente a “*Tratado*”, se está haciendo mención al Tratado de la Comunidad Europea (Tratado de Roma con las modificaciones posteriores).

Entre las atribuciones de la Comunidad, estaba prevista la promoción de “*la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común*” (artículo 3, letra h), del Tratado de Roma).

La tensión entre las normas de protección de los consumidores y el buen funcionamiento del mercado fue siempre, y continúa siendo de cierta forma, la fuente generadora de los principales avances y retrocesos en la legislación comunitaria. En efecto, una norma de protección de los consumidores adoptada en un país comunitario que no exista en otro puede constituir un obstáculo al desarrollo del mercado común, en la medida en que una empresa que tenga sede en este último país (con legislación menos protectora) sólo podrá comercializar el bien en el primer país si cumple con las normas más protectoras previstas ahí. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ya ha discutido el asunto en varios casos,³ especialmente tratando de saber si la adopción de este tipo de normas, así no sean discriminatorias, constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, ambas prohibidas por el Tratado (artículo 28).⁴ Por ejemplo, en dos famosas sentencias, el TJCE discutió si las medidas adoptadas por los Estados respetaban el Tratado: en la Sentencia *Dassonville* (1974),⁵ estaba bajo observación una ley belga que exigía a las importaciones de Whisky la posesión de un certificado de origen, requerimiento inexistente en Francia; la Sentencia *Cassis de Dijon* (1979),⁶ departió sobre una norma alemana que impedía la comercialización de ciertas bebidas alcohólicas si estas no tenían un grado de alcohol mínimo, lo que impedía la importación de una bebida francesa que no cumplía con este requisito.⁷

³ Sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en esta materia, cf. MADURO, Miguel Poiars, *We, the Court – The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

⁴ El artículo 28 del Tratado establece que “*quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente*”.

⁵ Asunto 8/74, *Procureur du Roi contra Benoît and Gustave Dassonville*, sentencia del 11 de julio de 1974.

⁶ Asunto 120/78, *Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, sentencia del 20 de febrero de 1979.

⁷ La descripción de algunas decisiones más recientes pueden encontrarse en el texto de HUFFEL, Michel Van. “Le Champs d’Application de l’Article 30 du Traité de Rome et les Arrêts Keck et Mithouard, Hünermund et Clinique: La Nouvelle Liberté de la Libre Circulation des Marchandises ou “l’Enfer c’est les Autres”?”. En *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, N° 2, 1994, pp. 95–113.

Los primeros documentos comunitarios que se refieren directamente a los consumidores surgen apenas a mediados de los años 70, como consecuencia de algunos movimientos internacionales. El primer Programa de acción relativo a la protección de los consumidores fue presentado por la Comisión Europea en 1975,⁸ expresando cinco derechos fundamentales: a la protección de la salud y la seguridad; a la protección de los intereses económicos; a la indemnización de los daños; a la información y a la educación; y a la representación. Desde entonces, varios documentos de índole programática han sido aprobados, el último de los cuales es la Estrategia en materia de política de los consumidores (2002–2006),⁹ estando en preparación el Programa de Salud y Protección de los Consumidores (2007–2013).¹⁰

Es, sin embargo, a partir del Acta Única Europea (1986) que los derechos de los consumidores alcanzan un lugar entre las políticas comunitarias, determinando el artículo 100–A que la Comisión debe proponer medidas con el objetivo de proteger a los consumidores, tomando como base “*un nivel de protección elevado*”.

El Tratado de Maastricht (1992) consolidó la posición de los consumidores, con la consagración de su protección como uno de los principios de la Comunidad (artículo 3, letra s))¹¹ y la introducción del artículo 129–A, en un título autónomo, dedicado exclusivamente a la defensa de sus intereses.

El Tratado de Ámsterdam (1997) reforzó la posición de los consumidores, esclareciendo algunos aspectos y alterando otros, principalmente en lo que respecta a la agilización del proceso de decisión. El actual artículo 153 del Tratado, correspondiente al anterior artículo 129–A, determina que “*para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses*” (apartado 1), exigiendo que “*al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores*” (apartado 2). Los demás números definen la base jurídica para las decisiones tomadas en materia de protección a los consumidores.

⁸ Diario Oficial N° C–92, de 25 de abril de 1975.

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones – Documento COM (2002) 208 final.

¹⁰ La Comisión ya presentó una Propuesta – Documento COM (2005) 115 final.

¹¹ Corresponde al actual artículo 3, letra t), del Tratado.

2.2. **Ámbito de intervención de la Unión Europea**

La legitimidad de la Comunidad para intervenir en materia de derecho de consumo ha constituido desde siempre una problemática, especialmente frente al principio de subsidiariedad (artículo 5 del Tratado)¹² y a los complejos procesos de decisión comunitarios.

Actualmente, como consecuencia de los Tratados de Maastricht y de Ámsterdam, la Comunidad puede promover los intereses de los consumidores a través de dos tipos de medidas, previstas en el apartado 3 del artículo 153 del Tratado: “*medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior*”; y “*medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros*”.

En lo que se refiere a las primeras medidas, el artículo 95 establece que las medidas son adoptadas por “*el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social*”. El procedimiento de decisión conjunta previsto en el artículo 251 presupone la presentación de una propuesta por parte de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (apartado 2), propuesta que se debe basar en un nivel de protección elevado de los derechos de los consumidores (artículo 95, apartado 3). Para la adopción del acto, al contrario de lo que sucede con el procedimiento previsto en el artículo 94, no es necesaria la unanimidad, siendo suficiente, en general, los votos favorables de una mayoría de los países representados en el Consejo y de los diputados del Parlamento Europeo.

El segundo tipo de medidas sigue un procedimiento similar, una vez que el apartado 4 del artículo 153 también remite al artículo 251. La diferencia está en la circunstancia de que estas medidas no obstan a que cada Estado miembro pueda mantener y adoptar disposiciones más protectoras de los consumidores, las cuales deben, sin embargo, ser compatibles con el Tratado y notificadas a la Comisión (apartado 5 del artículo 153).

