

LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS CONSUMIDORES (*)

ANTONIO CIDONCHA MARTÍN

Universidad Autónoma de Madrid

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.—II. LA CONSTITUCIÓN Y LA LIBERTAD DE CONSUMO: LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MERCADO: 1. *La Constitución y la economía de mercado*. 2. *La Constitución y el mercado*: 2.1. La imagen maestra del mercado. 2.2. La garantía institucional del mercado.—III. LA CONSTITUCIÓN Y LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. EL ARTÍCULO 51 CE: 1. *Consideraciones preliminares*: 1.1. El contexto. 1.2. El texto: presentación. 2. *Naturaleza y eficacia del mandato de protección de los consumidores: interpretación de los dos primeros apartados del artículo 51 CE*: 2.1. Lo que no contienen esos dos primeros apartados. 2.2. Lo que sí contienen los dos primeros apartados del artículo 51 CE. 3. *La delimitación subjetiva del mandato de protección de los consumidores*: 3.1. Los destinatarios del mandato: los poderes públicos: A) Perspectiva vertical (o territorial). B) Perspectiva horizontal (la división de poderes del Estado). 3.2. Los sujetos protegidos: los consumidores: A) El concepto de consumidor: nociones abstracta y concreta. B) El concepto de consumidor del artículo 51 CE. C) La noción legal de consumidor: el artículo 3 del Texto refundido. 3.3. Los sujetos frente a quienes se protege a los consumidores: los empresarios. 4. *La delimitación objetiva del mandato de protección de los consumidores*: 4.1. El contenido objetivo de los dos primeros apartados del artículo 51 CE. 4.2. La traducción legislativa: el texto refundido.—IV. LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES AL CONSUMO: 1. *Los límites constitucionales al mandato de pro-*

(*) Este artículo trae causa de la ponencia del mismo título presentada por el autor en el marco de las *IV Jornadas jurídicas luso-españolas*, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid los días 26 y 27 de marzo de 2009 y coordinadas por Don Ángel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo de la citada Universidad.

tección de los consumidores: 1.1. La libertad de empresa como límite. 1.2. La unidad de mercado como límite. 2. *Los límites constitucionales a la libertad de consumo y, por ende, a la economía de mercado.*

RESUMEN

El propósito de este trabajo es extraer las piezas básicas que permiten identificar la posición constitucional de los consumidores. La primera de estas piezas —lo que podemos llamar garantía *negativa* de los consumidores— es el mercado como institución garantizada en el artículo 38 de la Constitución. La garantía institucional del mercado provee a los consumidores como colectivo de un mínimo de libertad de contratación allí donde existe mercado.

La segunda de las piezas —lo que podemos llamar garantía *positiva* de los consumidores— es el artículo 51 de la Constitución. En los dos primeros apartados de este artículo se contiene una *directriz* de actuación en defensa de los consumidores, dirigida a todos los poderes públicos (cada una en el ámbito de sus competencias). Como toda directriz, deja libertad a los poderes públicos en el *cómo* concretar esa defensa.

La libertad de los poderes públicos en desarrollo de la directriz del artículo 51 de la Constitución no es ilimitada. Tampoco lo es la libertad de consumo que protege el mercado. Señalar los límites en uno y otro caso es también propósito de este trabajo.

Palabras clave: consumidor; garantía institucional del mercado; libertad de consumo; directriz de actuación; mandato de protección de los consumidores; límites constitucionales.

ABSTRACT

The purpose of this work is to extract the basic pieces that identify the constitutional position of consumers. The first of these pieces —what we call *negative* consumer warranty— is the market as an institution guaranteed by Article 38 of the Constitution. As institutional guarantee, the market provides to consumers as a group a minimum of freedom of contract where there is market.

The second of the pieces —what we call *positive* consumer warranty— is Article 51 of the Constitution. In the first two paragraphs of this article contains a guideline for action in consumer protection, addressed to all public authorities (each in its fields of competence). Like any guideline, leaves the public authorities freedom on how to realize that defense.

The freedom of public authorities in developing the guidelines of Article 51 of the Constitution is not unlimited. Nor is consumer choice that protects the market. Identify the boundaries in both cases is also purpose of this work.

Key words: consumer; institutional guarantee of the market; consumer freedom; action guideline; mandate to protect consumers; constitutional boundaries.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Dijo Kennedy, en un famoso mensaje al Congreso, de 15 de marzo de 1962: «Todos somos consumidores». Y dijo también: «Los consumidores son el único grupo de la sociedad que no está efectivamente organizado, o cuyos puntos de vista no siempre se toman en cuenta». Desde que el malogrado trigésimo quinto Presidente de los EE.UU. lanzara este mensaje, la protección de los consumidores se fue incorporando a la agenda política de los Estados Unidos y, por ende, de los Estados más avanzados y de la hoy Unión Europea. Hoy nadie duda de que, en el marco de la economía de mercado, los consumidores son actores económicos que necesitan de la mano visible del Estado y que, en consecuencia, requieren de un ordenamiento jurídico que les proteja.

Ocurre que, sobre la materia «consumidores y usuarios», como materia jurídica, se proyectan diferentes disciplinas —tanto de Derecho Público como de Derecho Privado—, pero también diferentes ordenamientos, desde una perspectiva territorial (comunitario, estatal, autonómico e incluso local). En este océano normativo debe buscar su hueco, su punto de vista, el Derecho Constitucional. La materia sobre la que opera el Derecho Constitucional es, obviamente, la Constitución, norma suprema de todo el ordenamiento y llamada, por tanto, a proporcionar, desde arriba, las piezas básicas para articular la regulación infraconstitucional —pública y privada— de los consumidores.

El propósito de cuanto sigue es extraer las piezas básicas que permiten identificar la posición constitucional de los consumidores. Me referiré, en primer lugar, a lo que podemos llamar garantía *negativa* de los consumidores, la que les proporciona el mercado como institución constitucionalmente garantizada en el artículo 38 de la Constitución. Desde esta perspectiva la Constitución se erige en límite a la actuación de los poderes públicos. En segundo lugar, me ocuparé de la garantía *positiva*, la que les ofrece el artículo 51 de la norma suprema. Desde esta perspectiva, la Constitución aparece como directriz de actuación de los poderes públicos. Por último, reseñaré los límites constitucionales tanto a la libertad de consumo como a la actuación de los poderes públicos en desarrollo del mandato del artículo 51.

II. LA CONSTITUCIÓN Y LA LIBERTAD DE CONSUMO: LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MERCADO (1)

1. *La Constitución y la economía de mercado*

El artículo 38 de la Constitución (CE en adelante) dispone en su primer inciso: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado». La referencia expresa a la «economía de mercado», que constituye una aportación novedosa de nuestra CE al constitucionalismo europeo [fue en su momento una originalidad (2)], suscita al menos dos interrogantes, el primero de los cuales es obvio: ¿A qué llama la CE «economía de mercado»?

A mi entender, en la CE están presentes dos acepciones de la expresión «economía de mercado», una estricta (o propia) y otra amplia (o impropia). En sentido estricto, economía de mercado es aquella economía en la que la coordinación de las decisiones económicas se realiza a través del mercado, por contraposición a la economía dirigida o planificada, en la que la coordinación —la dirección misma— de la actividad económica se basa en planes (públicos) elaborados por una autoridad central (pública). Economía de mercado es economía basada en el mercado y también en la libre iniciativa económica privada, su acompañante indispensable.

En sentido amplio (o impropio), la expresión no es más que un eufemismo con el que referirse al capitalismo de mercado. Se pretende evitar el uso de una palabra —capitalismo— a la que aun hoy se anudan consecuencias negativas. El capitalismo de mercado, por oposición al socialismo planificador, se basa en tres pilares, por un lado, el binomio mercado-libre iniciativa económica privada (por eso es *de mercado*) y, por otro, la propiedad privada de los medios de producción: esto es lo que significa «capitalismo» en sentido estricto, por oposición a «socialismo» en sentido estricto (basado en la propiedad pública de los medios de producción). Un sistema capitalista de mercado se compone así de tres piezas: propiedad privada, libre iniciativa económica privada y mercado.

Nuestra Constitución acoge ambas acepciones. La acepción estricta se deriva de la lectura aislada del artículo 38, en donde se recogen las dos piezas de que se compone: el mercado y la libre iniciativa económica privada

(1) Para un estudio más detallado, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A.: *La libertad de empresa* (Thomson-Civitas/Instituto de Estudios Económicos, 2006), capítulos II y III.

