

EL MARCO JURÍDICO DE LA POLÍTICA COMUNITARIA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

JAVIER GUILLÉN CARAMÉS *

SUMARIO: I. Los fundamentos jurídicos de la política comunitaria de protección de los consumidores. 1. *La inclusión de «nuevos» derechos de los consumidores.* 2. *La incorporación de la denominada cláusula «horizontal» en la política de protección de los consumidores.* 3. *La clarificación desde una perspectiva jurídico-formal del tipo de actuaciones específicas que se podrán adoptar en el ámbito comunitario para la protección de los consumidores.* 4. *El principio de subsidiariedad y su incidencia en el desarrollo de la política comunitaria de protección de los consumidores.* II. Los instrumentos jurídicos empleados en el desarrollo de la política comunitaria de consumo. 1. *Las medidas de protección de los consumidores ligadas a la consecución del mercado interior: la armonización legislativa.* 1.1. Los reglamentos comunitarios: El escaso empleo de los mismos debido a las especiales características que reviste la política comunitaria de protección de los consumidores. 1.2. Las directivas como instrumento jurídico más utilizado para obtener una adecuada protección del consumidor. 2. *Medidas concretas de protección al consumidor en el marco de la Comunidad Europea.* 2.1. La escasa utilización de instrumentos normativos vinculantes: la Directiva 98/6/CE a modo de ejemplo. 2.2. El empleo de instrumentos jurídicos de carácter no vinculante.

I. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA POLÍTICA COMUNITARIA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

La revisión del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), llevada a cabo en Amsterdam en junio de 1997, ha deparado para la política comunitaria de protección de los consumidores algunas mejoras respecto al contenido del art. 129 A del Tra-

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Rey Juan Carlos.

tado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) ¹, lo que confirma un reconocimiento cada vez mayor por la Comunidad Europea, de las diversas cuestiones apuntadas, tanto por las Instituciones comunitarias a través de sus programas y planes, como por los Estados miembros, fundamentalmente en las reuniones del Consejo de Consumo.

El art. 153 del TCE ² establece lo siguiente:

«1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2. Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.

3. La Comunidad contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:

a) medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior;

b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 3.

5. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 4 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión».

Una simple mirada al nuevo texto nos permite apreciar algunas novedades que pueden tener una importante incidencia en la política comunitaria de protección de los consumidores. En los siguientes epígrafes trataremos de sistematizar las novedades introducidas por el Tratado de Ámsterdam que constituyen los fundamentos jurídicos esenciales de la política comunitaria de consumo, así como sus posibles consecuencias.

¹ El art. 129 A TCE establecía lo siguiente:

«1. La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante: a) Medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior; b) Acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión»

² Artículo redactado por el art. 2.27 del Tratado de Amsterdam.

1. La inclusión de «nuevos» derechos de los consumidores

La inclusión de los derechos de los consumidores en el TCE ha sido una aspiración a lo largo de la evolución de la política de protección de los consumidores³, lo que se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones, fundamentalmente en los Dictámenes del Comité Económico y Social⁴. En este sentido, la Dirección General XXIV encargada de la protección de los consumidores, organizó unas reuniones informales de reflexión, el 10 de abril de 1995, con la finalidad de poner sobre la mesa el estudio de las diversas lagunas que se desprendían de la política comunitaria emprendida por las Instituciones. En dichas jornadas, los participantes se mostraron altamente receptivos a la inclusión en el Tratado de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, de manera específica, de ciertas categorías específicas de ciudadanos. Se recogía así la preocupación por los derechos de los consumidores que, en opinión de algunos participantes debían ser incluidos con carácter general en el art. 2 del Tratado, para ser concretados posteriormente en el art. 129 A TCE (actual art. 153 TCE)⁵.

El Tratado de Amsterdam refleja esta preocupación, aunque sólo en lo referido a la concreción de los que podemos considerar derechos de los consumidores, en el

³ Los derechos de los consumidores se encuentran recogidos en los dos primeros programas de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, aprobados mediante sendas Resoluciones del Consejo en los años 1975 y 1981. En ambos textos se reconocen los siguientes derechos de los consumidores: a) derecho a la protección de la salud y de su seguridad; b) derecho a la protección de sus intereses económicos; c) derecho a la reparación de los daños; d) derecho a la información y a la educación; y, e) derecho a la representación (derecho a ser escuchado). Estas dos Resoluciones, a pesar de que carecían de efectos vinculantes, tuvieron una especial relevancia en el inicio de la política comunitaria de protección de los consumidores, así como influyeron decisivamente en la inclusión de los intereses de los consumidores en numerosos textos legales de los diferentes Estados miembros (por ejemplo, en España se incorporó a la Constitución la preocupación por la defensa de los consumidores en su artículo 51). Sobre este tema, *vid.* REICH, N., *The recognition of fundamental rights in the areas of consumer and environmental protection by the EC*, en *EU environmental law and policy & EU consumer law and policy: converging and diverging trends*, KYE, C. (ed.), *Collection Droit et Consommation XXX*, Story-Scientia, 1995, pp. 127 y ss.

⁴ *Id.*, Dictamen de iniciativa CES 1309/95 sobre Mercado Único y protección de los consumidores: oportunidades y obstáculos en el gran mercado, Bruselas, 22-23 de noviembre de 1995.

⁵ En este sentido, la redacción del art. 2 TCE quedaría de la siguiente manera: La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes (...) la elevación del nivel y de la calidad de vida *en el respeto de los derechos fundamentales de los consumidores...* (debe entenderse que estos derechos fundamentales son los enumerados en los dos Programas de protección de los consumidores de 1975 y 1981). Respecto al art. 129 A TCE se incluiría la siguiente disposición: La política de la Comunidad encargada de promover los intereses individuales y colectivos de los consumidores contribuirá a la consecución de un alto nivel de protección de los consumidores mediante la adopción de medidas destinadas a proteger la salud y la seguridad de los consumidores, a promover los intereses económicos y jurídicos de los consumidores, a mejorar la educación y a asegurar una información adecuada de los consumidores, así como a garantizar la representación de sus intereses, sobre este tema *vid.* CHILLÓN, S., *La politique communautaire de la consommation et la Conférence intergouvernementale*, *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 1, 1997, pp. 56 y ss.

nuevo art. 153 TCE, que da nueva redacción a la política comunitaria de protección de los consumidores.

La primera novedad que resulta del art. 153 TCE frente a la redacción contenida en el art. 129 A TCE, se desprende de la distinta ubicación de los derechos de los consumidores. En este sentido, el art. 129 A TCE enunciaba los derechos de los consumidores (salud, seguridad e intereses económicos) dentro de la letra *b*) del apartado 1, es decir, reconocía la necesidad de proteger dichos derechos, respecto a las *acciones concretas* que la Comunidad podía adoptar en materia de consumo, para apoyar y complementar las acciones de los Estados miembros. Se producía así una indeterminación respecto de cuáles eran los derechos de los consumidores que se debían proteger en orden a las *medidas que se adoptarán en el marco de la realización del mercado interior*, letra *a*) apartado 1, es decir, cuando la Comunidad adoptara este tipo de medidas se podían plantear dos cuestiones:

- a) Dichas medidas tenían tal grado de vinculación con la consecución del mercado interior, que no protegían derechos de los consumidores de manera individual; sino que simplemente debían tener en cuenta con carácter general a los mismos;
- b) Cabría establecer una doble interpretación respecto a los derechos que se estaban protegiendo con dichas medidas: por un lado, la que podríamos denominar *interpretación conforme al art. 129 A*, por la que se entendían únicamente protegidos los derechos de los consumidores enunciados por la letra *b*), es decir, la salud, la seguridad y los intereses económicos; o bien, podría realizarse una *interpretación amplia* conforme a la cual, y siguiendo una perspectiva *pro consumatore*, se entenderían protegidos todos los derechos enunciados por el Programa Preliminar de 1975 (derecho a la protección de la salud y de su seguridad, derecho a la protección de los intereses económicos, derecho a la reparación de daños, derecho a la información y a la educación, derecho a la representación —derecho a ser escuchado—)⁶.

Se trata de un conflicto que no ha sido resuelto, y que por otro lado tampoco ha creado problemas, debido a las especiales características de la política comunitaria de protección de los consumidores. Sin embargo, lo lógico sería apostar por establecer una uniformidad en los derechos de los consumidores protegidos, con independencia de si se trata de medidas adoptadas en el marco de la realización del mercado interior, o de acciones específicas que apoyen y complementen las políticas nacionales.

El nuevo art. 153 TCE ha intentado subsanar esta problemática, y ha incluido, para ambos tipos de medidas, los mismos derechos: salud, seguridad, intereses eco-

⁶ En este sentido, manifiesta su opinión, de forma implícita el Comité de las Regiones en su Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión sobre prioridades de la política de los consumidores 1996-1998 (DOCE C 337, de 11 de noviembre de 1996).

nómicos, información, educación y representación. De lo anterior, se puede deducir que este nuevo precepto se retrotrae a los derechos enunciados en el Programa Preliminar de 1975, y corroborados en el Segundo Programa de 1981. No obstante, dicho precepto no ha recogido el acceso a la justicia de los consumidores, como había sido sugerido en las jornadas organizadas por la DG XXIV, por lo que este importante aspecto de la protección de los consumidores sigue siendo una de las asignaturas pendientes en la política comunitaria de consumo⁷. De todas maneras, puede afirmarse que el hecho de que no haya sido recogido por el Tratado no impide que pueda intentar ser considerado de cara a las acciones que pueda emprender la Comunidad en esta materia.

A pesar de que en el art. 153.1 TCE se establecen cuáles deben ser las prioridades para promover y garantizar un *alto nivel* de protección a los consumidores, éste no incluye ninguna descripción detallada del camino que deben seguir las Instituciones comunitarias, para desarrollar las directrices impuestas en el nuevo Título XIV del TCE. Van a ser, por tanto, la Comisión y el Consejo los que sirviéndose del instrumento de la planificación de la política de protección de los consumidores van a proponer cuáles van a ser las áreas prioritarias de actuación⁸.

2. La incorporación de la denominada cláusula «horizontal» en la política de protección de los consumidores

El carácter horizontal de la política comunitaria de protección de los consumidores, en el seno del Derecho Comunitario, es un hecho que ha sido admitido con normalidad⁹. La idea de la horizontalidad de dicha política, en el sentido de que hay que tener en cuenta los imperativos de la protección y la defensa de los consumidores y

⁷ Esta opinión es compartida por amplios sectores doctrinales, entre otros *vid.* BOURGOIGNIE, Th., El acceso de los consumidores al derecho y a la justicia: los retos del mercado único, *Revista Europea de Derecho del Consumo*, 1992, pp. 3 y ss.; BADENAS CARPIO, J. M., Los litigios transfronterizos: notas al Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el Mercado Único Europeo, *Estudios sobre Consumo*, núm. 29, 1994, pp. 39 y ss.; GOYENS, M., «Development of EC consumer protection», en *EC Consumer safety* (Dirs.: T. Askham/A. Stoneham), Butterworths, 1994, p. 41; MÉNDEZ PINEDO, E., El acceso de los consumidores a la justicia comunitaria: hacia un Derecho procesal común, *Estudios sobre Consumo*, núm. 43, 1997, pp. 22 y ss.; CHILLON, S., «Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam: un droit émancipé», *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 1, 1997, p. 9.

⁸ Así, por ejemplo, *vid.*, Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea (presentado por la Comisión), Bruselas, 2 de octubre de 2001, COM (2001) 531 final, e igualmente, *vid.*, Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 2002, sobre la estrategia en materia de política de los consumidores en la Comunidad Europea (2002-2006), DOCE C 11, 2003.

⁹ En este sentido, expresan su opinión CHILLON, S., La politique..., *op. cit.*, p. 54 y HEDEMANN-ROBINSON, M., EC Law, the environment and consumers: addressing the challenge of incorporating an environmental dimension to consumer protection at Community Level, *Journal of Consumer Policy*, núm. 20, 1997, pp. 23 y ss.

sus opiniones en la elaboración y en la aplicación de las decisiones que puedan afectar a sus intereses, cualquiera que sea el sector de la política comunitaria donde la decisión sea tomada, no resulta nueva en el ámbito del consumo. El primer programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores ya reflejaba esta noción¹⁰; no obstante, fue en la Comunicación de la Comisión al Consejo de 24 de octubre de 1986, relativa a la integración de la política de los consumidores en las otras políticas comunes¹¹ donde, por primera vez, quedan definidos los dos elementos que forman este concepto:

- por una parte, la consideración de las repercusiones de las decisiones adoptadas en la ejecución de determinadas políticas comunes sobre los intereses de los consumidores¹²,
- y, por otra, la posibilidad de que los consumidores den a conocer su punto de vista, en el momento oportuno, en la elaboración y la toma de decisiones que afecten a sus intereses¹³.

Las fórmulas de realización y concreción de este concepto, perfiladas en la mencionada Comunicación, han sido recogidas por las diversas Instituciones Comunita-

¹⁰ El Programa Preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores, de 1975 (DOCE C 92, de 24 de abril de 1975), establece que los derechos de los consumidores deberán ejercerse de manera intensificada por medio de acciones realizadas *en el marco de políticas específicas de la Comunidad tales como, por ejemplo, la política económica, la política agrícola común, la política social, las políticas de medio ambiente, de los transportes y de la energía...*

¹¹ Doc. COM (86) 540 final, que posteriormente fue acogido por el Consejo en su Resolución de 15 de diciembre de 1986, sobre la integración de la política de consumo en las demás políticas comunes (DOCE C 3, de 7 de enero de 1987).

¹² Podemos citar como ejemplo de esta preocupación por integrar la protección de los consumidores en otras políticas comunitarias, el Libro Verde del Comercio (presentado por la Comisión), COM (96) 530 final, Bruselas, 20 de noviembre de 1996, que recoge en su apartado IV, que lleva como enunciado Nuevos retos del comercio, las inquietudes de los consumidores que deben ser tenidas en cuenta a la hora de desarrollar el Mercado Único. En este sentido establece que la europeización de las actitudes de los consumidores ha afectado también el desarrollo del sector en el Mercado Único. Los consumidores muestran un cambio en su conducta, planteando así nuevos retos a los que el sector del comercio debe responder, al igual que el sector de la producción.