¹² Cf. CHILLON, Sandie. “Le Droit Communautaire de la Consommation après les Traités de Maastricht et d’Amsterdam: Un Droit Émancipé?”, En *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, N° 4, 1998, p. 268.

2.3 Legislación de protección del consumidor

La legislación comunitaria que gira en torno a la problemática del derecho del consumo es numerosa. La mayoría asume la forma de directiva, un tipo de texto que, en los términos del artículo 249 del Tratado, obliga “*al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios*”, aunque también se encuentran, en áreas específicas, como la del transporte aéreo,¹³ algunos reglamentos, que tienen un alcance general y son obligatorios “*en todos sus elementos y directamente aplicable[s] en cada Estado miembro*”.

Además de las directivas que regulan de forma exhaustiva las características de determinados bienes, hay otras que regulan aspectos más generales y que han tenido, en los últimos veinte años, una influencia significativa en el derecho de los Estados miembros. Pasamos a una rápida enumeración de las más relevantes, por orden cronológico, con indicaciones bibliográficas que permiten un conocimiento más profundizado de las materias en causa, una vez que ese no es el objeto de este texto.

La Directiva 84/450/CE, del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, modificada por las Directivas 97/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, y 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, impone a los Estados miembros la adopción de medidas adecuadas y eficaces para luchar contra la publicidad engañosa, que es definida en la directiva como “*toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor*”.¹⁴

¹³ A título de ejemplo, cf. Reglamento (CE) N° 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

¹⁴ FOURGOUX, Jean-Claude. “Publicité Comparative – Information ou Manipulation?”, En *Études de Droit de la Consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 399–407, y FAEDDA, Giuliana. “La Pubblicità Ingannevole e Comparativa”, En *Manuale di Diritto dei Consumatori*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 766–791.

La Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, modificada por la Directiva 1999/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, determina que el productor es responsable, independientemente de culpa, de los daños causados por los defectos de sus productos.¹⁵

La Directiva 85/577/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, se aplica a “*los contratos celebrados durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus establecimientos comerciales o durante una visita del comerciante al domicilio del consumidor o de otro consumidor o al lugar de trabajo del consumidor, cuando la visita no se haya llevado a cabo a instancia expresa del consumidor*” y atribuye al consumidor, entre otros, el derecho de desistimiento del contrato en un plazo mínimo de siete días.

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 crédito al consumo, modificada por las Directivas 90/88/CEE, del Consejo, de 22 de febrero de 1990, y 98/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, impone al prestamista deberes de información previa, admite el derecho de renuncia a los efectos del contrato y regula las relaciones entre el contrato de crédito y el contrato de suministro de bienes y servicios que con aquel esté asociado.¹⁶

¹⁵ HONDIUS, Ewoud. “Product Liability – The First Ten Years”, En *Consumer Law Journal*, Vol. 5, 1997, pp. 33–34, LARROUMET, Christian. “La Protección de los Consumidores y la Responsabilidad por el Hecho de los Productos Defectuosos en el Derecho de la Unión Europea”, En *Política y Derecho del Consumo*, El Navegante Editores, Bogotá, 1998, pp. 307–326, SCHUSTER, Alex. “Review of Case–Law under Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products”, En *Consumer Law Journal*, Vol. 6, N° 2, 1998, pp. 195–212, SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1999, y IURILLI, Cristiano. “La Responsabilità del Produttore per Prodotto Difettoso e Tutela Aquiliana”, En *Manuale di Diritto dei Consumatori*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 700–715.

¹⁶ GOYENS, Monique. “E.C. Harmonisation of Consumer Credit Legislation: Just an Illusion, but Why Not”, En *Consumer Law Journal*, Vol. 2, 1994, pp. 149–150, LETE ACHIRICA, Javier. “The Spanish Consumer Credit Act 1995”, En *Consumer Law Journal*, Vol. 4, 1996, pp. 22–26, MORAIS, Fernando de Gravato, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, Almedina, Coimbra, 2004, PRATS ALBENTOSA, Lorenzo. “Crédito al Consumo”, En *Derecho Privado de*

La Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990, concede derechos a quienes adquieren viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados.¹⁷

La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, es una de las más importantes, habiendo sido ya objeto de amplias discusiones doctrinarias.¹⁸ En general, esta directiva establece que “*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”.

La Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, tiene como objetivo la protección de los adquirentes de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.¹⁹

Consumo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 417–452, REIFNER, Udo. “Verbraucherschutz im Kreditrecht – Aktueller Stand und Perspektiven”, En *Verbraucherrecht in Deutschland – Stand und Perspektiven*, Nomos, Baden–Baden, 2005, pp. 155–189, y AAVV, *El Crédito al Consumo en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

¹⁷ STORM, Susanne. “Consumer Protection and the 1990 Package Holiday Directive – A Scandinavian Viewpoint”, En *Consumer Law Journal*, Vol. 1, 1993, pp. 33–38, MIRANDA, Miguel, *O Contrato de Viagem Organizada*, Almedina, Coimbra, 2000, FRAGOLA, Massimo. “L’Influenza del Diritto Comunitario nella Disciplina del Contratto di Viaggio “Tutto Compreso””: La Recente Giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee”, En *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. I, 2002, pp. 297–331, y WHINCUP, Michael. “English Courts’ Reception of the Package Travel Regulations”, En *Études de Droit de la Consommation – Liber amicorum Jean Calais–Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 1169–1183.

¹⁸ HOWELLS, Geraint. “Unfair Contract Terms”, En *Consumer Law Journal*, Vol. 2, 1994, pp. 109–110, WILLETT, Chris. “Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts”, En *Consumer Law Journal*, Vol. 2, 1994, pp. 114–123, LARROUMET, Christian. “La Protección de los Consumidores contra las Cláusulas Abusivas Estipuladas en los Contratos en Derecho Comunitario Europeo y en Derecho Francés”, En *Política y Derecho del Consumo*, El Navegante Editores, Bogotá, 1998, pp. 167–201, DURÁN RIVACOBÁ, Ramón. “Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas (Estudio Comparado de la Ley Española de 1998 y el Ordenamiento Peruano)”, En *Contratación Contemporánea – Teoría General y Principios*, Editorial Temis, Bogotá, 2000, pp. 439–509, BARTOLOMUCCI, Pierfrancesco. “La Complessa Attuazione della Direttiva 93/13/CEE”, En *I Diritti dei Consumatori e degli Utenti*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 285–323, FERRANTE, Edoardo. “Contractual Disclosure and Remedies under the Unfair Contract Terms Directive”, En *Informations Rights and Obligations – A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 115–133, y SERRA RODRÍGUEZ, Adela. “Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores”, En *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 317–363.