(2) Con posterioridad, referencias expresas a la «economía de mercado» las encontramos —dentro del ámbito territorial de la Unión Europea— en las Constituciones de Polonia (art. 20), Hungría (art. 99) y Eslovaquia (art. 55.1).

(aquí rebautizada como «libertad de empresa»). La acepción amplia se deriva de la interpretación sistemática de la CE, toda vez que, en el artículo 38, se reconoce el derecho fundamental de propiedad privada, que se proyecta sobre los bienes y derechos (apartado 3), entre los cuales están los medios de producción, respecto de los cuales la CE nada dice en contra de su apropiación privada (3).

Conocidas ya las piezas de que se compone la economía de mercado (propiedad privada, libertad de empresa y mercado), he aquí el segundo interrogante: ¿qué significa la incorporación expresa de la «economía de mercado» al texto constitucional? En mi opinión, significa que la CE, que no es neutral en el terreno político (consagra como sistema político la democracia parlamentaria), tampoco lo es en el terreno económico: consagra un sistema económico determinado, la «economía de mercado», con exclusión de los demás. El marco constitucional de la libertad de empresa no puede ser cualquier sistema económico: no puede serlo ni el socialismo (planificador o de mercado) ni el capitalismo dirigido. El único marco posible es el capitalismo de mercado.

Esta afirmación la sostengo frente a quienes, desde posiciones neutralistas o abiertas, han defendido que la CE no consagra sistema económico alguno, o que en ella cabe una gran variedad de sistemas económicos, o que la expresión «economía de mercado» es tan flexible que admite lecturas diversas (4). Ello no supone hacer una lectura neoliberal de la CE. Lo que supone es extraer las consecuencias lógicas de la voluntad del constituyente de incorporar expresamente al texto constitucional la «economía de mercado» (5).

Pero la «constitucionalización» de la economía de mercado no significa que el constituyente acepte absolutamente sus reglas: la economía de mercado se reconoce en el marco de la Constitución y no al revés. La «economía de mercado» es una de las decisiones fundamentales sobre las que se asienta

(3) La única alusión constitucional a los medios de producción se hace en el artículo 129.2, que dispone que los poderes públicos «establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción». La norma presupone que los medios de producción son susceptibles de apropiación privada.

(4) Sobre esta cuestión, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A.: *La libertad de empresa*, ob. cit., págs. 72 y ss.

(5) En palabras de GARRORENA MORALES, «el legislador constituyente, al reconocer la economía de mercado, no ha hecho otra cosa que reflejar el sistema económico establecido» y «obrar de otra forma hubiera sido una ingenuidad, una ficción cuyo único resultado sería el progresivo divorcio entre la Constitución y la vida» [GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado Social y democrático de Derecho* (Tecnos, 1984), págs. 89-90].

el orden constitucional económico, aunque no la única. Al lado de ella, otra: la decisión sobre la forma de actuar de nuestro Estado, esto es, el Estado Social (art. 1.1) (6). De la calificación del Estado como *Social* se derivan numerosas e importantes posibilidades de intervención pública en la economía de mercado. La misma lectura del segundo inciso del artículo 38 CE así lo sugiere: los poderes públicos aseguran el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado «de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, la planificación». En suma, *cabe intervención pública en la economía de mercado, lo que no cabe es economía enteramente intervenida o planificada*.

2. La Constitución y el mercado

2.1. La «imagen maestra» del mercado

La teoría de la competencia perfecta, trasunto de la intuición «smithiana» de la mano invisible, sirve para explicar sólo una pequeña parte de los mercados y, es más, ha sido ferozmente criticada por la insostenibilidad de los supuestos en los que se asienta. Ha tenido que ser completada con teorías alternativas (la del monopolio y el oligopolio) que, en puridad, no son sino variaciones respecto de aquella (7). En realidad, todas ellas obedecen a un enfoque económico (el neoclásico), que ha sido criticado por la visión estática que ofrece de la competencia (perfecta o imperfecta), crítica en la que han confluído autores tan dispares como Schumpeter y Hayek. Frente a esta concepción estática, se alza una concepción dinámica que ve la competencia empresarial como «un proceso en el que los empresarios, con información imperfecta, intentan ajustarse a las condiciones de mercado de manera tal que puedan alcanzar, impersonalmente, una coordinación entre los planes de oferta y demanda que puedan existir» (8).

(6) Frente a las cláusulas «Estado de Derecho» y «Estado Democrático», que designan una forma de *ser* del Estado, la cláusula «Estado Social» designa una forma de *actuar* del Estado: sobre esta cuestión, *vid.* ARAGÓN REYES, M.: «Los problemas del Estado Social», en *Libertades económicas y Estado Social* (Mc-Graw Hill, 1995).

(7) Estas formas de mercado se diferencian en los oferentes (muchos, pocos o uno) o, más exactamente, en el poder de mercado: frente a la competencia perfecta, situación en la que ningún oferente tiene poder sobre el precio, en el monopolio y el oligopolio los oferentes sí tienen poder sobre el precio, muy intenso en el primer caso, intenso en el segundo. El número de oferentes es la manifestación de la distinta posición de poder sobre el mercado, que es lo que de verdad define las distintas formas de éste.

(8) PASCUAL y VICENTE, J.: «Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la

Ahora bien, cualquiera que sea el enfoque (estático o dinámico) que se adopte, existe un rasgo común a todas las formas de mercado: en todas ellas la coordinación de las decisiones económicas se lleva a cabo mediante el intercambio y a través del mecanismo (privado) de los precios. *El mercado es el libre intercambio (masivo, si se quiere) a través del mecanismo (privado) de los precios*. Esta afirmación es sostenible tanto si se entiende la competencia en un sentido estático como dinámico. Ésta es, a mi juicio, la imagen maestra del mercado en sentido estricto (9).

Hecha esta afirmación, es pertinente hacer una observación importante para mis propósitos. En una economía de mercado, objeto de intercambio pueden ser productos finales (bienes o servicios), factores de producción (productos intermedios —tierra, bienes de capital— y trabajo) o capitales (instrumentos financieros). Dejando al margen el caso especial del mercado de capitales (10), sólo el mercado de productos finales pone en relación a los empresarios y a los consumidores, los destinatarios finales de los bienes y servicios que se producen. En sentido económico, el consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su pro-

competencia», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 224 (marzo-abril 2003), pág. 27.

(9) Hablo de imagen maestra en sentido estricto frente a imagen maestra en sentido amplio. En puridad, para que los mercados, globalmente considerados, puedan funcionar eficazmente —como mecanismo de asignación de recursos productivos—, es necesario que exista un razonable grado de libertad (de libertad de acceso) y de competencia en los mismos. Esto es lo que sugiere una interpretación sensata de lo que la economía de mercado significa como sistema económico. Este es también el modelo de economía de mercado de la Unión Europea (arts. 119 y 120 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE en adelante—). Por eso, el mercado, que *es* el libre intercambio a través del mecanismo de los precios, *debe* ser libre (en el sentido de libertad de acceso) y competitivo (en el sentido de una dosis razonable de competitividad —*workable competition*—). Sobre esta cuestión, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A.: *La libertad de empresa*, ob. cit., págs. 139 y ss.

(10) La expresión «capitales» debe entenderse en sentido amplio, toda vez que los economistas distinguen entre mercados de *dinero* y mercados de *capitales* en sentido estricto. Los primeros tienen por finalidad la captación de financiación a corto plazo, mientras que los segundos se orientan a la captación de financiación a largo plazo, siendo así que la barrera entre el corto y el largo plazo se sitúa convencionalmente en un año. Ejemplo de los primeros es el mercado *interbancario*, a través del cual las entidades de crédito se prestan dinero entre sí cuando lo precisan. Ejemplo de los segundos es el mercado de *valores*, en los que unos (los emisores de los valores) obtienen fondos destinados a permanecer largo tiempo en sus manos y otros (los tenedores de los mismos) obtienen a cambio el derecho a percibir una renta determinada (*v. gr.*, deuda pública, obligaciones o bonos) o un rendimiento variable en función de los beneficios obtenidos por las entidades que se sirven de tales fondos (*v. gr.*, acciones de sociedades).

pio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares. El consumidor se limita así a participar en la fase final del proceso económico: adquiere un bien o utiliza un servicio para su uso, no para integrarlo en el proceso productivo. Por el contrario, el empresario adquiere un bien o utiliza un servicio para integrarlo en el proceso productivo. En definitiva, el consumidor pretende hacerse con el *valor de uso* de lo adquirido, el empresario con el *valor de cambio*.