¹³ La importancia de la participación de los consumidores en el procedimiento de elaboración de normas que les afecten ha sido destacado en la Segunda Sesión de Trabajo de la DG XXIV sobre la Participación de las organizaciones no gubernamentales en la nueva política comunitaria de protección de los consumidores. En las conclusiones presentadas por Paolo Martinello se establecen cuáles deben ser los principales focos de atención hacia donde deben dirigir sus acciones las asociaciones de consumidores: a) participar en el procedimiento de elaboración de normas tanto nacionales como comunitarias; b) impulsar el diálogo entre consumidores y empresarios de los diversos sectores productivos, con la finalidad de elaborar Códigos de buenas prácticas y de esta manera atender de forma más eficaz y rápida a los problemas de los consumidores; c) establecer foros de cooperación entre las diversas asociaciones de consumidores; y, d) mantener la independencia de las asociaciones de consumidores, con la finalidad de que sus actuaciones sean más eficaces y creíbles desde el punto de vista de los consumidores europeos. Datos obtenidos del servidor de la DG XXIV: http://europa.eu.int/comm/dg24/events/event09_en.html

rias ¹⁴, si bien no se ha visto reflejado en los Tratados hasta la fecha, privándole de la cobertura legal necesaria para poder ser realmente efectivo ¹⁵.

El Tratado de Amsterdam introduce un nuevo segundo apartado en el art. 153 TCE, reconociendo la horizontalidad de la política de consumidores. Dice así: «*al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores*». Esta base jurídica permitirá ejercer un control por las diversas jurisdicciones europeas, que deberán velar por los distintos intereses de los consumidores, así como coordinar de forma más efectiva las políticas comunes comunitarias. En este sentido, la Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 2002 «Sobre la estrategia en materia de política de los consumidores en la Comunidad (2002-2006)» ¹⁶ recoge esta orientación y destaca que para que «una estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores sea coherente, los intereses de los consumidores deben integrarse en la definición y aplicación de otras políticas comunitarias a fin de incrementar la confianza de los consumidores, el crecimiento y el bienestar dentro de la Comunidad. La integración de los intereses de los consumidores en otras políticas constituye un empeño colectivo de todas las instituciones de la Unión Europea y de sus Estados miembros».

Del mismo modo, para que la horizontalidad de la política de consumidores pueda ser realmente efectiva, la Comunidad tendrá que reorganizar sus estructuras y unidades, de manera que la coordinación entre los diversos órganos encargados de adoptar acciones que puedan influir en la protección de los consumidores, sea operativa ¹⁷.

¹⁴ Cfr. Resolución del Consejo de 13 de julio de 1992, sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores (DOCE C 186, de 23 de julio de 1992); Dictamen de iniciativa CES 1309/95 sobre Mercado Único y protección de los consumidores, pp. 15 y ss.; Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: Consumer Policy: past achievements, SEC (1998) 564, Bruselas, 26 de marzo de 1998., pp. 15-16.

¹⁵ En este sentido, resulta altamente ilustrativa la Decisión 2197/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa a la revisión del Programa Comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible «Hacia un desarrollo sostenible» (DOCE L 275, de 10 de octubre de 1998), que en su art. 2 al tratar de la integración de los aspectos del medio ambiente en otras políticas comunitarias, no incluye la política de protección de los consumidores. Es de esperar que con la entrada en vigor del nuevo artículo 153 TCE, segundo apartado, esta omisión deberá ser subsanada.

¹⁶ DOCE C 11, de 17 de enero de 2003.

¹⁷ El problema de la coordinación administrativa se presenta como uno de los desafíos importantes para el futuro de la Comisión. En este sentido, tal y como señala GIL IBÁÑEZ, «la proliferación de nuevas entidades y órganos (...) contribuyen a calificar la Administración comunitaria como una nueva estructura estelar en busca de una estrategia común». Sobre los diversos aspectos que se suscitan respecto a la coordinación intra e interadministrativa puede consultarse la monografía del autor anteriormente citado: *El control y la ejecución del Derecho Comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, MAP, Madrid, 1998, pp. 289 y ss.

3. La clarificación desde una perspectiva jurídico-formal del tipo de actuaciones específicas que se podrán adoptar en el ámbito comunitario para la protección de los consumidores

El art. 129 A.1 TCE (actual 153 TCE) distinguía dos posibilidades de actuación de la Comunidad encaminadas a la protección de los consumidores: por un lado, *medidas* que adopte en el marco de la realización del mercado interior y por otro, *acciones concretas* que apoyen y complementen las políticas nacionales de protección de los consumidores. Como puede apreciarse, se ha utilizado distinta terminología a la hora de describir las actuaciones que deben emprenderse a la hora de defender los intereses de los consumidores comunitarios, lo que ha provocado diversas interpretaciones acerca del alcance de los términos *medidas* y *acciones concretas*, como ya examinamos con anterioridad.

Respecto al concepto de *medidas*, la interpretación sobre qué alcance tienen las mismas, es decir, si tienen fuerza normativa o no, la doctrina¹⁸ y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE)¹⁹ se han mostrado unánimes a la hora de otorgar carácter normativo a dichas actuaciones de protección de los consumidores enmarcadas en la realización del mercado interior.

Sin embargo, respecto a las *acciones concretas* a las que aludía el art. 129 A.1.b) TCE, se ha planteado la duda de si bajo dichas acciones se pueden emprender medidas de carácter normativo o si, por el contrario, solamente se pueden adoptar acciones no vinculantes. La problemática suscitada se vio resuelta con la adopción de la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores²⁰, que toma como base jurídica el art. 129 A.2. De esta manera, se despeja la posible duda del alcance de dichas *accio-*

¹⁸ Vid. GOYENS, M., *Development...*, op. cit., p. 10; y SIMON, D., *Titre XI Protection des consommateurs, Article 129 A*, en *Traité sur l'Union Européenne (Commentaire article par article)* (Dir.: Vlad Constantinesco/Robert Kovar/Denys Simon), Economica, 1995, pp. 381 y ss.

¹⁹ Conclusiones del Abogado General LENZ en el Asunto *El Corte Inglés, S.A. v Cristina Blázquez Rivero* (C-192/94), p. I-1281

²⁰ DOCE L 80, de 16 de febrero de 1998. Igualmente se han adoptado dos Decisiones tomando como base jurídica el art. 129 A.2 TCE: Decisión 3092/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 1994, por la que se establece un sistema comunitario de información sobre los accidentes domésticos y de ocio (DOCE L 331, de 21 de diciembre de 1994) y la Decisión 95/184/CE, de 22 de mayo de 1995, por la que se modifica la Decisión 3092/94/CE, relativa a la creación de un sistema comunitario de información sobre los accidentes domésticos y de ocio (DOCE L 120, de 31 de mayo de 1995), si bien ésta última, no modifica el contenido de la primera, sino que fue adoptada tras la adhesión a la Comunidad de Finlandia, Suecia y Austria, y en la que se prevén los recursos financieros comunitarios para la aplicación del sistema; y la Decisión 283/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se establece un marco general para las actividades comunitarias a favor de los consumidores (DOCE L 34, de 9 de febrero de 1999)

nes concretas, pudiéndose afirmar que, bajo este término, caben adoptarse tanto medidas normativas de carácter vinculante como medidas no vinculantes.

El Tratado de Amsterdam, no obstante, ha definido a ambas actuaciones de igual forma, bajo la denominación de *medidas*, por lo que queda zanjada cualquier tipo de polémica sobre el carácter normativo de las medidas específicas de protección de los consumidores, que en un futuro deberían ir desplazando a las medidas de protección enmarcadas dentro de la política de mercado interior.

Finalmente, hay que destacar que el Tratado de Amsterdam añade el vocablo *supervisar* a las medidas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros. La inclusión de este término obedece probablemente al nuevo enfoque dado por la Comisión ²¹ respecto a la inspección y el control de los alimentos, provocado fundamentalmente por la crisis de las vacas locas, en la que se ha puesto en tela de juicio el sistema de seguridad en los alimentos destinados a los consumidores.

4. El principio de subsidiariedad y su incidencia en el desarrollo de la política comunitaria de protección de los consumidores

El desarrollo de la *nueva* política comunitaria de protección de los consumidores, tiene que tener en cuenta el principio de subsidiariedad ²², que también ha sido introducido por el TUE, cuyo texto se encuentra recogido en el artículo 5 TCE que establece en su párrafo segundo lo siguiente:

²¹ Comunicación de la Comisión Salud del consumidor y seguridad alimentaria, COM (97) 183 final, Bruselas, 30 de abril de 1997, en el que se establece que el nuevo enfoque del control y de la inspección se basará en las siguientes orientaciones principales: en primer lugar, en vista del amplio espectro de áreas que cubre la legislación, y de la limitación de los recursos disponibles, se introducirán procedimientos de evaluación de riesgo que permitan establecer prioridades de control. En segundo lugar, las actividades de control se reorganizarán para garantizar la adecuada cobertura de la totalidad de la cadena de producción de alimentos (enfoque «desde la siembra a la mesa»). En tercer lugar, se desarrollará aún más este enfoque mediante la introducción general de procedimientos formales de auditoría que permitan una evaluación de los sistemas de control aplicados por las autoridades competentes nacionales.

²² Sobre el principio de subsidiariedad, puede consultarse con carácter general: CASS, D. Z., «The word that saves Maastricht? The principle of subsidiarity and the division of powers within the European Community», *CMLR*, núm. 29, 1992, pp. 1107 y ss.; TOOTH, A. G., «The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty», *CMLR*, núm. 29, 1992, pp. 1079 y ss.; LOUIS, J. V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, Comisión Europea-Perspectivas Europeas, 1993, pp. 105 y ss.; ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario. Sistema constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, CEURA, 1994, pp. 571 y ss.; DE CASTRO RUANO, J. L., «El principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea: una lectura en clave regional», *Gaceta Jurídica*, D-24, 1995, pp. 215 y ss.; SILVA DE LAPUERTA, R., «Las competencias comunitarias en el Tratado de la Unión Europea», en *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo (XVI Jornadas de Estudio)*, Dirección General del servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Vol. II, 1995, pp. 1263 y ss.; DE AREILZA CARVAJAL, J. M.ª, *El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea*, Fundación para el análisis y los estudios sociales, Papeles de la Fundación, núm. 29, 1996, pp. 9 y ss.; FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.ª L., *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*, McGraw-Hill, 1996, pp. 3 y ss.;

«En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario».

El alcance que se le otorgue al principio de subsidiariedad va a determinar las acciones que desde la Comunidad Europea se vayan a adoptar en favor de los consumidores.

Se debe partir de la base que el principio de subsidiariedad constituye un principio positivo, para el desarrollo en el campo del consumo, de acciones, ya sean a nivel comunitario, ya a nivel nacional, que impliquen una mejora de las condiciones de los consumidores en la Comunidad²³. Sin embargo, se puede correr el riesgo de que una utilización abusiva de este principio, ponga en peligro futuras iniciativas comunitarias en esta materia, cuando éstas no estén ligadas a la consecución del mercado interior, o traigan causa de diversas circunstancias, que hagan necesarias su adopción a nivel comunitario y no a nivel nacional. Como pone de manifiesto GOYENS, «el principio de subsidiariedad ha sido invocado por diversos Estados miembros para oponerse a la iniciativa comunitaria, en sectores como la responsabilidad por prestación de servicios, venta a distancia o multipropiedad»²⁴.

El artículo 153 TCE, reconoce expresamente que la competencia sobre la protección de los consumidores, es una competencia de las denominadas complementarias²⁵ entre los Estados miembros y la Comunidad, así se deriva del enunciado de su apartado 3, la Comunidad *contribuirá* a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores, estableciendo en su letra *b*) «medidas que *apoyen complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros*»; de lo que se deduce, la especial relevancia de una aplicación correcta del principio de subsidiariedad en esta política.

²³ Estableció el Informe de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Protección del Consumidor, del Parlamento Europeo, sobre «*La aplicación del principio de subsidiariedad a las políticas de medio ambiente y protección del consumidor*», que la «necesidad de aproximar la Comunidad al ciudadano requiere la definición de subsidiariedad, de cara a la política de medio ambiente y de protección del consumidor, como el principio en virtud del cual el compromiso democrático llega al máximo en la elaboración, realización y aplicación de políticas y por el cual se toman decisiones a nivel local para garantizar la protección máxima del consumidor (...)», añadiendo que «*garantizar el nivel máximo de protección del consumidor debe ser el criterio principal de las Instituciones comunitarias a la hora de decidir las competencias respectivas de la Comunidad, los Estados miembros y los gobiernos regionales y locales en futuras acciones relativas a la protección del consumidor*», Documentos de Sesión, Parlamento Europeo (A3-0380/92).

²⁴ GOYENS, M., *Development of...*, *op. cit.*, p. 11.

²⁵ Define Ricardo ALONSO GARCÍA, las competencias complementarias como aquellas «en virtud de las cuales el poder de intervención de la Comunidad se dirigirá, como su nombre indica, a completar las intervenciones estatales, en ningún caso a excluirlas o desplazarlas», *Derecho Comunitario...*, *op. cit.*, p. 560.