¹⁹ SPEDICATO, Tiziana, *La Multiproprietà tra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario*, Halley Editrice, Matelica, 2006.

Las Directivas 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997,²⁰ y 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, contienen reglas de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. La segunda es solamente aplicable a la comercialización de servicios financieros, que estaba excluida de la primera. Los dos derechos principales conferidos por estas directivas son el derecho a la información transparente y el derecho de desistimiento del contrato.

La Directiva 98/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, obliga a los vendedores a indicar el precio de venta de los bienes de forma inequívoca, fácilmente identificable y claramente legible.

La Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, obliga al vendedor a entregar un bien que sea conforme al contrato de compraventa, confiriendo al consumidor, en caso de falta de conformidad que se manifieste dentro de un plazo de dos años a partir de la entrega del bien, los derechos de reparación, sustitución, reducción adecuada del precio o resolución del contrato.²¹

²⁰ LETE ACHIRICA, Javier. “Distance Selling in Spanish Law: A European Perspective”, En *Consumer Law Journal*, Vol. 6, Nº 3, 1998, pp. 339–358, ALLIX, Jean. “La Directive 97/7/CE: Contrats à Distance et Protection des Consommateurs”, En *Revue des Affaires Européennes & Law and European Affairs*, Año 8, Nº 3, 1998, pp. 176–187, MICKLITZ, Hans-W. “La Directive 97/7/CE sur les Contrats à Distance”, En *La Protection des Consommateurs Acheteurs à Distance*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 23–56, MARZO, Giuseppe de, *I Contratti a Distanza – Commento al Decreto Legislativo 22 Maggio 1999, n. 185*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, BERNARDEAU, Ludovic. “La Directive Communautaire 97/7 en Matière de Contrats à Distance”, En *Cahier de Droit Européen*, Año 36, Nºs 1–2, 2000, pp. 117–140, FRATERNALE, Antonio, *I Contratti a Distanza*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, SUTTER, Gavin, HÖRNLE, Julia, y WALDEN, Ian. “Directive 97/7/EC on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts”, En *eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce*, Kluwer Law International, London, 2002, pp. 11–31, ARROYO APARICIO, Alicia, *Los Contratos a Distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Aranzadi, Navarra, 2003, y IADEVAIA, Stefano. “Le Vendite a Distanza”, En *Manuale di Diritto dei Consumatori*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 124–146.

²¹ FRANK, Jérôme. “Directive 1999/44 du 25 Mai 1999 sur Certains Aspects de la Vente et des Garanties des Biens de Consommation”, En *Estudos de Direito do Consumidor*, Nº 2, 2000, pp. 159–180, CANARIS, Claus-Wilhelm. “A Transposição da Directiva sobre Compra de Bens de Consumo para o Direito Alemão”, trad. de Paulo Mota Pinto, En *Estudos de Direito do Consumidor*, Nº 3, 2001, pp. 49–67, PINTO, Paulo Mota. “Anteprojecto de Diploma de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português – Exposição de Motivos e Articulado”, En *Estudos de Direito do Consumidor*, Nº 3, 2001, pp. 165–279, LEITÃO, Luís Menezes. “Caveat Venditor? A Directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a Venda de Bens de Consumo e Garantias Associadas e suas Implicações no Regime Jurídico da Compra e Venda”, En *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 2002,

La Directiva 2001/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, define los criterios de seguridad de los productos.²²

La reciente Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, prohíbe las prácticas comerciales desleales, sean engañosas o agresivas, considerándose desleales las prácticas contrarias a los requisitos de la diligencia profesional y que distorsionan o pueden distorsionar “*de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores*”.²³

3. LIMITACIONES DEL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Aunque la protección de los consumidores esté, actualmente, como vimos, entre las preocupaciones que deben presidir a la elaboración de la legislación comunitaria, existen varios aspectos que limitan la eficacia de las acciones tomadas en este ámbito, algunos de los cuales siembran dudas sobre los verdaderos objetivos de las normas.

3.1 Diversidad jurídica y lingüística como entrabe a la armonización

Cualquiera que sea la base jurídica utilizada para la adopción de un acto comunitario en materia de derecho de consumo, el objetivo pasa siempre por aproximarse a la

pp. 263–303, MONTEIRO, António Pinto. “Garantias na Venda de Bens de Consumo – A Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português”, En *Estudos de Direito do Consumidor*, Nº 5, 2003, pp. 123–137, MARÍN LÓPEZ, Manuel, *Las Garantías en la Venta de Bienes de Consumo en la Unión Europea – La Directiva 1999/44/CE y su Incorporación en los Estados Miembros*, Vol. I, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2004, AAVV, *La Vendita di Beni di Consumo*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, CASTILLA BAREA, Margarita, *El Nuevo Régimen Legal de Saneamiento en la Venta de Bienes de Consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2006, y DÍAZ ALABART, Silvia, *Garantía en la Venta de Bienes de Consumo*, Edisofer, Madrid, 2006.

²² IURILLI, Cristiano, y PEGORETTI, Lorenza. “La Sicurezza dei Prodotti”, En *Manuale di Diritto dei Consumatori*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 684–699.

²³ GOMEZ, Fernando. “The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics Perspective”, En *European Review of Contract Law*, Vol. 2, Nº 1, 2006, pp. 4–34.

legislación de los Estados miembros, confiriendo a los consumidores, como mínimo, un núcleo de derechos que debe ser reconocido por todos los ordenamientos jurídicos abarcados. En algunos casos, se busca más que eso, vislumbrándose una verdadera armonía del derecho aplicable en los Estados miembros, no siendo permitido que estos adopten normas más protectoras del consumidor.