Otra observación importante para nuestros propósitos se refiere al papel de los poderes públicos en una «economía de mercado» como la nuestra y en un Estado social como el nuestro (11). Por decirlo en términos gráficos, en el campo de juego económico (en el mercado), los jugadores son fundamentalmente los empresarios y los consumidores (y, por supuesto, también los trabajadores —en el mercado de trabajo—). El Estado es fundamentalmente árbitro, a través de la ordenación del mercado. Ahora bien, en un Estado Social, los poderes públicos asumen también el papel de «managers», dirigen el proceso económico para la consecución de determinados objetivos utilizando, en su caso, la planificación. Y, en ocasiones, entran en el terreno de juego como jugadores: unas veces actúan con ventaja, eliminando a los jugadores privados (a todos —mediante la reserva de recursos o servicios esenciales— o a algunos —mediante la intervención de empresas—) y otras, sin ventaja, en las mismas condiciones que los empresarios privados (mediante la creación de empresas públicas). En un Estado Social, los poderes públicos pueden interferir en el proceso económico al servicio de objetivos determinados. Uno de estos es, justamente, la protección de los consumidores.

2.2. *La garantía institucional del mercado*

El mercado es la forma de organización de la actividad económica en el sistema de economía de mercado. Es, por tanto, una forma de organización no regulada pero sí reconocida en la CE, en su artículo 38. Y esta forma de organización se reconoce en la CE con fines de protección, como se deduce de su vinculación a la libertad de empresa (de la que es marco), derecho fundamental reconocido y, por tanto, protegido por la Constitución (art. 53.1).

(11) No me gusta la expresión economía *social* de mercado: no es social la economía de mercado, es el Estado el que es social. El sistema económico de mercado es neutro en lo que respecta a la distribución de la riqueza: no está pensado para eso, ni es su cometido. De una distribución justa de la riqueza tiene que ocuparse el Estado. Sobre este asunto, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A.: *La libertad de empresa*, ob. cit., págs. 109 y ss.

Sin mercado al que acudir con lo producido carece de sentido la iniciativa económica privada y, en consecuencia, la libertad de empresa: la protección constitucional de ésta implica necesariamente la protección constitucional del mercado. Éste es, por lo demás, un componente esencial, un elemento arquitectural indispensable del sistema económico constitucionalizado y, por ende, del orden constitucional económico.

El mercado (la economía de mercado) reúne, pues, todos los elementos que, desde la STC 32/1981, caracterizan a una institución, para ser más precisos, a un instituto garantizado. La cuestión es determinar qué implica la garantía institucional del mercado. En mi opinión, la garantía institucional del mercado opera en dos niveles:

— El primer nivel es el de la *existencia del mercado en general*. En este nivel, la protección institucional del mercado implica lo siguiente:

En primer lugar, implica *la prohibición de la abolición general mediante ley (o mediante cualquier otro instrumento jurídico) del mercado y su sustitución por la planificación pública*. Ello sólo puede hacerse mediante una reforma de la Constitución.

En segundo lugar, implica *la garantía de un campo razonable de acción para el mercado*. La Constitución no exige que toda la actividad económica sea actividad de mercado, ni mucho menos. Pero sí prohíbe que los sectores *de no mercado* prevalezcan sobre los de *mercado*, porque de lo contrario la «economía de mercado» se desnaturalizaría, para pasar a ser una economía planificada. Ello supone, al menos, un freno al ejercicio abusivo de las técnicas constitucionales de intervención pública en la economía de los artículos 128.2 y 131 CE: los preceptos citados no legitiman a los poderes públicos, ni para sustraer la mayoría de los recursos o servicios a los particulares, ni para hacer descansar la actividad económica sobre la planificación pública.

En tercer y último lugar, implica *la justificación constitucional del no-mercado*. Sustraer al mercado una actividad económica es legítimo —insisto: la Constitución no exige que toda la actividad económica sea actividad de mercado—, pero, puesto que una decisión tal supone no sólo la eliminación del mercado sino de la libertad de empresa en esa actividad, no puede tomarse arbitrariamente. Mercado y libertad de empresa se refuerzan mutuamente para imponer la exigencia de justificar constitucionalmente la exclusión del mercado de las actividades económicas susceptibles de mercado.

— El segundo nivel es el de la *imagen maestra (el contenido esencial) del mercado*.

No existe una configuración concreta de cada mercado impuesta por el constituyente, pues esto es algo que defiere al legislador. En gran medida,

cada mercado se define por las leyes que lo regulan. En el ejercicio de esta tarea el legislador no es un mero ejecutor de la Constitución, sino que actúa con un amplio margen de libertad; en este sentido la Constitución es marco de intervenciones plurales, y aquí se realiza el pluralismo político. Pero estas intervenciones sobre los mercados no pueden desfigurar la imagen maestra del mercado como instituto; en este sentido la Constitución es límite al pluralismo político y aquí se hace efectiva su primacía.

En este nivel, la protección institucional opera —lógicamente— sobre los sectores de mercado, e implica que, allí donde hay mercado, allí donde el mercado no ha sido excluido por decisión legal justificada, los poderes públicos deben respetar su imagen maestra. Ello se traduce, para cada mercado concreto, en la garantía genérica de un espacio de libertad de acceso y de fijación de las condiciones de intercambio por parte de los agentes económicos privados, lo que en términos jurídicos se denomina *libertad de contratación*. Los mercados pueden ser intervenidos todo lo que se quiera por los poderes públicos, pero esa intervención no puede eliminar el mercado mismo, el libre intercambio a través del mecanismo privado de los precios. En otras palabras, cabe restringir (12), pero no eliminar o reducir a la nada en la práctica la libertad de contratar precios o cantidades de intercambio ni la libertad de elección de oferentes o demandantes, porque, de lo contrario, y utilizando palabras de la STC 32/1981, el instituto «mercado» quedaría limitado de tal modo que se le privaría prácticamente de sus posibilidades de existencia real como instituto para convertirse en un simple nombre.

Ocurre que la libertad de contratación, del lado de la oferta, está protegida «iusfundamentalmente» por la libertad de empresa, por lo que la garantía institucional —que ciertamente sirve para fundamentar la garantía iusfundamental— es subsumida por ésta. La garantía institucional del mercado adquiere significado propio del lado de la demanda, como protección en los mercados finales (los mercados de bienes y servicios —*outputs*—) de los consumidores *in genere* (no individualmente considerados), a quienes asegura un espacio de libertad (de *libertad de consumo*) frente a los poderes públicos (el legislador fundamentalmente). Aquí es donde quería llegar.

A diferencia de los empresarios, los consumidores no tienen a su disposición un derecho fundamental que puedan esgrimir a título particular. Sí disponen, como colectivo, de una protección institucional, la que le proporciona el mercado y que, cuanto menos, implica, primero, que, allí donde hay mercado, debe haber un mínimo de libertad de acceso al mismo por parte de

(12) Mediante ley, en cuanto afecte a la libertad de empresa, que implica la libertad de contratación de los empresarios en el mercado (art. 53.1 CE).

los consumidores; y, segundo, que, allí donde hay mercado, los consumidores deben gozar de un mínimo de libertad de elección de oferentes lo que, de suyo, supone la exigencia de un grado razonable de competencia en el mercado.

Ocurre que la protección que brinda el artículo 38 CE a los consumidores como colectivo opera únicamente frente a los poderes públicos (frente al legislador fundamentalmente). Es lo propio de la garantía institucional. El artículo 38 CE prohíbe a los poderes públicos que, allí donde hay mercado, limiten de tal modo la libertad de consumo (llamémoslo así) que la hagan impracticable. Pero, ¿quién protege a los consumidores frente a los empresarios? La respuesta está en el artículo 51 CE.

III. LA CONSTITUCIÓN Y LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: EL ARTÍCULO 51 CE

1. *Consideraciones preliminares*

1.1. *El contexto*

El artículo 51 CE tiene como antecedente constitucional inmediato el artículo 81 de la Constitución portuguesa, el primer texto constitucional en el que se hace un reconocimiento expreso de los intereses de los consumidores (13). Nuestra Constitución regula con algo más de detalle la materia. Se inspira para ello en la «Carta de Protección de los consumidores», aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa el 17 de mayo de 1973 y, especialmente, en la Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975, relativa a un «Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores».

