

Las políticas de la Unión Europea y su influencia sobre la distribución comercial minorista

Gonzalo Sanz Pérez*
Mónica Fernández Sánchez*

En el presente artículo, los autores realizan un repaso de cuál ha sido la evolución de las distintas políticas de la Unión Europea en materia de mercado interior y de defensa de los consumidores y de cómo éstas han tenido una influencia creciente en el ámbito de la distribución comercial minorista.

Palabras clave: distribución comercial minorista, políticas económicas, mercado interior, defensa del consumidor, Unión Europea.

Clasificación JEL: L81.

1. Planteamiento

La concepción del Derecho Económico Europeo como columna vertebral del Derecho Comunitario y su capacidad para «*cambiar formas estatales y (...) culturas legales*» (1) es algo asumido sin dificultad, así como su influencia en aspectos sociales alejados de la estricta problemática económica. Por lo tanto, no extrañará que un sector esencial de la economía, como es la distribución comercial, resulte afectado de lleno por el nuevo marco normativo integrador. Como

señalaban recientemente Casares Ripol y Martín Cerdeño (2), al sector de la distribución le afectan tanto las medidas realizadas desde una óptica multisectorial, que son las que tienen un mayor impacto, como también las diseñadas desde una óptica específicamente comercial, aunque se trate de una política que ha dado pocos frutos (3). En el presente artículo

* Administradores Civiles del Estado.

Los dos autores quieren agradecer a Aurelio del Pino González, Subdirector General de Comercio Interior en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, sus orientaciones y comentarios, así como imputarle los aciertos que puedan encontrarse en este artículo, siendo los errores exclusiva responsabilidad de los autores.

(1) MICKLITZ, H. W. y WEATHERHILL, S. *European Economic Law*. 1997, página XXII.

(2) CASARES RIPOL, Javier, y MARTÍN CERDEÑO, Víctor J.: «Evolución de la distribución comercial y de los hábitos de compra: del dualismo al poliformismo». *Información Comercial Española*, número 811, diciembre 2003, «25 años de Constitución: la economía española en el periodo constitucional», página 349.

(3) El enfoque específicamente sectorial lo representa básicamente la Comunicación de la Comisión sobre el comercio intracomunitario, el sector comercial y la plena realización del mercado interior: «*Hacia un mercado único de la distribución*», COM (91) 41, el Libro Verde de la Comisión sobre el comercio, COM(96) 530, y el consecuente Libro Blanco de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el comercio COM (1999) 6. También se pueden citar algunas iniciativas normativas



COLABORACIONES

pretendemos analizar sintéticamente las pautas que ha seguido la evolución de la legislación comercial comunitaria, entendiendo por tal, en sentido amplio, toda la que afecta directamente al sector de la distribución comercial. Por imperativos espaciales nos centraremos en el núcleo duro de la legislación comercial comunitaria, que es la legislación de protección del consumidor (B2C), y también por ser ésta la que cuenta con un mayor acervo. Tampoco se nos escapan las implicaciones que pueden tener las relaciones del Derecho de Consumo europeo con el Derecho Privado General, y las consecuencias que esto puede suponer en la futura evolución de la política armonizadora (4).



COLABORACIONES

al margen de la política de Consumo que afecta directamente al sector comercial, como la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para la firma electrónica, la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y normas que se apliquen a la sociedad de la información o la Directiva 97/55/CE, por la que se modifica la Directiva 84/450/CE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. Asimismo encontramos regulaciones específicas en determinados sectores, como el de los automóviles, marcados por la necesidad de mantener un adecuado nivel de competencia.

(4) GRUNDMANN, Stefan: *Consumer Law, Commercial Law, Private Law: How can the Sales Directive and the Sales Convention be so Similar? European Business Law Review*, 2003, volumen 14, Issue 3, páginas 237-257. Sin entrar a valorar los argumentos que se esgrimen en referencia al ámbito (B2B o B2C) de ciertas propuestas en el ámbito de la legislación de consumo (propuesta de Directiva marco sobre prácticas comerciales desleales). En este sentido, ver también: DREXL, J.: *Community Legislation Continued: Complete Harmonization, Framework Legislation or Non-Binding Measures –Alternative Approaches to European Contract Law, Consumer Protection and Unfair Trade Practices? European Business Law Review*, 2003, volumen 14, Issue 1, páginas 557-582.

2. El origen y desarrollo del mercado interior

El marco en el que se desarrolla toda la actividad armonizadora relacionada con la distribución comercial es el de las políticas de mercado interior. Éste es uno de los proyectos más ambiciosos y portadores de progreso dentro del proceso de integración europea: el desmantelamiento de las fronteras interiores, —símbolo de las divisiones del pasado—, que ha sido desde el principio del proceso integrador el signo más claro de una realidad sin precedentes en la historia del continente.