Este objetivo encuentra, desde el principio, un gran problema, que muchas veces es difícil de superar. La Unión Europea está compuesta por 25 países, casi todos con tradiciones jurídicas seculares, y en ellos representados sistemas jurídicos bastante diversos, que influenciaron en algún sentido a la mayoría de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial.

La primera gran división se da entre los sistemas romano–germánicos y de *common law*.²⁴ La influencia del derecho inglés, precursor del sistema de *common law*, en el derecho comunitario es, además, señalable, como se puede observar en la relevancia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como fuente creadora de derecho.²⁵

Incluso, entre los Estados miembros que obedecen a una matriz jurídica romano–germánica existen diferencias apreciables, que llevan a que el consenso sea difícil de alcanzar.

El principio de consensualidad constituye un buen ejemplo de estas diferencias y de sus implicaciones.²⁶ Mientras que en los ordenamientos jurídicos francés, italiano e portugués, la propiedad se transfiere, en general, con la mera celebración del contrato de compraventa, en los ordenamientos jurídicos alemán y español, se

²⁴ Sobre la intervención de la *common law* en los contratos de consumo, cf. WHINCUP, Michael. “Consumer Contracts and the Common Law”, En *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung – Liber Amicorum Norbert Reich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 1997, pp. 572–584.

²⁵ Un buen ejemplo de la importancia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido dado por la sentencia Bosman, que trata el caso de un futbolista belga que al final de su contrato no pudo ser transferido a un equipo francés porque las leyes deportivas belgas – como las de casi todos los países europeos – imponían el pago de una indemnización al equipo anterior. El Tribunal decidió que, a pesar de que no fueran discriminatorias, esas leyes eran incompatibles con el Tratado, revolucionando el derecho europeo y el fútbol mundial. Sobre esa sentencia, cf. CARVALHO, Jorge Morais. “Comentário ao Acórdão Bosman”, En *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Año I, Nº 1, 2000, pp. 219–232.

²⁶ A propósito de esta cuestión, cf. CONTRERAS, Pedro de. “La Propiedad y la Transmisión de los Derechos Reales”, En *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 951–966.

exige, también, para la transmisión de la propiedad, la entrega del bien. Es, así, muy complicado el acuerdo en lo que respecta a este aspecto, lo que llevó a que ninguna directiva haya, hasta el momento, regulado la materia, ni en lo que respecta a los contratos de consumo. También en materia de transferencia de riesgos, cuestión que surge muchas veces asociada con la anterior, pasa el mismo problema, como se puede ver en el considerando 14 de la Directiva 1999/44/CE, que se refiere expresamente a *“que las referencias a la fecha de entrega no suponen que los Estados miembros deban modificar sus normas sobre transferencia de riesgos”*.

La consagración en todos los Estados miembros de la relevancia de la publicidad en la determinación del contenido del contrato, por intervención del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 1999/44/CE, constituye un ejemplo en sentido contrario, habiéndose verificado la modificación profunda en el derecho de algunos Estados, más exactamente Inglaterra y Alemania, que anteriormente no atribuían relevancia contractual a la publicidad.

Si la circunstancia de la Unión Europea ser compuesta por 25 países torna complejo el proceso de decisión y la obtención de consensos alargados, la existencia de 20 lenguas oficiales²⁷ tampoco facilita la tarea del legislador comunitario. Los actos normativos tienen el mismo valor jurídico en cualquiera de las veinte lenguas oficiales, lo que puede levantar problemas de interpretación de las normas.

Quedan todavía dos aspectos que potencian este problema. Por un lado, las personas que traducen los documentos legales para los varios idiomas no son las mismas y en algunos casos tienen diferentes competencias. Por otro lado, se verifica la necesidad de, frente a la existencia de figuras jurídicas próximas pero diferentes en los múltiples ordenamientos jurídicos, utilizar expresiones de compromiso, que pueden, al final, no tener un sentido jurídico preciso en el derecho de alguno o algunos Estados miembros.²⁸

²⁷ Las lenguas oficiales de la Unión Europea son, desde el 1 de mayo del 2004, las siguientes: alemán, checo, danés, eslovaco, esloveno, español, estonio, finés, francés, griego, húngaro, inglés, italiano, letón, lituano, maltés, neerlandés, polaco, portugués y sueco. España propuso recientemente que el catalán, el gallego, el mallorquín, el valenciano y el vasco fueran reconocidas como lenguas “semioficiales”. Sobre esta cuestión, cf. GONZÁLEZ DE COS, Francisco, *Las lenguas oficiales de la Unión Europea y la propuesta española*, En <http://www.gees.org/articulo/1006>.

²⁸ HOWELLS, Geraint, y WILHELMSSON, Thomas, *EC Consumer Law*, cit., p. 334, se refieren también a *“la mala calidad en la preparación de algunas leyes de la Comunidad Europea”* y a las *“inconsistencias que son a veces evidentes entre diferentes actos comunitarios”*.

En relación con este último punto, se observa, por ejemplo, las variadas designaciones utilizadas para la figura del derecho de desistimiento: el artículo 4 de la Directiva 85/577/CEE se refiere a “*derecho a rescindir el contrato*” y el artículo 5 habla de “*derecho de renunciar a los efectos de su compromiso*”, mientras que en el artículo 6 de la Directiva 97/7/CE se puede leer, con respecto a un derecho similar, las expresiones “*derecho de resolución*” y “*rescindir el contrato*”.

En lo que respecta a los problemas de interpretación derivados de las diferencias de redacción en las múltiples lenguas, conviene dar el ejemplo del apartado 1 del artículo 5 da Directiva 97/7/CE, en la parte en que se refiere, en la versión española, a que la información debe ser facilitada al consumidor a través de un soporte duradero “*disponible que sea accesible para él*”.

Comparando las versiones lingüísticas, la francesa habla de un soporte duradero “*à sa disposition et auquel il a accès*”, la italiana a un soporte duradero “*a sua disposizione ed a lui accessibile*”, en cuanto a la portuguesa se menciona que el soporte debe, por un lado, estar “*à sua disposição*” y, por otro lado, ser “*facilmente utilizável*”.