La mención a la protección de los consumidores en los textos constitucionales es relativamente reciente (14). Esto es así porque la política global

(13) El artículo 81 disponía, en su redacción originaria: «Corresponde prioritariamente al Estado en el ámbito económico y social: j) proteger a los consumidores». En 1989 fue añadido un nuevo artículo (el 60) en el que se hace una referencia detallada a los «derechos de los consumidores». En la versión actualmente vigente —la que resulta de la reforma constitucional de 2005— la Constitución portuguesa contiene otras dos referencias a los consumidores: en el artículo 52.3.a), en el que se reconoce a todos el derecho a ejercer la acción popular, especialmente en orden a promover —entre otras cosas— los derechos de los consumidores; y en el artículo 99.e), que cifra como uno de los objetivos de la política comercial la protección de los consumidores.

(14) En el marco de la Unión Europea, han seguido los pasos de las Constituciones por-

de protección de los consumidores es también un fenómeno relativamente reciente, iniciado en los años 60 del siglo xx en los Estados más avanzados (15) y en el ámbito comunitario en los 70.

Hay política global desde que se constataron dos fenómenos. El primer fenómeno fue el fin del mito de la soberanía del consumidor y su traducción jurídica, la autonomía de la voluntad. El modelo de mercado perfectamente competitivo convertía a los consumidores, no ya en árbitros, sino en reyes del sistema económico. Pero pronto se vio que el mercado tenía fallos. Por un lado, fallos de competencia: en los mercados no siempre, más bien casi nunca, se dan las condiciones de la competencia perfecta y, cuando esto no sucede, el precio al que se venden los productos es mayor que el precio eficiente, con mayores beneficios para los empresarios y menores para los consumidores. Pero también —por otro lado—, fallos de eficiencia (fallos de mercado en sentido estricto), entre ellos, la llamada asimetría informativa. Descubrimos un buen día que el mercado no proveía de información fidedigna a los consumidores. Estos tienen, las más de las veces, una información insuficiente, e incluso engañosa, de los bienes o servicios que se les ofertan, por lo que no están en condiciones de tomar decisiones racionales (de maximizar su utilidad). Las empresas, por el contrario, poseedoras de una información que los consumidores desconocen, tienen un gran incentivo para engañarles (maximizadoras como son del beneficio). El rey, por tanto, estaba indefenso.

En segundo lugar —y este es el segundo fenómeno—, el fin del mito de la soberanía del consumidor vino acompañado de un crecimiento brutal del consumo, propiciado por un aumento exponencial del nivel de vida de la población. De la mano de Keynes se produce una transformación en el sistema capitalista (16): el llamado neocapitalismo se basa en el supuesto keynesiano de que la producción está determinada, no por la acumulación de capital a

tuguesa y española las Constituciones de Lituania (de 1992) y Polonia (de 1997). En el párrafo último del artículo 46 del texto lituano vigente se dice: «El Estado protegerá los intereses de los consumidores». Por su parte, en el artículo 76 del texto polaco vigente se dice: «Los poderes públicos protegerán a los consumidores... contra las actividades que amenacen su salud, privacidad y seguridad, así como contra prácticas deshonestas en el mercado. El alcance de tal protección se determinará legalmente». Los textos han sido tomados de RIPOLLÉS SERRANO, María Rosa (coord.): *Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea* (Congreso de los Diputados, 2010).

(15) Estados Unidos fue el pionero. El pistoletazo de salida fue el ya citado mensaje del Presidente Kennedy al Congreso, de 15 de marzo de 1962. En él enumeró por primera vez los derechos de los consumidores: a la seguridad, a ser informado, a elegir y a ser escuchado.

(16) Esto lo explica muy bien el maestro GARCÍA PELAYO: *vid.* GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (Alianza, 1977), pág. 67.

costa de los trabajadores, sino por la demanda y ésta, a su vez, por la cantidad de personas empleadas, por los salarios y por las prestaciones sociales. El crecimiento económico se basa en el consumo. Se impone así incitar al consumo a fin de que sea absorbida la mayor producción posible.

En un sistema económico basado en el consumo y en el que, al tiempo, el consumidor se encontraba indefenso, no era de extrañar que la preocupación por el consumidor se tradujera en una política global de protección de los consumidores, dirigida a restablecer una cierta igualdad en sus relaciones con los empresarios, pero siempre dentro del marco del sistema de economía de mercado. En este contexto es en el que hay que situar el artículo 51 CE.

1.2. *El texto: presentación*

El artículo 51 CE contiene tres apartados. Los dos primeros recogen los principios consagrados en las dos declaraciones internacionales que le sirvieron de fuente de inspiración. En ambos textos se enumeran una serie de derechos de los consumidores (hasta 5) (17) y se prevén para cada uno de ellos un conjunto de medidas para hacer efectiva su protección. En el texto constitucional, los «derechos» pasan a ser «objetivos» de los poderes públicos y desaparece uno de ellos, el derecho a la reparación de daños, que se entiende implícito en los objetivos del apartado 1, en particular, al reconocerse expresamente el mandato de proteger los legítimos intereses económicos de los consumidores. Además —y esto es novedad respecto de los textos internacionales antes citados—, se establece una distinción entre dos grupos de objetivos: unos —de carácter sustantivo—, los del apartado 1; otros —de carácter instrumental—, los del apartado 2. Esta distinción tiene su origen en una enmienda presentada en el Senado por la Agrupación Independiente [en concreto, por la senadora Gloria Begué (18)] y, a pesar de querer apuntar a una jerarquización de objetivos (los primeros serían básicos, los segundos

(17) Los enumerados en la Resolución del Consejo de 1975 son: a) derecho a la protección de la salud y de su seguridad; b) derecho a la protección de sus intereses económicos; c) derecho a la reparación de daños; d) derecho a la información y a la educación; e) derecho a la representación (derecho a ser escuchado).

(18) Véase el *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 46, sesión núm. 48 (30 de agosto de 1978). Para la senadora, los verdaderamente fundamentales eran los dos primeros objetivos (la protección de la salud y seguridad y la protección eficaz de los intereses económicos de los consumidores), mientras que los dos últimos (la información y educación de los consumidores y la consulta y representación de los mismos en relación con las decisiones que les conciernen) desempeñaban un papel instrumental.

puramente instrumentales), lo cierto es que no tiene relevancia práctica. Así lo atestiguan las disposiciones legislativas que han desarrollado estos apartados, que no hacen distinción entre unos y otros, como después se verá.

El tercer apartado del artículo 53 ha sido criticado casi unánimemente por la doctrina. Se ha criticado su ubicación sistemática, dado que no contiene un principio rector, sino un mandato al legislador. En realidad, como ha puesto de relieve Jiménez Campo (19), en el capítulo III del título I no sólo hay principios rectores (esto es, normas programáticas), también hay mandatos al legislador (en el artículo 51.3, pero también en otros lugares: artículos 39.2, 40.2, etc.), principios de igualdad (que imponen un trato singularizado a favor de determinadas categorías de individuos: artículo 39.2 y 4) y garantías institucionales (art. 41 —Seguridad Social— y 39.1 —Familia—). No es, por tanto, raro ni desconcertante que en una disposición del capítulo III del título I aparezca un mandato al legislador. La cuestión estriba en averiguar qué sentido tiene que, en una disposición que contiene un mandato de protección de los consumidores, se inserte un mandato de regular una materia distinta (comercio interior y autorización de productos comerciales). En mi opinión, el único sentido operativo que cabe otorgar al artículo 51.3 CE —amén de consagrar una reserva de ley— es este: la CE manda que la regulación por ley del comercio interior (y del régimen de autorización de productos comerciales) se inspire en la defensa de los consumidores. No ha de ser la única finalidad a la que debe atender la norma, pero ha de estar entre ellas. Aquí se concreta *ex Constitutione* para un sector de la realidad (el comercio interior) el carácter informador de los principios rectores de la política social y económica.

2. *Naturaleza y eficacia del mandato de protección de los consumidores: interpretación de los dos primeros apartados del artículo 51 CE*

Aclarar la naturaleza y eficacia del mandato de protección de los consumidores conduce a distinguir entre lo que *no* contienen y lo que *sí* contienen los dos primeros apartados del artículo 51 CE.

