

Interacciones entre las directivas sobre comercio electrónico y protección al consumidor en el marco de la Unión Europea

Enrique Manuel Puerta Domínguez

Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público, Privado y de la Unión Europea Universidad Fernando III CEU (Sevilla)
Profesor Asociado del Departamento de Derecho Público, Universidad de Huelva
ORCID: 0000-0003-1816-5703

Palabras clave: Comercio electrónico, sistema, consumidor, protección, Unión Europea

Keywords: Electronic commerce, system, consumer, protection, European Union

Resumen: En principio, un sistema normativo material integral pretende en principio entablar una regulación exhaustiva de todos los aspectos para el comercio electrónico, el realizado a través de internet. Sin embargo, e-comercio conoce una situación de partida equívoca; aparecido normativamente con las bases legales del antiguo Tratado de la CE relativas al Mercado Interior (redacción 1986 con relación al Acta Única Europea) y sus principios generales, se ve corregir en su protección al e-consumidor desde los instrumentos emitidos desde la Política Común correspondiente. Ello determina un contexto en el que, si bien se producen indudables efectos correctores, no sólo normativos, sino ocasionalmente a cargo de la jurisprudencia europea, no escasean los aspectos de conflicto, cuando no antinomias y equívocos.

Interactions between the directives on electronic commerce and consumer protection within the framework of the European Union

Abstract: In principle, a comprehensive material regulatory system aims in principle to establish exhaustive regulation of all aspects of electronic commerce, that



carried out through the Internet. However, e-commerce faces an ambiguous starting situation; appeared normatively with the legal bases of the old EC Treaty relating to the Internal Market (1986 draft in relation to the Single European Act) and its general principles, it is corrected in its protection of the e-consumer from the instruments issued from the corresponding Common Policy. This determines a context in which, although there are undoubted corrective effects, not only normative, but occasionally by European jurisprudence, there is no shortage of aspects of conflict, if not antinomies and misunderstandings.

I. Introducción

El comercio *online*, si cabe la muestra más significativa de la última globalización propiciada desde las conocidas, sea como «Nuevas Tecnologías» (NNTT), sea como «Tecnologías de la Información y Comunicación» (TIC), dado que ya no son tan nuevas por lo que atañe a nuestras vidas, registra al parecer una noción unánimemente compartida por un gran número de habitantes del mundo, mientras que, al mismo tiempo, el tratamiento que se depara dicho fenómeno conoce tratamientos muy diversos desde los diferentes centros de poder, no sólo político, sino asimismo económico, representado por las grandes empresas tecnológicas y de distribución *online* en que se divide ese mismo universo global. Internet es el motor tecnológico y uno de los símbolos manifiestos de la globalización. La red ofrece al consumidor nuevas posibilidades posibilitar contactos inmediatos entre proveedores y clientes establecidos en rincones muy alejados unos de otros, que resultaban incocebibles en la era «pre-telemática». Las posibilidades de elección aumentan, la competencia comercial se intensifica, los agentes económicos, mucho mejor informados se benefician reciprocamente; pero, como medio de comunicación desligado de los territorios nacionales, internet viene suscitando temores de ser un fenómeno fuera del control de las Leyes y autoridades nacionales, y que elude asimismo en gran medida una supervisión confiada tradicionalmente a controles políticos que ejercen su poder sobre espacios y territorios que son físicamente limitados. Quedan así ligadas a internet diversas cuestiones, unas más racionales que otras, ligadas al fenómeno mismo de la globalización tecnológica, aspectos incrementados exponencialmente a resultados de la pandemia, como sin ir más lejos el autor de este artículo ya ha puesto de manifiesto en su momento¹.

En realidad, el problema no radica tanto en la dimensión internacional de internet, sino en el hecho de que normativas territoriales divergentes traten de regular, sin éxito, unas situaciones que presentan una configuración transnacional que superan o trascienden esos mismos entornos espaciales físicos. El desafío que enfrenta la Ley en su acepción tradicional de cara a la realidad de internet es la de construir puentes coherentes de cara

1 PUERTA DOMÍNGUEZ, E. M. «Adquisición mediante comercio electrónico de productos defectuosos y estado de pandemia mundial; garantías para el consumidor desde los Reglamentos de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea», en *Hacia la creación de un nuevo orden internacional pospandemia: el rol de los distintos procesos de integración en Europa y en América Latina*, AA. VV. MOLINA DEL POZO, C. F., JIMÉNEZ CARRERO, J. A. (Coords.), Colección Jurídica, Editorial del Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2021, p. 281.

a la realidad global que representa el ciberespacio. Así las cosas, y a pesar de sus incuestionables ventajas, el comercio electrónico ha traído nuevos riesgos legales desconocidos desde la óptica del comercio convencional. Dichos riesgos existen tanto para empresarios como para consumidores, si bien los grandes empresarios del sector del comercio electrónico parecen estar por encima de esas legalidades nacionales o territorialmente configuradas. Ante semejante problemática, la Unión Europea en cuanto agente económico del primer nivel debe tomar una posición. Ésta como veremos distaría una vez más (como igualmente ha ocurrido para la protección de programas de ordenador o en la gestión de la protección de datos personales) con la seguida desde otros entornos de poder, concretamente Estados Unidos y China.

II. La protección al consumidor *online* en el contexto mundial; predominio de la autorregulación y su descarte por la Unión Europea

Los países no europeos más avanzados acabados de citar, movidos por una tradición contractualista se abonan a los mecanismos de autorregulación confiados a los propios actores económicos, a quienes se confía, digámoslo así, la tarea de ser depositarios de la protección de los consumidores. Tales países son sustancialmente Estados Unidos y China, nación ésta última que se inspiró en modos norteamericanos para su peculiar transición a ese peculiar capitalismo de Estado, tutelado desde el partido único que sigue siendo formalmente comunista, en lo que concierne a la actividad desempeñada por los agentes económicos. Dentro del ciberespacio, realidad virtual no física pero transnacional por naturaleza, el enfoque de autorregulación por parte de los agentes interesados vino ejerciendo una gran fascinación, fenómeno aún presente en la actualidad. Éste se basa en las reglas adoptadas por las organizaciones empresariales y de consumidores, así como en los instrumentos desarrollados por las fuerzas del libre mercado. Como este concepto no contempla la adopción de reglas estrictas de protección por parte de los diversos poderes públicos, la autorregulación podría sortear los obstáculos que impone la regulación más tutiva o proteccionista (característicamente europea) al comercio electrónico transnacional. La doctrina desde entonces se plantea incluso un horizonte en función del cual el medio de internet transmuta en sí el concepto mismo de comercio².

Si bien Europa pareció sumarse en un primer momento al perfil de la autorregulación, el peso de toda la armonización preferente en materia de consumidores antes incluso de la aparición del fenómeno de internet y del comercio ligado a éste determinaron la opción completamente diferente que existe a nivel europeo; protectora y exhaustivamente com-

2 LEROYER, A. *L'épreuve d'Internet. Faut-il recodifier le droit de la consommation?* Economica, París, 2002, p. 169.

pletiva en todos los aspectos imaginables del Derecho sustantivo material aplicable³ A

- 3 Debe saberse que en los momentos iniciáticos de la consolidación de internet en el cambio del S. XX al XXI, la gran iniciativa europea en materia de autoregulación se produjo en el marco del cononocido como Diálogo Global de Negocios sobre Comercio Electrónico, o *Global Business Dialogue on Electronic Commerce*, conocido bajo sus siglas en inglés GBDe. Esta iniciativa, si bien de origen europeo, conoció cierta adhesión inicial desde otros entornos, concretamente el norteamericano; efectivamente, en el marco del citado GBDe, cerca de cien empresas en los sectores de medios, de la industria de internet y telecomunicaciones de diversos países europeos y de fuera del Viejo continente se congregaron en enero 1999 para discutir temas regulatorios relacionados con el comercio electrónico.

Indicaremos que dos ideas principales sustentaron el centenar de recomendaciones que componían el GBDe. Así de entrada se pidió a los Estados que se abstuvieran de establecer una regulación legislativa tradicional que pudiese dificultar el comercio electrónico. Al respecto se propusieron instrumentos nacionales y transnacionales y de autorregulación que podrían reemplazar una eventual regulación legislativa, fuese nacional o europea. Sin embargo, el GBDe reconocía que la confianza del consumidor juega un papel preponderante en el desarrollo del comercio electrónico. Para asegurar dicha confianza, el GBDe adoptó tres recomendaciones relacionadas con la protección de datos personales, la resolución extrajudicial de litigios y, por último, la adopción de medidas de transparencia.

La cooperación de empresas en el marco del GBDe tendría la ventaja de contribuir al desarrollo de criterios internacionales en los diversos sectores. Pero habría que tener cuidado con el GBDe, ya que acudiría a la autorregulación para desempeñar un papel casi exclusivo, equivalente a una libertad contractual prácticamente ilimitada a favor de los empresarios. Ya en esos momentos se puso de relieve, al menos desde la concepción europea, que las iniciativas del GBDe no constituían una opción real para el consumidor en internet. Resolución extrajudicial de litigios como la protección de datos personales eran temas especiales de la protección que todavía tendrían que ser discutidos. Los mecanismos de acuerdo extrajudicial de litigios serían beneficiosos en situaciones transnacionales, pero plantearían muchas dudas en cuanto a su efectiva ejecutoriedad. Más compleja aun resultaba la cuestión de la protección de datos, materia incipiente desde la recién aprobada Directiva 95/46 entonces vigente, y que quedaría desatendida por cuanto la recomendación GBDe requería únicamente del consentimiento del consumidor sin tener en cuenta el hecho de que éste último no puede prever necesariamente todos los usos de sus datos ni todas las consecuencias de su decisión. Y con respecto a la protección contractual, el GBDe permanecía en silencio; la defensa jurisdiccional del consumidor de cara al exterior se sustanciaría mediante complejas cuestiones propias del Derecho Internacional Privado de la UE vinculadas a la protección al consumidor, de las que también se acabó ocupando la UE.