El Tratado de la Comunidad Europea recoge en su artículo 3 la necesidad de que la acción de la Comunidad garantice un espacio en el que la competencia no será falseada, así como la aproximación de legislaciones en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común.

La consecución del mercado interior ha requerido del uso de instrumentos muy diversos, como se expone a continuación.

Desde sus orígenes la actuación de la Comunidad se centró en el establecimiento de obligaciones muy precisas para los Estados miembros a fin de desmantelar progresivamente los obstáculos existentes a los intercambios: barreras aduaneras y físicas, barreras técnicas y comerciales, barreras fiscales, restricciones monetarias, ayudas otorgadas por el Estado que afecten al comercio etcétera.

Las referidas reglas persiguen no sólo la supresión de barreras de carácter estatal que impiden el libre ejercicio de dichas libertades, sino también la de aquéllas que son consecuencia de prácticas restrictivas de reparto o explotación de los mercados imputables a las empresas (derecho de la competencia). La política de Competencia también es fuente de numerosas aporta-

ciones normativas para la actividad comercial, por ejemplo en el caso de la franquicia (5). Así, la regulación de este tipo de contratos tiene un referente a nivel europeo con la finalidad de excluir de la necesidad de autorización previa a los contratos verticales de distribución entre franquiciadores y franquiciados. También con esta misma finalidad de establecer un mercado de libre competencia en el mercado de automóviles, la distribución de vehículos está regulada directamente por una norma comunitaria en su integridad, el Reglamento de la Comisión 1400/2002 (6). A través de la política de competencia se interviene directamente en la definición de las normas generales del mercado de distribución para este tipo de bienes ya que no sólo se contemplan los acuerdos de distribución ínter empresariales, sino también cuestiones relativas a las relaciones de los empresarios con el consumidor final.

Sin embargo, la evolución de la Comunidad evidenció cómo este tipo de acción no podía garantizar por sí sola la consecución definitiva y completa de un espacio sin fronteras interiores. En numerosos casos, se constató que era necesario completar la acción de liberalización emprendida al amparo de las mencionadas reglas del Tratado con una actuación dirigida a conformar estructuras normativas comunes o armonizadas que sustituyeran, en todo o en parte, a las estructuras nacionales exis-

tentes, y garantizaran la consecución del objetivo comunitario perseguido (7).

El ideal del mercado interior, con la creación de un nivel de competencia efectiva en el que todos los agentes económicos pudieran actuar bajo iguales condiciones, y en el que las mercancías, personas y capitales pudiesen circular libremente, exigía una aproximación de los regímenes nacionales divergentes a fin de ajustarse lo más posible a un estándar uniforme único, establecido por las instituciones comunitarias. Todo ello suponía adelantarse a la competencia de los Estados miembros para mantener o introducir nuevas disposiciones nacionales que en lo sucesivo pudiesen distorsionar el objetivo del Tratado. En resumen, se consolidaba un modelo de armonización total, que trasladaba paulatinamente determinadas competencias normativas de los Estados a las Instituciones Europeas, impidiendo las regulaciones estatales en estos ámbitos.

Así, la aproximación de las legislaciones nacionales prevista en el Tratado CE se llevaría a cabo a través del art. 95 Tratado CE (en la numeración de Ámsterdam), pero el sistema de voto por unanimidad exigido debilitó progresivamente el potencial de este instrumento. Sin embargo el voto por mayoría cualificada establecido en el artículo 100ª del Acta Única Europea, y el nuevo impulso para los trabajos de armonización permitió un nuevo avance en la actividad legislativa comunitaria.



COLABORACIONES

(5) Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

(6) Reglamento (CE) número 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. El reglamento citado tiene sus antecedentes en el Reglamento 1475/95, llamado de exención por categorías Reglamento y en el 2790/99 de la Comisión de exención por categorías para los acuerdos verticales.

3. Del desmantelamiento de las barreras al reconocimiento mutuo

Un nuevo cambio en los instrumentos utilizados por la Comunidad vino motiva-

(7) MATTERA, Alfonso: *El Mercado Único: sus reglas, su funcionamiento*. Ed. Civitas, Madrid, 1991, página 191 y siguientes.

do por la conocida Sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979 «*Cassis de Dijon*»; con ella las instituciones comunitarias iniciaron una profunda reflexión acerca de la estrategia seguida en materia de armonización. La concepción de una Comunidad legisladora a ultranza y tendente a reconducir todo el arsenal legislativo nacional a un único denominador común europeo se fue abandonando. Se empezó a considerar conveniente una mayor libertad y agilidad en los intercambios de los productos legalmente fabricados y comercializados en los Estados miembros y, por esta vía, la aceptación del principio de reconocimiento mutuo. En consecuencia, ante la imposibilidad de armonizar las diversas áreas donde se localizan las barreras al mercado interior, —ya que los arsenales nacionales de normas técnicas no dejaban de crecer, de modo que las disparidades técnicas entre los Estados miembros se ampliaban a un ritmo más rápido que el de su eliminación al amparo del art. 95—, se opta por permitir la comercialización en todos los Estados miembros de los productos fabricados o comercializados legalmente en un Estado miembro, sólo con los límites establecidos en el artículo 30 (orden público, salud pública...).