Como ha precisado la doctrina, el alcance de este apartado puede resultar impreciso y ambiguo. Mediante el término *apoyo* parece que se pondrá de manifiesto en acciones que coincidirán con las adoptadas por los Estados miembros, lo que no parece armonizar bien con el principio de subsidiariedad; por el contrario, mediante la expresión *complementar y supervisar*, sí que parece que se reenvía a la aplicación clásica del principio de subsidiariedad, pues se está aludiendo a situaciones en que la actuación comunitaria, colme lagunas, regule cuestiones no tratadas o desarrolle aspectos concretos de las políticas nacionales²⁶. Sin embargo, esta posible divergencia es subsanada acto seguido, ya que de la dicción de la letra *b)* del artículo 153.3 TCE, parece desprenderse que se trata de tres requisitos que deben darse conjuntamente y no de forma alternativa, pues se ha empleado la conjunción «y», en lugar del disyuntivo «o»; lo que ha llevado a algunos sectores a plantearse la cuestión de si cabe la regulación de una materia (en el campo del consumo) por la Comunidad, si no se trata de apoyar, complementar y supervisar las acciones de los Estados miembros. A lo que debe contestarse, a mi juicio, de manera afirmativa, ya que de otra manera, se podría estar vulnerando la cláusula principal del artículo 153.1 TCE de conseguir «un alto nivel de protección», al no regularse algún aspecto concreto de la protección de los consumidores, lo que conllevaría la existencia de lagunas normativas o *regulatory gaps*²⁷.

Un aspecto problemático del principio de subsidiariedad, se deriva de la panorámica de la protección legal de los consumidores, y de manera especial, de la de los ciudadanos. Este principio es una noción fundamentalmente política, por lo que resulta difícilmente controlable por el TJCE. Como afirma GOYENS, el criterio de oportunidad para accionarlo, así como el test de eficiencia para comprobar si una determinada acción debe ser realizada en el plano comunitario en vez de en el plano nacional, son elementos de discrecionalidad política y, por tanto, difícilmente controlables por el TJCE. Estos aspectos llevados a la política comunitaria de protección del consumidor, implican que las iniciativas a nivel comunitario, así como su contenido, dependerán fundamentalmente de la relevancia política que la protección del consumidor tenga en los objetivos globales de las políticas de los Gobiernos en un determinado momento²⁸.

²⁶ Vid., SIMON, D., «Titre XI...», *op. cit.*, p. 388.

²⁷ El concepto de *regulatory gap*, ha sido acuñado por la doctrina norteamericana y se refiere al proceso de integración jurídica en el seno del sistema federal, cuyo significado más aproximado es el de vacío legal o normativo, aunque no necesariamente por ausencia de normas, sino también por inaplicabilidad jurídica de las existentes (*de iure regulatory gap*), o por su inaplicabilidad de hecho (*de facto regulatory gap*). El concepto ha sido ampliamente desarrollado en relación con la protección de los consumidores por TRUBEK, D., «Consumer Law, common markets and federalism: introduction and general concepts», en *Consumer Law...*, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

²⁸ GOYENS, M., «Development of EC...», *op. cit.*, p. 11. En contra de lo establecido por GOYENS, respecto a que el principio de subsidiariedad es un término político, se encuentra ALONSO GARCÍA, opinión que suscribo, que parte de la concepción de que el principio de subsidiariedad es un principio jurídico, y por tanto suscepti-

Por último, conviene examinar el alcance del apartado 5.º del artículo 153 TCE, que permite a los Estados miembros mantener y adoptar medidas de mayor protección, que las establecidas a nivel comunitario. Esta cláusula está sometida, no obstante, a una condición meramente formal, «*dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión*». Las exigencias establecidas por el artículo 153 TCE son menos onerosas que las fijadas por el texto del artículo 95.4 TCE (cláusula de *opting out*²⁹, similar a la contenida en el artículo 153), en donde se establece que «si, tras la adopción por el Consejo por mayoría cualificada, de una medida de armonización, un Estado miembro estimare necesario aplicar *disposiciones nacionales*, justificadas por alguna de las razones importantes contempladas en el artículo 36 o (...), dicho Estado miembro lo notificará a la Comisión», añadiendo el párrafo 5.º del artículo 95 que «la Comisión *confirmará* las disposiciones de que se trate...».

El artículo 153.5 TCE contiene simplemente la obligación de los Estados miembros de notificar a la Comisión la adopción de alguna medida de mayor protección, por lo que la única sanción posible en caso de una utilización abusiva de la cláusula de dicho apartado 5.º por parte de las autoridades nacionales, consiste en la utilización del procedimiento establecido en los artículos 226 a 228 TCE (recurso por incumplimiento); mientras que el artículo 95.4 y 5 contiene la misma cláusula de *opting out*, pero impone a la misma no sólo la condición de que los Estados miembros la tengan que notificar, sino que además la Comisión debe confirmar la validez de la misma. ¿Cuáles son las causas de esta divergencia? Probablemente, se deba a razones políticas por parte de los redactores del TUE que quisieron flexibilizar el requisito contenido en el artículo 95.4 y 5, con el fin de lograr una mayor protección de los consumidores, ya que hay que partir de la base de los distintos niveles de protección de los consumidores en los distintos Estados miembros, lo que implica que una determinada acción comunitaria en favor de los consumidores puede resultar beneficiosa para un Estado miembro que tenga un bajo nivel de protección del consumidor, pero en cambio, puede resultar perjudicial para el que tenga un alto nivel³⁰.

ble de judicializarse; aunque como posteriormente afirma, el principio de subsidiariedad, encierra un amplio margen de apreciación que, *como todo control de la discrecionalidad*, dificulta la labor judicial. ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario...*, op. cit., p. 582.

²⁹ Sobre la cláusula de *opting out* puede consultarse, ALONSO GARCÍA, E., *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, 1993, pp. 61 y ss.; SIMON, D., «Título XI...», op. cit., pp. 387 y ss.

³⁰ Insiste el Parlamento Europeo que «cuando las medidas nacionales mejoren las normas comunitarias en cuestión de protección del consumidor, dichas medidas deben ser protegidas. Los Estados miembros tienen derecho a emprender acciones unilaterales para proteger al consumidor cuando no exista legislación comunitaria aplicable o cuando se pretenda un nivel de protección más elevado que el prescrito por la Comunidad Europea», Documentos de Sesión del Parlamento Europeo (A3-0380/92).

II. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS EMPLEADOS EN EL DESARROLLO DE LA POLÍTICA COMUNITARIA DE CONSUMO

Como se ha examinado en los epígrafes anteriores, el art. 153 legitima y otorga la base jurídica necesaria para que la Comunidad Europea pueda adoptar diversas medidas tendentes a garantizar la protección de los derechos de los consumidores, así como a que esta acción comunitaria persiga un *alto nivel de protección*. De este modo las Instituciones comunitarias han emprendido diversas actuaciones en pro de la defensa del consumidor y para ello han empleado una gran variedad de instrumentos jurídicos que son los que serán objeto de estudio en las páginas siguientes.

Para llevar a cabo este examen de los instrumentos jurídicos que se han empleado en la política comunitaria de consumo he considerado pertinente diferenciar como hace el art. 153.3 TCE, entre aquellos que han escogido como base jurídica legitimadora de los mismos este precepto en su letra *a*), esto es, dirigidos a la adopción de medidas de protección del consumidor en el marco de la realización del mercado interior, de los que han seguido la letra *b*) encaminados a la adopción de medidas que «apoyen, complementen supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros».

1. Las medidas de protección de los consumidores ligadas a la consecución del mercado interior: La armonización legislativa

Las Instituciones comunitarias han recurrido a la técnica de la armonización legislativa con el fin de conseguir una mayor igualdad entre las legislaciones de los Estados miembros y evitar un trato desigual hacia los consumidores europeos. Como indica ZAPATER DUQUE³¹ «la consecución del mercado único implica una cierta integración de los derechos y legislaciones de los Estados miembros», que bien puede realizarse a través de la unificación de los derechos nacionales (con el uso de los reglamentos comunitarios), o bien mediante la elaboración de normas comunes o de la armonización de las reglas nacionales (fundamentalmente recurriendo al uso de la Directiva). En materia de protección de los consumidores, no se ha optado por la creación de un derecho unificado, debido a las grandes diferencias que en esta materia se dan entre los diversos Estados miembros, sino que se han ido eliminando estas divergencias a través de la armonización legislativa³² (denominada igualmente armoniza-

³¹ ZAPATER DUQUE, E., «La armonización de legislaciones en la política de protección al consumidor: fundamento jurídico e instrumentos jurídicos empleados», *Directiva*, núm. 4, 1990, p. 138.

³² Armonización significa limar disparidades en las legislaciones internas a fin de que sean susceptibles de realizar un objetivo común. En este sentido, se habla de la armonización de la normativa de los Estados federados en cuanto se adecua a las directrices básicas señaladas en una Ley federal modelo, *vid.* BOUZA VIDAL, N., «Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* (Dirs.: Eduardo García de Enterría/Julio D. González Campos/Santiago Muñoz Machado), Civitas, 1986, p. 555. Con más detalle *vid.* MILLÁN MORO, L., *La armonización de las legislaciones en la CEE*, CEC, 1986, pp. 11 y ss.

ción positiva), utilizando la Directiva como instrumento jurídico más característico en el desarrollo de la política comunitaria de protección de los consumidores.

Existen distintas técnicas de armonización en función del resultado alcanzado y del instrumento jurídico empleado, que a continuación nos disponemos a analizar, examinando la repercusión que pueden tener respecto a la protección de los consumidores³³. En este sentido, hablamos de **armonización total** cuando la aplicación de la norma comunitaria de armonización supone la exclusión automática de la correspondiente normativa nacional, y queda, por consiguiente, únicamente en vigor la legislación de este modo armonizada. Esta técnica se ha empleado en aquellas materias, como las concernientes a las características de los productos, que han tenido una especial incidencia en la consecución del mercado interior³⁴. Con esta forma de armonización, se garantiza a los consumidores que los productos que vayan a circular por la Comunidad tienen unas mismas características, es decir, son conformes a las disposiciones comunitarias de armonización o a las disposiciones nacionales que traen causa de las comunitarias. Frente a las indudables ventajas, que en un principio, pudiera suponer el uso de esta técnica, los Estados se han mostrado reticentes a la utilización de la misma, ya que tras la entrada en vigor de la norma comunitaria, los Estados se verían privados de adoptar cualquier norma interna en los ámbitos afectados por el instrumento de armonización, lo que resultaría contrario al art. 153 TCE.

Frente a esta técnica, poco utilizada en el campo del consumo, ha surgido la denominada **armonización opcional**, que permite la coexistencia de normas nacionales y comunitarias al mismo tiempo. En este sentido, podríamos hablar de armonización opcional cuando una directiva prohíbe obstaculizar la importación de productos que respondan a determinadas especificaciones que ella misma fije, dejando en libertad a los Estados miembros para mantener paralelamente sus propias reglas para los pro-

³³ A la hora de sistematizar las diversas formas de armonización y cuál ha sido la más empleada en el ámbito de la protección de los consumidores, tomamos como punto de referencia a los siguientes autores: MILLÁN MORO, L., *La armonización...*, op. cit., pp. 225 y ss.; ZAPATER DUQUE, E., «La armonización...», op. cit., pp. 139 y ss.; SOLA, M./JEAUNIEUX, M., «La politique communautaire en faveur des consommateurs», *Revue du Marché Unique Européenne*, núm. 1, 1992, pp. 89 y ss.; ALONSO GARCÍA, E., *El Derecho Ambiental...*, op. cit., pp. 56 y ss.; SLOT, P. J., «Harmonisation», *European Law Review*, núm. 21, 1996, pp. 382 y ss.; VAN HUFFEL, M., «Rapprochement des législations intérêt général et exigences impératives: analyse critique- L'exemple du droit bancaire européen», *Revue Européenne du Droit de la Consommation*, núm. 4, 1997, pp. 262 y ss.

³⁴ Así, por ejemplo, la Directiva del Consejo 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (DOCE L 250, de 19 de septiembre de 1984), en cuyo considerando 1.º establece: «que existen grandes disparidades entre las legislaciones actualmente en vigor en los Estados miembros en materia de publicidad engañosa; que la publicidad rebasa las fronteras de los Estados miembros y que tiene, por consiguiente, una incidencia directa en el establecimiento y el funcionamiento del mercado común», lo que conlleva la adopción de la presente directiva, siendo de obligación de los Estados miembros *adoptar las medidas necesarias para cumplir lo dispuesto en ella* (art. 8).

ductos destinados al mercado nacional³⁵. Las desventajas de esta técnica de armonización empleada en determinados aspectos de la protección de los consumidores son evidentes, ya que ante productos similares, surgen diferencias sustanciales de calidad que el consumidor no percibe en un primer momento³⁶.

Las instituciones comunitarias, han recurrido a la técnica de la **armonización mínima**, utilizada con frecuencia en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores, y que el artículo 153.5 TCE ha consagrado como fórmula más adecuada para lograr un alto nivel de protección. Mediante este tipo de armonización, la norma comunitaria fija un mínimo denominador común que debe existir en las reglamentaciones nacionales, sin que ello impida a los Estados miembros, mantener o introducir disposiciones que otorguen un mayor grado de protección a los consumidores, que la norma comunitaria³⁷. Este tipo de armonización resulta más acorde con la

³⁵ Así, la define MILLÁN MORO, L., *La armonización...*, *op. cit.*, p. 225.

Señala KRÄMER que la armonización opcional es frecuente en las directivas encaminadas a la eliminación de las barreras no arancelarias que impiden o frenan la libre circulación de los productos industriales entre los Estados miembros, así como en el marco de normas comunitarias aplicables al etiquetado de productos alimenticios, en *La CEE et la protection du consommateur*, Collection Droit et Consommation, Store-Scientia, 1988, p. 42.

Un ejemplo de armonización opcional lo constituye la Directiva del Consejo 91/671/CEE, de 16 de diciembre de 1991 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el uso obligatorio de cinturones de seguridad en vehículos de menos de 3,5 toneladas (DOCE L 373, de 31 de diciembre de 1991), cuyo art. 4 establece que «no obstante lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2, los Estados miembros *podrán permitir en su territorio* que los niños de tres años o más que ocupen los asientos mencionados en el artículo 1 estén sujetos por un cinturón de seguridad u otro sistema de sujeción homologado para adultos».