Por lo tanto, puede concluirse que existe una diferencia relativamente significativa entre las versiones portuguesa y española y también de estas en relación con las versiones francesas e italianas. En efecto, resulta de las dos últimas que el soporte duradero, además de deber estar a disposición del consumidor, debe también ser accesible a este.

La versión española reproduce la parte que se refiere al elemento de la accesibilidad del soporte por referencia al consumidor; pero, en relación a la disponibilidad, apenas se menciona que el soporte duradero debe estar disponible, pareciendo referirse al proveedor.

La versión portuguesa, al contrario de la española, sugiere que el soporte debe estar a disposición del consumidor. En relación con la accesibilidad, sin embargo, por un lado, el elemento de la “*fácil utilización*” no está ligado a una verificación de las circunstancias concretas relativas al consumidor, siendo evaluada objetivamente; por otro lado, “*accesibilidad*” y “*facilidad en la utilización*” no son conceptos sinónimos, siendo que, además, la segunda expresión parece más favorable al consumidor.

Las diversidades jurídica y lingüística constituyen así un importante entrabe a la armonización.²⁹

3.2 Ventajas e desventajas de las directivas de armonización mínima

El general de las directivas que han sido aprobadas en materia de derecho del consumo tiene por objetivo, por un lado, la protección del consumidor y, por otro, el desarrollo del mercado interno, mediante la armonización de normas, facilitando los intercambios comerciales entre los Estados miembros.³⁰

El objetivo de armonizar las normas nacionales no es, sin embargo, totalmente alcanzado con la adopción de directivas de armonización mínima, una vez que estas permiten que los Estados adopten o mantengan normas más protectoras de los consumidores. La mayoría de las directivas referidas en la primera parte del presente estudio contienen una norma en este sentido: véase, por ejemplo, el artículo 11 de la Directiva 94/47/CE,³¹ el artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE³² y el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 1999/44/CE.³³

También la Directiva 97/7/CE, que regula los contratos celebrados a distancia, prevé, en el artículo 14, que “*los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas, compatibles con el Tratado, a fin de garantizar una mayor protección del consumidor*”. En relación con el derecho de desistimiento, el artículo 6 de esta directiva establece que, en los contratos negociados a distancia, “*el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el*

²⁹ HOWELLS, GERAINT, y WILHELMSSON, Thomas, *EC Consumer Law*, cit., p. 321, destacan las diferentes culturas de consumo y defienden que “*existe el peligro que con el tiempo el proceso de armonización de lege sea minado por la aplicación diversa de facto de las normas supuestamente armonizadas*”.

³⁰ Cf. MORTELMANS, Kamiel. “Harmonization Minimale et Droit de la Consommation”, En *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, Nº 1, 1988, pp. 3–20.

³¹ Artículo 11 de la Directiva 94/47/CE: “La presente Directiva no será obstáculo para que los Estado miembros adopten o mantengan disposiciones más favorables en materia de protección del adquirente en el ámbito regulado por la misma, sin perjuicio de sus obligaciones resultantes del Tratado”.

³² Artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE. “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

³³ Artículo 8, apartado 2, de la Directiva 1999/44/CE: “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más exigentes, compatibles con el Tratado, para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado”.

contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos". Esta norma fue transpuesta para el derecho de los Estados miembros, siendo diversos los plazos en los cuales este derecho puede ser ejercido: si en Francia, Bélgica, Austria, Inglaterra y España fue mantenido el plazo de siete días, ya en Italia ese plazo es de diez días hábiles, en Portugal de catorce días seguidos y en Alemania de dos semanas.

Como se puede observar, no se obtiene en este caso una armonización de las legislaciones nacionales, apenas se asegura que en todos los Estados miembros los consumidores dispongan de un plazo mínimo para desistir del contrato. Por ejemplo, una empresa establecida en Austria que quiera negociar a distancia, *máxime* a través de Internet, dirigiendo propuestas a los consumidores alemanes e italianos, tiene obligatoriamente que permitir que estos desistan del contrato en el plazo previsto en cada uno de estos países,³⁴ plazo que en cualquiera de los casos es superior al previsto en la ley austriaca.

Este es uno de los límites de las directivas de armonización mínima. Sin embargo, debe notarse que, así, los derechos de los consumidores son mejor protegidos, una vez que no se impone a los Estados miembros una disminución del nivel de protección.³⁵

³⁴ Una cuestión importante consiste en saber cual es la ley aplicable a los contratos celebrados por consumidores con empresas de otros Estados miembros, problema que gana aún más relevancia en los contratos celebrados a distancia. Hay que tener en cuenta, para la determinación de esa ley, el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE), y, en especial, el artículo 5, que regula los contratos celebrados con consumidores y determina que "*la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual:*

– *si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera cumplimentado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o*

– *si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el pedido del consumidor en ese país, o*

– *si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor hubiera ido de ese país a un país extranjero y hubiera pasado el pedido, a condición de que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con el fin de incitar al consumidor a comprar*".

Sobre el tribunal competente en materia de contratos celebrados por los consumidores, cf. artículos 15 a 17 del Reglamento (CE) N° 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, establece la competencia.

³⁵ En este sentido, cf. WEATHERILL, Stephen, y BEAUMONT, Paul, *EU Law – The Essential Guide to the Legal Workings of the European Union*, cit., p. 1037.

En lo que respecta a las directivas de armonización máxima, las diferencias entre los regímenes en los diversos Estados miembros son menos significativas,³⁶ pero las posibilidades de mejorar la posición del consumidor disminuyen. Puede, así, decirse que las directivas de armonización mínima son más protectoras de los consumidores y que las directivas de armonización máxima están más tendientes hacia el mercado común y la inexistencia de barreras a los intercambios comerciales entre los Estados miembros.

La Directiva 85/374/CEE, relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, no permite que los Estados miembros adopten medidas más protectoras de los consumidores, pudiendo considerarse como una norma que vino a imponer límites a la responsabilidad de los productores, ya sea en lo que respecta a la determinación de las situaciones en que estos deben indemnizar el perjudicado o al propio valor de la indemnización.