Esta cooperación no gubernamental fue iniciada por el Comisario Europeo Bangemann, y obtuvo el apoyo de los gobiernos de Europa no sin cierta vacilación al estimarse demasiado independiente del poder normativo público, mientras que del otro lado, particularmente por la parte estadounidense, el mecanismo propuesto se estimó lastrado por demasiados resabios intervencionistas. El contrapeso del enfoque protector del consumidor europeo significó la otra aportación para el desencuentro; consecuentemente el GBDe ha de tenerse sustancialmente como un frustrado (y a la postre abandonado) intento europeo de establecer unos límites a la autoregulación partiendo desde las interioridades de la autoregulación en sí misma. La diferencia tanto terminológica como conceptual entre «confianza del consumidor», (término

decir verdad, en unos compases iniciales se planteó como necesario considerar la posible posición de la Unión Europea sobre la autorregulación, enfoque que también tuvo su momento álgido en la opinión europea. En consecuencia, en cuanto al alcance global de internet, la posición de la UE sobre autorregulación resultó mucho menos intensa, y dicha línea no ha hecho sino confirmarse⁴.

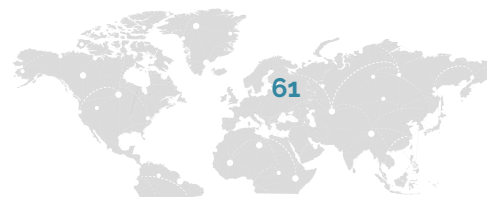
III. Las nociones de comercio y de consumidor *online* desde el enfoque tuitivo de la Unión Europea

Desde la aparición y consolidación exponencial del e-comercio con el cambio de siglo surgieron desde las instancias europeas unos acusados temores ante la aparición del mismo. Dichas cautelas no han quedado a la postre en absoluto injustificadas; aunque entendamos que el ciberespacio no cuestiona sobre el papel por sí mismo la aplicabilidad de las Leyes nacionales, lo cierto es que en la práctica las somete a no poco cuestionamiento en cuanto a su fuerza o viabilidad efectiva. El enfoque europeo presenta pues una vez más, para este mismo terreno del e-comercio, una concepción esencialmente tuitiva e intervencionista con respecto al justiciable tenido por el más indefenso, en este caso el e-consumidor. Efectivamente, en contraposición, el modelo de autorregulación reivindica una visión correspondiente con un consumidor informado, capaz de protegerse en inter-

introducido por el GBDe), y la «protección al consumidor» (noción propia del enfoque de la UE), abocaba a una distinción esencial con relación a la percepción de la persona del consumidor. Según el GBDe, un consumidor informado e instruido sería siempre capaz de protegerse por la mera existencia de la autonomía contractual, mientras que desde la doctrina del Derecho del consumidor, dimanante de la Política europea homónima, el consumidor siempre ha de verse asistido por una normativa y un aparato institucional que lo ponga salvo de cualquier eventualidad, y máxime cuando las grandes operadoras del e-comercio ni son europeas, ni están al alcance del sistema jurisdiccional consumeristamente protector que igualmente reviste el entorno europeo en sus normas de Derecho Internacional privado (aspectos estudiados en otras aportaciones por el autor del presente artículo). Se entendería por tanto que la iniciativa GBDe entonces no podría entonces solucionar en su totalidad los problemas a los que se enfrentan tantos consumidores cuando compran por internet bienes que no ha visto aún y que pueden por tanto incurrir en errores o ser sometidos a engaños o abusos al prestar su consentimiento desde el ordenador.

La autorregulación no pasó de una mera cláusula de estilo rápidamente revestida de ropajes de sospecha, porque desde Europa se estimó como pauta, no sin fundamento, que la autorregulación confiada respecto del consumidor europeo en un contexto global o universal confiada a los grandes grupos de internet (por supuesto, norteamericanos y chinos, que no europeos) le dejaba inerme ante ellos. Así las cosas, se entendió finalmente que Europa no estaría nunca preparada para considerar superfluas las normas contractuales y las propias del Derecho de protección al consumidor.

4 DE MIGUEL ASENSIO, P. *Derecho privado de Internet*, 4.^a edición, Editorial Civitas, Madrid, 2011, p. 812.



net; la cooperación internacional debería entonces basarse más en la idea de libertad contractual y en un sistema de aututela, que estime al consumidor por interet como un adulto y no como un menor merecedor de protección, encorsetado en su libertad de elección mediante un sistema de regulaciones protectoras, sean éstas más o menos especializadas. Desde esta óptica libre o contractualista, el mercado, se podría decir, proporcionaría al consumidor todos los medios de autodeterminación que necesita. La protección cubre inclusive la protección de la propia identidad del e-consumidor en clave de protección en el manejo de sus datos personales por parte de las empresas (grandes o pequeñas) que operen en el comercio electrónico⁵. A lo largo de todo el tiempo transcurrido, tal enfoque ha sido seguido sin fisuras desde el aparato institucional de la Unión, destacando la labor divulgadora a cargo tanto del Parlamento Europeo⁶, como de la Comisión⁷. Es esta última institución la que, a pesar de contar la Unión con una materia específica en protección de datos (el Reglamento General de Protección de Datos de 2016) ha planteado la posibilidad de medidas específicas al respecto en lo tocante al e-comercio⁸.

A tenor de lo acabado de exponer, son múltiples las definiciones que del e-consumidor se remiten desde la doctrina, abundando aquellas que lo entienden como un receptor de ofertas comerciales por el medio telemático. Así las cosas, se entendería por «por comunicación al público por medios electrónicos toda puesta a disposición del público o categorías de público, mediante un proceso de comunicación electrónica, de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o mensajes de cualquier clase que no tengan el carácter de correspondencia privada»⁹. En cualquier circunstancia, es muy probable que la concre-

- 5 Materia que depasa ampliamente el curso de la presente aportación, con respecto a la misma nos ceñiremos a recalcar que la integridad y seguridad personales en el entorno online comprende dos grandes apartados, uno genérico y otro específico. La importancia de la materia se refleja en la opción del instrumento del Reglamento en sustitución de la Directiva. Las líneas genéricas se confían pues al conocido por todos Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). El segundo aspecto, más específico, tiene por norma el Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93 sobre firma electrónica.
- 6 Véase a este tenor el Documento Briefing Políticas de la Unión Europea – En beneficio de los ciudadanos EPRS | Servicio de Estudios del Parlamento Europeo Autor: Nikolina Šajn Servicio de Estudios para los Diputados PE 633.141 - junio de 2019 ES Protección de los consumidores europeos. Recuperado el 28 de noviembre de 2023 de https://what-europe-does-for-me.eu/data/pdf/focus/focus22_es.pdf
- 7 Normas online de la Comisión Europea respecto al comercio electrónico en la UE. Recuperado el 28 de noviembre de 2023 de <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policias/e-commerce-rules-eu>
- 8 Documento de la Comisión Europea *Droit du Numérique, Document Théorique Digital Rights - France* May 2021 - Version 1. Recuperado el 28 de noviembre de 2023 de https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/consumerpro_digital_rights_tbd_fr.pdf
- 9 VERBIEST, T. *Le nouveau droit du commerce électronique*, Éd. Larcier, Paris, 2005, p. 29.

ción del concepto de e-consumidor en línea genere muchos malentendidos. En Derecho privado, sin ir más lejos, la necesidad de establecer un régimen específico de Derecho del consumidor que se distinga del Derecho privado general está lejos de ser generalmente aceptada, máxime cuando los mecanismos protectores recuerdan a zonas cercanas al Derecho público; no obstante el Derecho de los consumidores en cuanto principal referente comparte, junto con otros ordenamientos como el laboral y el medioambiental, un cierto carácter tuitivo y de irrenunciabilidad de derechos que ampara al eslabón más débil (el consumidor o pequeña empresa por internet) frente al poderoso (las grandes operadoras del comercio telemático), quien por otro lado siempre debe tener idénticas condiciones para desistirse de los compromisos adquiridos por el medio telemático en comparación con el entorno físico¹⁰. Y en esto veremos que la diferencia de matiz que caracteriza al sistema europeo frente a otros entornos resulta esencial, puesto que en otros entornos la apuesta ha sido a favor de la autorregulación a cargo de las empresas mismas del sector del comercio electrónico, al cual se dirigen asimismo acciones de protección coordinada en el conjunto de los Estados miembros y sus Administraciones¹¹.

Debemos recalcar que han sido las más poderosas las que ha impuesto sus propuestas, pautas y modelos unilaterales o de contratación por adhesión. Así las cosas, el problema relativo a la necesidad de implantar un régimen especial para el consumidor aparece como una cuestión previa a cualquier cooperación internacional en la materia, al menos desde la óptica europea. Para resolver este problema, resulta importante que el enfoque analítico se refiera inicialmente a los problemas materiales —celebración de contratos, protección de datos personales, competencia jurisdiccional— que se presentan en internet. Pero no podemos por otro lado de aseverar, insistimos desde una sensibilidad europea, que este enfoque tiene graves consecuencias: en primer lugar, no basta con analizar las normas ya existentes cuyo ámbito de aplicación se limita al consumidor. Éste además no es el único que corre el riesgo de cometer errores en el entorno internet y que merece ser protegido frente a posibles abusos de la comunicación electrónica: también debe existir preocupación por el empresario que pretende ajustar una parte de su actividad por medios electrónicos. Procede pues afinar al máximo el concepto de consumidor en cuanto a sujeto contratante en internet, a fin de lograr para éste el más alto y adecuado grado de protección posible¹².

En resumidas cuentas, mezclándose con cuestiones que hacen a la noción misma de libertad personal, democracia, libre empresa, etc. (naciones todas ellas desde luego ni igual ni uniformemente compartidas), las nociones de comercio y consumidor online tienen pues diversas acepciones en todos los mencionados entornos, de modo que la Unión Europea tiene la suya. A fin de ajustar nuestro estudio al margen de sentimientos precipitados o más o menos irreflexivos, deberemos, en primer término, definir quién sea

10 CLEMENTE MEORO, M. E., «Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos electrónicos», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 263, Valencia, 2006, p. 7.