Basándose en las mismas insuficiencias del enfoque armonizador y consciente de que este instrumento, tal como había sido utilizado hasta el momento, no era ya el más apropiado para lograr el objetivo del mercado interior, la Comisión propuso, en una Comunicación de 1985 (8), un «Nuevo Enfoque» en materia de armoni-

zación técnica. Se trataba de dar más protagonismo a las especificaciones técnicas contenidas en normas elaboradas por los organismos de certificación. Se excluían del «Nuevo Enfoque» los ámbitos que ya contaban con un amplio acervo comunitario (productos alimenticios, químicos y farmacéuticos, vehículos de motor...).

En la misma línea, se propuso en 1989 la introducción de mecanismos para la evaluación de la conformidad, lo que se denomina «Enfoque Global» (9). En la actualidad se constata la vigencia de estos enfoques en sus correspondientes ámbitos de aplicación (10).

4. Evolución de la política de protección de los consumidores

Para analizar las diversas estrategias armonizadoras con impacto en la legislación comercial seguidas por el legislador comunitario es necesario centrarnos en su ámbito más paradigmático, la protección de los consumidores lo cual supone un cierto reduccionismo, pero sin duda permite clarificar este aluvión legislativo: pasamos a analizar la evolución de la normativa en materia de protección de los consumidores, con especial atención a las normativas comerciales. Para ello, se debería comenzar con su reflejo en los Tratados. Originariamente, la protección de los consumidores se consideraba como una cuestión marginal dentro de la política de mercado interior. Por ello, no se contemplaba ninguna disposición específica en el Tratado de Roma; ni



COLABORACIONES

(8) La Comisión, en su Comunicación de 31 de enero de 1985 titulada «Armonización técnica y normalización: un nuevo enfoque» COM (1985)19 final —no publicada en el Diario Oficial. Seguida de la Resolución del Consejo, de 7 de mayo de 1985, relativa a una nueva aproximación en materia de armonización y de normalización; Resolución del Consejo (85/C 136/01)— Diario Oficial C 136 de 4 de junio de 1985.

(9) Resolución del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a un planteamiento global en materia de evaluación de la conformidad.

(10) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo - Reforzar la aplicación de las Directivas de nuevo enfoque COM/2003/0240 final. (No publicada en el DOUE http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2003&nu_doc=240).

quiera existía unanimidad acerca de si la Comunidad tenía o no competencia para adoptar medidas específicas de protección de los consumidores sobre la base del art. 2 CEE como un medio para «elevar los niveles de vida».

Ya a mediados de los 80 se adoptaron medidas de protección de los consumidores sobre la base del art. 94 TCE (art. 100, el cual exige un vínculo directo de la directiva con el mercado interior: Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (11), 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 o la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (todas ellas en el ámbito del Derecho privado) (12).

Esta intensa actividad normativa se enmarca dentro de diversos programas de actuación de la Comisión y resoluciones del Consejo. En 1975 se adoptó la

primera Resolución en la cual se detallaban los cinco derechos básicos de los consumidores.

Sin embargo el decepcionante avance de la legislación comunitaria a la hora de garantizar tales progresos llevó a adoptar en 1981 un segundo programa de acción, en el que no sólo se reiteran los cinco derechos básicos previamente establecidos, sino que se añade que deberá mostrarse como estos derechos se ejercen de manera efectiva.

4.1. *El Acta Única Europea*

El reconocimiento de la protección de los consumidores como política autónoma vendrá con el Acta Única Europea en 1987, si bien como parte del programa de mercado interior. De acuerdo con el art. 95.3 la Comisión a la hora de proponer medidas de aproximación de las legislaciones nacionales en relación con la defensa de los consumidores tomará como base un alto nivel de protección. En años sucesivos se adoptaron diversas e importantes directivas en materia de protección de los consumidores partiendo de este principio. Entre otras: la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos, la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, o la Directiva 1999/44/CE del Parla-



COLABORACIONES

(11) En la actualidad se encuentra modificada por la Directiva 97/55/CE, con el objeto de incluir la publicidad comparativa.

(12) Al igual que la Directiva anterior ha sido modificada por la Directiva 90/88/CEE del Consejo de 22 de febrero de 1990 y por la Directiva 98/7/CE del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 1998, ambas aportan mecanismos para el cálculo del porcentaje anual de cargas financieras para el Conjunto de la Comunidad. No obstante, en estos momentos se está trabajando en una Propuesta de Directiva que vendría a derogar a la 87/102/CE y cuyo objetivo es incrementar la protección de los consumidores en las compras transfronterizas para realizar un mercado interior en el sector del crédito al consumo.

mento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, o la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (13).