³⁶ La STJCE *Ruwet*, de 12 de octubre de 2000 (C-3/99), establece que en el supuesto de una armonización parcial como la controvertida en el presente asunto, se aplica en un principio el art. 30 (actual 28) TCE ya que si se interpretara lo contrario, se autorizaría a los Estados miembros a compartimentar su mercado nacional en lo que respecta a los productos no considerados por las normas comunitarias, en contradicción con el objetivo de libre circulación perseguido por el Tratado. Sin embargo, a continuación, pasa a afirmar que los obstáculos al comercio intracomunitario que resulten de disparidades entre normas nacionales deben aceptarse en la medida en que tales normas sean indistintamente aplicables a los productos nacionales y a los importados, y en cuanto pueda justificarse que son necesarias para cumplir exigencias imperativas relativas, en particular, a la protección de los consumidores. Pero, para que puedan admitirse, es preciso que estas normas sean proporcionadas al objeto perseguido y que este objetivo no pueda lograrse aplicando medidas que restrinjan en menor medida los intercambios intracomunitarios.

³⁷ La noción de armonización mínima se recoge en diversas directivas, que incluyen expresamente en su articulado la denominada «cláusula mínima», así por ejemplo: Directiva del Consejo 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, relativa a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCE L 372, de 31 de diciembre de 1985), art. 8; Directiva del Consejo 87/102/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada por la Directiva del Consejo 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990 (DOCE L 42, de 12 de febrero de 1987, y DOCE L 61, de 10 de marzo de 1990, respectivamente), art. 15; Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (DOCE L 95, de 21 de abril de 1993), art. 8; Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los con-

realidad social y económica de los Estados miembros, pero tiene como inconveniente el permitir la aparición de divergencias entre los consumidores comunitarios ³⁸.

Todas estas técnicas de armonización han sido utilizadas en la protección de los consumidores a nivel comunitario, provocando distintos efectos como hemos podido observar. Sin embargo, con la entrada en funcionamiento del art. 153 TCE, que regula la política comunitaria de protección de los consumidores, surgen algunos interrogantes acerca del tipo de medidas de armonización que se tienen que llevar a cabo. En este sentido, el art. 153.3 prevé dos tipos de actuaciones destinadas a la protección del consumidor, por un lado aquellas que se enmarcan en la realización del mercado interior, y por otro, las que sirven para complementar, supervisar y apoyar las medidas nacionales de protección del consumidor. Sólo, respecto a éstas últimas, se establece el recurso de la armonización mínima, y no para aquéllas vinculadas a la realización del mercado interior y, por tanto, reguladas por el art. 100 A (actual 95) TCE. ¿Cabe deducirse de todo ello que, para estas iniciativas, que son las más numerosas, debe descartarse el carácter mínimo? Sobre este último aspecto, nos referiremos con más detenimiento al tratar la problemática concreta de la aplicación de las directivas de mínimos en el ámbito de la protección de los consumidores.

1.1. Los reglamentos comunitarios: El escaso empleo de los mismos debido a las especiales características que reviste la política comunitaria de protección de los consumidores

En virtud del art. 249 TCE, el «reglamento tendrá un alcance general» y además «será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». Ello supone, como manifiesta ALONSO GARCÍA, que, «en principio, tiene una clara vocación unificadora en todos los Estados miembros, tendente a excluir cualquier particularidad o diversidad interna en la materia por él regulada» ³⁹; lo que implica su escaso uso en el campo del consumo.

La política comunitaria de protección de los consumidores es subsidiaria y complementaria de la desarrollada por los diversos Estados miembros, como se deduce del art. 153.3 TCE cuando establece que «la Comunidad *contribuirá* a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores...», mediante el desarrollo de dos actuaciones concretas: a) medidas adoptadas en el marco de la realización del mercado interior y b) medidas concretas que apoyen, complementen y supervisen la política de

sumidores en materia de contratos a distancia (DOCE L 144, de 4 de junio de 1997), art. 14; Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (DOCE L 80, de 18 de marzo de 1998), art. 10.

³⁸ Vid. ZAPATER DUQUE, E., «La armonización...», *op. cit.*, p. 140.

³⁹ ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario, Derechos nacionales y Derecho Común europeo*, Civitas/Servicio de Publicaciones de la Facultad De Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1989, p. 42.

consumo llevada a cabo por los Estados miembros. Resulta evidente, que respecto al segundo tipo de medidas, la Comunidad no podrá utilizar el instrumento jurídico del Reglamento, pues no se conseguiría el resultado perseguido en el apartado *b)* de apoyar, complementar y supervisar las medidas nacionales, sino que se produciría un efecto distinto, que sería el de eliminar las medidas nacionales que fueran contrarias al Reglamento comunitario, bien porque éstas tuvieran estándares de protección del consumidor más bajos, o bien, porque los estándares de protección al consumidor de las medidas nacionales fueran más elevados, en cuyo caso se podría producir un vacío normativo, respecto a la protección de los consumidores, en los Estados miembros con una elevada protección del consumidor⁴⁰.

Respecto a las medidas enunciadas en el apartado *a)* del art. 153.3 TCE, el artículo 95 TCE no indica qué clase de medidas deben ser utilizadas en las disposiciones de armonización, por lo que en un principio podrían ser tanto Reglamentos como Directivas; no obstante, debido a las especiales peculiaridades de la política comunitaria de protección de los consumidores, no se ha utilizado la fórmula del Reglamento más que en aquellas ocasiones en que la protección de los consumidores fuera considerada como parte accesoria de otra política comunitaria, y, respecto a esta última si sea común el uso del Reglamento. Así, por ejemplo, en las políticas comunes tradicionales como agricultura, transportes y competencia, se ha promulgado algún Reglamento que tiene una especial incidencia en el campo del consumo, como el Reglamento 1898/87/CEE, del Consejo, de 2 de julio, sobre protección de la denominación de la leche y de los productos lácteos en el momento de su comercialización⁴¹ y el Reglamento 295/91/CEE, del Consejo, de 4 de febrero, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular⁴².

1.2. Las directivas como instrumento jurídico más utilizado para obtener una adecuada protección del consumidor

La directiva comunitaria, por su flexibilidad, permite armonizar las legislaciones de los Estados miembros salvaguardando el mantenimiento o autorizando la adopción de medidas nacionales complementarias que bien amplían o reducen el alcance de las mismas⁴³. En este sentido, lo expresa el art. 249 TCE cuando establece que «la directiva obligará 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».

⁴⁰ Cfr. BOURGOIGNIE, Th., *Consumer Law...*, *op. cit.*, pp. 173 y ss.

⁴¹ DOCE L 182, de 3 de julio de 1987.

⁴² DOCE L 36, de 9 de febrero de 1991.

⁴³ Vid. BOURGOIGNIE, Th., *Elementos para una teoría del Derecho de Consumo*, Gobierno Vasco, 1994, pp. 346 y ss.

La falta de uniformidad que de ello se deriva a nivel normativo en el plano comunitario, no constituye, desde la perspectiva de la protección de los consumidores, un factor negativo en sí mismo, como apunta BOURGOIGNIE, sino todo lo contrario, ya que al consumidor que reside en un Estado miembro solamente le preocupa ver la protección de sus intereses reforzada, y no disminuida, por el proceso de integración normativa en materia de consumo a nivel comunitario ⁴⁴. A falta de la obtención, por parte de la Comunidad, del nivel más alto de protección, resulta imprescindible el mantenimiento de la competencia de los Estados miembros en la materia de consumo tratada por la directiva, con la finalidad, por una parte, de preservar las medidas nacionales de protección que serían más completas que las comunitarias y, por otra parte, de fomentar a los Estados miembros a desarrollar sus iniciativas más allá del umbral normativo definido a nivel comunitario ⁴⁵.

La directiva ofrece de este modo, la posibilidad de conciliar, en el seno del mismo instrumento, las exigencias de una mayor integración jurídica con las de una intervención de la Comunidad en el campo del consumo, que se materializa mediante la promoción efectiva de los intereses de los consumidores que residen en los diversos Estados miembros.

A) *El artículo 153 TCE y el empleo de las directivas de mínimos en el ámbito de la política comunitaria de protección de los consumidores* ⁴⁶

Conviene, en primer lugar, realizar una breve reflexión acerca del principio de armonización mínima en el ámbito de la política comunitaria de protección de los consumidores y las consecuencias que se derivan del uso de esta técnica. Las directivas basadas en este tipo de armonización, permiten a los Estados miembros, o bien, mantener sus disposiciones o adoptar medidas de mayor protección de los consumidores. Sin embargo, se plantea un problema respecto al uso de la armonización mínima: si un Estado miembro A adopta medidas de mayor protección que el Estado B en virtud de una directiva de armonización mínima, ¿puede el país A exigir el cumplimiento de sus normas más estrictas a los profesionales y empresarios de B, donde a los productos y servicios se les aplican reglamentaciones menos onerosas?, o bien ¿el país A

⁴⁴ BOURGOIGNIE, Th., *Ibidem*.

⁴⁵ Como señala KRÄMER, la directiva se muestra como el instrumento más flexible para coordinar las acciones comunitarias con las medidas nacionales de consumo, y además es el instrumento que causa una mayor receptividad por parte de los Estados miembros, KRÄMER, L., *La CEE...*, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁶ Aunque, estamos realizando un estudio de las medidas de protección de los consumidores adoptadas en el marco de la realización del mercado interior (art. 129 A.1.a) TCE), en este epígrafe incluimos, igualmente, el análisis del art. 129 A.1.b), en lo referente al tema de la armonización mínima, ya que hasta el presente momento, sólo se ha adoptado una Directiva que toma como base jurídica dicho apartado (Directiva 98/6/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores).

tiene que limitar la aplicación de sus reglamentaciones a los nacionales de dicho Estado?⁴⁷.

Dos tesis contrapuestas, pueden servir de apoyatura a la hora de ofrecer soluciones a dichos problemas. La primera, a la que VAN HUFFEL denomina «*teoría del efecto limitado*», establece que en el supuesto de existir una medida de armonización, el comercio intracomunitario se encuentra asegurado, y por tanto el Estado miembro que ha adoptado las medidas de mayor protección en favor de sus consumidores, sólo las podrá imponer a sus operadores económicos, pero se verá imposibilitado de aplicarlas a los operadores del Estado con una normativa más laxa en materia de protección de los consumidores, en virtud del principio de reconocimiento mutuo. La consecuencia de esta tesis, es la llamada «*discriminación inversa*», es decir, la sujeción de los operadores nacionales a normas más estrictas que los de otros Estados miembros, acerca de la cual se ha pronunciado el TJCE⁴⁸, negando la posibilidad de que pueda ser contraria al principio de no discriminación establecido en el TCE.

La segunda tesis, denominada por el mismo autor, «*teoría del efecto generalizado*» favorece la aplicación del principio de armonización mínima. En virtud de la misma, la medida comunitaria de armonización habilita de manera expresa a los Estados miembros a mantener o adoptar medidas de mayor protección de los consumidores, que se aplican indistintamente tanto a los operadores nacionales, como a los de otros Estados miembros. Como consecuencia de esta interpretación, la imposición de medidas más restrictivas a un operador extranjero, serían consideradas lícitas, siempre y cuando no se aplicaran de manera discriminatoria, se basen en la consecución de un interés general (la protección de los consumidores) y, que cumplan el test de proporcionalidad establecido por la jurisprudencia del TJCE⁴⁹.

Esta segunda tesis, resulta más favorable, no sólo para obtener una adecuada protección de los consumidores, sino igualmente, para evitar distorsiones en el mercado, que traigan como consecuencia una competencia desleal entre los operadores económicos, y por tanto la aparición de obstáculos y discriminaciones al comercio intracomunitario. En el caso de aplicarse la primera tesis, lo único que se conseguiría mediante la armonización mínima sería la discriminación de las empresas nacionales,

⁴⁷ Tomamos el ejemplo y la argumentación que le sirve de base, del excelente estudio de VAN HUFFEL, que aunque se refiere exclusivamente a la problemática de los establecimientos de crédito, puede ser tomado como ejemplo de los problemas que entraña la armonización mínima, VAN HUFFEL, M., «Rapprochement...», *op. cit.*, pp. 271 y ss.

⁴⁸ STJCE *Steen*, de 28 enero de 1992 (C-332/90), Rec. 1992, p. I-341.

⁴⁹ En contra de esta tesis, se manifiesta MORTELMANS, para quien, «las medidas más estrictas se limitan a los productos y a las prácticas comerciales de los Estados miembros que las imponen. En otras palabras, una directiva de armonización mínima no autoriza a un Estado miembro a adoptar medidas más estrictas o más restrictivas para las personas, productos o servicios de otro Estado miembro. Estos grupos de personas, productos o servicios se encuentran regidos por la directiva aplicable», «Harmonisation minimale et droit de la consommation», *Revue Européenne du Droit de la Consommation*, núm. 1, 1988, pp. 3 y ss.

sujetas a requisitos más estrictos que las de otros Estados miembros, pero que deben sufrir la competencia de otras no sujetos a ellos; y desde luego no se produciría una adecuada protección de los consumidores, ya que éstos se encontrarían expuestos a los productos y servicios procedentes de otros Estados miembros que no cumplen con las medidas internas⁵⁰.

Hasta la adopción del TUE, las directivas que no contenían una cláusula concreta, que permitiera a los Estados miembros la adopción de medidas de mayor protección, en favor de los consumidores, eran consideradas directivas que tenían por objeto, la consecución de una armonización total sobre la materia que regulaban. Ello implicaba el desmantelamiento de las medidas nacionales de protección de los consumidores, con las consecuencias tan perjudiciales que ello conllevaba, para los intereses de aquellos consumidores de los Estados miembros que gozaban de un alto nivel de protección⁵¹; por el contrario, aquellos Estados miembros que no tenían un alto nivel de desarrollo en la protección de los consumidores, podían verse beneficiados por las medidas de armonización total.

Con el TUE, y en especial con el nuevo art. 153.5 TCE, se confirma el uso generalizado del principio de armonización mínima, por lo menos respecto de las acciones comprendidas en el art. 153.3.b), es decir, respecto a aquellas acciones que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros. ¿Qué ocurre respecto a las medidas a las que se refiere el art. 153.1.a)? En un principio, el TCE ha impuesto una limitación, al principio de armonización mínima, sobre éstas últimas medidas —las adoptadas en el marco de la realización del mercado interior— lo que ha provocado diversas reacciones doctrinales, principalmente acerca de la posibilidad de conferir el carácter de mínimas a las medidas adoptadas en virtud del art. 153.1.a), en ausencia de una cláusula específica que así lo disponga.