11 Siendo su instrumento normativo característico la Directiva 2009/22 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

12 Comparten tal perspectiva GUIADO MORENO, Á. *Formación y perfección del contrato en internet*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 114-116, así como GUILLÉN CATALÁN R. *Oferta contractual y nuevas tecnologías*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 36.



para el entorno de la UE el consumidor *online*, así como proporcionar unas líneas aproximativas acerca de en qué consiste la apuesta europea de protección de aquél, partiendo en principio de una cierta adaptación de su tradicional política común de protección al consumidor al entorno virtual. Tal adecuación veremos que recalará en otros ámbitos normativos comunes y conexos de la acción legislativa e institucional de la UE, contrastando con la posición seguida por otros entornos (en efecto, EE. UU. y China), menos proteccionistas y que confían en las propias empresas del comercio electrónico (los célebres gigantes tecnológicos acusados, no sin motivos, de contar con un poder abusivo y omnimodo) para que, mediante la autorregulación, se desprendan un régimen de protección equitativa que aproveche al consumidor. La credibilidad o no entre uno y otro sistema (regulación normativa y autorregulación empresarial) constituye el mayor punto de fricción o conflictividad que afecta al comercio electrónico a nivel global en el contexto actual. Se advierte que en la materia cuyo análisis abordamos en perspectiva de la Europa integrada se da una cierta contradicción; efectivamente la Unión Europea, al mismo tiempo que encarna, como iremos apreciando, un entorno normativo especialmente exigente en lo que toca a la protección del consumidor online, carece por otro lado de grandes empresas o grupos en el sector del comercio online, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos o China. Y es el sistema europeo el que tiene que defender a esos mismos consumidores que son sus ciudadanos respecto a actitudes y entornos propiciados por esos países mucho más desregulados y en teoría menos conscientes de equilibrar la tradicionalmente más débil posición del consumidor, flaquezas que en el e-comercio llegan a límites hasta antes desconocidos en la historia de los intercambios económicos. Semejantes reflexiones tuvieron eco desde un primer momento en la doctrina española¹³.

IV. El marco de principio; las reglas del mercado interior y su incidencia sobre el comercio electrónico

En cuanto al marco jurídico de la UE en el que se ha desarrollado y sigue desarrollándose la regulación de la sociedad de la información y el comercio electrónico, hay que distinguir entre el Derecho originario de los Tratados constitutivos por un lado, y el Derecho derivado de Reglamentos y Directivas por otro. En cuanto al Derecho originario, el ordenamiento jurídico del actual Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), sustitutivo del antiguo Tratado de la CE o de Roma desde 2008, se muestra sumamente favorable al desarrollo del comercio electrónico: con la aplicabilidad directa de las libertades fundamentales (en particular, la libre circulación de bienes y servicios) en los ordenamientos jurídicos internos del Estados miembros, el Tribunal de Justicia ya reconoció, mucho antes de la aparición del tratamiento informatizado de datos, un derecho individual de los comerciantes a vender a clientes y consumidores en otros Estados miembros, y que posteriormente sirvió de provecho al aprovechar la tecnología que hizo posible el comercio por internet.

13 BOTANA GARCÍA, G. A. «La protección de los consumidores y el comercio electrónico», en *Régimen jurídico de internet*, CREMADES, J., FERNÁNDEZ, M. Á., ILLESCAS, R. (Coords.) Editorial La Ley, Madrid 2001, p. 671.

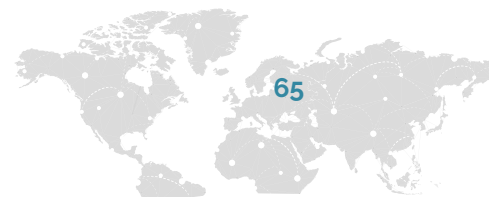
Con todo, las libertades fundamentales del Mercado Interior europeo y las normas estándar reguladoras de la libre competencia no son suficientes por sí mismas para establecer un entorno legal adecuado para el desarrollo del comercio electrónico en Europa. Mientras las normas nacionales puedan seguir aplicándose al comercio transnacional, en tanto no exista una armonización especializada, puede haber riesgo de indeseable dispersión, y ello aún a pesar de la doctrina conocida como del *Cassis de Dijon* o de las exigencias imperativas, que puede justificar medidas nacionales unilaterales por razones de protección del consumidor, sólo que de modo restrictivo, proporcionado y sobre todo invirtiendo la carga de la prueba acerca de su pertinencia del lado aquellos poderes nacionales que precisamente pretenden lograr dicha protección, y no del operador económico que eventualmente las llegue a padecer¹⁴. Ello es así para evitar que la protección aboque en la práctica a una proliferación de trabas injustificadas al libre comercio entre los Estados miembros. La validez de este principio tiene idéntica cabida, sin diferenciaciones aparentes, si lo considerado es el comercio electrónico; pero a mayor abundamiento de armonización por instrumentos de Derecho derivado, menos margen se deja al empleo de la doctrina de las exigencias imperativas.

A partir de aquí se asume que el Mercado interior, que se define como un espacio económico sin fronteras en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizado, no funcionará. Para construirlo, la UE se vio obligada especialmente tras el proceso abierto con el Acta Única Europea de 1986 a utilizar su política de aproximación de las legislaciones nacionales de acuerdo con las bases jurídicas del TFUE diseñadas al respecto. La política comunitaria sobre protección de los consumidores en el contexto del comercio electrónico, adoptando un enfoque de armonización tradicional basado en normas estrictas, ha surgido de dos fuentes. La primera y más evidente es la política comunitaria clásica, que pone de manifiesto situaciones en las que el juego de las fuerzas del libre mercado y, en términos de Derecho privado, la libertad de contratación, no son suficientes para garantizar que el consumidor pueda defender sus intereses. Sin embargo, una segunda fuente, menos obvia, parece más importante cuando se trata de evaluar la política de la UE en el contexto del comercio electrónico global. La actuación de la UE tiene como objetivo establecer y mantener el Mercado Interior. Por lo tanto, la UE utiliza su poder legislativo contenido en los Tratados para aproximar la legislación nacional. La consecuencia es la aparición de un Derecho de la UE estricto en el ámbito de los contratos de consumo válido también para el comercio electrónico.

V. Análisis del marco específico comprendido por la directiva sobre comercio electrónico

Lo primero que llama la atención es que la Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información (en particular el comercio electrónico en el

14 MATTERA-RICIGLIANO, A. «L'arrêt 'Cassis de Dijon': une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du Marché Intérieur», *Revue du Marché Commun*, Bruselas, 1980, pp. 507.



mercado interior), pese a sus indudable compromiso con la protección a los consumidores, inclusive en lo que a la seguridad de comercio se refiere, tiene unas bases legales al margen de la Política Común de Consumidores de la UE, estando sus referentes más propiamente ubicados en la armonización y consecución armónica del Mercado Interior¹⁵. Concretamente, el objetivo declarado de la Directiva (en el artículo 1.1) es «contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información». Pretende regular solo lo estrictamente necesario para el buen funcionamiento del mercado sin fronteras. Además de este objetivo, la Directiva pretende garantizar un alto nivel de protección de los objetivos de interés general, y en particular de los consumidores, lo que se refleja en particular en la disposición de que la Directiva es «sin perjuicio del nivel de protección, en particular con respecto a la salud pública y los intereses de los consumidores establecidos por los instrumentos de la UE y la legislación nacional de aplicación» (art. 1, 3). Según los diseñadores de la Directiva, las medidas de protección e información del consumidor no frenarán el desarrollo de los servicios en línea, sino que, por el contrario, fortalecerán la confianza del consumidor y, por lo tanto, el auge de los servicios en línea.

Es reduciendo los riesgos de actividades ilegales (véanse las normas sobre la responsabilidad de los intermediarios y las normas que prevén el control efectivo del Estado miembro en el que está establecida la empresa), imponiendo obligaciones de información y transparencia a los operadores, aclarando la voluntad de los consumidores en caso de celebración de un contrato y garantizando mejores medios de reparación (a través de los códigos de conducta de fomento y el uso de mecanismos de resolución de disputas) que la confianza del consumidor debe aumentar. En conclusión, entre las materias que más habitualmente afectan a la Directiva estaría la protección de varios aspectos esenciales del comercio electrónico, tales como: la posición del consumidor; información personal; derechos de autor; normas publicitarias; normas de competencia; y aspectos fiscales y tributarios. Ha de saberse además que el legislador europeo no precisó la naturaleza jurídica y las consecuencias jurídicas de las obligaciones contractuales del prestador de

15 En concreto, dichas bases legales se hallan ubicadas en pasajes del antiguo Tratado de la CE, cuyas redacciones, transferidas a pasajes del actual TFUE, reproducimos seguidamente en parte:

1.^a- Art. 47.2 antiguo TCE (Derecho de establecimiento), por el cual: «A fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, adoptará directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas. Será necesaria la unanimidad durante todo el procedimiento previsto en el artículo 251 para aquellas directivas cuya ejecución en un Estado miembro al menos implique una modificación de los principios legales vigentes relativos al régimen de las profesiones en lo que se refiere a la formación y a las condiciones de acceso a las mismas de las personas físicas. En los demás casos, el Consejo decidirá por mayoría cualificada».

2.^a- Art. 55 (Libre prestación de servicios): «Las disposiciones de los artículos 45 a 48, ambos inclusive, serán aplicables a las materias reguladas por el presente capítulo».