Weatherill (14) ha señalado cómo en esta etapa y como consecuencia de los esfuerzos para completar el mercado interior, especialmente a partir de 1992, se generó un nuevo concepto en la protección de los consumidores y de su relación con el mercado interior: el consumidor necesita confiar en la existencia de un conjunto mínimo de reglas de protección aplicables en toda la Comunidad a fin de estar dispuesto a comprar más allá de sus fronteras dentro de la Comunidad.



COLABORACIONES

4.2. Tratado de la Unión Europea

En 1992 con el Tratado de la Unión Europea la protección de los consumidores se reconoció como un capítulo autónomo (capítulo XI), y se añadió la «contribución al refuerzo de la protección de los consumidores» a la lista del artículo 3 de las medidas necesarias para alcanzar los fines de la Comunidad (en el art. 2).

Por primera vez, la protección de los consumidores cuenta con una base legal específica, el art.129 (153 a partir de Ámsterdam). Tal y como en el mismo se prevé, la Comunidad y no sólo la Comi-

sión en sus propuestas, contribuirá a la consecución de un nivel elevado de protección de los consumidores a través de:

- Medidas adoptadas en base al artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior.
- Acciones específicas que apoyen y complementen la política adoptada por los Estados miembros para proteger la salud, seguridad e interés económico de los consumidores y para suministrarles información adecuada.
- Estas acciones específicas no impiden que los Estados miembros mantengan o introduzcan medidas de protección más estrictas, como así ha ocurrido en la mayor parte de los casos.

La práctica ha puesto en evidencia la escasa relevancia de una base legal específica para el desarrollo de la política de consumidores como instrumento de armonización, ya que hasta la fecha tan sólo una Directiva ha sido adoptada sobre la base del artículo 153: 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 consumidores. No obstante es de destacar la repercusión de esta Directiva y de las normas nacionales que la transponen en la actividad de la distribución comercial minorista, ya que impone obligaciones directas a los comerciantes en el etiquetado de los productos en el establecimiento y en la publicidad.

El TUE introdujo dos importantes novedades:

- Da rango constitucional al enfoque de la armonización mínima.
- Introduce el principio de subsidiariedad, el cual se aplica a la política de consumidores desde el momento en que esta política no es de competencia exclusiva de la Comunidad.

(13) Esta Directiva se ha visto complementada por la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores.

(14) Autor citado por STUYCK, Jules en: *European consumer Law After the Treaty of Amsterdam: Consumer policy in or beyond the internal market?*. *Common Market Law Review*, 37, 2000, página 379.

4.3. El Tratado de Ámsterdam

La última fase en el desarrollo de la política de consumidores es la introducida en 1998 en este Tratado. Junto al cambio de numeración, (el artículo 129 pasa a ser el 153), se introducen a su vez algunas modificaciones en su articulado. De estas modificaciones:

- La de mayor trascendencia es la del artículo 153.2, conforme con la cual la protección de los consumidores será tenida en cuenta a la hora de definir y aplicar otras políticas de la Comunidad (principio de horizontalidad).
- Por otra parte se introduce que la Comunidad pueda adoptar medidas para supervisar la política adoptada por los Estados miembros.

4.4. El Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa

Ya sea o no finalmente aprobado por todos los Estados miembros como texto fundamental que enmarque la vida de la Unión en un futuro, es de especial interés hacer mención a los artículos 11 y 13 del Proyecto de Tratado en los que se delimita la participación de la Unión en este ámbito.

Así, en el artículo 13 se establece que «Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos» (entre otros):

- Mercado interior.
- Protección de los consumidores.

Previamente, en el artículo 11 se «aclaran» las implicaciones de una política compartida para las competencias de los Estados miembros y de la Unión de forma que «cuando la Constitución atribuya a la Unión una competencia comparti-

da con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros tendrán potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no hubiere ejercido la suya o hubiere decidido dejar de ejercerla» (inversión del principio de subsidiariedad).

5. Situación actual

El tema que nos ocupa, la normativa sobre distribución comercial a nivel comunitario, es sin duda una de las materias cuya evolución se ha visto más afectada por las reglamentaciones adoptadas así como por el proceso de aproximación de legislaciones seguido en el ámbito del mercado interior. Son muy numerosas y diversas las Directivas que abarcan cuestiones relativas a la actuación del sector privado y la relación que éste establece con los consumidores (B2C), y entre proveedores y distribuidores (B2B). Es precisamente aquella relación (vendedor-consumidor) la que ha centrado la atención de las instituciones comunitarias, lo que se justifica el anterior repaso de su evolución.