La primera cuestión que nos debemos plantear es en qué medida es compatible la técnica de armonización mínima con el art. 95 TCE, que sirve de base jurídica para la adopción de dichas medidas. De acuerdo con lo establecido en el art. 95 TCE, hay que distinguir entre el mantenimiento de las disposiciones más favorables ya existentes (art. 95.4 TCE) y la adopción de otras nuevas (art. 95.5 TCE).

⁵⁰ Se muestra a favor de la segunda tesis, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, que indica que «no tendría mucho sentido, ni desde el punto de vista comunitario ni desde el nacional de cada uno de los Estados miembros, admitir que éstos puedan mantener un nivel más elevado de protección de los consumidores, para luego permitir la entrada en ese mercado nacional de productos o servicios que queden por debajo de dicho nivel», *Derecho Comunitario y protección de los consumidores*, Actualidad Editorial, 1990, p. 134.

Para ver gráficamente, con un ejemplo, las consecuencias de la aplicación de estas dos tesis, *vid.* VAN HUFFEL, *op. cit.*, pp. 273 y 274.

⁵¹ El European Consumer Law Group, ya mostraba esta preocupación, manifestando la necesidad de adoptar directivas de armonización mínima, que no perjudicaran a los consumidores de aquellos Estados miembros que gozaban de altos niveles de protección, *vid.* con más detalle: ECLG, «Consumer protection in the EC», pp. 319 y ss.

El art. 95.4 TCE dispone que «si, tras la adopción por el Consejo (...) de una medida de armonización, un Estado miembro estimare necesario aplicar disposiciones nacionales, justificadas por alguna de las razones importantes contempladas en el artículo 30 o relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente, (...) lo notificará a la Comisión», que confirmará la validez de dichas medidas una vez comprobado que «no se trata de un medio de discriminación arbitraria o de una restricción encubierta» (art. 95.5). En este sentido, si la medida comunitaria contiene una cláusula de armonización mínima, el mantenimiento de las disposiciones nacionales será factible en la medida en que lo permita dicha cláusula; con lo que se conseguirá el «alto nivel protección» establecido en el art. 153.1 TCE. Si, por el contrario, la medida comunitaria no contiene una cláusula de armonización mínima, la posibilidad de mantener las reglamentaciones nacionales más favorables para los consumidores, quedará sometida a lo dispuesto en el art. 95.4 TCE, que permite una interpretación favorable de los intereses de los consumidores⁵².

Distinto es el caso de la posibilidad de adoptar nuevas medidas nacionales de protección del consumidor, más estrictas que las contenidas en la norma comunitaria de armonización. En este supuesto, la inclusión de una cláusula de armonización mínima en la directiva, sólo podría producir sus efectos en la medida en que lo permite el art. 95.5, es decir, mediante la introducción de una cláusula de salvaguardia en la norma comunitaria, por uno o varios de los motivos no económicos enunciados en el art. 30 TCE, que de esta forma autoriza a los Estados miembros a adoptar «medidas provisionales sometidas a un procedimiento comunitario de control».

Según lo que acabamos de observar, la utilización de la técnica de la armonización mínima, respecto a las medidas de protección de los consumidores adoptadas en el marco de la realización del mercado interior, resulta posible, si bien es deseable, como hasta el momento se ha venido produciendo, la inclusión en la medida comunitaria de una cláusula de armonización mínima. En el caso contrario, aunque como

⁵² En este sentido, establece GUZMÁN ZAPATER: «que conforme a lo dispuesto en el controvertido párrafo 4 del art. 100 A), parece obvio que el objetivo «protección del consumidor» no podrá ser invocado por un Estado miembro como causa suficiente para hacer una reserva a la aplicación de la directiva (...) a menos que se opine que la protección del consumidor es una de las excepciones implícitas en el art. 36 TCEE, cuando alude a «la protección de la salud y de la vida de las personas» y explícita en la jurisprudencia *Cassis de Dijon*», *vid.*, «El Acta Única...», *op. cit.*, pp.13 y ss.

Tomando como base, que las propuestas de armonización deben contener un «nivel de protección elevado», entendemos que debe realizarse esta interpretación *pro consumatore* del art. 100 A.4 TCE. A favor de esta interpretación se decantan MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Derecho Comunitario...*, *op. cit.*, p. 137; VAN HUFFEL, M., «Rapprochement...», *op. cit.*, p. 279; CHILLON, S., «La politique...», *op. cit.*, pp. 51 y ss., abogando esta última por la introducción en el art. 100 A.4 *la protección de los consumidores* como na de las razones importantes que permitan mantener disposiciones nacionales contrarias a la medida de armonización comunitaria.

Mantiene una posición contraria a ésta tesis, estableciendo que la armonización mínima queda fuera del ámbito de las medidas comprendidas en el art. 129 A.1.a) TCE, MORILLAS JARILLO, M.^a J., «La protección...», *op. cit.*, p. 594.

hemos visto, cabe realizar una interpretación favorable a la armonización mínima, ésta resultaría mas dificultosa, ya que cabría plantearse el por qué las instituciones comunitarias no han tomado como base jurídica en este caso el art. 153.5 TCE (respecto del que rige de forma expresa el principio de armonización mínima), en vez del art. 153.3.a) TCE. De todas formas, conviene destacar que la Comunidad sólo ha empleado la base jurídica del art. 153.5 TCE (antiguo art. 129 A.2) en una ocasión, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 98/6/CE, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores⁵³, demostrando una vez más, una preocupación mayor por la consecución del mercado interior, que por la política de protección de los consumidores.

Es de esperar, que una vez alcanzado un mínimo denominador común, en las reglamentaciones nacionales destinadas a proteger los intereses de los consumidores, se pueda ir sustituyendo progresivamente ésta fórmula de armonización mínima, por una armonización más intensa y ambiciosa que permita realmente equiparar las condiciones y derechos de los consumidores en la Comunidad y que sirva de fundamento a la real consecución de un mercado interior sin fronteras. Sin embargo, parecen lejanas estas aspiraciones, pues en el Tratado de Amsterdam, en el nuevo art. 153 TCE que regula la política comunitaria de protección de los consumidores, se sigue manteniendo la línea establecida en Maastricht⁵⁴.

B) *La eficacia de las directivas comunitarias: El problema de la ineficacia horizontal y su especial incidencia en la protección de los consumidores*

Uno de los graves problemas con el que se enfrenta la política comunitaria de protección de los consumidores, es el de su eficacia y vinculatoriedad en los Estados miembros. Como hemos podido ir observando a lo largo del presente capítulo, la política comunitaria se ha ido desarrollando, en cuanto a instrumentos normativos se refiere, en base a la promulgación de directivas. Los derechos y obligaciones que conforman el contenido de dichas directivas afectan fundamentalmente a las denominadas *relaciones horizontales* o *inter privados*, y no pueden ser alegadas por los particulares ante los Tribunales de Justicia, a no ser que la directiva haya sido transpuesta en el Derecho interno de los Estados miembros⁵⁵. Ello provoca, en el campo de la

⁵³ DOCE L 80, de 18 de marzo de 1998.

⁵⁴ Igualmente el Consejo Económico y Social en su Dictamen sobre «Mercado Único y protección de los consumidores: oportunidades y obstáculos en el gran mercado», de 22-23 de noviembre de 1995 (CES 1309/95), resalta la importancia de que los Estados miembros tengan presente el principio de armonización mínima que les permite, en determinadas circunstancias, ejercer una mayor protección de los consumidores más allá de lo establecido en la legislación de la Unión Europea.

⁵⁵ Vid. REICH, N., «Product safety and product liability- An analysis of the EEC Council Directive of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products», *Journal of Consumer Policy*, núm. 9, 1986, p.150.

protección de los consumidores, un perjuicio de difícil reparación en el caso de que los Estados miembros se demoren en la transposición de la directiva.

Como reiteradamente ha mantenido el TJCE, una directiva tiene efecto directo cuando ha expirado el plazo dado a los Estados miembros para su adaptación interna, y además, desde el punto de vista de su contenido, ésta sea *clara, precisa e incondicional*⁵⁶. No obstante, el efecto directo presenta un alcance más o menos limitado, en virtud de si la directiva es invocada por un particular frente a un Estado miembro (efecto directo vertical), o si es invocada frente a otros particulares (efecto directo horizontal).

El TJCE en su doctrina sobre la eficacia directa de las directivas, ha mantenido la eficacia directa vertical de las directivas⁵⁷, fundándose en el carácter obligatorio de éstas para los Estados miembros, como se deduce del art. 249.3 TCE: «la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse». Sin embargo, a raíz del caso *Marshall*⁵⁸, el TJCE ha negado sistemáticamente el efecto directo horizontal de las directivas, y es en este punto donde, desde la incidencia que tiene en la protección de los consumidores, conviene hacer una serie de precisiones, en especial tras la redacción del nuevo art. 153 TCE.

En el caso *Marshall*, el TJCE confirmó, apoyándose en el art. 249.3 TCE, que la invocabilidad de la directiva se funda en el carácter obligatorio de la misma para el Estado miembro y que ese carácter «sólo existe respecto a *todo Estado miembro destinatario*. De ello se deriva que una directiva no ejecutada correctamente no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona». Por tanto, en las relaciones horizontales no cabe alegar derechos y obligaciones establecidos en una directiva que no haya sido transpuesta en el Derecho interno.

En opinión de MANGAS MARTÍN, los argumentos del TJCE son «frágiles y artificiales», y además, «no hay una justificación basada en la seguridad jurídica para restringir el efecto directo a las relaciones verticales»⁵⁹. En este sentido, la doctrina del efecto directo de las directivas puede perder cierta relevancia, en aquellas Directivas

⁵⁶ STJCE *Ratti*, de 5 de abril de 1979 (148/78), ECR 1979, p.1629 y *Becker*, de 19 de enero de 1982 (8/81), ECR 1982, p. 53. Igualmente, *vid.* ARNULL, A. M., «Direct effect of directives_Becker revisited», *European Law Review*, núm. 4, 1984, p. 265.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ STJCE *Marshall*, de 26 de febrero de 1986 (152/84), Rec. 1986, p. 723. Se trataba de una señora empleada en los servicios de salud británicos que alegó la violación de la Directiva 76/207 sobre el principio de igualdad de trato, al aplicársele la normativa británica en materia de jubilación.

⁵⁹ MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 2002, p. 407. En este sentido, *vid.*: MILLÁN MORO, L., «La eficacia directa de las directivas: evolución reciente», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1991, p. 846; PÉREZ GONZÁLEZ, C., «La aplicación por parte del juez nacional de las directivas comunitarias no transpuestas en el ordenamiento jurídico español: algunos ejemplos», *Estudios sobre Consumo*, núm. 43, 1997, p. 49.

cuya razón de ser, son el regular relaciones entre particulares, y no entre el Estado y éstos (así, por ejemplo directivas en materia de sociedades, en materia laboral, en materia de consumidores). El único remedio que se prevé, en favor de los particulares, frente al incumplimiento de transposición por parte de los Estados, es el iniciar un nuevo proceso utilizando la vía indemnizatoria con todas las cargas que ello supone en los litigios en los que se ven envueltos los consumidores, que en general son de menor cuantía, lo que conlleva en la práctica a la absoluta desprotección de los mismos (lo que no casa, de manera alguna, con el enunciado del art. 153 TCE de conseguir un alto nivel de protección)⁶⁰.

El TJCE ha intentado paliar esta problemática, con la doctrina de la obligación de los jueces nacionales de interpretar el derecho nacional conforme a las normas comunitarias, a partir del asunto *Von Colson and Kalman*⁶¹. El TJCE afirmó que «la obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 (actual art. 10) del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. De ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional y, en particular, las disposiciones del Derecho nacional creadas específicamente para transponer la directiva (...), los tribunales nacionales deben interpretar el derecho nacional a la luz de la letra y la finalidad de la directiva para, de esta forma, alcanzar el resultado previsto en el párrafo tercero del artículo 189».

El alcance de esta obligación fue concretado en el asunto *Marleasing*⁶², en donde el TJCE tras ratificar lo expuesto en el asunto *Van Colson y Kamman*, ordena al Juzgado de Oviedo en el fallo que «está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una sociedad anónima por una causa distinta de las enumeradas en su artículo 11». Sin embargo, lo que podría haber resultado un avance en la jurisprudencia del TJCE en lo referente a la posibilidad de eficacia directa de las directivas en las

⁶⁰ Como indica ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario...*, op. cit., pp. 267 y ss., «la vía que se le abre al particular, negada en tal caso la eficacia aplicativa horizontal de la directiva, es la acción de responsabilidad contra el Estado miembro incumplidor».

⁶¹ STJCE *Sabine Von Colson and Elisabeth Kaman*, de 10 de abril de 1984 (14/83), ECR 1984, p. 1891. Se planteaba la compatibilidad entre una directiva sobre igualdad de trato laboral entre hombres y mujeres y el ordenamiento jurídico alemán, en concreto con el *Land Nordrhein-Westfalen*, ente público (relación vertical) que se había negado a contratar a las recurrentes como funcionarias por razones relativas a su sexo.