3.^a- Artículo 95 (Antiguo artículo 100 A), relativo a la armonización para la consecución del mercado interior, y que preconiza el empleo de la mayoría cualificada para adoptar actos normativos que coadyuven a tal objetivo.

servicios de información según el art. 10 y 11 de esta Directiva ahora abordada. Los Estados miembros sólo están obligados por el principio de eficacia recogido en el actual TFUE y el art. 20 de la Directiva para adoptar un sistema de sanciones efectivas, que luego permite una amplia variedad de soluciones nacionales.

Sea como fuere, la armonización mínima, por su naturaleza incompleta, es solo una solución posibilista para coadyuvar la coordinación entre las diversas legislaciones nacionales. Sin embargo, debido a la naturaleza transnacional de internet, la armonización mínima en particular podría resultar completamente insuficiente. Con este trasfondo fue como, para evitar la aplicación de multitud de normativas locales a situaciones transnacionales, el legislador europeo adoptó el principio del país de origen en esta Directiva sobre comercio electrónico. El principio es similar al del país de transmisión, inspirado en su día por la conocida como la Directiva sobre televisión sin fronteras¹⁶. El proveedor de servicios ya no tiene que cumplir con los requisitos legales de todos los países receptores (o más bien «acceso a internet»), sino solo con los de la ley de su país de establecimiento. Así, el principio del país de origen reemplaza la aplicación de una multitud de leyes nacionales por la aplicación de un solo ordenamiento jurídico. Este principio está lleno de consecuencias; por ejemplo, cada Estado miembro tiene especificidades en el campo de la publicidad. La Directiva no obliga a los Estados a suprimirlas, pero de acuerdo con el principio del país de origen, estas normas ya no pueden aplicarse a los proveedores de servicios establecidos en otros Estados miembros, creando así una situación de discriminación inversa contra los proveedores de servicios nacionales. Huelga decir que el comercio electrónico, a través de la legislación europea, se ha convertido en todo un factor liberalizador, con sus sombras de desprotección cuando son operadores exteriores de la UE los que entran en escena. El alcance del principio se hace evidente cuando uno considera su alcance. Según el art. 3 párr. 1 y 2 de la Directiva sobre comercio electrónico, el principio se aplica al «dominio coordinado». La Directiva define el dominio coordinado de forma muy amplia. Según el art. 2 letra h), la Directiva cubre todos los «requisitos previstos por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y aplicables al prestador de servicios de la sociedad de la información, ya sean de carácter general o hayan sido especialmente diseñados para ellos». Así, el principio ejerce su fuerza incluso frente a normas jurídicas generales que el legislador nacional no creó para el comercio electrónico, pero que también se aplican a Internet. Además, la aplicación del principio no se limita a las materias armonizadas por la legislación europea.

El hecho de que el legislador del país de acceso esté por lo tanto privado de toda autoridad es tanto positivo como problemático. A primera vista, el principio hace superflua cualquier armonización de las leyes nacionales. Cuando consideramos los asuntos involucrados —el Derecho publicitario en su totalidad, e incluso el derecho penal con, por ejemplo, sus disposiciones sobre pornografía infantil o delitos contra la seguridad del Estado— las consecuencias son considerables. Sin embargo, la Directiva prevé toda una serie de excepciones al principio. Estas excepciones cubren, por ejemplo, la ley de pro-

16 Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, la cual conoce ciertas propuestas de modificación por la Comisión al menos desde finales del año 2005.



iedad intelectual, la ley de competencia, la protección de datos personales¹⁷, la libertad de las partes para elegir la Ley aplicable a su contrato, las obligaciones contractuales relativas a los contratos celebrados por los consumidores, así como el tratamiento de la publicidad no solicitada, o susceptible de inducir a error al consumidor¹⁸. Además, los Esta-

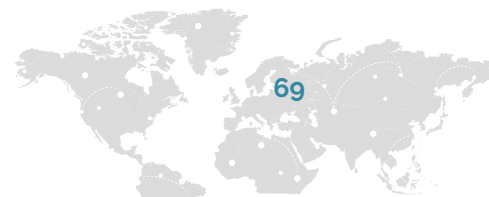
- 17 Un modo interesante de reinterpretar desde la jurisprudencia la Directiva 2000/31, en materia de protección de datos de los consumidores, superando así sus aparentes limitaciones, lo hallamos en la STJUE de 16 de octubre de 2008 BdV As 298/07. Se trataba del caso de la DIV, una compañía de seguros de automóviles, ofrecía sus servicios exclusivamente en Internet. En las páginas de su sitio web, mencionó su dirección postal y su dirección de correo electrónico, pero no su número de teléfono. Esto solo se comunicó después de la celebración de un contrato de seguro. Por otro lado, las personas interesadas en los servicios de IVD podían hacerle preguntas a través de un formulario de contacto en Internet, cuyas respuestas se comunicaban por correo electrónico. Sin embargo, la Federación Alemana de Asociaciones de Consumidores, había considerado que DIV estaba obligada a indicar su número de teléfono en su sitio web. De hecho, esta sería la única forma de garantizar una comunicación directa. Posteriormente, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania decidió preguntar al Tribunal si el artículo 5, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/31/CE exige la indicación de un número de teléfono. El Tribunal de Justicia dictaminó que el artículo 5, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/31/CE debe interpretarse en el sentido de que el proveedor del servicio está obligado a prestar a los destinatarios del servicio, antes de cualquier celebración del contrato con estos últimos, además de su dirección de correo electrónico, otros datos que permitan un contacto rápido, así como una comunicación directa y eficaz. Esta información no tiene por qué corresponder a un número de teléfono. Podrán residir en un formulario de contacto electrónico, mediante el cual los destinatarios del servicio pueden dirigirse a través de Internet al prestador del servicio y al que éste responde por correo electrónico, salvo en los supuestos en que un destinatario del servicio, encontrando él mismo, después de ponerse en contacto por medios electrónicos con el prestador de servicios, privado de acceso a la red electrónica, solicita a este último el acceso a un medio de comunicación no electrónico (Considerandos 40 y sigs.).
- 18 Un modo de ejercer labores de vigilancia contra la publicidad engañosa desde la misma Directiva 2000/31 lo encontramos en la STJUE de 23 de marzo de 2010 en el litigio que opuso a Google France y su matriz frente a la conocida firma Louis Vuitton en los As. Ac. 236 a 238/08. Sucedió que Google en su filial francesa y a nivel general operaba un motor de búsqueda en Internet y ofrecía, entre otras cosas, un servicio de referencia de pago llamado «AdWords». Este servicio permitía a cualquier operador económico, mediante la selección de una o más palabras clave, mostrar un enlace promocional a su sitio, acompañado de un mensaje publicitario. Vuitton, titular de la marca comunitaria «Vuitton», y otros titulares de marcas francesas habían observado que, al utilizar el motor de búsqueda de Google, la introducción por parte de los internautas de los términos que constituyen estas marcas generaba enlaces a sitios que ofrecían imitaciones de Vuitton productos y a sitios de competidores de otros propietarios de marcas. El Tribunal de Casación (Francia) cuestionó al Tribunal de Justicia sobre la legalidad del uso, como palabras clave en el contexto de un servicio de referencia en Internet, de signos correspondientes a marcas, sin que los titulares de las mismas hayan dado su consentimiento. Se entiende que el titular de una marca queda habilitado para prohibir a cualquier anunciante hace publicidad de sus productos cuando el eventual consumidor en el medio internet difícilmente pueda conocer si los productos o servicios mencionados en el anuncio provienen del titular de la marca o de una empresa tercera. La función esencial de la marca consiste, en parti-

dos de acceso pueden tomar medidas individuales, en particular en el campo del derecho penal, siempre que se haya solicitado al Estado de origen que tome tales medidas antes y sin éxito, que la intención de tomar estas medidas sea notificada a la Comisión y que las medidas sean proporcionadas a su objetivo (art. 3 al. 4 de la Directiva). Estas excepciones son ciertamente numerosas, pero todavía hay un ámbito de aplicación considerable, especialmente en lo que respecta a las reglas de publicidad.

En comparación con el enfoque clásico de armonización, el principio del país de origen invierte la relación entre principio y excepción. Según el enfoque tradicional, es la ley nacional de cada país de destino de los bienes y servicios la que se aplica (principio de territorialidad). Como excepción, el Derecho de la Unión sólo interviene en los casos en que la aplicación de las leyes nacionales ya no es aceptable. La herramienta de intervención consiste en armonizar la legislación del país de destino. Considerando que, según el principio del país de origen, la aplicación de la ley del país de destino o de acceso se considera inaceptable como principio fundamental y, por lo tanto, se reemplaza por la aplicación de la ley del país de origen. Parece que en este sistema la política de armonización se ha vuelto superflua. Sin embargo, sigue desempeñando un papel importante, aunque completamente diferente. En la medida en que la ley del país de origen sea muy débil y su aplicación exclusiva resulte inaceptable, el legislador de la UE tiene al menos la facultad de armonizar la cuestión de que se trate e introducir una mayor protección del interés afectado. Ya debido a esta posibilidad, el temor a una competencia entre ordenamientos jurídicos que reduciría el nivel de protección en toda la Unión Europea apenas se justifica. Esta función modificada de la política de armonización en el ámbito del principio del país de origen también explica por qué el principio sólo se aplica en el marco del mercado interior. En otras palabras, el país de origen debe ser un Estado miembro: un proveedor de servicios de información establecido en Estados Unidos, por ejemplo, debe, en principio, cumplir con la legislación nacional de todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Una vez más, nos damos cuenta de que el único objetivo de la política común construida desde las instituciones europeas es el establecimiento del Mercado interior, descuidando en no desdeñable medida la consustancial dimensión exterior del comercio electrónico. Y no que resulta peor aún; la aplicación del principio del país de origen discrimina a terceros países. En cualquier circunstancia no debe olvidarse que el poder normativo propio de la UE sólo puede garantizar la calidad de la protección de acuerdo con la legislación de los Estados miembros. Esta afirmación se habría visto en principio matizada con el S. XXI con el creciente empleo del Reglamento, que no requiere medidas de trans-

cular, en permitir a los usuarios de Internet distinguir los productos o servicios del titular de esa marca de los que procedan de otra fuente (Considerandos 84, 85, 87 a 90 y 99). Sin embargo, las repercusiones del uso del signo idéntico a la marca por parte de terceros no constituyen en sí mismas una vulneración de la función publicitaria de la marca (Considerandos 91 a 95). El artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE debe interpretarse en el sentido de que la regla allí establecida se aplica al proveedor de un servicio de referenciación en Internet cuando dicho proveedor no haya desempeñado un papel activo que pueda confiarle el conocimiento o el control de los datos almacenados. Si el comportamiento es puramente técnico, automático y pasivo, lo que implica la ausencia de conocimiento o control de los datos que almacena, dicho proveedor no puede ser considerado responsable (Considerandos 114, 119 y 120).