2.1. *Lo que no contienen esos dos primeros apartados*

— *No contienen derechos subjetivos alegables directamente ante los tribunales.* Lo prohíbe expresamente el art. 53.3 CE. Con una precisión adicio-

(19) JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantía* (Trotta, 1999), págs. 128 y ss.

nal: no se exige que la Ley que desarrolle el mandato constituya derechos subjetivos a favor de los consumidores. Sólo las disposiciones del capítulo III del título I que, anejas a normas programáticas, enuncian lo que califican de «derechos» (43.1 —«derecho» a la protección de la salud—, 44.1 —«derecho» al acceso a la cultura—, 45.1 —«derecho» a disfrutar de un medio ambiente adecuado— o 47 —«derecho» a disfrutar de una vivienda digna y adecuada—) parecen imponer al legislador «en su progresiva realización de la norma programática, la necesaria configuración de derechos subjetivos en el ámbito material sobre el que se proyecta aquella» (20).

— *No contienen un principio general del Derecho.* Al menos, no en el sentido de los apartados 1 y 4 del artículo 1 del Código Civil, sencillamente porque estamos ante normas escritas: ocupan el lugar de la «ley» (como sinónimo de norma escrita) y no el de los «principios generales del Derecho» (normas no escritas en la terminología del Código Civil). Además, estamos ante normas escritas del máximo nivel, por su incardinación en la norma suprema del ordenamiento. Conviene recalcar esto, toda vez que buena parte de la doctrina ha visto en la «protección del consumidor» un principio general del Derecho (21).

Obvio es decir que, al igual que los principios generales del Derecho, el principio rector del que hablamos tiene carácter informador del ordenamiento jurídico. Así lo dispone expresamente el artículo 53.3 CE. Va también de suyo: la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, sus disposiciones informan todo el ordenamiento jurídico (otra obviedad). Pero, a diferencia de los principios generales del Derecho, no es una norma subsidiaria (que opere en defecto de norma escrita y costumbre), es una norma primaria y, además, del máximo nivel.

— Por último, en los dos primeros apartados del artículo 51 CE *no se contiene regla alguna atributiva de competencias territoriales.* Así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias (por todas, SSTC 62/1991 y 202/1992). El cumplimiento del mandato de protección de los consumidores corresponderá al Estado o a las Comunidades Autónomas, en función del reparto de competencias establecido en el título VIII CE y en los respectivos Estatutos de autonomía. Sobre esto volveré después.

(20) JIMÉNEZ CAMPO, J.: *ibidem*, pág. 131.

(21) Véase la relación de autores citada en GUILLÉN CARAMÉS, J.: *El estatuto jurídico del consumidor (Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración)* (Civitas, 2002), pág. 191, nota 69.

2.2. *Lo que sí contienen los dos primeros apartados del artículo 51 CE*

En los dos primeros apartados del artículo 51 CE se contienen normas finalistas (o programáticas), que asignan objetivos a los poderes públicos. Determinar cuál es su eficacia jurídica tropieza con la dificultad que comporta su peculiar estructura: una norma finalista no ordena —ni prohíbe— ninguna acción, sino sólo la consecución de un objetivo. Por ejemplo, el artículo 51.1 prescribe la consecución de un objetivo (que la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores se encuentren eficazmente protegidos), pero no determina cuáles son las acciones idóneas para conseguir ese objetivo, ni siquiera determina cuándo hay que alcanzarlo: el *cómo* y el *cuándo* se deja en manos de los destinatarios de la norma, que son los poderes «públicos» (en primer lugar, el legislador).

Esa peculiar estructura conduce a debilitar la eficacia jurídica negativa de estas normas (su condición de límite) y a potenciar su eficacia jurídica positiva (su condición de habilitación). Como límite a la acción (o inacción) de los poderes públicos, la eficacia jurídica de las normas finalistas es más bien escasa. Desde luego, no nacen de ellas inmediatamente derechos subjetivos que puedan invocarse en juicio, como ya se ha dicho. Por otra parte, como bien dice Jiménez Campo, «ninguna norma de ley puede ser juzgada con arreglo a su grado de consecución o de apartamiento de los objetivos fijados en una norma programática» (22): las normas finalistas no permiten un enjuiciamiento de su grado de cumplimiento legislativo, porque los objetivos constitucionales han de ir alcanzándose a través de políticas, y las políticas no son susceptibles de control jurídico, entre otras cosas porque admiten diverso grado legítimo de cumplimiento. Como advirtiera De Otto (23), si se pudiera enjuiciar la adecuación entre la ley y el objetivo prescrito, el Tribunal Constitucional estaría suplantando al legislador en su función estrictamente política de elegir los medios conducentes a lograr ese objetivo. A lo más a lo que puede llegar el Tribunal Constitucional es a sancionar la infracción frontal del mandato finalista, declarando la inconstitucionalidad de una ley cuando resulte manifiesta y claramente contraria al objetivo prescrito (24).

La eficacia jurídica de las normas de los dos primeros apartados del artículo 51 CE es más positiva que negativa. No son normas que atribuyan di-

(22) JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, ob. cit., pág. 129.

(23) OTTO, I. DE: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Ariel, 1987), pág. 48.

(24) Pienso, por ejemplo, en una Ley que estableciera barreras desproporcionadas a la creación de asociaciones de consumidores o que les negara legitimación para ejercer acciones en defensa de sus asociados.

rectamente competencias a los poderes públicos, pero sí permiten fundamentar constitucionalmente la creación de normas infraconstitucionales de dos tipos: por un lado, normas que atribuyan a los poderes públicos competencias o, si se prefiere, potestades de intervención pública en la actividad económica privada; por otro lado, normas que impongan deberes o prohibiciones a los empresarios en las relaciones contractuales con los consumidores. Estas normas serían de más problemática constitucionalidad sin ese apoyo constitucional. Esto es: las normas del artículo 51, amén de ser parte del programa económico y social que propone la CE, constituyen *razones constitucionales para la intervención pública y razones constitucionales para la limitación de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 CE, en particular en la libertad de contratación*.

3. *La delimitación subjetiva del mandato de protección de los consumidores*

Los dos primeros apartados del artículo 51 se dirigen a los poderes públicos, a quienes manda defender a unos sujetos (los consumidores) frente a otros (los empresarios).

3.1. *Los destinatarios del mandato: los poderes públicos*

A) Perspectiva vertical (o territorial)

A.1) Como se ha dicho, en el artículo 51 CE no se contiene una regla atributiva de competencias: los poderes públicos a los que se refiere el artículo serán el Estado o las Comunidades Autónomas, en función del reparto constitucional o estatutario de competencias. A estos dos poderes hay que incorporar a las instituciones comunitarias que, por la vía que abre el artículo 93 CE, han asumido competencias en la materia, hoy con base jurídica en el artículo 169 del TFUE (25). Buena parte de nuestra legislación sobre de-

(25) El artículo 169 (heredero del antiguo artículo 153 del TCE) proclama que la Unión Europea contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. Desde esta proclama inicial, el artículo precisa que la Unión contribuirá a que se alcancen tales objetivos a través de dos vías:

1) Medidas de aproximación de legislaciones que adopte en el marco de la realización del mercado interior.

fensa de los consumidores no es sino el resultado de la transposición de Directivas comunitarias. Incluso a los municipios les ha dotado la Ley de Bases de Régimen Local de la competencia de defensa de los consumidores y usuarios, en el marco, eso sí, de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 25.2.g) (26).

A.2) Determinar quién es quién en esta materia es algo que no corresponde a este trabajo. No me resisto, sin embargo, a hacer una pequeña reflexión: en mi opinión, la defensa de los consumidores (objetivo del artículo 51 CE) no está llamada a ser materia sujeta a atribución competencial (exclusiva o compartida), por su carácter finalista y su universalidad (todos somos consumidores). De hecho, ni en el artículo 148 ni en el 149 CE aparece recogida expresamente como materia susceptible de apropiación competencial. Pero lo cierto es que todas las Comunidades Autónomas, a partir de la puerta que abría el artículo 149.3 CE, asumieron en sus Estatutos competencias sobre defensa de los consumidores y usuarios, de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado, en unos casos (27), exclusivas en otros (28). Siendo una competencia transversal, susceptible de proyectarse

2) Medidas que apoyen, complementen o supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros. Se trata de una competencia complementaria, que no sustituye a las competencias de los Estados miembros. Las medidas que se adopten al respecto serán medidas de mínimos, que no impiden que los Estados las mejoren.

(26) Puesto que la autonomía local es una garantía institucional que no puede ser desconocida por el legislador estatal y autonómico (STC 32/1981), ambos legisladores deben proveer a los municipios de un mínimo de competencias al respecto.