⁶² STJCE *Marleasing*, de 13 de noviembre de 1990 (C-106/89), Rec. 1990, p. I-4135. En donde la sociedad *Marleasing* solicitaba al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm 1 de Oviedo que se declarara la nulidad por simulación del contrato de sociedad y de la escritura de constitución de la sociedad La Comercial por falta de causa, en aplicación de los arts. 1261 y 1275 del Código Civil español. La demandada solicitó que se desestimara en su integridad la demanda, aduciendo el art. 11 de la Directiva 68/151 en la que se enumeran las causas de nulidad y no figura la falta de causa. La directiva no había sido transpuesta en el plazo señalado.

relaciones horizontales, se quedó en una falsa expectativa, lo que ha llevado a la doctrina a criticar dicha sentencia desde diversas perspectivas⁶³. Lo que debe destacarse de esta sentencia, como afirma MANGAS MARTÍN, es que en realidad uno de los aspectos que debía haber señalado el TJCE era «el de si nos encontrábamos ante una relación horizontal o vertical, o si se dan ambos elementos», cuestión que no tiene en cuenta, pero que hubiera resultado del mayor interés para dilucidar a qué tipo de relaciones se aplica esta doctrina de la interpretación conforme. En *Marleasing* frente a que pudiera parecer que nos encontrábamos ante una relación horizontal, una empresa frente a otra, en realidad nos encontrábamos ante una relación vertical, pues la Directiva no impone obligaciones al particular, sino al Estado, que es el encargado de verificar si una sociedad se adecua al ordenamiento vigente (el impuesto por la directiva no transpuesta) o no.

En consecuencia, la obligación de interpretación conforme que señala el TJCE, implica, como indica ALONSO GARCÍA, que el juez nacional, al interpretar el Derecho interno, debe hacerlo en la medida que sea posible, a la luz de la Directiva, acercándose por tanto, a la aplicación directa de ésta⁶⁴; y si la «interpretación concurrente no es posible —rayando aquí también la interpretación *contra legem*— la vía que se le abre al particular, negada en tal caso la eficacia aplicativa horizontal de las directivas, es la acción de responsabilidad contra el Estado miembro incumplidor»⁶⁵.

El problema acerca de la eficacia directa horizontal de las directivas que afecten a los intereses de los consumidores se ha planteado ante el TJCE en dos ocasiones puntuales: los asuntos *Faccini Dori*⁶⁶ y *El Corte Inglés*⁶⁷. Conviene analizarlos por separado, ya que, aunque en ambos contenciosos se plantea la posible eficacia directa horizontal de las directivas, uno, el asunto *Faccini Dori*, es anterior a Maastricht y, por tanto, a la promulgación del art. 129 A TCE, mientras que en el segundo, el asunto *El Corte Inglés*, se lleva a cabo un estudio por parte del Abogado General LENZ de la posible repercusión de éste precepto y, las consecuencias que puede traer hacia un cambio doctrinal, respecto a la doctrina de la eficacia directa de las directivas en las relaciones entre particulares.

En el asunto *Faccini Dori*, se planteaba por parte del órgano jurisdiccional remitente, la posibilidad de que la Directiva 85/577/CEE del Consejo, referente a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los esta-

⁶³ Vid. MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y...*, op. cit., pp. 413 y ss.; CANGA FANO, D., «Evoluciones recientes de la jurisprudencia sobre el efecto directo horizontal de las directivas: la sentencia *Marleasing*», *GJ-CEE*, D-14, 1991, pp. 402 y ss.

⁶⁴ En este sentido, vid. REICH, N., «Protection of consumers economic interests by the EC», *Sidney Law Review*, núm. 1, 1992, p. 31.

⁶⁵ ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario...*, op. cit., p. 275.

⁶⁶ STJCE *Paola Faccini Dori contra Recreb Srl*, de 14 de julio de 1994 (C-91/92), Rec. 1994, p. I-3325.

⁶⁷ STJCE *El Corte Inglés, S. A. contra Cristina Blázquez Rivero*, de 7 de marzo de 1996 (C-192/94), Rec. 1996, p. I-1281.

blecimientos comerciales, que no había sido transpuesta al ordenamiento interno italiano, pudiera ser invocada en un litigio entre un comerciante y un consumidor. El TJCE señala, que habida cuenta de la naturaleza del litigio, que enfrenta a un consumidor y un comerciante, se suscitan dos problemas: por un lado hay que examinar si las condiciones enunciadas por la Directiva gozan de un carácter incondicional y suficientemente preciso y, por otro, si de resultar afirmativa la primera cuestión, la Directiva puede ser invocada en litigios que enfrentan a particulares.

Por lo que se refiere al primer problema planteado, el TJCE establece que los preceptos de la Directiva que se alegan, son incondicionales y suficientemente precisos, por lo que el efecto directo es claro y pleno.

Respecto a la segunda cuestión planteada, el TJCE niega una vez más el efecto directo de las directivas en las relaciones horizontales, estableciendo que «a falta de medidas de adaptación del Derecho interno a la Directiva dentro de los plazos señalados, los consumidores no pueden fundar en la Directiva en sí misma un derecho de renuncia contra los comerciantes con los que han celebrado un contrato e invocarlo ante un órgano jurisdiccional nacional». Por lo que, en consecuencia, el TJCE advierte, conforme a su doctrina de la interpretación conforme, al juez nacional de la obligación que éste tiene, cuando aplica disposiciones de Derecho nacional, sean anteriores o posteriores a la Directiva, a interpretarlas, en toda la medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva; y en el caso de que no fuera posible dicha interpretación, deja abierta la posibilidad de la obligación de los Estados miembros de indemnizar a los particulares (en este caso consumidores)⁶⁸, posibilidad que, como hemos establecido anteriormente, puede provocar la desprotección de los mismos.

Sin embargo, lo verdaderamente interesante, desde la perspectiva de la protección de los consumidores, es señalado por el Abogado General LENZ en sus conclusiones. En ellas, muestra su disposición favorable⁶⁹ a conceder eficacia directa horizontal a

⁶⁸ Esta posibilidad de indemnización fue apuntada por el TJCE, a partir de la STJCE *Andrea Francovich, Daniela Bonifaci y otros contra República Italiana*, de 19 de noviembre de 1991 (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90), Rec. 1991, p. I-5357, en la que se establece que «el Derecho Comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su Derecho interno a lo dispuesto en una Directiva, siempre y cuando concurren tres requisitos. Primero, que el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la Directiva. Tercero y último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas».

Sobre esta problemática, resulta del mayor interés la monografía de ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Cuadernos de Estudios Europeos, Fundación Universidad Empresa/Civitas, 1997, pp. 13 y ss., en la que se nos ofrece la evolución de la jurisprudencia del TJCE en esta materia.

⁶⁹ Opinión, que es compartida por otros miembros del TJCE, como apunta el Abogado General LENZ «se han pronunciado hasta la fecha a favor de la aplicabilidad horizontal de las directivas el Abogado General Sr. Van Gerven (Conclusiones a la STJCE *Marshall II*, de 2 de agosto de 1993 (C-271/91), Rec. 1993, p. I-4367) y, muy recientemente, el Abogado General Sr. Jacobs (Conclusiones a la STJCE *Vaneetveld*, de 3 de marzo

las directivas tendentes «a garantizar los derechos del beneficiario de una disposición que el legislador comunitario ha deseado que sea vinculante y a no abandonar su situación por un periodo indeterminado a la discrecionalidad de un Estado miembro incumplidor», resulta claro que «en el caso de directivas cuyo contenido se dirija a producir efectos en las relaciones entre particulares y que contengan disposiciones que tengan por objeto la protección de la parte más débil (consumidores), es evidente que la no adaptación del Derecho interno a una directiva priva a ésta de eficacia».

Esta postura, se verá favorecida, según LENZ con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, en concreto del nuevo art. 129 A TCE (actual 153 TCE) que establece la protección de los consumidores, lo que le lleva a concluir que, si bien en el presente caso la Directiva no puede producir efectos jurídicos entre los particulares, hasta que no se adapte al Derecho interno, sí que debe tenerse en cuenta, por lo que al futuro se refiere, «en aras de una aplicación uniforme y eficaz del Derecho Comunitario, la aplicabilidad general de las disposiciones precisas e incondicionales recogidas en las directivas, para responder a las legítimas expectativas que albergan los ciudadanos de la Unión después de la realización del mercado interior y de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea»⁷⁰.

Lo expuesto por LENZ, en el asunto *Faccini Dori*, es ratificado en el asunto *El Corte Ingles*. Sin embargo, aunque mantiene su opinión acerca de la ineficacia horizontal de las directivas adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor del TUE (en el asunto *El Corte Inglés*, se plantea la posible aplicación directa de la Directiva 87/102/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, no transpuesta al Derecho nacional, para el caso de que un consumidor oponga frente a la reclamación del financiador los defectos del servicio prestado por el proveedor con el que el financiador tenía suscrito un acuerdo de financiación exclusiva de sus clientes), lleva a cabo, a petición del juez remitente, un detallado estudio de si debe entenderse modificada la jurisprudencia del TJCE en vista del art. 129 A TCE —actual 153 TCE— introducido por el TUE.

El art. 129 A.1 TCE (actual 153 TCE) contiene dos posibilidades de actuación encaminadas a la protección de los consumidores:

- a) Medidas que adopte en virtud del art. 100 A en el marco de la realización del mercado interior;
- b) Acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

de 1994 (C-316/93), Rec. 1994, p. I-763)», Conclusiones del Abogado General C. O. LENZ, presentadas el 9 de febrero de 1994, a la STJCE *Faccini Dori*, de 14 de julio de 1994 (C-91/92), Rec. 1994, p. I-3328 y ss.

⁷⁰ *Ibidem*.

Por lo que se refiere a las primeras, la única modificación que el art. 129 A.1.a) contiene respecto al art. 100 A, radica que en aquél se impone el deber de un «alto nivel de protección» a la *Comunidad* mientras que en éste se le impone a la *Comisión*. En este sentido, cabría alegar que precisamente esta ampliación a toda la Comunidad, es decir, a todas las Instituciones Comunitarias y, por tanto, también al TJCE, es una expresión del avance en la integración producido por el Tratado de Maastricht que exige que se garantice una mayor eficacia del Derecho Comunitario. Sin embargo, como destaca LENZ «la exigencia del efecto útil rige siempre sólo en el marco del Derecho vigente y del reparto de competencias existente. El deber de la *Comunidad* de protección de los consumidores no incluye, en efecto, una obligación ni de los Estados miembros ni de los ciudadanos particulares de la Comunidad»⁷¹, lo que priva de efecto directo a dicho precepto. De ahí, que el art. 129 A TCE no implique un posible cambio de actitud, respecto a lo establecido en el asunto *Faccini Dori*.

Respecto al enunciado de la letra *b)*, que es donde radica la novedad del art. 129 A TCE frente a la etapa anterior, y donde se formula por primera vez la competencia de la Comunidad para llevar a cabo acciones específicas en la política de protección de los consumidores de manera independiente de las medidas encaminadas a la realización del mercado interior, contiene una innovación de mayor alcance. Hasta el TUE, éstas medidas sólo podían basarse en el art. 235 TCE (actual 308 TCE). No obstante, a pesar del novedoso cambio que supone a la hora de poder adoptar acciones encaminadas a la protección comunitaria de los consumidores, la letra *b)* sólo faculta a la Comunidad a adoptar dichas acciones para apoyar y complementar la política desarrollada a nivel nacional por los Estados miembros, y por consiguiente, para actuar de forma subsidiaria. Este carácter subsidiario se ve reforzado por el párrafo 3.º del art. 129 A, que faculta a los Estados miembros a mantener y adoptar medidas de mayor protección. De todo ello, no puede deducirse, que las directivas que se adopten tomando como base jurídica la letra *b)* del art. 129 A.1, reúnan la premisa de ser suficientemente precisas e incondicionales, puesto que el Estado siempre podrá mantener o adoptar disposiciones de mayor protección, por lo que no resulta viable que pueda establecerse un efecto directo horizontal a dichas directivas.

En conclusión, el nuevo art. 129 A TCE, no aporta nada nuevo al debate sobre la posibilidad de que una directiva que produzca efectos directos sobre particulares, y que no haya sido transpuesta al ordenamiento nacional en el plazo fijado, pueda ser invocada en las relaciones entre particulares. El TJCE en el asunto *El Corte Inglés* vuelve a ofrecer las mismas soluciones a los órganos jurisdiccionales nacionales —el

⁷¹ Conclusiones del Abogado General C. O. LENZ, presentadas el 7 de diciembre de 1995 en el asunto *El Corte Inglés contra Cristina Blázquez Rivero*. Sorprenden estas manifestaciones de LENZ, cuando en sus conclusiones al asunto *Faccini Dori*, mantenía que con las nuevas disposiciones establecidas en virtud del TUE (arts. 3 y 129 A TCE), se podría producir un cambio jurisprudencial que permitiera reconocer el efecto directo de las directivas en las relaciones horizontales.

intento de interpretar el Derecho nacional conforme a la directiva—, y a los consumidores —el uso de la vía indemnizatoria frente al Estado—⁷². No obstante, resulta conveniente, que el TJCE se replantee su posición acerca de la ineficacia horizontal de las directivas, debido a los graves desajustes que produce el no reconocimiento de dicha eficacia en las relaciones entre particulares, lo cual se agrava cuando dichos particulares son consumidores.

2. Medidas concretas de protección al consumidor en el marco de la Comunidad Europea

El art. 153.3.b) TCE otorga la posibilidad a la Comunidad de emprender acciones concretas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros, en materia de protección de los consumidores. Este apartado supone la novedad fundamental introducida por el Tratado de Amsterdam en los aspectos relacionados con la materia consumo y que desde la entrada en vigor del TUE va a dar cobertura legal a todas aquellas acciones adoptadas por las Instituciones comunitarias encaminadas a lograr un alto nivel en la protección del consumidor.

Numerosas y diversas han sido las acciones emprendidas por la Comunidad en esta materia, desde el inicio de la política comunitaria de protección del consumidor, que se materializó con la promulgación de la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, relativa a un Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores⁷³, que como veremos más adelante sentó las bases y fijó los principios que se debían tener presentes a la hora de desarrollar las diversas acciones encaminadas a proteger a los consumidores. En este sentido, se emplearon instrumentos normativos que tenían carácter vinculante, como los reglamentos y las directivas; e igualmente se recurrió al uso de instrumentos no vinculantes y, por tanto meramente programáticos, que indicaban cuáles debían ser las líneas de actuación por parte de las Instituciones comunitarias, así como por parte de los Estados miembros a la hora de desarrollar una política de protección del consumidor.