posición, como sustitutivo de las hasta hace poco irremplazables Directivas. No obstante, la materia de consumo sigue siendo aún hoy del casi exclusivo cometido de éstas últimas. En cualquier circunstancia subyace todo un enfoque pluridisciplinar en el tratamiento del comercio electrónico, al menos en el plano material. Pese a esa influencia de la política de consumidores, preexistente al fenómeno internet y que existía desde hace tiempo, la Directiva de Comercio Electrónico del año 2000, como clara consecuencia del momento histórico en que nació, no escapó del todo de las presiones autorreguladoras, muy vivas en aquel entonces. Así su art. 16 alienta a las organizaciones empresariales y de consumidores a desarrollar códigos de conducta a nivel de toda la UE, destinados a contribuir a la correcta aplicación de la Directiva. Y el art. 17 de dicha Directiva se refiere a los litigios extrajudiciales.

Pero semejantes pasajes no empañan la pauta principal, esto es que la misma asuma adaptándolos significativos pasajes y reglas típicas de las Directivas las acabadas de analizar como integrantes dentro del Derecho de consumidores de la UE. Así, existen obligaciones dirigidas al prestador del servicio: este último debe proporcionar una serie de información al destinatario. Como acabamos de mencionar, la Directiva también introduce reglas materiales que el proveedor de servicios debe respetar al celebrar el contrato, en particular la obligación de proporcionar medios técnicos para individualizar y corregir errores cometidos antes de realizar un pedido (art. 11.2). En este contexto, la Directiva también utiliza el concepto de consumidor. Las partes del contrato pueden pactar otra cosa, según algunas reglas contenidas en el art. 10 y 11, siempre que no sean consumidores. En cualquier caso, el marco legal establecido por la Directiva 2000/31 sólo constituye una base mínima y aproximada, carece realmente de vocación completiva, posicionamiento que sin ambages ha expresado el propio Parlamento Europeo¹⁹.

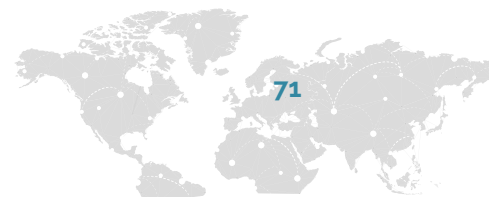
19 En criterio de tan alta institución, ha de considerarse que esta Directiva del 2000 tiene un horizonte ya lejano, y deja muchas preguntas abiertas. Éstas se complementan, como hemos tenido la oportunidad de ver, mediante diversas disposiciones adicionales que revisten la forma de Directivas, y algunas de ellas reemplazadas incluso por Reglamentos. Aparte, la Directiva deja espacio para iniciativas de los Estados miembros y, potencialmente, para la creación de futuras divergencias, que sin embargo pueden corregirse durante las revisiones de la Directiva previstas en el art. 21. Además, en virtud del principio de subsidiariedad, solo se abordan determinadas cuestiones específicas que plantean problemas para el mercado interior. Si hay armonización, es a la vez limitada (factores dejados a los Estados miembros) y mínima (en los aspectos más discutidos). De este modo la Directiva de comercio por internet, con tanto tiempo transcurrido y pese a algunos retoques de importancia, siempre está afectada del riesgo de quedar desfasada. Los instrumentos de corrección son concretamente dos: el primero se identifica con el encuadramiento del comercio online dentro del conjunto genérico de materias que comprende el Mercado Interior dentro de la UE, mientras que el segundo procede del desarrollo de diversos aspectos concretos de la Política Común de Consumidores, preexistentes al propio fenómeno del e-comercio, pero que gracias a las potencialidades deparadas desde aquélla se proporcionan nuevos bríos a la Directiva de 2000 cuando este instrumento los precisa desde sus carencias. Tal es así, que la necesidad de una reforma del instrumento se ha puesto pues de relieve, destacando en ello el posicionamiento del Parlamento Europeo en fechas recientes, reivindicándose la necesidad de unos mecanismos protectores propios aparte de los que el e-comercio toma en préstamo desde la Política Común de Consumidores (lo

VI. El marco normativo material armonizado europeo protector del consumidor y su aprovechamiento desde el contexto del e-comercio

Extendiendo su concepción tradicional a internet, el legislador de la Unión ha armonizado el derecho de los Estados miembros mediante reglas estrictas que atribuyen derechos individuales a los consumidores²⁰. Sea desde una óptica específicamente de protección al consumo (antecedente de la Directiva del 2000 y de la que el comercio electrónico indudablemente se beneficia en el plano material), o desde una armonización genérica en aras la consecución armónica del mercado interior (de cara no sólo interna, sino igualmente hacia el exterior de la UE), toda política de armonización en clave europea se ha venido basando en dos ideas esenciales que caracterizan el conjunto de la política

cual refleja el estado actual de cosas de un modo sólo parcialmente satisfactorio) A entender de la institución comunitaria: «La Directiva de Comercio Electrónico, adoptada en 2000, tenía como objetivo armonizar los estándares mínimos de responsabilidad para los intermediarios de internet en toda la Unión Europea. Según el marco legal de la UE, las plataformas digitales o en línea no son legalmente responsables de alojar contenido ilegal, pero están obligadas a eliminar dicho contenido tan pronto como aparezca (...). Además, los cambios sociales han cambiado la naturaleza y el alcance de la responsabilidad, por ejemplo, la aparición de nuevas y diversas prácticas en línea dañinas, como la difusión de contenido terrorista en línea, el uso creciente de plataformas para distribuir productos falsificados y la difusión en línea de noticias falsas y anuncios engañosos». Aspectos tomados del documento del Parlamento Europeo: Réforme du régime européen de responsabilité des intermédiaires en ligne Contexte de la future législation relative aux services numériques, Analyse Approfondie EPRS | Service de recherche du Parlement européen Auteur: Tambiama Madiaga Service de recherche pour les députés PE 649.404 — mai 2020. Recuperado el 28 de noviembre de 2023 de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA\(2020\)649404_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA(2020)649404_FR.pdf)

20 Por ejemplo, la Directiva sobre contratos a distancia de 1997 previó en su momento que, en términos de protección contractual del consumidor, le asistía a éste todo el derecho tanto a permanecer en el contrato suscrito por internet como a desistirse de aquél. Este espíritu pasaría a la normativa que se configuraría como principal, la Directiva sobre comercio electrónico de 2000, que aún sigue en vigor. Esta disposición también afecta a la posición del consumidor a través de reglas sobre la formación del contrato por medios electrónicos (arts. 9 a 11). El fenómeno puede resumirse del siguiente modo: son diversas normativas características de la política europea de consumidores las que establecen las pautas esenciales para crear un estado de conjunto que, al consolidarse el comercio por internet, determina la normativa concreta de la Directiva del año 2000; pero a diferencia de estas «Directivas precursoras», de base legal o enmarcamiento en dicha política consumerista, la citada Directiva del 2000 tiene su justificación o base legal en diversos preceptos del antiguo Tratado de Roma (en su versión entonces actualizada), que estaban más vinculadas a facetas tales como la Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como la armonización para la consecución del Mercado Interior.



de los consumidores: en primer lugar, que es necesario proteger al consumidor, quien se encuentra en una situación desventajosa en la que no puede defender sus intereses de manera efectiva; en segundo término, para respaldar a los consumidores (en una noción amplia, que puede incluir asimismo a empresarios y otros agentes económicos) en sus adquisiciones en el extranjero. Este enfoque es particularmente problemático en los casos transnacionales, debido a la preferencia por la autorregulación cuando operadores asentados en Estados Unidos o China entran en liza. En la medida en que por las normas de Derecho internacional privado (como apreciaremos al final del presente estudio), la protección deparada por la UE tiene vocación de imponerse desde nuestro continente a cualquier proveedor de servicios que desee entrar en contacto con consumidores europeos. Y con ello depara un factor más de fricción respecto del comercio transnacional electrónico con terceros países. Encontramos aquí el que puede considerarse el principal ámbito de Derecho material de la UE que, sin venir específicamente concebidos u orientados al comercio *online*, sí que lo configura y condiciona de modo indefectible. En efecto, la política común de consumidores constituye un ámbito que, si bien se habían estado actuando de modo implícito desde los momentos fundacionales de la antigua Comunidad Europea, carecía de una base legal expresa, concretamente en el antiguo Tratado de Roma. Con motivo de la adopción del Acta Única Europea (AUE) en 1986, la política común de consumidores adquiere carta de naturaleza. Se pueden citar diversas fuentes doctrinales que reflejaron en su momento la importancia que implicaba la adopción de una política común de consumidores en el seno de la Europa integrada. Así, los motivos para la elaboración de una política de la UE de defensa de los consumidores y las relaciones del fenómeno del consumo y el consumidor fueron resaltados en su momento, inclusive con un carácter previo²¹, con su reflejo correspondiente en la doctrina española en el momento mismo de la adhesión a las Comunidades²². La entrada en vigor del Acta Única Europea implicó la inclusión, por primera vez, de preceptos de Derecho originario relativos a la política de consumidores, que pasarían por primera a tener su base específica dentro del TCE, pasando con posterioridad al actual art. 169 TFUE. Esta nueva armonización de legislaciones con vistas al Mercado Interior, que permitía recurrir a la mayoría cualificada en el Consejo en vez de la unanimidad, y el recurso no sólo a las Directivas, sino a las demás formas del Derecho derivado, iban a tener su correspondiente efecto causal en el crecimiento exponencial de la legislación europea en materia de protección de los consumidores.