(27) Se trata de los Estatutos de la llamada «vía lenta»: los antiguos Estatutos aragonés (art. 36.1.5), balear (art. 11.12), castellano-leonés (art. 27.1.8) y extremeño (art. 8.7), y los vigentes asturiano (art. 11.8), cántabro (art. 25.6), castellano-manchego (art. 32.6), madrileño (art. 27.10), murciano (art. 11.7) y riojano (art. 8.7). En todos ellos se apostilla (o apostillaba) expresamente que la competencia se ejerce (o ejercía) «de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y la coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución».

(28) Es el caso de los Estatutos de la llamada «vía rápida»: los antiguos Estatutos catalán (art. 12.1.5) y andaluz (art. 18.1.6) y el actual Estatuto gallego (art. 30.1). Es el caso también del «Estatuto» navarro [art. 56.1.d) de la LORAFNA, que no ha sido modificado tras la última reforma —LO 7/2010—]. Fue el caso también de los dos Estatutos de la «vía lenta» que vieron ampliadas sus competencias mediante sendas leyes orgánicas de transferencias: el antiguo Estatuto valenciano (art. 34.1.5) y el vigente Estatuto canario (art. 31.3). En realidad, en todos estos casos la exclusividad de la competencia se afirmaba (o afirmaba) «de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y la coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución». La exclusividad no impide el despliegue de las competencias estatales, según se declara

sobre sectores atribuidos a la competencia del Estado, el problema fue — sigue siendo—, articular esta competencia autonómica con las competencias estatales sectoriales y, también, con sus propias competencias transversales (fundamentalmente, la 1.^a y 13.^a del artículo 149.1 CE) (29).

Creo que los Estatutos nos colocaron en un callejón de difícil salida. Como la Disposición Final Primera del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* no ha sido declarada inconstitucional, aquí hay un amago de salida del callejón. Lo que se desprende de esta Disposición es lo siguiente:

— Las normas de Derecho Privado de protección de los consumidores —que limitan la libertad de contratación de los empresarios— están sustancialmente en manos del Estado, al amparo de la competencia exclusiva estatal de legislación mercantil y civil y de bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.6.^a y 8.^a).

— Las normas de Derecho Público de protección de los consumidores, que atribuyen potestades de intervención (negativa —de limitación— y positiva —de fomento y prestación—) a las Administraciones Públicas, están en manos de las Comunidades Autónomas, pero con sujeción a las normas básicas dictadas por el Estado al amparo de dos títulos transversales (149.1.1.^a y 13.^a) y al amparo del título competencial «Bases y coordinación general de la Sanidad» (149.1.16.^a).

— Por último, las normas procesales, dirigidas a establecer procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores, están sustancialmente en manos del Estado, al amparo de la competencia exclusiva sobre legislación procesal (149.1.6.^a).

ra expresamente. En consecuencia, la distinción con los Estatutos que atribuyen (o atribúan) meras competencias de desarrollo legislativo y ejecución no era tal en la práctica.

Caso singular es el del Estatuto vasco: su artículo 10.27 atribuye en exclusiva al País Vasco la defensa del consumidor, al igual que sus «hermanos» catalán y gallego. Sin embargo, a diferencia de estos, la exclusividad se afirma sin referencia expresa alguna a las competencias estatales. La exclusividad se entiende tan sólo «sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional y la legislación sobre defensa de la competencia». Con ocasión del recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el «Estatuto del Consumidor» del País Vasco (Ley 10/1981), el Tribunal Constitucional vino a aclarar que sobre esta materia se proyectaban también competencias estatales (*vid.* STC 71/1982).

(29) Ya dijo temprano el Tribunal Constitucional que la defensa del consumidor es «un concepto de tal amplitud y de contornos imprecisos que, con ser dificultosa en ocasiones la operación calificador de una norma cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no resolvería el problema, pues la norma pudiera estar comprendida en más de una de las reglas definidoras de competencias» (STC 71/1982, f.º 2).

A.3) El texto refundido ha de coexistir con una nueva hornada de Estatutos de Autonomía. En lo que aquí interesa —la defensa de los consumidores y usuarios—, lo que caracteriza a esta nueva oleada estatutaria es una cierta asimetría. Para empezar, algunos Estatutos han incorporado a sus flamantes declaraciones de derechos referencias a los derechos de los consumidores (artículos 28 del Estatuto catalán, 27 del Estatuto andaluz y 17 del Estatuto aragonés). Sin embargo, de la simple lectura de tales preceptos se infiere que, en realidad, contienen no tanto derechos subjetivos como mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por lo demás, su incorporación a un Estatuto no es en sí mismo inconstitucional. La constitucionalidad o no depende de que el contenido de los mandatos que incorporan entre o no en el ámbito de las competencias autonómicas sobre consumo (30).

Por otro lado, en el terreno competencial, el panorama es el siguiente: hay Estatutos que vienen a dejar las cosas más o menos como estaban [Estatutos valenciano, andaluz y castellano-leonés (31)]; hay Estatutos que, si antes atribuían a la Comunidad Autónoma competencias de desarrollo legislativo y ejecución, ahora le atribuyen la exclusividad sobre la materia, bien que con respeto de las competencias estatales, por lo que las cosas no cambian en la práctica sustancialmente [Estatutos aragonés, balear y extremeño (32)]; y hay un

(30) Sobre las declaraciones de derechos estatutarias, *vid.* las reflexiones del Tribunal Constitucional en las Sentencias 247/2007 (ff. jj. 13 a 15) y 31/2010 (fj 16). Se trata este de un asunto sobre el que se ha suscitado un intenso debate doctrinal, que no procede reproducir aquí. Debe advertirse, por lo demás, que el artículo 28 del Estatuto catalán no fue objeto de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad resuelto mediante STC 31/2010.

(31) El artículo 49.1.35 del Estatuto valenciano (tras la reforma operada por LO 1/2006) confirma el carácter exclusivo de la materia «defensa del consumidor y usuario», sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes, la legislación de defensa de la competencia y la *legislación del Estado*. El artículo 58.2 del Estatuto andaluz (LO 2/2007) confirma también el carácter exclusivo de la materia *de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general, y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11.ª y 13.ª de la Constitución*. No obstante, el ámbito material de la competencia se precisa (*Defensa de los derechos de los consumidores, la regulación de los procedimientos de mediación, información y educación en el consumo y la aplicación de reclamaciones*). Por último, la defensa de los consumidores y usuarios (sin mayor precisión), sigue siendo competencia de desarrollo legislativo y ejecución en el nuevo Estatuto castellano-leonés (art. 71.1.5.º).

(32) El artículo 71.26 del Estatuto aragonés (LO 5/2007) atribuye a Aragón la competencia exclusiva sobre consumo, *respetando lo dispuesto en el artículo 149.1 CE*. Además, dentro de la materia se relacionan un conjunto de submaterias que, en todo caso, comprende la materia (*regulación de la protección y defensa de los consumidores y usuarios; el fomento de las asociaciones; la formación y educación para el consumo responsable, así como la regulación de los órganos y procedimientos de mediación*). El artículo 30.47 del Estatuto balear

Estatuto (el catalán), que ha pretendido otorgar a la competencia exclusiva sobre consumo un carácter excluyente de las competencias estatales. Esto último merece una breve explicación.

El nuevo Estatuto catalán (Ley Orgánica 6/2006) ha pretendido blindar la materia «consumo» (artículo 123) frente al Estado por dos vías. En primer lugar, vía *definición*, al configurarla como competencia exclusiva y al no hacer referencia expresa alguna a las competencias estatales sobre la materia (lo que sí hacía el antiguo Estatuto). Configurar la competencia como exclusiva significa (art. 110) que sobre la materia se ejercen de forma íntegra todas las potestades (legislativa, reglamentaria y de ejecución), sin que sea posible la intervención estatal (el Derecho catalán se declara expresamente de aplicación preferente). En segundo lugar, vía *descripción*, al relacionarse un conjunto de submaterias que, «en todo caso», comprende la materia y están atribuidas en exclusiva a la Generalitat (33).