En este caso, parece claro que el principal objetivo de la directiva no es proteger los consumidores, pero sí garantizar a los productores que no serán responsabilizados además de los casos y de los valores previstos en la norma.³⁷

La Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, también debe ser transpuesta para los Estados miembros en los términos previstos, sin permitir que estos concedan a los consumidores una protección superior.³⁸ Esto significa que, en la

³⁶ Como los actos normativos comunitarios no cubren todas las materias, argumenta STUYCK, Jules. "Patterns of Justice in the European Constitutional Charter: Minimum Harmonisation in the Field of Consumer Law", En *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung – Liber Amicorum Norbert Reich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, p. 284, que todas las directivas tienen un efecto de armonización mínima.

³⁷ A pesar de que se trata de una directiva de armonización máxima, cf. MARTÍN CASALS, Miquel, y SOLÉ FELIU, Josep. "La Responsabilidad por Productos Defectuosos: Un Intento de Armonización a través de Directivas", En *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 921–948, y HODGES, Christopher. "European Product Liability: Factors which in Practice Remain Unharmonised", En *Consumer Law Journal*, Vol. 1, 1993, pp. 127–132, que defienden que aun subsisten diferencias relevantes en el derecho de los diversos Estados miembros.

³⁸ Sobre la importancia de esta directiva y la actual tendencia de adoptar normas de armonización máxima, cf. HOWELLS, Geraint. "The Scope of European Consumer Law", En *European Review of Contract Law*, Vol. 1, Nº 3, 2005, pp. 360–372. A este cambio de método del legislador comunitario, privilegiando las directivas de armonización máxima, también se refiere LURGER, Brigitta. "The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality", En *European Review of Contract Law*, Vol. I, Nº 4, 2005, pp. 452 y 453, que encuentra

transposición de la directiva para el derecho interno, los Estados miembros serán obligados a derogar cualquier norma que prohíba una práctica que no esté cobijada por el acto comunitario.

Por ejemplo, el derecho portugués prohíbe “*subordinar la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición por parte del consumidor de otro bien o servicio del proveedor o de quien este designe*”.³⁹ Como esta práctica no está prohibida por la directiva, por lo menos directamente, pudiendo serlo por la invocación de la cláusula general, la norma deberá ser derogada en el momento de la transposición del acto comunitario, quedando menos protegidos los consumidores a los que se aplique la ley portuguesa.

Las directivas de armonización máxima tienen como principal objetivo la limitación de trabas al comercio intracomunitario, garantizando que existan normas similares en todos los Estados miembros.⁴⁰ Esta conclusión puede obtenerse con claridad de los considerandos 4, 5 y 12 de la Directiva 2005/29/CE, que nos dicen que las diferencias de régimen “*incrementan el costo que supone para las empresas el ejercicio de las libertades del mercado interior, en particular cuando desean realizar actividades de comercialización transfronteriza, campañas de publicidad y promociones de ventas. [...] Tales obstáculos deben eliminarse, lo cual sólo puede conseguirse estableciendo normas uniformes a escala comunitaria que garanticen un alto nivel de protección del consumidor y aclarando ciertos conceptos jurídicos a escala comunitaria en la medida necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado interior y para el cumplimiento del requisito de seguridad jurídica. [...] Consumidores y empresas] podrán contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán todos los aspectos de las prácticas comerciales desleales en toda la Unión Europea*”.

No podemos, sin embargo, dejar de mencionar que esta directiva se basa en un nivel de protección elevado, prohibiendo en general las prácticas más atentatorias de los derechos de los consumidores y conteniendo una cláusula general

la justificación en la visión reinante en Europa de que las leyes deben estar centralizadas al funcionamiento del mercado.

³⁹ Artículo 30 del Decreto-Ley N° 143/2001, de 26 de abril.

⁴⁰ Como argumenta COLLINS, Hugh. “The Unfair Commercial Practices Directive”, En *European Review of Contract Law*, Vol. I, N° 4, 2005, p. 430, las directivas de armonización máxima tienen también el problema de “*congelar la protección de los consumidores en Europa*”, ya que no permiten la adopción de normas más protectoras.

suficientemente abierta para abarcar otras prácticas que no estén expresamente previstas.⁴¹

En conclusión con este punto, si las directivas de armonización mínima no cumplen siempre el objetivo de aproximar la legislación de los Estados miembros, por lo menos tienen la ventaja, desde el punto de vista del consumidor, de permitir que cada ordenamiento jurídico analice la cuestión autónomamente,⁴² permitiendo el mantenimiento de normas más protectoras de este.⁴³⁻⁴⁴

3.3 Cuestiones relevantes excluidas del ámbito de las directivas

Otra limitación de las directivas comunitarias en materia de derecho del consumo, así sean de armonización plena, está atañida a algunas cuestiones muy relevantes en la aplicación del régimen de que trate y que están normalmente excluidas de su ámbito.

Nos referimos, principalmente, a dos materias: sanciones aplicables a los proveedores en caso de incumplimiento⁴⁵ y persona sobre quien recae la carga de la prueba.

⁴¹ Como defienden HOWELLS, Geraint, y WILHELMSSON, Thomas, *EC Consumer Law*, cit., p. 302. “*el principal objetivo del derecho comunitario del consumo –crear condiciones armonizadas de competencia en el mercado interno– no lo impide de tener también objetivos de protección del consumidor*”.

⁴² WEATHERILL, Stephen. “Minimum Harmonisation as Oxymoron? The Case of Consumer Law”, En *Verbraucherrecht in Deutschland – Stand und Perspektiven*, Nomos, Baden–Baden, 2005, p. 33, refiere también que “*un rechazo de la armonización mínima es peligrosamente antagónico de la preservación de la autonomía reglamentaria local y del espacio para la experimentación, que es de gran valor para la Unión Europea*”.

⁴³ BERGH, Roger Van den. “Forced Harmonisation of Contract Law in Europe: Not to be Continued”, En *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer Law International, London, 2002, pp. 251 a 267, hace un análisis jurídico–económico de los costos y de los beneficios de la armonización de leyes.