En este marco, a medida que el mercado interior ha ido progresivamente asentándose, han resultado indispensables nuevas políticas para garantizar el buen funcionamiento de aquél, en particular para afrontar las externalidades más negativas (en los ámbitos de medio ambiente, consumidores, energía...). En este contexto la armonización desarrollará un papel muy distinto del que jugaba tradicionalmente, aquí promueve de manera evidente unos valores comunes acerca del nivel de calidad de vida que los ciudadanos tienen derecho a disfrutar: es lo que se denomina armonización mínima.



COLABORACIONES

Este enfoque permite a los Estados miembros mantener y a menudo introducir medidas más restrictivas de aquellas aprobadas por la Comunidad, con el propósito de incrementar la protección de un interés social concreto, siempre que tales medidas sean compatibles con el Tratado. Así, la competencia estatal no se excluye por completo: la normativa comunitaria define el suelo, el Tratado el techo y los Estados miembros son libres de seguir una política nacional independiente dentro de estos parámetros (15).

La armonización mínima se ha convertido en una característica cada vez más frecuente en la regulación comunitaria; era ya un patrón común de las Directivas aprobadas en los años 70 relativas a la protección del medio ambiente, los consumidores o los trabajadores, mucho antes de su «constitucionalización» en los Tratados, con el Acta Única Europea y el Tratado de la Unión.

La armonización mínima favorece al consumidor al permitir que los Estados miembros eleven su nivel de protección, y al obligar exclusivamente a cumplir el mínimo de protección establecido, pero perjudica al mercado al permitir la supervivencia y reproducción de las barreras, ya que tolera las medidas adicionales de protección bien por un Estado o bien agrupando a conjuntos varios de Estados miembros, que establecen a su vez estándares comunes, pero no idénticos. En resumen, se trata de un escenario con serias consecuencias para la uniformidad del Mercado Único (16).

(15) Una imagen usada por WEATHERILL en «*Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community*». *Legal Issues of the Maastricht Treaty*. Ed. O'Keeffe and Twomey (Wiley, 1994)

(16) DOUGAN, Michael. *Minimum Harmonization and the Internal Market*. *Common Market Law Review*, 2000, página 853 y siguientes.

Se han desarrollado dos tesis sobre las consecuencias de la armonización mínima (17):

- *La teoría del efecto limitado* (18), que se basa en el principio de reconocimiento mutuo respecto a los productos que cumplan la normativa del país de origen que sólo debe respetar el mínimo común armonizado. En el caso en el que el Estado opte por un nivel más elevado de protección se produce una discriminación inversa o contraria (19) de los productos nacionales, que deberán competir con otros productos no sometidos a las mismas restricciones. Es la que tiene más apoyo en el Derecho Comunitario y en la práctica, a falta de especificaciones normativas concretas.

- *La teoría del efecto generalizado* (20). La normativa que desarrolla el mínimo comunitario se aplica a todos —principio de país del consumidor—. En todo caso se aplicarían los principios establecidos en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: no discriminación, interés general y proporcionalidad. Ha sido hegemónica en las Directivas de protección de los consumidores hasta la Directiva 89/552/CEE (Televisión sin fronteras).

Con el tiempo, la denominada expansión horizontal de la Comunidad, es decir,

(17) VAN HUFFEL, M.: *Rapprochement de législations intérêt général et exigences impératives : analyse critique- L'exemple du droit bancaires européen*. *Revue Européenne du Droit de la Consommation*, número 4, 1997, página 262 y siguientes. Citado por GUILLEN CARAMÉS, Javier: « El marco de la política comunitaria de protección de los consumidores ». *Revista de Derecho de la Unión Europea*, número 5, 2003, página 251.

(18) MORTELMANS: *Harmonisation minimale et droit de la consommation*. *Revue Européenne du Consommation*, número 1, 1988, página 3 y ss.

(19) MASSAGUER, J.: *Mercado Común y patente nacional (agotamiento comunitario y protección territorial absoluta)*. Bosch 1989, página 362 y ss.

(20) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ. *Derecho Comunitario y protección de los consumidores*. Actualidad Editorial, 1990, página 134.



COLABORACIONES

el aumento de sus competencias para legislar en distintas materias y sectores le ha llevado a desarrollar políticas sectoriales para proteger los intereses de los ciudadanos.

Sin embargo, la política de protección de los consumidores se ha articulado como una política secundaria, a veces denominada «de acompañamiento», por articularse en torno a la base jurídica que le otorga el artículo 95 del Tratado (mercado interior), pero incluyendo los intereses derivados de la protección de los consumidores. La evolución que ha sufrido esta política ha ido destacando paulatinamente la importancia de sus contenidos, especialmente después de las reformas introducidas por Ámsterdam, pero sin llegar a dotarle de una autonomía real.