La pretensión de blindar ésta y otras competencias ha resultado vana. La STC 31/2010, que resuelve el recurso interpuesto por un grupo de diputados del Partido Popular contra buena parte de los preceptos del Estatuto, es concluyente: ni la atribución por el Estatuto a la Generalitat de competencias exclusivas sobre una materia —en los términos del artículo 110 EAC—, ni la inclusión de submaterias que *en todo caso* se atribuyen en exclusiva a la Generalitat, pueden impedir el despliegue de las competencias estatales sobre esa materia y submaterias, con el alcance que les haya otorgado el legislador

(LO 1/2007), atribuye a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears la competencia exclusiva en sede de «defensa de los consumidores y usuarios», pero *en el marco de las bases y la ordenación de la actividad económica general y en el marco de las bases y la coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución*. No obstante, aun dentro del apartado 47 del artículo 30, el Estatuto individualiza, como materias distintas de la «defensa de los consumidores y usuarios», la *regulación y fomento de las asociaciones de consumidores y usuarios* y la *regulación de los procedimientos de mediación*, sin que, respecto de ellas, establezca expresamente cláusula alguna de salvaguardia de las competencias estatales. Véase también el artículo 9.18 del nuevo Estatuto de Extremadura (LO 1/2011), que atribuye a esta Comunidad la competencia exclusiva sobre consumo. No obstante, la exclusividad se entiende sin perjuicio de las competencias que pudieran corresponder al Estado en virtud de títulos competenciales previstos en la Constitución (art. 8.1).

(33) Estas submaterias son: a) La defensa de los derechos de los consumidores y los usuarios, proclamados por el artículo 28, y el establecimiento y la aplicación de los procedimientos administrativos de queja y reclamación; b) La regulación y el fomento de las asociaciones de los consumidores y usuarios y su participación en los procedimientos y asuntos que les afecten; c) La regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en materia de consumo; d) La formación y la educación en el consumo; y e) La regulación de la información en materia de consumidores y usuarios.

estatal. Esto, que se afirma con carácter general (véanse los fundamentos jurídicos 59 y 64), se proyecta con carácter particular sobre el artículo 123 del Estatuto (véase el fundamento jurídico 70). El precepto es conforme con la Constitución, en el bien entendido de que el hecho de que omita cualquier referencia a las competencias estatales no significa en modo alguno que estas no puedan desplegarse.

El Tribunal Constitucional deja, pues, las cosas como estaban. No obstante, el artículo 123 del Estatuto está en vigor y, por tanto, puede ser válidamente desarrollado. Habrá que estar entonces a la legislación autonómica de desarrollo para determinar si la misma es compatible o no con la legislación básica del Estado (34). Acaso en esta materia, dada su veste finalista (la defensa de los consumidores es un objetivo, más que un sector de la realidad) y su transversalidad, lo más sensato sea considerar en todo caso constitucional aquella legislación autonómica que mejore los mínimos de protección establecidos por la legislación básica estatal.

B) Perspectiva horizontal (la división de poderes del Estado)

B.1) Todos los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) están convocados a hacer efectiva la defensa de los consumidores. Al menos, eso es lo que se desprende del artículo 53.3 CE. No obstante, creo importante hacer estas dos observaciones:

En primer lugar, la Administración, sujeta como está al principio de legalidad, sólo podrá hacer efectivo el mandato constitucional a través de las leyes que lo desarrollen, al menos cuando se trate de limitar el ejercicio de la iniciativa económica privada. Recuérdese, por lo demás, que la limitación de la libertad de empresa ha de ser hecha siempre por ley (art. 53.1 CE).

En segundo lugar, creo que las normas del artículo 51 CE van dirigidas esencialmente al poder político (legislativo y ejecutivo), como, en general, todas las normas programáticas del capítulo III del título I CE, porque los objetivos que prescriben tales normas han de alcanzarse a través de «políticas» (por eso son principios rectores de la *política* social y económica). Los jueces están llamados a tutelar los derechos e intereses legítimos de los con-

(34) Véase la *Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña (DOGC de 23-7-2011)*, que deroga la anterior *Ley 3/1993, de 5 de marzo, del Estatuto del Consumidor en Cataluña*. Determinados preceptos del citado Código han sido recurridos ante el Tribunal Constitucional por un grupo de parlamentarios del Partido Popular y por el Defensor del Pueblo, en tanto consideran que dentro de un establecimiento comercial no puede obligarse a utilizar el catalán.

sumidores a partir de las leyes que los regulen. En ausencia de éstas, no pueden suplantar al legislador y hacer *política* de defensa de los consumidores y usuarios en su lugar.

Lo antedicho no obsta para que el «principio» de protección de los consumidores pueda ser utilizado por los jueces para iluminar el sentido de la norma aplicable al caso. Sin embargo, el principio de unidad sistemática de la Constitución obligará a los jueces a ponderar, en la interpretación, ese principio con otros principios constitucionales que se le puedan oponer, como el «principio» de libertad de empresa (que es un derecho fundamental) (35).

B.2) Era el poder legislativo el llamado a concretar las directrices emanadas de los apartados 1 y 2 del artículo 51 CE. La cuestión era cómo: ¿A través de una Ley general que codificase toda la materia, al modo francés? ¿O actuando sobre las Leyes reguladoras de los distintos sectores para incorporarles normas de protección de los consumidores, al modo italiano o alemán?

La primera opción chocaba con dos obstáculos fundamentales: uno competencial, la asunción por las Comunidades autónomas de competencias en materia de defensa de los consumidores y usuarios; otro, material, el mismo

(35) Utilizo la expresión «principio» en el sentido en el que la emplean ATIENZA y RUIZ MANERO en *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Ariel Derecho, 1996). Dentro de una clasificación más amplia de los enunciados jurídicos, configuran las reglas y los principios como enunciados deónticos (mandan, prohíben o permiten algo). El criterio diferenciador entre unas y otros estriba en que las reglas configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación: si se da el supuesto de hecho X, entonces debe aplicarse siempre la consecuencia Y; los principios, por el contrario, configuran de forma abierta esas condiciones de aplicación. Dentro de las reglas, distinguen entre reglas de *acción* y reglas de *fin*: las primeras califican deónticamente (ordenan, prohíben o permiten) una conducta, las segundas califican deónticamente la obtención de un fin o estado de cosas. Paralelamente, dentro de los principios distinguen entre principios en sentido estricto y directrices: los primeros califican deónticamente (ordenan, prohíben o permiten) una conducta, los segundos califican deónticamente un estado de cosas. Lo que distingue estructuralmente un principio en sentido estricto de una directriz es que esta última configura de forma abierta no sólo las condiciones de aplicación, sino también el modelo de conducta. Dicho de otra forma, lo abierto en la directriz no sólo es *si se aplica la norma*, sino también *cómo* se aplica.

La norma del artículo 38, cuando dice «Se reconoce la libertad de empresa», contiene un principio en sentido estricto. Las normas de los apartados 1 y 2 del artículo 51 contienen directrices. Pero —con base en PRIETO SANCHÍS— esa fisonomía no la tienen estructuralmente (*a priori*) sino cuando en su aplicación entran en conflicto con otras normas [sobre esta cuestión, *vid.* PRIETO SANCHÍS, L.: «El juicio de ponderación constitucional», en LAPORTA, F. J. (ed.): *Constitución: problemas filosóficos* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), pág. 231].

carácter finalista y universal de la materia, susceptible de afectar a muchos sectores y disciplinas jurídicas. A estos dos obstáculos había y hay que añadir uno —llamémosle— de mercado: mercados hay muchos y no todos los mercados necesitan el mismo nivel de intervención para proteger a los consumidores, hay mercados más necesitados de intervención que otros (36).

¿Qué es lo que se hizo? Se hizo una Ley General (la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), de rápida tramitación parlamentaria, movida por un triste acontecimiento (un masivo envenenamiento con aceite de colza adulterado) —razón coyuntural—, pero también por la inexistencia de facto de una política de consumo —razón estructural—. La misma Ley era consciente de su carácter limitado y, en su Exposición de Motivos, aclaraba que no excluía ni suplantaba otros desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior. Lo cierto es que hubo que añadir a la Ley un amplio abanico de leyes especiales, dictadas muchas de ellas para transponer Directivas comunitarias.

A refundir la Ley General con estas otras Leyes responde *el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (dictado al amparo de la previsión contenida en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios), que deroga la Ley 26/1984. El Real Decreto Legislativo se dicta con el ánimo de refundir esta Ley y las leyes de transposición de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios. Para la identificación de las normas objeto de refundición se basa en el listado del anexo de una Directiva comunitaria (la Directiva 98/27/CE).