⁴⁴ WILHELMSSON, Thomas. “European Consumer Law: Theses on the Task of the Member States”, En *Verbraucherrecht in Deutschland – Stand und Perspektiven*, Nomos, Baden–Baden, 2005, p. 41, nota 22, habla también del déficit democrático que representa la armonización máxima. Escribe el autor que “*la armonización mínima permite a los ciudadanos de los Estados miembros optar democráticamente por un más grande nivel de protección. Este principio democrático es normalmente desvalorizado por aquellos que, utilizando palabras como paternalismo o similares, consideran que la protección del consumidor tiene sus orígenes en un misterioso “padre” externo que retira opción al consumidor*”.

⁴⁵ Sobre este problema, cf. HOWELLS, Geraint, y WILHELMSSON, Thomas, *EC Consumer Law*, cit., p. 331.

Relativamente a la primera cuestión, en algunos casos están previstas sanciones específicas, como la exclusión del contrato de las cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CEE) o el derecho de los consumidores a la reposición de la conformidad de los bienes vendidos, a través de la sustitución, reparación, reducción del precio o resolución del contrato (Directiva 1999/44/CE). En otros casos, no están previstas sanciones, pero se impone en las directivas que los Estados miembros tomen medidas en el sentido de vigilar el cumplimiento de sus normas (cf., por ejemplo, artículos 10 de la Directiva 94/47/CE y 11 de la Directiva 97/7/CE). El incumplimiento de los deberes de información previa, previstos en la Directiva 97/7/CE, por ejemplo, no está asociado a sanciones adecuadas, no habiendo la mayoría de los Estados miembros hecho más que prever sanciones administrativas, normalmente multas de valor pecuniario bajo y que no son aplicadas.⁴⁶

Esta cuestión será central en el caso de la transposición de la Directiva 2005/29/CE para los ordenamientos jurídicos internos. La directiva prohíbe las prácticas comerciales desleales, estando los Estados miembros obligados a tomar medidas en el sentido de que estas no tengan lugar. El artículo 13 determina que “*los Estados miembros establecerán sanciones para los casos de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, y tomarán todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las mismas. Las sanciones deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias*”. La solución más fácil parece ser la de prever sanciones administrativas, aplicando una multa a las empresas infractoras. Esta sanción no es, sin embargo, por lo menos individualmente considerada, ni eficaz ni disuasoria. La principal razón es la ventaja económica que la empresa puede tener aunque la sanción administrativa sea aplicada, ya que los contratos se mantienen vigentes y deben ser cumplidos por los consumidores. Aparte de la sanción administrativa, una correcta transposición de la directiva implica la previsión de una sanción civil, que pase por la invalidad de los contratos celebrados en la secuencia de una práctica comercial desleal.

La segunda cuestión también recalca la Directiva 2005/29/CE. No se justifica atribuir un derecho a una determinada persona, en este caso al consumidor, si sobre él recae la carga de la prueba y él no tuviera la posibilidad de hacerlo.

⁴⁶ La cuestión también está relacionada con el funcionamiento de la justicia, más morosa y menos eficaz en algunos Estados.

Por ejemplo, el cumplimiento de la norma del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 87/102/CEE, que establece que “*el consumidor recibirá una copia del contrato [de crédito] escrito*”, es prácticamente imposible de probar. Los formularios de los contratos de crédito contienen en la generalidad de los casos una cláusula en la cual el consumidor declara que recibió la copia del contrato, cláusula que es parte de un documento firmado por el consumidor y, por lo tanto, difícil de contrariar.

También se verifican varias situaciones en las cuales cabe a los consumidores probar hechos que dependen de conocimientos técnicos específicos, siendo muy dispendiosa la contratación de peritos para ese efecto. Por ejemplo, ¿cómo puede un consumidor demostrar que el defecto en el celular no deriva de los vestigios de arena o de humedad que son normalmente encontrados por las empresas?

El éxito de la Directiva 2005/29/CE, en lo que se refiere a su efectivo cumplimiento, pasa en gran parte por el establecimiento de reglas probatorias que equilibren la relación entre el consumidor y la empresa. Esta preocupación puede ser encontrada en la parte final del considerando 21 de la directiva, cuando se refiere a que, “*si bien corresponde al Derecho nacional determinar sobre quién recae la carga de la prueba, conviene que los tribunales o los órganos administrativos estén facultados para exigir a los comerciantes que aporten pruebas de la exactitud de las afirmaciones de hecho realizadas*”.

Una práctica comercial puede ser desleal y, en consecuencia, prohibida, pero si el consumidor no es capaz de probar su existencia y/o si no existen sanciones eficaces para evitarla, el objetivo de protección del consumidor no será alcanzado.

4. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: ¿INSTRUMENTO DEL MERCADO COMÚN O PRINCIPIO AUTÓNOMO?

En el inicio del proceso de construcción europea, la protección del consumidor, entendida como tal, tenía poca relevancia. Con el fuerte crecimiento económico que se verificó en los años sesenta en Europa occidental y en los Estados Unidos surgieron fuertes grupos de presión en la defensa de la posición de los consumidores y a partir de los años setenta esta comenzó a ser un aspecto a tener en cuenta en las decisiones políticas.

En paralelo con el crecimiento de la influencia de las teorías que defienden la protección de la parte más débil del contrato, se dio el gran salto de la economía

de mercado, hoy sistema hegemónico difundido por una buena parte del mundo. Así, la protección de los consumidores como principio autónomo y su importancia en el proceso de decisión política han surgido en un contexto de incertidumbre sobre el modelo socioeconómico deseable. Dos tendencias de sentido contrario pueden ser observadas: por un lado, el sistema capitalista; por otro lado, las teorías que defienden una protección de la parte más débil en el contrato, a través la noción de función social del contrato,⁴⁷ que empiezan a ocupar un lugar relevante.

Los grandes grupos económicos ejercen una enorme influencia en todos los sectores de la vida en sociedad y procuran potenciar los lucros a través de estrategias de *marketing* cada vez más eficaces, que pasan por la creación –a veces artificial– de sentimientos de necesidad en los consumidores.

No son, curiosamente, las grandes empresas que normalmente se muestran más contrariadas con una legislación más protectora de los consumidores. Justamente, son estas empresas las que tienen una mayor capacidad de adaptación a las nuevas reglas, permitiéndoles, inclusivamente, alejar los competidores que no tengan esa capacidad. Las grandes superficies comerciales tienen, en principio, más condiciones para proceder a la substitución de un bien que una pequeña tienda, una vez que negocia con sus proveedores en grandes cantidades y, por lo tanto, con mejores precios.