Sin embargo, las diversas acciones que se emprendieron desde 1975 hasta la aparición del art. 129 A.1.b) TCE, y en la actualidad el art. 153.3 TCE, no gozaban de una adecuada cobertura legal, por lo que se acudió al empleo de otros preceptos del TCEE que permitieran justificar la adopción de dichas acciones (fundamentalmente el art. 235 TCEE para aquellas acciones que no tenían una vinculación directa con el mercado interior). Esta carencia ha sido subsanada por el art. 153 TCE, a partir del cual se permite la ejecución de diversas medidas, con la suficiente cobertura legal del Tratado. En las páginas siguientes, centraremos nuestra atención, en aquellas accio-

⁷² STJCE *El Corte Inglés contra Isabel Blazquez*, op. cit., considerando 22.

⁷³ DOCE C 92, de 25 de abril de 1975.

nes comunitarias que persiguen con carácter exclusivo la protección de los consumidores, es decir las que toman como base jurídica el art. 153.3 b) TCE.

2.1. La escasa utilización de instrumentos normativos vinculantes: La Directiva 98/6/CE a modo de ejemplo

La política comunitaria de protección de los consumidores se ha caracterizado por tener un ámbito de acción subsidiario respecto de las políticas nacionales desarrolladas por los diversos Estados miembros, como se desprende del art. 153.5 TCE, que autoriza a éstos a mantener y adoptar medidas de mayor protección que las desarrolladas a nivel comunitario en virtud del art. 153.4 TCE. De esta manera, puede tener una cierta explicación el poco, o mejor dicho, el mínimo uso de instrumentos normativos en la adopción de acciones específicas comunitarias de protección de los consumidores, ya que los Estados miembros podrán obviar fácilmente su contenido si éste no ofrece el estándar de protección que éstos estimen convenientes. El único límite impuesto por la Comunidad, consiste en que las medidas nacionales deben ser compatibles con el Tratado y, además, deben ser notificadas a la Comisión, que podrá adoptar las acciones que estime oportunas en el caso de que las medidas puedan vulnerar preceptos del Tratado.

Hasta el presente momento, sólo la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores⁷⁴, ha sido adoptada tomando como base jurídica el art. 129 A.2 TCE (debe entenderse que en la actualidad la referencia debe hacerse al art. 153.4 TCE). Conviene por tanto examinar, aunque de manera breve, el contenido y el ámbito de aplicación de la misma, ya que dicho estudio nos permite observar de forma nítida la recepción por parte de la Directiva de los principios contenidos en el art. 153 A TCE.

Después de indicar el procedimiento utilizado en la adopción de la Directiva —procedimiento de codecisión, regulado en el art. 189 B TCE (251 TCE en la actualidad) y previsto de forma expresa en el art. 153.3 b) TCE para la adopción de acciones concretas de protección del consumidor—, pasa a enumerar los diversos motivos que han llevado a las Instituciones comunitarias⁷⁵ a promulgar la siguiente Directiva.

En primer lugar, resalta la importancia que tiene en el funcionamiento del mercado una correcta información de los consumidores, sin ligar dicha protección a la realización del mercado interior —finalidad propia de las medidas que toman como

⁷⁴ DOCE L 80, de 18 de marzo de 1998.

⁷⁵ Recordemos que el art. 129 A.1 TCE establece que *la Comunidad* contribuirá..., expresando su deseo de que las Instituciones comunitarias intervengan a la hora de adoptar medidas y acciones de protección de los consumidores.

base jurídica el art. 129 A.1.a⁷⁶)—, aspecto que debe destacarse, pues hasta este momento, todas las actuaciones encaminadas a la protección de los consumidores habían tomado como base jurídica el art. 100 A TCE. Esta autonomía, respecto de la consecución del mercado interior, es justificada por el Consejo y el Parlamento Europeo que consideran que resulta preciso garantizar a los consumidores un nivel elevado de protección, mediante acciones específicas en «lo que se refiere a una información detallada, transparente e inequívoca de los consumidores sobre los precios de los productos que se les ofrecen» (considerando 2.º).

En segundo lugar, se expresa el carácter subsidiario de la política comunitaria de protección de los consumidores, indicando que la Comunidad contribuirá a garantizar un nivel elevado de protección «mediante acciones específicas que *apoyen y complementen* la política seguida por los Estados miembros». Hay que insistir, de todas formas, que dicho carácter subsidiario, no implica que las acciones específicas que se adopten tengan un valor secundario, respecto de las medidas de protección del consumidor adoptadas en virtud del art. 100 A TCE, sino que aquéllas tienen una finalidad única —la protección de los consumidores— y, estas últimas su finalidad es doble —la protección de los consumidores y la consecución del mercado interior.

En tercer lugar, la Directiva incluye una cláusula de mínimos en su art. 10: «la presente Directiva no obstará para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones más favorables en materia de información de los consumidores y de comparación de precios...». La utilización de este tipo de cláusulas puede resultar un tanto ambigua en el desarrollo de una política de protección de los consumidores. Si la finalidad de dicha política es la consecución de un alto nivel de los consumidores, resulta lógico que las Directivas que se adopten no vayan a tomar como referencia del nivel de protección, el del Estado miembro que sea más elevado⁷⁷. Por lo que si la Directiva adopta un elevado nivel de protección pueden ocurrir dos cosas: o bien el Estado miembro receptor dispone de un nivel más elevado de protección, en cuyo caso podrá mantener las medidas nacionales, tal y como se desprende del art. 153.5 TCE, o si el Estado receptor tiene un nivel inferior al expresado en la Directiva, deberá adaptar a ésta su normativa interna. En consecuencia, no parece consecuente, desde el punto de vista comunitario, el permitir que aquellos Estados que gozan de un nivel de protección más elevado que el expresado en la Directiva, puedan no sólo

⁷⁶ Las medidas de protección del consumidor adoptadas conforme al art. 100 A, reflejan claramente su vinculación con la consecución del mercado interior, indicando este nexo de unión en sus exposiciones de motivos. Así, por ejemplo la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos (DOCE L 228, de 11 de agosto de 1992), o la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (DOCE L 95, de 21 de abril de 1993) expresan claramente su nexo de unión con la política de mercado interior: «considerando que es necesario adoptar medidas para establecer progresivamente el mercado interior...».

⁷⁷ Acerca de cuál va a ser el nivel de protección nos remitimos al examen que hemos realizado en las páginas anteriores.

mantener sus disposiciones (lo que resulta lógico desde la perspectiva de garantizar un alto nivel de protección a los consumidores), sino además adoptar nuevas medidas de protección, ya que de esta manera lo único que se consigue es incrementar las diferencias entre los consumidores europeos, en vez de equipararlas, resultado que no pensamos que sea el que persigan las Instituciones comunitarias. Si bien, cabe interpretar que la Comunidad acomete la labor de armonización a través del empleo del art. 95 TCE (utilizado en la mayoría de las directivas de protección de los consumidores), dejando el art. 153.3 b) TCE para un uso pro futuro, cuando se hayan equiparado en mayor manera las reglamentaciones de los Estados miembros.

Finalmente, se prevé la obligación establecida en el art. 129 A.3 (actual 153.5 TCE) TCE a los Estados miembros, de comunicar a la Comisión las disposiciones que hagan referencia a la presente Directiva (art. 11.1), así como el deber de respetar las obligaciones que les incumben en virtud del presente Tratado, en el caso se adoptan o mantienen medidas de mayor protección que las establecidas o la Directiva.

En líneas generales, la Directiva contiene una regulación general y flexible de la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores⁷⁸, permitiendo la adopción de diversas variantes, a los Estados miembros, como por ejemplo cuando el art. 5 dispone que «los Estados miembros podrán eximir de la obligación de indicar el precio por unidad de medida respecto de los productos para los cuales esta indicación no será útil a causa de su naturaleza o destino, pueda suscitar confusión», o cuando el art. 3.2 establece que «los Estados miembros *podrán optar* por no aplicar...».

2.2. El empleo de instrumentos jurídicos de carácter no vinculante

En el desarrollo de la política comunitaria de protección de los consumidores se ha recurrido frecuentemente al empleo de medidas no normativas, debido en gran parte, como hemos señalado a lo largo de nuestra exposición, a la ausencia en el TCEE de una base jurídica expresa que permitiera el desarrollo de este tipo de medidas. Ello ha conllevado a la proliferación de numerosos instrumentos (resoluciones, dictámenes, recomendaciones, Libros Verdes...) cuyo contenido y su posible repercusión, tanto en las normas comunitarias, como en las dictadas por los Estados miembros, resulta incuestionable. Por medio de este tipo de fórmulas se han ido abriendo caminos y madurando soluciones que han tenido su posterior reflejo en diversos textos normativos de consumo (por ejemplo, en el propio TCE).

No obstante, si existe algún rasgo común, entre todos estos tipos de instrumentos, es el de su no vinculatoriedad⁷⁹ (a excepción de las Decisiones previstas en el art. 249

⁷⁸ La Directiva define a los consumidores como «cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional» (art. 2.e)).

⁷⁹ Algunos autores ante el recurso por parte de las Instituciones comunitarias a instrumentos no normativos en la política de protección de los consumidores, han hablado de que hay una tendencia a la desregulación en esta materia. En este sentido, BOURGOIGNIE habla del empleo de técnicas de *soft law* en determinados

TCE) esto es, la no producción, en principio, de efectos jurídicos. Esta afirmación debe ser, no obstante, matizada, pues como señala ALONSO GARCÍA, la «ausencia de efectos vinculantes no implica *per se* ausencia de efectos jurídicos», pues el empleo de estos instrumentos «puede servir de parámetro interpretativo del *hard* —o *proper law*—; o para atenuar las responsabilidades que pudiera derivar de las infracciones de éste, en cuanto sometido el infractor de buena fe a las pautas marcadas por aquél; o incluso para determinar la entrada en juego de principios generales del derecho dotados, estos sí, de fuerza obligatoria»⁸⁰. En definitiva, a este tipo de instrumentos se les pueden atribuir ciertos efectos jurídicos, que en el ámbito de la política comunitaria de protección de los consumidores suelen ir encaminados en una doble dirección: por un lado, como elementos de preparación de futuras intervenciones normativas de carácter imperativo; y, por otro, en cuanto parámetro de interpretación de las normas jurídicas comunitarias, por parte de los operadores que deben aplicarlas.

A) Actos típicos

Reciben la denominación de actos típicos los expresamente enunciados por el art. 249 TCE, es decir, los reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. Han sido igualmente calificados, como actos funcionales, debido a que tienen como característica común la de referirse a la realización de la misión de las Instituciones⁸¹. Por lo que se refiere a nuestro estudio, nos centraremos en el estudio de aquellos actos típicos de contenido no normativo, y que a través de los cuales, se han desarrollado acciones tendentes a la protección de los intereses de los consumidores.

a) Decisiones

La decisión se encuentra definida en el párrafo 4 del art. 249 TCE y se caracteriza por ser «obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios». Esta definición, nos enfrenta ante un acto jurídico individual dirigido a uno o varios destina-

aspectos de la política comunitaria de consumo, admitiendo que la utilización de mecanismos que carecen de efectos normativos puede producir ciertas ventajas frente a las medidas legislativas como pueden ser: la mayor flexibilidad de modificación de estos instrumentos no normativos o la posibilidad de una mayor participación directa de los consumidores en su elaboración, BOURGOIGNIE, Th., «Consumer law...», *op. cit.*, p. 184. Igualmente sobre la utilización de estas técnicas de *soft law*, pueden consultarse con más detalle, FREEDMAN, S., «The non-legislative role of the European Commission towards integration of consumer law and policy» en *European Consumer Law* (Ed. Thierry Bourgoignie), Cabay/Bruylant, 1981, pp. 291 y ss.; WELLENS, K. C./BORCHARDT, G. M., «Soft Law in European Community Law», *European Law Review*, vol. 14, 1989, pp. 285 y ss.; HUYSE, L./PARMENTIER, S., «Decoding codes: the dialogue between consumers and suppliers through codes of conduct in the European Community», *Journal of Consumer Policy*, núm. 13, 1990, pp. 253 y ss.

⁸⁰ «El *soft law* comunitario», *RAP*, núm. 154, p. 64.

⁸¹ Vid. LOUIS, J. V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, Comisión Europea/Perspectivas Europeas, 1993, pp. 109 y ss.

rios, ya sean estos particulares o los Estados miembros, a los que obliga en la totalidad de los elementos contenidos en la decisión. A diferencia de los reglamentos y de las directivas, que tienen carácter abstracto y general, las decisiones no son actos normativos, sino actos individuales. La identificación concreta del destinatario o destinatarios es la que le otorga éste carácter de acto jurídico individual⁸².

En el campo de la protección de los consumidores no se ha recurrido con frecuencia al uso de este instrumento y, se ha empleado principalmente para completar las acciones desarrolladas por otros instrumentos⁸³.

Así, vemos que, por ejemplo la Decisión 89/358/CEE, de la Comisión, de 23 de mayo de 1989⁸⁴, por la que se establecen medidas para la aplicación del art. 8 de la Directiva 85/358/CEE del Consejo⁸⁵, desarrolla el deber que tiene la autoridad competente de un Estado miembro afectado por alguna de las sustancias determinadas en la Directiva (en general aquellas destinadas a administrarlas a los animales para su engorde), a comunicarlo sin demora a las autoridades competentes de los demás Estados miembros.

Otro caso en que se han utilizado el instrumento de las decisiones, si no para completar las directivas, sí para ayudar a su elaboración y aplicación, es cuando mediante ellas se han creado comités para ayudar con su asesoramiento, a tomar medidas necesarias en el campo de la protección de los consumidores. Así, por ejemplo la Decisión 95/260/CE de la Comisión, de 13 de junio de 1995, por la que se crea un Comité de los consumidores⁸⁶. Dicho Comité está compuesto por representantes de organizaciones europeas y de organizaciones e institutos nacionales de consumidores y, tiene por misión asesorar a la Comisión en todos aquellos problemas relacionados con la protección de los intereses de los consumidores a nivel comunitario.