El proceso desarrollado en el seno de la Europa integrada responde a la referida paradoja, en cuya virtud, primero aparecieron unas normativas proteccionistas del consumidor en una época pre-telemática. Posteriormente apareció una normativa específica dirigida al mundo telemático, alguna dirigida específicamente al comercio electrónico, mientras que otras se dirigían indistinta o generalistamente al entorno de las TIC. Reformas posteriores vinieron supliendo lagunas y defectos. Sin embargo, la normativa del comercio electrónico no se vio sustancialmente modificada y sí lo fueron otras normativas tecno-

21 BOURGOIGNIE, T. *Vers un Droit européen de la consommation? Possibilités et limites*, Bruylant, Bruselas, 1979, p. 5.

22 MATEU, F. J. y CEPAS, R., «Política de Protección de los Consumidores en la CEE», en *La Protección de los Consumidores y el Medio ambiente en la CEE*, Col. Política Europea, Ed. Trivium, Madrid, 1986, p. 23.

lógicas, y lo que es aún más llamativo; que también fueron objeto de reforma normativas proteccionistas del consumo en general, para entornos no tecnológicos, y cuya reforma ha incidido beneficiosamente, para el comercio *online*. Todo ello acabó redundando en una mayor seguridad, no sólo para los productores, sino también para los consumidores. Éstos irían a partir de entonces a gozar de mayores beneficios, puesto que, junto a una mayor oferta de productos y servicios, iban a encontrar una mejor relación calidad/precio gracias a la competencia y a las condiciones uniformizadas de calidad en base a un nivel elevado. Por su parte, la supresión de controles en frontera, debido a la aplicación del Acta Única en cuanto a la realización del Mercado Interior en 1993, se tradujo asimismo en una reactivación de los intercambios entre los Estados miembros. En este entorno influyó sustancialmente la Comisión Europea a la hora de determinar en sus proposiciones de actos una serie de ejes fundamentales de acción, recogidos en diversos programas concretos de actuación, reivindicados en su alto valor por la doctrina²³.

Antes de la aprobación de la Directiva sobre comercio electrónico en el año 2000 ya figuraban Directivas preexistentes especialmente diseñadas para la protección contractual del consumidor. Sobre todo, cabría mencionar las Directiva sobre crédito al consumo y sobre cláusulas abusivas, con unas primeras versiones que se remontan a 1993. Según la última Directiva, para evaluar el carácter abusivo de una cláusula resultaría necesario, además de su propio contenido, considerar las circunstancias en que la cláusula fue introducida en el contrato. Por tanto, estas Directivas permitían en principio (y aunque preexistiesen a internet) considerar las particularidades del sitio web del proveedor de un servicio de información donde se mencionan tanto las cláusulas contractuales, como el método de celebración electrónica establecido por el proveedor. Además, cabe mencionar todas las normas de Derecho derivado relativas a la publicidad, en particular la normativa referente a la publicidad engañosa²⁴.

23 JEULAND, E., ROCHFELD, J. *Droit des consommateurs et procédures spécifiques en Europe*, Ed. *Techniques et juridiques*, Paris, 2005, p. 22. De conformidad a los referidos autores, tales ejes pueden resumirse en los siguientes: protección de los consumidores contra los riesgos susceptibles de afectar su salud y seguridad; protección de los intereses económicos de los consumidores; mejora de la situación jurídica de los consumidores; mejora de la educación y de la información de los consumidores; consulta y representación apropiada de los consumidores en la preparación de las decisiones que les conciernan; aumento de la representación del consumidor a nivel nacional y europeo de forma simultánea y coordinada; e incremento de la eficacia mediante el diálogo con expertos y aumentando la cooperación.

24 Recalquemos que, a pesar de este notable cuerpo legal, estas reglas fueron difícilmente suficientes para regular un mercado interno europeo para el comercio electrónico, precisamente por sus especificidades, y porque gran parte del mismo procedía del exterior de la UE. A ello las instituciones europeas reaccionaron mediante la adopción de una Directiva de Contratos a Distancia, cuyo ámbito de aplicación ciertamente no se limita únicamente al contrato electrónico, pero que sin embargo se aplica a las nuevas tecnologías. La Directiva confería al consumidor toda una serie de derechos, en particular el de ser informado y el de desistimiento del contrato en un plazo de al menos 7 días hábiles desde la entrega del bien vendido. Este último derecho daría al consumidor la posibilidad de atestiguar la calidad de los bienes o servicios vendidos antes de tomar su decisión contractual final. Además, la Directiva también regulaba la protección del consumidor frente a la entrega no solicitada de bienes y servicios, la protección frente

Procederemos ahora a sintetizar brevemente cada uno de los ámbitos de la política común de consumidores los cuales, preexistentes al fenómeno del comercio por internet, y a veces hasta expresamente excluidos del aquél, no por ello dejan de sentir su influencia e impronta en el terreno ahora analizado.

1. Mecanismos para la detección y eliminación de presuntas cláusulas abusivas

El conjunto de Directivas que inciden sobre las indeseadas cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, varias de ellas recientemente reformada cuando no sustituidas ante las nuevas exigencias suscitadas por el e-comercio²⁵, vienen a fiscalizar en definitiva los denominados «contratos tipo» que los consumidores suscriben cuando quieren concluir una adquisición o una prestación de servicios, incluidos los servicios públicos. Se considerarán abusivas aquellas cláusulas que, pese

al uso fraudulento de tarjetas bancarias, el uso no solicitado y no autorizado de determinadas técnicas para los anunciantes. La mayor parte de estas normas han sido sustituidas por un único gran instrumento que ha posibilitado una unificación importante, aunque aún parcial, y que es la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores. Debemos tener en cuenta que el principio de armonización mínima caracteriza la mayoría de los actos normativos de la UE en el ámbito del Derecho de los consumidores. La idea es simple; las Directivas obligan a los Estados miembros a introducir y respetar solo un nivel mínimo de protección de los consumidores. Los Estados miembros siguen siendo libres de mantener o incluso introducir una protección que vaya más allá del nivel de protección dentro de la UE. En este contexto, el legislador europeo está obligado a garantizar un alto nivel de protección. Sin embargo, el objetivo primordial de esta política común sigue siendo eliminar los obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios, así como erradicar y las distorsiones a la competencia resultantes de las diferentes disposiciones legales en los Estados miembros. Por tanto, las Directivas en el ámbito del derecho de los consumidores sólo introducen una obligación «mínima», elevando el nivel de protección en unos países sin obligar a otros a bajarlo.

- 25 Merecen citarse aquí las siguientes normativas comunitarias: Directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 98/6 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; Directiva 2005/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450 del Consejo, las Directivas 97/7, 98/27 y 2002/65 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 2011/83 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13 del Consejo y la Directiva 1999/44 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; y Directiva 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13 y las Directivas 98/6, 2005/29 y 2011/83 en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE.

a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, siempre que estén prerredactadas y no hayan podido ser negociadas. En consecuencia, el consumidor no se verá vinculado a las cláusulas abusivas que figuren en el contrato y que así estimen los jueces, disponiendo que el resto del contrato siga siendo obligatorio para los contratantes en iguales términos. Se acompaña a la Directiva un anexo en el que se recoge una extensa enumeración indicativa de cláusulas presumiblemente abusivas, no siendo exhaustivas. En años sucesivos la Comisión vino realizando informes con el objetivo de evaluar la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, señalándose los buenos resultados obtenidos gracias a su actuación, como por ejemplo: procedimientos de infracción, estudios de mercado, subvenciones destinadas a suprimir las cláusulas abusivas en determinados sectores, diálogo entre consumidores y profesionales, y despliegue de campañas de información, sin descuidar la mención a aquellos elementos que deben mejorarse, como por ejemplo una definición más exhaustiva de las propias cláusulas abusivas, o suplir la inexistencia de un control preventivo de las condiciones precontractuales, entre otras. En este terreno la labor de divulgación y orientación, dirigida a los consumidores en el mismo entorno internet, ha sido particularmente encomiable²⁶. Debe ponerse de relieve que resultan particularmente interesantes en este ámbito concreto los ejemplos relativos a la protección de los consumidores en los contratos producidos en el entorno internet remitidos en la forma de cuestiones prejudiciales dirigidas al Tribunal de Justicia, siendo lo más paradójico que no es la Directiva de 2000 sobre dicha modalidad comercial la empleada, sino otra normativa relativa a protección sobre cláusulas abusivas, aplicada al contexto del e-comercio por el Tribunal de la Unión Europea²⁷.

26 Véase el a título de muestra el Informe de la Confederación de Consumidores y Usuarios, Gobierno de España, sobre «Las cláusulas abusivas en el comercio electrónico del año 2007». Recuperado el 28 de noviembre de 2023 de <https://datos.redomic.com/Archivos/Informes/18.pdf>

27 Encontramos en primer término la STJUE de 3 de septiembre de 2009 Messner As 489/07. En su sentencia, el Tribunal señaló que las disposiciones del artículo 6, apartado 1, segunda frase, y 2, de la entonces vigente Directiva 97/7 debían interpretarse en el sentido de que se oponían a que las reglamentaciones nacionales prevean en general la posibilidad de que el vendedor reclamase compensación del consumidor por el uso de los bienes adquiridos mediante un contrato a distancia en caso de que éste hubiese ejercido su derecho de desistimiento dentro de los plazos conferidos. En efecto, si el consumidor tuviera que pagar tal indemnización compensatoria por el solo hecho de tener la posibilidad de utilizar el bien durante el tiempo que estuvo en su posesión, no podría ejercer su derecho de desistimiento de modo satisfactorio contra el pago de dicha indemnización. Tal consecuencia estaría en clara contradicción con el texto y la finalidad del artículo 6, apartados 1, segunda frase, y 2, de la Directiva 97/7 y, en particular, privaría al consumidor de la posibilidad de utilizar libremente y sin presión del período de reflexión que le concedía la citada Directiva.