Hoy, el debate sobre la forma más apropiada de proteger a los consumidores ocupa un lugar cada vez más central en la agenda comunitaria dado que las normas de la Unión afectan de manera creciente las políticas nacionales, profundizando en las materias armonizadas y abarcando nuevos aspectos. El enfoque que la Comunidad ha adoptado tiende a suprimir la libertad de los Estados miembros para desarrollar su propia política de consumidores: de una armonización mínima se quiere iniciar un proceso de armonización total o máxima, que garantice una mayor uniformidad a nivel comunitario.

El giro hacia una política de armonización total sería de un gran significado, tanto por sus consecuencias como por la declaración de principios que ello supondría. No sólo reduciría la libertad de los Estados para desarrollar su propia política de consumidores, sino que también pondría el foco de atención en el contenido de la política comunitaria de consumidores, ya que esta sería la única fuente

de protección de los consumidores dentro del ámbito de las medidas armonizadas (21).

Es decir, la armonización máxima impide al Estado conservar o ampliar el nivel de protección comunitarizado, por lo que puede llegar a suponer una reducción de dicho nivel en los Estados más avanzados, y supone una mayor responsabilidad en la asunción de contenidos sociales. No parece necesario llamar la atención sobre la importancia que tiene este giro para las legislaciones comerciales.

Al mismo tiempo, también hay que señalar otros cambios relevantes consecuencia de la opción por la armonización máxima.

- Por un lado se empieza a intentar introducir el Reglamento como fuente del Derecho, frente a la Directiva (la presentación el 9 de octubre de 2001 de la propuesta de Reglamento de Promoción de Ventas en el Mercado Interior por la Comisión es el primer intento en el Derecho material de Consumo).

- Por otro lado se va a optar por impulsar medidas menos constrictivas, como son las cláusulas generales, el énfasis en la información y la potenciación del *soft law* (22), incluyendo también un importante impulso a la autorregulación (23). El paradigma de esta nueva línea legislativa sería la propuesta de Directiva marco sobre prácticas comerciales desleales presentada por la Comisión con fecha de 18 de junio de 2003 (24).

(21) HOWELLS Geraint and WILHELMSSON Thomas: *Ec consumer law: has it come of age?*. European Law Review, volumen 28, número 3, junio 2003, página 370 y siguientes.

(22) Opción que ciertamente no es estrictamente nueva, GUILLÉN CARAMÉS. Op. cit., página 264.

(23) HOWELLS, Geraint: «*The Function of Soft Law in EC consumer law*» in *Law-making in the European Union* P. Craig and C. Harlow Eds. Kluwer Law International, 1998, páginas 310-331

(24) COM (2003) 356 final.



COLABORACIONES

La nueva técnica normativa estaba ya presente en el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea de 2 de octubre de 2001 (25) y encuentra reflejo en mayor o menor medida en alguna de las últimas opciones normativas presentadas por la Comisión (aparte de la propuesta de Directiva marco, principalmente la propuesta de Reglamento sobre Promoción de ventas en el Mercado Interior).

Otro tema relacionado es el proceso iniciado por la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual Europeo (26), cuyas últimas novedades son las *incluidas en el Libro Verde sobre la Transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario así como sobre su modernización (27) o las que se hallan en* de la Comunicación de la Comisión de 12 de febrero de 2003 (28) al Parlamento Europeo y al Consejo *con título «Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción».*

Sus consecuencias superan el ámbito de la estricta armonización comercial por ser mayor su campo de aplicación, pero se puede señalar que trata de una atrevida iniciativa cuyos frutos más ambiciosos, partiendo del avance realizado en el ámbito analizado en este artículo, podrían ser la creación de un germen de derecho contractual europeo

común (29), a pesar de existir numerosos obstáculos para su éxito, incluyendo los límites que impone el Tratado de la Comunidad Europea (30).

Pero sin lugar a dudas, la medida que va a tener unas mayores repercusiones, tanto sobre las legislaciones actualmente vigentes, como sobre la propia estructura del comercio minorista es la recogida en la propuesta de Directiva sobre los servicios en el mercado interior (31). A través de esta propuesta se pretende establecer un marco armonizado a nivel europeo que permita un desarrollo de las actividades de servicios con una dimensión realmente comunitaria. El verdadero revulsivo de esta norma es la revisión de todos los regímenes nacionales en materia de autorizaciones administrativas y de condiciones de prestación de los servicios, lo que afecta directamente a la regulación administrativa sobre comercio interior. Aunque la comisión señala en su propuesta que gran parte de las medidas tiene su origen en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, no es menos cierto que la concreción de los criterios del procedimiento administrativo había sido hasta la fecha una parcela reservada a los Estados en la que no se había querido intervenir a nivel comunitario.