Finalmente, y tomando como base jurídica el art. 129 A.2 TCE (actual 153.3)⁸⁷, tenemos la Decisión 3092/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 1994, por la que se establece un sistema comunitario de información sobre los accidentes domésticos y de ocio⁸⁸ y, la Decisión 95/184/CE del Consejo, de 22

⁸² Vid. ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel Derecho, 1988, pp. 138 y ss.

⁸³ Esta línea de actuación no parece que vaya a cambiarse en las próximas acciones específicas que las Instituciones comunitarias vayan a adoptar en el campo de la protección de los consumidores, como se deduce tanto de la Comunicación de la Comisión «Prioridades de la política de los consumidores 1996-1998» (COM (95) 519 final, Bruselas, 31 de noviembre de 1995), como del *Informe General sobre la actividad de la Unión Europea (1997)*, Comisión Europea, Bruselas-Luxemburgo, 1998, pp. 235 y ss.

⁸⁴ DOCE L 151, de 3 de junio de 1989.

⁸⁵ Directiva 85/358/CEE del Consejo, de 16 de julio de 1985, por la que se complementa la Directiva 81/602/CEE, referente a la prohibición de determinadas sustancias de efecto hormonal y de sustancias de efecto tireostático (DOCE L 191, de 23 de julio de 1985).

⁸⁶ DOCE L 162, de 13 de julio de 1995.

⁸⁷ La Comisión ha presentado recientemente, una Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco general de las actividades comunitarias en favor de los consumidores (COM (97) 684 final, Bruselas, 28 de enero de 1998), que toma como base jurídica el art. 129 A TCE.

⁸⁸ DOCE L 331, de 21 de diciembre de 1994.

de mayo de 1995, por la que se modifica la Decisión nº 3092/94/CE relativa a la creación de un sistema comunitario de información sobre los accidentes domésticos y de ocio⁸⁹. En dichas Decisiones, se prevé que debido a una mayor circulación de los productos en el mercado interior, resulta necesario prever una acción específica que permita, en dicho mercado interior, la detección de los productos implicados en accidentes y la combinación de circunstancias que pueden provocar dichos accidentes. Para ello, es conveniente que las autoridades nacionales dispongan de instrumentos suficientemente homogéneos⁹⁰ para que, en su caso, las conclusiones de un estado miembro puedan ser aprovechadas en los demás Estados miembros, así como a nivel comunitario.

b) Recomendaciones y dictámenes

La característica fundamental de ambos instrumentos es que no son vinculantes, como establece el art. 249 TCE en su párrafo 5. Constituyen, no obstante, instrumentos muy útiles de orientación para los Estados miembros, aunque como apunta KRÄMER, respecto de las recomendaciones, sólo tendrán verdadero valor si los Estados miembros se muestran receptivos hacia su contenido, ya que de lo contrario «no desempeñarán ningún papel importante respecto a la protección de los consumidores»⁹¹.

Para SOLDATOS y VANDERSANDEN, aunque la recomendación sea un acto desprovisto de fuerza obligatoria no se puede decir que jurídicamente no produzca efectos. Ciertamente no puede producir efectos directos, pero sí puede producir ciertos efectos indirectos, por lo que en opinión de estos autores no se le puede negar carácter jurí-

⁸⁹ DOCE L 120, de 31 de mayo de 1995. Esta Decisión, realmente no modifica el contenido de la Decisión 3092/94/CE, sino que fue promulgada tras la adhesión a la Comunidad de Finlandia, Suecia y Austria y en la que se prevén los recursos financieros comunitarios para la aplicación del sistema, así como el número de hospitales que estos Estados ponen al servicio de este sistema de información sobre accidentes domésticos y de ocio.

Esta Decisión ha sido objeto de un recurso de anulación, interpuesto por el Parlamento Europeo, en virtud de sus prerrogativas, debido a la base jurídica utilizada en la adopción de dicha Decisión. En vez de recurrir al uso del art. 129 A.2 TCE, que prevé que las acciones que se adopten en base a este precepto seguirán el procedimiento de codecisión, se recurrió al art. 169 del Acta de Adhesión de dichos Estados, que prevé un procedimiento distinto en el que no participa el Parlamento Europeo. El TJCE en su sentencia *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea (C-259/95)* desestimó el recurso ya que no violaba el contenido de la Decisión 3092/94/CE, y por tanto, tampoco incidía negativamente en las prerrogativas del Parlamento Europeo.

⁹⁰ Conviene recordar que aunque el instrumento más utilizado para la armonización de legislaciones ha sido la Directiva, nos podemos encontrar con Decisiones que persigan un objetivo similar. Aunque las decisiones son instrumentos de naturaleza jurídica distinta a la de las directivas, resulta indudable que aquellas decisiones que vayan dirigidas a la totalidad de los Estados miembros y que, además persiga como objetivo la adopción de medidas nacionales de alcance general, se presenta entonces como un instrumento de *legislación indirecta* que no deja de recordar a la directiva. *Vid.* con más detalle MILLÁN MORO, L., *La armonización...*, *op. cit.*, p.357 y ISAAC, G., *Manual de...*, *op. cit.*, p.139.

⁹¹ KRÄMER, L., *La CEE...*, *op. cit.*, p.49.

dico⁹², aunque reconocen, que dependerá en gran parte de la voluntad de los Estados miembros de introducir en su Derecho interno las medidas normativas necesarias para adecuarse a la recomendación, como afirmaba anteriormente KRÄMER.

El recurso al instrumento de la recomendación como modo de intervención en el ámbito de la política comunitaria de protección del consumidor, aunque ha sido relativamente escaso en comparación con otros sectores de la actividad comunitaria, va cobrando cada vez más importancia dentro del campo del consumo e incluso, a veces, se presenta como una alternativa a la directiva⁹³. En este sentido, la nueva 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 negociados a distancia⁹⁴, destaca la importancia de que las normas vinculantes básicas, se complementen con disposiciones voluntarias, como las establecidas en la Recomendación 92/295/CEE de la Comisión, de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia⁹⁵.

La recomendación puede ser un instrumento, que permita en el campo de la protección de los consumidores, un acercamiento de las posturas entre éstos y los productores y empresarios, y que, por tanto, la Comisión debe esforzarse en fomentar. El Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores, recoge esta preocupación en su punto n.º 6, afirmando que, «aunque en numerosos casos siguen siendo necesarias acciones legales, tanto a nivel nacional como comunitario, para garantizar a los consumidores el ejercicio de sus derechos fundamentales (...) la aplicación de determinados principios puede buscarse también por otras vías, tales como el establecimiento de acuerdos específicos entre los diversos interesados, que tendrían la ventaja de dar al consumidor garantías suplementarias en materia de buenas prácticas comerciales. La Comisión procurará facilitar la elaboración y la celebración de tales acuerdos (...)»⁹⁶.

⁹² Vid. SOLDATOS, P./VANDERSANDEN, G., «La recommendation, source indirect du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté Economique Européenne», en *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté Economique Européenne* (Ed. M. Waelbroeck), Institut d'Etudes Européennes, Bruselas, 1976, pp. 95 y ss.

El TJCE en la sentencia *Grimaldi*, de 13 de diciembre de 1989 (C-322/88), Rec. 1989, p. 4407, estableció, respecto de las recomendaciones de la Comisión, de 23 de julio de 1962, relativas a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales, y 66/462, de 20 de julio de 1966, relativa a las condiciones de indemnización de las víctimas de enfermedades profesionales, que deberán ser tenidas en cuenta por parte de los jueces nacionales para la resolución de los litigios que se les sometan, especialmente cuando puedan aclarar la interpretación de otras disposiciones nacionales o comunitarias, vid. LOUIS, J. V., *El ordenamiento...*, op. cit., p. 118.

⁹³ Vid. BOURGOIGNIE, Th., *Elementos...*, op. cit., p. 356.

⁹⁴ DOCE L 144, de 4 de junio de 1997.

⁹⁵ DOCE L 156, de 10 de junio de 1992.

⁹⁶ Resolución del Consejo, de 19 de mayo de 1981 (DOCE C 133, de 3 de junio de 1981).

Por lo que se refiere a los dictámenes, al igual que las recomendaciones, carecen de carácter vinculante para sus destinatarios. No obstante, pese a no tener carácter obligatorio, los dictámenes pueden tener efectos jurídicos y políticos considerables, en la medida en que pueden ser preceptivos o preparatorios, de actos comunitarios obligatorios. Se puede hablar, en este sentido, de una eficacia *ad intra*, de tal manera que la inobservancia de la emisión de un dictamen, por parte de la Institución correspondiente, puede dar origen a un recurso por anulación, conforme a lo establecido en el art. 230 TCE (nulidad de la disposición adoptada por vicio sustancial de forma). En el art. 153.4 TCE, se prevé que para la adopción de las acciones reguladas en la letra *b*) del apartado 3 del art 153, se deberá consultar al Comité Económico y Social⁹⁷ (en este mismo sentido, podemos mencionar el dictamen que debe emitir el Parlamento Europeo en el procedimiento de codecisión, que es el que debe utilizarse para la adopción de acciones concretas de protección del consumidor, conforme establece el art. 153.4 TCE).

Respecto a la eficacia *ad extra* de los dictámenes de las Instituciones comunitarias, carecen de una eficacia vinculante, aunque sí que ostentan una cierta eficacia política, que indudablemente repercutirá en la adopción de futuras medidas comunitarias. En el ámbito de la protección de los consumidores, han sido frecuentes los dictámenes de iniciativa propia, adoptados por el Comité Económico y Social, que han servido para impulsar la política comunitaria de consumo, ante la pasividad mostrada en diversos momentos por otras Instituciones, como la Comisión y el Consejo⁹⁸.

B) Actos atípicos: en concreto, la planificación comunitaria de la protección de los consumidores

Se alude generalmente bajo esta denominación, a aquéllos actos de las Instituciones comunitarias que no han sido previstos por el Tratado⁹⁹.

Dentro de este tipo de actos, hay algunos que sólo tienen un alcance puramente interno (son los relativos a la organización y al funcionamiento de los órganos comunitarios) y, por lo tanto, sólo producen efectos en las relaciones interinstitucionales;

⁹⁷ Así, por ejemplo el Dictamen sobre «La Comunicación de la Comisión sobre prioridades de la política de los consumidores (1996-1998)» (CES 889/96, Bruselas, 10-11 de julio de 1996) o el Dictamen sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica 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» (CES 115/98, Bruselas, 28-29 de enero de 1998).

⁹⁸ De esta forma, conforme al art. 23.3 del Reglamento Interno del Comité Económico y Social, de 2 de junio de 1994, el CES ha elaborado diversos dictámenes de iniciativa, de indudable valor, para la protección de los consumidores, entre otros caben mencionarse los siguientes: Dictamen sobre «La realización del mercado interior y la protección de los consumidores» (DOCE C 339, de 31 de diciembre de 1991); Dictamen sobre «Mercado único y protección de los consumidores: oportunidades y obstáculos en el gran mercado» (CES 1309/95, Bruselas, 22-23 de noviembre de 1995); Dictamen sobre «Los consumidores en el mercado de los seguros (Observatorio del Mercado Unico)» (CES 116/98, Bruselas, 28-29 de enero de 1998)

⁹⁹ Vid. ISAAC, G., *Manual de...*, op. cit., p. 151; LOUIS, J. V., *El ordenamiento...*, op. cit., pp. 118 y ss.

mientras que otros, surten efectos fuera del ámbito institucional, y tienen un carácter específico respecto a las categorías establecidas en el art. 249 TCE. La naturaleza de este tipo de actos es un tanto oscura y los efectos jurídicos que pueden producir son de carácter indeterminado, por lo que realmente lo único que puede afirmarse respecto a estos actos, es que constituyen una realidad dentro del ordenamiento jurídico comunitario.

En opinión de LIÑÁN NOGUERAS, «esta sospechosa creatividad institucional», se puede explicar tomando como punto de referencia dos aspectos:

- a) por relación a su origen que puede provenir de aquellas zonas sobre las que pesa una cierta debilidad en la determinación de la competencia (zonas grises), pero que no excluyen ciertas posibilidades de actuación institucional y en las que, por diferentes motivos, se prefiere evitar el uso de los actos típicos;
- b) por la concepción no formal de su función de control por parte del TJCE que, ha extendido su control a todo acto destinado a producir efectos jurídicos con independencia de la forma o denominación que adopte ¹⁰⁰.

En el desarrollo de la política de protección de los consumidores, las Instituciones comunitarias han recurrido frecuentemente al uso de éste tipo de actos. En este sentido, han dictado «Resoluciones», «Programas», «Libros Verdes», etc., a través de los cuales han contribuido a ir desarrollando una, cada vez más amplia, política comunitaria de protección de los consumidores.

Aunque, como hemos indicado anteriormente, este tipo de actos no produce efectos jurídicos vinculantes, es indudable que mediante estas actuaciones se han ido estableciendo los principios y las bases de la política comunitaria de protección al consumidor, lo que implica que sí que se desprenden de ellos algunos efectos, aunque sean meramente políticos o indicativos de hacia dónde van a encaminarse las futuras actuaciones comunitarias de carácter vinculante.

Del mismo modo, desde la perspectiva de los Estados miembros, los denominados actos atípicos, son un punto de referencia importante de cara a la adopción de medidas nacionales de protección del consumidor. El art. 153 TCE, establece el carácter subsidiario de la política comunitaria de protección de los consumidores, lo que implica que en esta materia el nivel básico de protección, con carácter general, lo vamos a encontrar en las reglamentaciones nacionales. La finalidad esencial, por tanto, de los actos atípicos, es la de proporcionar a los órganos nacionales encargados de la protección del consumidor, una serie de directrices, que sin ser obligatorias, puedan establecer unas bases comunes de actuación. Ello no impide, cuando sea necesario, una actuación a nivel comunitario, sobre aquéllos problemas que a nivel nacional no puedan ser resueltos de manera satisfactoria, recurriendo en estos casos a la utilización de instrumentos jurídicos vinculantes, lo que casa perfectamente con el carácter subsidiario de esta política comunitaria.

¹⁰⁰ Cfr. MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y...*, op. cit., pp. 375 y ss.