Más recientemente encontramos la STJUE de 10 de julio de 2019 Amazon As 649/17. La petición de decisión prejudicial se refería a la interpretación del artículo 6, apartado 1, letra c), de la Directiva 2011/83. El Tribunal recordó que la posibilidad de que el consumidor se ponga rápidamente en contacto con el comerciante y se comunique con él de manera efectiva, tal como se prevé en dicha disposición, es de fundamental importancia para la salvaguardia y la aplicación efectiva de los derechos de los consumidores y, en particular, del derecho de desistimiento, cuyos términos y condiciones de ejercicio se indican en los artículos 9 a 16 de esta Directiva.



2. Acciones dirigidas a la erradicación de la publicidad engañosa

La finalidad de la normativa armonizada de la UE²⁸ consiste en proteger a los consumidores y a las personas que ejercen actividades comerciales, industriales, artesanales o liberales, así como los intereses de público en general, de las consecuencias de la publicidad engañosa. Los elementos que habrán de tenerse en cuenta para evaluar la publicidad consisten principalmente en las indicaciones sobre características del bien o servicio anunciado, su origen y los resultados que pueden obtenerse con su empleo, su precio y su presentación, así como las indicaciones relativas al propio anunciante. Se define publicidad engañosa como aquella que «de cualquier modo, incluida su presentación, induce o es susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o a las que alcanza y que, en razón de su carácter engañoso, es susceptible de afectar a su comportamiento económico o que, por estas razones, produce o es susceptible de producir perjuicios a un competidor». Los medios de que se sirve la normativa armonizada para conseguir su objetivo de protección a los ciudadanos contra la publicidad engañosa son básicamente dos: de una parte, se encomienda a los Estados miembros la puesta en práctica de medios adecuados y eficaces para controlar este tipo de publicidad, especialmente en lo que se refiere a la adopción de disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, de acuerdo con las legislaciones nacionales, ostenten un interés legítimo proceder judicialmente contra esta publicidad o denunciarla ante un órgano administrativo competente, bien para resolver por sí mismo las quejas, bien para iniciar las acciones judiciales apropiadas.

En segundo término, se las atribuciones que los Estados miembros podrán residenciar en los Tribunales y órganos administrativos encargados de solventar los procedimientos en materia de publicidad engañosa. Obligatoria, estos órganos jurisdiccionales o administrativos deberán tener capacidad para ordenar el cese de una publicidad engañosa o para iniciar los procedimientos oportunos, sea para hacer ordenar su cese, sea para impedir su aparición pública cuando ésta aun ni siquiera ha pasado al conocimiento del público. Queda a criterio de los Estados miembros el otorgar facultades a los órganos en cuestión para exigir la publicación de sus decisiones o de comunicados de rectificación cuando de esta forma puedan eliminarse los efectos persistentes de una publicidad engañosa cuya supresión se ha ordenado por una decisión definitiva de los mismos. Se deja también a la elección de los Estados la naturaleza, jurisdiccional o administrativa, de estos órganos, con la sola exigencia de que, cuando se trate de órganos administrativos, aparte de cumplir una serie de requisitos en su composición y poderes, sus decisiones deberán ser susceptibles de un ulterior recurso judicial. Un último punto a destacar es que se invierte la carga de la prueba, debiendo ser el anunciante, a solicitud del Tribunal

Sin embargo, al interpretar esa disposición, debe lograrse un justo equilibrio entre un alto nivel de protección de los consumidores y la competitividad empresarial, tal como se establece en el considerando 4 de la Directiva 2011/83/UE, respetando al mismo tiempo la libertad de empresa del empresario, tal como está consagrada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Considerandos 41 y 44).

28 Directiva 2006/114 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

u órgano administrativo, quien demuestre la veracidad de sus afirmaciones publicitarias²⁹. A estos efectos se considerarán como inexactos los datos de hecho anunciados cuando la prueba exigida no sea presentada o se considere insuficiente por el órgano competente. En este contexto resaltemos que en el mundo del comercio por internet la llamada publicidad comparativa como forma publicitaria que consiste en promocionar un producto o servicio sobre otro producto o servicio de la competencia es bastante frecuente, recalándose por la cierta doctrina que esta es una de las cuestiones que más oponen al e-comercio con los modos tradicionales de las relaciones económicas. Es más, para estos autores las diferencias entre uno y otro ámbito vienen creciendo de modo exponencialmente irreconciliable³⁰.

3. Condiciones de venta y garantía de los bienes de consumo

En un Libro Verde de 1993 ya la Comisión puso de relieve se pone de relieve la disparidad existente en los distintos sistemas de ventas y garantías de los Estados miembros, con consecuencias negativas sobre la competencia entre vendedores y la confianza del consumidor en la consecución del Mercado Interior. Como consecuencia, en 1999 se aprobó una inicial Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, aún vigente con objeto de armonizar los distintos sistemas existentes, posteriormente modificada³¹. El fin de la normativa en la materia ha venido

29 Muestra de la interpretación jurisprudencial de las Directivas en materia de publicidad engañosa en el complejo entorno internet, como fuente de información para futuros contratos de comercio desde el medio telemático lo hallamos en la STJUE de 11 de julio de 2013 Belgian Electronic As 657/11. En este pronunciamiento el Juez de Luxemburgo estimó que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 84/450/CEE y el artículo 2, letra a), de la Directiva 2006/114/CE deben interpretarse en el sentido de que el concepto de publicidad, tal como se define en estas disposiciones, cubre el uso de un dominio así como el de las meta-etiquetas en los metadatos de un sitio de Internet, en el caso de que el nombre de dominio o las meta-etiquetas compuestas por palabras clave (*keyword metatags*) se refieran a determinados productos o servicios o incluso al nombre comercial de una empresa y constituyen una forma de comunicación, que se dirige a los potenciales consumidores y les sugiere que encontrarán un sitio web relacionado con dichos productos o servicios, o con dicha empresa. En efecto, el concepto de publicidad no puede interpretarse y aplicarse de tal manera que las medidas adoptadas por un profesional con el fin de promover la venta de sus productos o servicios, que puedan influir en el comportamiento económico de los consumidores y, por tanto, afectar los competidores de dicho comerciante eluden las normas de competencia leal impuestas por dichas Directivas. Por otro lado, esta noción no incluye el registro, como tal, de un nombre de dominio. De hecho, se trata de un acto puramente formal que, por sí solo, no implica necesariamente la posibilidad de que los consumidores potenciales conozcan el nombre de dominio y que, por lo tanto, no es probable que influya en la elección de estos últimos (Considerandos 39, 43, 48, 53, 60 y sigs.).

30 TABAKA, B. *Divorce entre le e-commerce et le commerce: et si une conciliation était possible?* Collection Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, Ed. Lamy, Paris, 2006, p. 26

31 Directiva 1999/44 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, actualizada por la precitada Directiva 2011/83 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.



siendo el de garantizar un nivel mínimo y uniforme de protección de los consumidores, especificándose en la misma que el vendedor respondería de la falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien (cuestión ésta esencial en el e-comercio, pues pasa a veces cierto tiempo entre la compra y la efectiva recepción de la mercancía, mediante mensajería, por parte del consumidor adquirente). El consumidor podría exigir la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado. En tal caso, o en el supuesto de que no se hubiera llevado a cabo el saneamiento en plazo razonable, o sin mayores inconvenientes para el consumidor, éste tendría derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato. Se regula la duración de la garantía de dos años a partir de la entrega del bien, la responsabilidad del garante o persona que la ofrezca, en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad, así como el contenido e idioma de la misma.

4. Régimen de responsabilidad por productos defectuosos

La posibilidad de imputar al fabricante la responsabilidad por los daños causados a los consumidores por productos defectuosos ha sido una de las principales reivindicaciones de éstos a nivel europeo y un derecho indispensable para el buen funcionamiento del Mercado Interior. La Directiva en la materia, del año 1999, aun se tiene por suficiente para complementar en su ámbito propio las garantías para el e-consumidor³². La misma está consagrada a delimitar la denotación y connotación de los conceptos que en ella se emplean. Así, el término «producto» se entiende referido a todo bien mueble, excepción hecha de las materias primas agrícolas (aquellas que no han sufrido una primera transformación) y los productos de la caza. El término «productor» alude al fabricante de un producto acabado, al productor de una materia prima o al fabricante de un componente de un producto, así como a toda persona que figure como productor en el bien defectuoso. Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, será igualmente responsable la persona que importe un producto en la UE con vistas a proceder a su venta, alquiler, leasing, etc., en el ejercicio de sus actividades comerciales. La responsabilidad será solidaria cuando varias personas sean responsables del mismo daño. El calificativo «defectuoso» se predicará de aquel producto que no ofrezca la seguridad que cabría esperar legítimamente de él, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias a las siguientes: su presentación; el uso que razonablemente puede esperarse que se haga de él; o el momento de su puesta en circulación. Finalmente, se considerará que ha ocasionado un «daño» cuando existan, bien muerte o lesiones corporales, o bien se den el daño o destrucción de una cosa, distinta del propio producto defectuoso a condición de que la misma sea de un tipo normalmente destinado al uso o consumo privado y haya sido utilizada por la víctima principalmente para su uso o consumo privado.