COLABORACIONES

(25) (COM (2001)531). No publicada en el DOUE. Ver también la Comunicación de la Comisión «Comunicación de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea» (COM/2002/0289 final).

(26) COM (2001) 398 final, de 11 Julio de 2001.

(27) Con este Libro Verde, COM (2002)654 final, la Comisión Europea estudia la oportunidad de transformar este Convenio en instrumento comunitario y así proteger a las partes llamadas débiles —consumidores y trabajadores— y en especial al consumidor móvil.

(28) COM (2003) 68 final, de 12 de febrero de 2003.

(29) Es precisamente esa la hipótesis que mantiene MICKLITZ: «*Consumer law may paly the role of a predecessor in the development of a future European civil code*». MICKLITZ, Hanz-W. «An Expanded and Systematized Community Consumer Law as Alternative or Complement?» *European Business Law Review*, volumen 13: Special issue, número 6, 2002, página 598.

(30) WEATHERILL, Stephen: «*The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law: Assessing the Constitutional Basis*», *European Business Law Review*, volumen 13: Special issue, número 6, 2002, páginas 497-515.

(31) Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a los servicios en el mercado interior, COM (2004) 2 final.

6. Valoración de la normativa europea

6.1. Argumentos a favor y en contra de la armonización de la legislación comercial europea

Una vez analizado el proceso de unificación del Derecho Comercial Europeo en el marco del Derecho Privado Europeo, acelerado en los últimos años, especialmente a través de ciertas medidas en el ámbito de consumo, conviene detenerse en los argumentos esgrimidos tanto a favor como en contra de dicho proceso, y que permiten comprender mejor cual será el futuro de estas medidas que pueden modificar totalmente el panorama del Derecho comercial español.

- Cabría en primer lugar comenzar por el *argumento económico*. En coherencia con los fundamentos de las medidas individuales que configuran el germen de la codificación europea, que, como se ha visto, no es otra que la cláusula de mercado interior del artículo 95 del Tratado de la Comunidad Europea, todas estas medidas buscan eliminar barreras al mercado interior y facilitar el intercambio transfronterizo de bienes y servicios. En cada caso se identifica la barrera concreta a suprimir en base a los voluminosos estudios de la Comisión, pero también habría una base común: la necesidad de dar mayor confianza al consumidor europeo a la hora de realizar intercambios transfronterizos, una vez analizada la escasa entidad de éstos (32). Asimismo,

(32) Sólo el 13 por 100 de los consumidores europeos reconocía haber realizado transacciones transfronterizas en el 2002 (en España el porcentaje es aún menos, del 6%). PUBLIC OPINION IN EUROPE: VIEWS ON BUSINESS-TO-CONSUMER CROSSBORDERTRADE. Estudio de las DGSANCO y Empresas a partir de STANDARD EUROBAROMETER 57.2 y FLASH EUROBAROMETER 128. (http://europa.eu.int/comm/public_opinion/archives/eb/ebs_175_fl128_en.pdf). Como se ha visto en la nota número 5, esto ha sido argumentado por WEATHERILL.

desde la introducción del euro en 1999 se refuerzan estos argumentos. Efectivamente, la consecuencia de una Unión Monetaria en un continente con un mercado interior único es la de intensificar las relaciones comerciales y financieras de todos los participantes en el mercado. Derribados los obstáculos con el cumplimiento de las Directivas nacidas al amparo del Acta Única, prohibida toda restricción a los movimientos de capital y desaparecido el riesgo de cambio, el tradicional marco nacional en que se desarrollaban las relaciones comerciales y financieras ha quedado sustituido por la nueva dimensión de la zona euro. Sin embargo todavía queda un elemento distorsionador: el Derecho. Estamos ante un mercado unificado en términos económicos, tecnológicos y funcionales, pero compuesto por quince ordenamientos jurídicos. Ya no bastaría con armonizar las condiciones de acceso a la actividad económica o profesional, sino que lo que haría falta es unificar las reglas por las que se rigen los mercados, armonizar las reglas del juego. El lema «*one market, one currency*» en el que se basó el proyecto de unión monetaria debe hoy completarse con el nuevo lema «*one market, one law*» (33) En contra se suele esgrimir la relativa ausencia de comprobación empírica de la bondad de las medidas concretas para la consecución del mercado interior, la ausencia de utilidad de la armonización para las compras habituales de los consumidores (mercado local) (34) la idoneidad de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional

(33) SAINZ DE VICUÑA Y BARROSO, Antonio: «Efectos jurídicos de la introducción de la moneda única». *El futuro de la Unión Europea: Unión política y coordinación económica*. Instituto de Estudios Europeos. ED. Dykinson, 2002, página 201 y siguientes.

(34) WAGNER, Gerhard. «The economics of harmonization: the case of Contract Law», *Common Market Law Review*, número 39, 2002, páginas 995-1023.