Igualmente importante para las grandes empresas, es el aumento del consumo que puede ser proporcionado por un correlativo aumento de la confianza de los consumidores. Con la noticia de leyes más protectoras, el consumidor adquiere más bienes y servicios. Por ejemplo, si el vendedor está obligado a garantizar el buen funcionamiento de un producto por un determinado tiempo, el comprador va a tener este aspecto en consideración en el momento de decidir si va a comprar y qué va a comprar.

Esto no significa que no exista en los políticos europeos una intención de mejorar efectivamente la posición relativa del consumidor. El principio de la protección

⁴⁷ Es interesante notar que la función social del contrato ha sido consagrada a nivel legislativo en el nuevo Código Civil brasileño del 2002. El artículo 421 establece que “*la libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato*”. Sobre esta norma y su influencia en los contratos de consumo, v. MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime das Relações Contratuais*, 5.ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 210–299.

del consumidor está hoy claramente consagrado en el Tratado de la Comunidad Europea y es tenido en cuenta en la definición de la política europea.

La cuestión es que, ante la fuerza del sistema económico vigente, que se refleja a nivel europeo en la eliminación de cualquier barrera a la iniciativa económica, el propio principio de la protección del consumidor es integrado en ese sistema y utilizado para promoverlo.⁴⁸

No debe, sin embargo, negarse la influencia positiva que tiene el derecho comunitario del consumo, especialmente en la parte que respecta al derecho civil, permitiendo, a través de una mayor interacción e influencia recíproca de las legislaciones de los varios Estados miembros, adoptar regímenes que en algunos casos, mejoran el derecho anteriormente vigente.⁴⁹

Los próximos pasos serán decisivos para determinar si el derecho del consumo, autónomamente o a través de una influencia positiva sobre el derecho de los contratos⁵⁰ y su absorción por este, se va a imponer como fuente generadora de disminución de desequilibrios o se va a ser un instrumento del mercado para potenciarlo y generar más desequilibrios.

A pesar de que la mayor parte de los juristas estén de acuerdo en que el actual estado del derecho contractual europeo no es satisfactorio,⁵¹ no se vislumbran

⁴⁸ HOWELLS, Geraint, y WILHELMSSON, Thomas, *EC Consumer Law*, cit., p. 337, consideran, en este sentido, que es irónico que, “ahora que la protección de los consumidores tiene una firme posición en el Tratado [...], hay señales de que la ideología del mercado interno se está volviendo dominante”. SCHMID, Christoph. “The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code”, En *European Review of Contract Law*, Vol. 1, Nº 2, 2005, p. 211, defiende que “la concepción instrumental del derecho del consumo europeo, que está orientado a la integración del mercado, es incompatible con la concepción clásica del derecho privado, que visa la realización de la justicia entre las partes”.

⁴⁹ En este sentido, HOWELLS, Geraint, y WILHELMSSON, Thomas, *EC Consumer Law*, cit., p. 304, destacan que “es claro que muchas directivas mejoraron la posición de los consumidores –a veces considerablemente– por lo menos en algunos países. También en países más avanzados en la protección de los consumidores, como los Estados nórdicos, se pueden observar algunas mejoras”.

⁵⁰ La influencia del derecho del consumo sobre el derecho privado en general es subrayada por MICKLITZ, Hans-W. “De la Nécessité d’une Nouvelle Conception pour le Développement du Droit de la Consommation dans la Communauté Européenne”, En *Études de Droit de la Consommation – Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 744 y 745.

⁵¹ Cf. LURGER, Brigitta. “The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality”, cit., p. 443.

soluciones capaces de compatibilizar la maximización del mercado con un derecho más justo, con preocupaciones sociales.⁵²

CONCLUSIÓN

Las razones que hay detrás de la aprobación de normas de derecho del consumo pueden no ser tan evidentes como a primera vista se podría pensar.

En la historia de la Unión Europea, la protección de los consumidores siempre ha estado presente, primeramente, apenas como obstáculo a la integración económica y después también como principio autónomo a partir de los años sesenta. Sin embargo, la influencia del sistema económico dominante se ejerce en todos los campos, incluyendo el derecho y, en especial, el derecho del consumo. Las normas de protección tienen así actualmente entre sus funciones la de permitir un funcionamiento más productivo y eficaz del mercado: en primer lugar, a través de la armonización máxima, se impiden diferencias significativas de reglas entre los Estados miembros (a costas del consumidor, que ve en algunos casos bajar el nivel de protección); después, el efecto publicitario de la defensa del consumidor aumenta la confianza de este y consecuentemente su consumo; por fin, en casos extremos de prácticas comerciales engañosas, las normas de protección de los consumidores sirven también para corregir situaciones de deslealtad entre empresas.

El futuro del derecho contractual europeo depende en gran parte de las soluciones que se encuentren para la difícil tarea de compatibilizar los valores del mercado y de la justicia social.

⁵² Existen, actualmente, muchos proyectos para uniformar el derecho europeo. Véase, entre otros, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo –Un derecho contractual Europeo más coherente– Plan de acción – Documento COM (2003) 68 final y el proyecto para un Código Europeo de los Contratos. Cf., en español, RUBIO GARRIDO, Tomás. “Interrogantes y Sombras sobre el Código Europeo de Derecho Privado y los Juristas Europeístas”, En *Revista de Derecho Privado*, 2005, pp. 25–49, que no ve “al Código Europeo de Derecho Privado como *hacedero hoy por hoy (con calidad razonable y frutos previsiblemente provechosos)*”, CÁMARA LAPUENTE, Sergio. “El Futuro del Derecho de Consumo en el Nuevo Entorno del Derecho Contractual Europeo”, En *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 45–72, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz. “Las Tendencias Unificadoras del Derecho Contractual Europeo”, En *Revista de Derecho Privado*, 2003, pp. 709–735, y ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro. “La Unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: Perspectiva”, En *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 107–127.