No obstante, una de las críticas más comunes (y acertada, afirmariamos) respecto a esta Directiva atañe a las numerosas causas que determinan la exención de responsabi-

32 Directiva 1999/34 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 1999 por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo 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.

dad del productor y a la dificultad de establecer con precisión las condiciones en que se basan algunas de ellas. Efectivamente, son varios los motivos que, junto con el supuesto obvio en que el productor demuestre no haber puesto en circulación el bien defectuoso, pueden conducir a liberar a aquél de responsabilidad. Si la disposición precedente parece inclinar la balanza de lado de los productores, otros preceptos de la Directiva resultan más favorables para los consumidores. Éste es el caso de los plazos que se establecen para la prescripción de las acciones de reparación por parte de las víctimas (tres años a partir de la fecha en que el demandante tuviera o hubiera debido tener conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor), así como para la extinción de los derechos que la Directiva les reconoce (diez años desde la puesta en circulación del producto causante del daño). Es también positivo desde la perspectiva de la mejor protección de los derechos de los consumidores el que la Directiva no fije taxativamente un límite económico a la responsabilidad del productor, aunque se deja abierta la posibilidad de que los Estados que así lo deseen estipulen un montante máximo a la responsabilidad global por daños resultantes de muerte o lesiones corporales y causados por idénticos artículos. Desde luego que por internet se pueden remitir productos que resulten ser defectuosos; pero la lejanía entre suministrador y consumidor hace de por sí mucho más difícil este ámbito negocial y litigioso, que hunde sus raíces en los orígenes del Derecho en Roma y su siempre inconclusa problemática alrededor de los vicios ocultos de la compraventa.

5. Cautelas dirigidas a la venta fuera de establecimientos comerciales y contratos negociados a distancia

Corresponde este último bloque que ahora analizamos conjuntamente a dos antiguos aspectos, anteriormente diferenciados con sus correspondientes Directivas específicas, y que actualmente aparecen subsumidos en la genéricamente extendida Directiva de 2011³³. Su estilo desde luego influye en la idea de que, en realidad, todo contrato por internet está fuera de la situación habitual de efectuarse en el local comercial del vendedor, una idea que precisamente las TIC están subvirtiendo en las consideraciones comerciales de las variables espacio temporales, que con estas tecnologías se disipan y reconfiguran.

Desde una primera época la normativa de las entonces Comunidades Europeas ya reflejaba su interés por aquellos contratos que resultaban concluidos durante una expedición organizada por el comerciante fuera de su establecimiento, fuese en el domicilio del consumidor o de otro consumidor, o bien en el lugar de trabajo del consumidor. El principio informador de la norma europea se sintetizaba considerando que el consumidor, al verse que se ve sorprendido por una oferta comercial efectuada fuera del marco en que éstas se producen usualmente sin haberla él solicitado, se encontraría en inferioridad ante el oferente, como resultado de una cierta presión psicológica o compulsiva que tales prácticas comportarían; De ahí que la previsión básica de las Directivas aplicables a estas situaciones fuese la de conceder al consumidor que hubiese concluido una especie de estos contratos, un periodo de reflexión suficiente para retractarse, sin ulterior compromiso ni más requisito que comunicar su decisión al comerciante. Por otra parte, el comer-

33 Esto es, una vez más la reiteradamente mencionada Directiva 2011/83 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.



ciante estaría obligado a informar por escrito al consumidor sobre su derecho de rescisión. Este periodo comenzó siendo de siete días, posteriormente ampliándose a catorce días tanto el periodo de reflexión, como el derecho de resolver el contrato, e incluso que, en determinados casos, se podía ampliar este dicho plazo a treinta días (caso de determinados contratos relacionados con seguros de vida y operaciones individuales de jubilación).

De un modo análogo se concebían el denominado contrato negociado a distancia, que se definiría como el celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios para el que se utiliza, exclusivamente, una o más técnicas de comunicación hasta la celebración del contrato, incluido el mismo, no existiendo presencia física simultánea entre consumidor y proveedor. Así, se regularían, entre otras, las ventas por teléfono, fax, radio, televisión, catálogos o incluso por correo electrónico. Pero a pesar de esa mención al e-mail, ha de saberse que toda la realidad descrita queda excluida expresamente del entorno comercial desarrollado a través de internet, ello de conformidad con el art. 3.3 letra m de la Directiva 2011/83, que queda teóricamente en exclusiva para la Directiva de 2000, si bien la importancia del medio informático queda reflejada también en el Preámbulo de dicha Directiva de 2011. No es desdeñable la posible aplicación conjunta de ambas normativas de modo recurrente o conjunto. Efectivamente, ya en su día se puso de relieve la íntima conexión entre ambos entornos normativos que se retroalimentan³⁴.

VII. Conclusiones

Ante lo que parece un cierto pecado original, deparado por el diverso origen o base legal de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico por un lado, situado en las disposiciones relativas a la consecución del Mercado Interior, y las Directivas nacidas en el ámbito del otro marco legal, el deparado por la Política Común de Consumidores, asistimos en lo que atañe al ámbito del e-comercio en perspectiva europea a un complejo y disperso campo normativo material. Sin perjuicio de las lecturas en favor del consumidor que se pueden operar desde la Directiva 2000/31, las demás Directivas de consumo, en principio concebidas para el comercio tradicional, dispensan hoy por hoy un más que aprovechable y benéfico efecto actualizador y complementario de las lagunas que, pese a todo, la normativa específica sobre e-comercio adolece. Así las cosas, el riesgo de complejas casuísticas derivadas de la coexistencia entre normas tecnológicas y no tecnológicas en un entorno internet en ascenso desde luego existe, quedando el Tribunal de Justicia de la UE como un valladar idóneo, aunque no exclusivo, encargado de evitar que se aboque a una dispersión tanto de aplicación normativa como de efectos. Debemos secundar a tal efecto los posicionamientos esgrimidos muy particularmente por el Parlamento Europeo, partidario en definitiva de una normativa relativa al e-comercio que maneje ambas facetas (Mercado Interior y Consumo), cuando no supere definitivamente una diferenciación, a cada día que pasa más artificiosa e inoperante.

34 PENDÓN MELÉNDEZ, M.A. *La perfección del contrato en Derecho Privado. Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 72.

VIII. Bibliografía

- BOTANA GARCÍA, G.A.** «La protección de los consumidores y el comercio electrónico», en *Régimen jurídico de internet*, CREMADES, J., FERNÁNDEZ, M. Á., ILLESCAS, R. (Coords.) Editorial La Ley, Madrid 2001.
- BOURGOIGNIE, T.** *Vers un Droit européen de la consommation ? Possibilités et limites*, Bruylant, Bruselas, 1979, pp. 3-33.
- CLEMENTE MEORO, M.E.**, «Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos electrónicos», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 263, Valencia, 2006, pp. 5-14.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.** *Derecho privado de Internet*, 4.^a edición, Editorial Civitas, Madrid, 2011
- GUILLÉN CATALÁN R.** *Oferta contractual y nuevas tecnologías*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.
- GUISADO MORENO, Á.** *Formación y perfección del contrato en internet*. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- JEULAND, E., ROCHFELD, J.** *Droit des consommateurs et procédures spécifiques en Europe*. Ed. Techniques et juridiques, Paris, 2005.
- LEROYER, A.** *L'épreuve d'Internet, Faut-il recodifier le droit de la consommation ?* Economica, París, 2002, pp. 167-198.
- MATEU, F. J. y CEPAS, R.**, «Política de Protección de los Consumidores en la CEE», en *La Protección de los Consumidores y el Medio ambiente en la CEE*, Col. Política Europea, Ed. Trivium, Madrid, 1986.
- MATTERA-RICIGLIANO, A.** «L'arrêt 'Cassis de Dijon': une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du Marché Intérieur», *Revue du Marché Commun*, Bruselas, 1980, pp. 505-514.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M.A.** *La perfección del contrato en Derecho Privado. Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- PUERTA DOMÍNGUEZ, E. M.** «Adquisición mediante comercio electrónico de productos defectuosos y estado de pandemia mundial; garantías para el consumidor desde los Reglamentos de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea», en *Hacia la creación de un nuevo orden internacional pospandemia: el rol de los distintos procesos de integración en Europa y en América Latina*, AA. VV. MOLINA DEL POZO, C. F., JIMÉNEZ CARRERO, J. A. (Coords.), Colección Jurídica, Editorial del Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2021, pp. 281-300.



TABAKA, B. *Divorce entre le e-commerce et le commerce: et si une conciliation était possible ?* Colection Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, Ed. Lamy, Paris, 2006.

VERBIEST, T. *Le nouveau droit du commerce électronique*, Éd. Larcier, Paris, 2005.

IX. Documentos

COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: *Normas online de la Comisión Europea respecto al comercio electrónico en la UE*. Recuperado el 28 de noviembre de 2023 de <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/e-commerce-rules-eu>

COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: Documento *Droit du Numérique, Document Théorique Digital Rights - France May 2021 - Version 1*. Recuperado el 28 de noviembre de 2023 de https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/consumerpro_digital_rights_tbd_fr.pdf

CONFEDERACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, GOBIERNO DE ESPAÑA: *Informe sobre Las cláusulas abusivas en el comercio electrónico del año 2007*. Recuperado el 28 de noviembre de 2023 de <https://datos.redomic.com/Archivos/Informes/I8.pdf>

PARLAMENTO EUROPEO: Documento *Briefing Políticas de la Unión Europea – En beneficio de los ciudadanos EPRS | Servicio de Estudios del Parlamento Europeo Autor: Nikolina Šajin Servicio de Estudios para los Diputados PE 633.141 - junio de 2019 ES Protección de los consumidores europeos*. Recuperado el 28 de noviembre de 2023 de https://what-europe-does-for-me.eu/data/pdf/focus/focus22_es.pdf

PARLAMENTO EUROPEO: Documento *Réforme du régime européen de responsabilité des intermédiaires en ligne Contexte de la future législation relative aux services numériques, Analyse Approfondie EPRS | Service de recherche du Parlement européen Auteur: Tambiama Madiega Service de recherche pour les députés PE 649.404 – mai 2020*. Recuperado el 28 de noviembre de 2023 de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA\(2020\)649404_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA(2020)649404_FR.pdf)