COLABORACIONES

de mercaderías de 1980 para regular estos intercambios y otra reflexión sobre la conveniencia de relativizar la importancia del marco legal en los comportamientos empresariales (35).

- *Argumento sobre la rigidez comunitaria.* WILHELMSSON se refiere a la falta de dinamismo que supone una armonización general a nivel europeo para responder con agilidad a los cambios sociales (36).

- *Argumento identitario.* De la misma forma que los Estados nación modernos se construyeron gracias a la unificación y modernización de sus sistemas normativos, y en este sentido el paradigma es la escalada competitiva que significa el proceso de Codificación en la Europa del siglo XIX, se considera que se puede construir un sustrato de identificación común en base a la existencia de un Derecho Común, y, en esta medida, armonizar el Derecho privado sería equivalente a construir Europa. Sin embargo este argumento implícitamente contiene su propio contra-argumento, desde el momento en el que se asume que la identidad europea se fundamenta más en la convivencia en la diversidad que en los intentos de uniformización (37).

- *Argumento axiológico.* Su importancia es menor. Wilhelmsson se refiere al papel que jugó el ideario liberal en la codificación decimonónica, y puede ser analizado positivamente como una forma de reforzar estos principios a nivel europeo, o incluso como un acto de resistencia frente al poder de los agentes econó-

micos de la globalización (38). En contra se señala la dificultad para realizar una armonización general en Derecho Comercial manteniendo la óptica social que inspira los ordenamientos de los Estados miembros (por ejemplo artículo 51.3 de nuestra Constitución). Se da la paradoja de que la armonización en el ámbito del Derecho Comercial Europeo se ha producido principalmente en el marco de la política de Protección a los Consumidores, pero sin embargo, los intentos de sistematizarla, de acuerdo con lo expuesto por Lando (39), llevan siempre al mínimo común, esto es, los principios generales de todo Derecho Contractual.

7. Conclusión

Es indudable que actualmente estamos sumergidos en un complejo proceso de transformaciones de la legislación comercial a nivel europeo. Aunque tratemos de anticipar el punto de llegada nos seguimos moviendo en el terreno de las conjeturas. Sin embargo, los cambios en la regulación, tienen un impacto extraordinario en el comportamiento de los agentes económicos, motivo por el cual resulta necesario contemplar estos procesos con una cierta anticipación.

Llegados a este punto hay que matizar los posibles temores que provocan algunos recelos, más o menos fundados, a la unificación legislativa.

La armonización de la legislación comercial, ya no sólo a escala europea, ha sido una constante histórica inevitable,



COLABORACIONES

(35) WILHELMSSON, Thomas: «*The Legal, the Cultural and the Political -Conclusion from Different Perspectives on Harmonisation of European Contract Law*». *European Business Law Review*.2002, volumen 13, Issue 6, página 543.

(36) Op. cit. página 545.

(37) WILHELMSSON, T. Op. cit., página 546.

(38) MATTEI, Ugo. «*Hard Minimal Code Now. A Critique of Softness and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification*», en S. Grundmann & J.Stuyk (Eds.) *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer International 2002, página 215

(39) LANDO, Ole, y BEALE, Hugh (Eds), *Principles of European Contract Law*, I y II, Kluwer Law internacional, La Haya, 2000.

motivada por la intensificación de los intercambios culturales y comerciales. Se trata de una imparable necesidad estructural de uniformar las legislaciones comerciales, y ello está en el origen de nuestra propia tradición jurídica (40), por lo que conviene relativizar las críticas a los instrumentos de transposición y adaptación de las normas comunitarias a la legislación nacional basadas únicamente en dogmatismos académicos o identitarios.

El proceso de integración, que ha ido pasando por distintas fases, como por la de la armonización de las reglamentaciones técnicas de productos, del derecho económico de la competencia o de las normas de protección de los consumido-

res, tiende a desembocar ahora en una armonización del derecho administrativo de los Estados miembros y posiblemente en una revisión del marco general del derecho privado.

Cabría introducir un último punto de reflexión: a nadie se le escapa la paradoja que se produce al contrastar esta intensa dinámica armonizadora con el panorama fragmentado de nuestra legislación a nivel nacional derivada del sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Parece ser que estamos siguiendo caminos opuestos, que en algún momento pueden producir tensiones que no parecen convenientes para cumplir el fin que, en última instancia, tiene la legislación en este ámbito, que no puede ser otro que facilitar los intercambios y otorgar seguridad jurídica a los agentes que interactúan en el ámbito de la distribución comercial.

(40) KANNING, Arnald J.: *Domestic and Foreign Commerce as a Pathfinder for Unification of Commercial Laws of Nation-States in the 20th Century*. *European Business Law Review*, 2003, volumen 14, Issue 3, páginas 351-357.



COLABORACIONES