Ocurre que el redactor del texto refundido parece consciente de que codificar en un texto toda la legislación sobre protección de consumidores (si quiera la que obedece a Directivas comunitarias) es como poner puertas al campo. Impotente, identifica en la exposición de motivos lo que llama un núcleo básico de la protección de los consumidores, que es lo que se refunde (37) y, junto a él, un conjunto de leyes sectoriales que —a su entender—

(36) Pienso, por un lado, en la vivienda, mercado de demanda inelástica y de competencia más que imperfecta; y, por otra, en el mercado del automóvil, en el que la feroz competencia entre empresas y entre concesionarios de una misma marca «protege» al consumidor.

(37) Véase la relación detallada en la Exposición de Motivos, que incluye: las leyes reguladoras de ciertas modalidades contractuales (contratos celebrados a distancia, contratos celebrados fuera de establecimiento comercial), la ley reguladora de las garantías en la venta

caen fuera de ese núcleo básico y no son refundibles (38). Tampoco se han refundido (y no se han derogado) leyes a las que no hace mención el Real Decreto Legislativo y que son tan importantes como la Ley de venta a plazos de bienes muebles (Ley 28/1998) o la misma Ley de condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998) (39). Como tampoco las normas reglamentarias que transponen directivas dictadas en materia de consumidores y usuarios (tales como las relativas a indicación de precios, etiquetado, presentación de productos alimenticios, etc.). No se incorporan al texto refundido —se dice en la Exposición de Motivos— porque, como ha declarado el Consejo de Estado, la delegación legislativa no autoriza a incorporar al texto refundido disposiciones reglamentarias.

Aún hay más. Siguiendo el mismo planteamiento de aprobación de una Ley General, todas las Comunidades Autónomas (todas menos «La Rioja») han aprobado sus propias Leyes generales de defensa de los consumidores (40), que regulan los instrumentos administrativos para la protección de los consumidores (inspección, régimen sancionador, medidas cautelares, actividad de fomento). A todo ello hay que añadir el hecho de que las leyes generales (estatales o autonómicas) no han impedido que las leyes (estatales o autonómicas) de carácter sectorial contengan normas de protección de los consumidores, multiplicando así la regulación de consumo (41).

Creo que se queda corta la expresión «legislación motorizada» para expresar cuanto acabo de relatar. En materia de defensa de consumidores y usuarios padecemos los españoles de una auténtica saturación normativa, que daña a la seguridad jurídica. A su vez, como es materialmente imposible aplicarla en su totalidad (por exceso normativo y —todo hay que decirlo—

de bienes de consumo, la ley reguladora de los viajes combinados y ley reguladora de la responsabilidad civil por daños.

(38) Véase la relación detallada en la Exposición de Motivos, que incluye: las leyes reguladoras de los servicios de la información y el comercio electrónico, las de radiodifusión televisiva, la de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, la Ley de Crédito al Consumo (por su incidencia específica en el ámbito financiero), las normas de aprovechamiento por turno de bienes turísticos y la Ley General de Publicidad.

(39) Tenemos así un régimen dual de condiciones de la contratación en defensa de los consumidores: el del libro II (títulos I y II) del texto refundido y el de la citada Ley de condiciones generales de la contratación.

(40) Véase una rigurosa recopilación de la legislación autonómica al respecto en MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús y MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: *Código sobre Consumo* (Aranzadi, 2010 —2.ª ed.—). Con posterioridad a la edición de esta obra, ha visto la luz el Código de Consumo de Cataluña (Ley 22/2010, de 20 de julio —DOGC de 23-7-2010—), ya citado.

(41) Véase una rigurosa recopilación de la legislación estatal sectorial al respecto en la obra citada en la nota anterior.

por falta de medios y vaciedad de contenido de buena parte de las regulaciones administrativas), se corre el riesgo de socavar la confianza de los ciudadanos en el Derecho.

B.3) Pero no sólo los poderes públicos están llamados a la protección de los consumidores. También lo está la Sociedad, a través de las asociaciones de consumidores. La historia ha demostrado que el asociacionismo ha precedido a la acción de los poderes públicos en este terreno (42). La misma incorporación al texto constitucional del artículo 51 (que tantas reticencias suscitó en el proceso constituyente) fue posible gracias, entre otras cosas, a la iniciativa de la OCU, organización surgida en 1975. Es de celebrar la mención expresa en el artículo 51 CE al fomento de las organizaciones de consumidores. Estas ofrecen información y asesoramiento eficaz a los ciudadanos. Estas, tras investigar con sus propios medios, han denunciado prácticas manifiestamente mejorables, cuando no fraudulentas, de las empresas y, por ende, han forzado cambios legislativos (como los de la Ley 44/2006). Son hoy por hoy insustituibles como instancias protectoras de los consumidores.

El Texto Refundido incluye entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios «la representación de sus intereses a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas» (art. 8.e). En el título II del Libro I articula esta representación en tres capítulos, el primero de los cuales (Régimen Jurídico Básico de las asociaciones de consumidores) es aplicable a todas las asociaciones de consumidores; los dos restantes son aplicables sólo a las asociaciones supraautonómicas o de implantación nacional (las más importantes y representativas, por otra parte). Debe recordarse que las asociaciones de consumidores son asociaciones especiales, sujetas a legislación específica, de forma que la vigente Ley de Asociaciones se les aplica sólo supletoriamente (art. 1.3 de la LO 1/2002).

El Texto Refundido las define (art. 23.1) y establece una regla general de suma importancia: las asociaciones de consumidores deben actuar para el cumplimiento de sus fines con independencia frente a los operadores del mercado y a los poderes públicos (art. 23.3). Sin independencia, la información que las asociaciones proporcionen a los consumidores no será fiable y

(42) Sobre los antecedentes históricos de la protección jurídica del consumidor, véase, en particular, DE LEÓN ARCE, Alicia y GARCÍA GARCÍA, Luz María: *Derecho de los Consumidores y Usuarios (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)* (Tirant lo Blanch, 2007 —2.ª ed.—), págs. 49 y ss. Véase, como obra más reciente sobre el particular, RUIZ GONZÁLEZ, José Gabriel: *Las asociaciones de consumidores* (Tirant lo Blanch Monografías, n.º 710, 2010).

las reclamaciones que hagan en su nombre serán interesadas. El Texto Refundido fija una serie de requisitos para asegurar su independencia (art. 27 —aplicable a las asociaciones de consumidores de implantación nacional).

Al precio de la independencia, los beneficios que comporta la condición de «asociación de consumidores y usuarios» son varios y están previstos en el Texto Refundido. Para empezar, gozan de legitimación procesal para actuar en nombre y representación, no ya de sus asociados, sino de los intereses generales de los consumidores y usuarios —los llamados intereses difusos— (art. 24, que define el concepto de asociación más representativa, a efectos del artículo 11 de la LECiv). Además, el artículo 37 desgrana una serie de derechos de los que disfrutaban las asociaciones supraautonómicas, además del derecho de representación procesal (ser declaradas de utilidad pública, percibir ayudas y subvenciones públicas, derecho de asistencia jurídica gratuita...). La tenencia de estos derechos está ligada a su inscripción en un Registro especial (el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios).

Por último, el artículo 51.2 CE exige que las organizaciones de consumidores sean oídas en las cuestiones que les afecten. El derecho de audiencia se ejerce a través del Consejo de Consumidores y Usuarios, órgano nacional de consulta y representación institucional de los consumidores y usuarios del que forman parte las asociaciones más representativas (artículo 38.1). Este Consejo será oído en consulta en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general de ámbito estatal relativas a materias que afecten directamente a los consumidores y usuarios (artículo 39).

3.2. *Los sujetos protegidos: los consumidores*

A) El concepto de consumidor: nociones abstracta y concreta

Es usual en la doctrina distinguir dos nociones diferentes de consumidor, una abstracta y otra concreta. La noción *abstracta* identifica a los consumidores con todos los ciudadanos («Todos somos consumidores») que, en cuanto personas, aspiran a tener una adecuada calidad de vida. Es la noción que maneja la Resolución del Consejo de la CEE de 1975 (43), fuente de inspiración del artículo 51 CE. Una noción tal no es adecuada para atribuir

(43) Cuando establece en su número 3 que «en lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor».

derechos concretos, sino para impulsar políticas de atención a todos los ciudadanos.

Dentro de la noción *concreta* se puede distinguir entre una noción amplia y otra estricta. La noción *amplia* se refiere al consumidor como cliente e incluye a cualquier persona que contrata con un empresario para adquirir bienes o servicios, sin que importe el destino que les otorgue. Desde esta perspectiva, consumidor lo es tanto el particular que destina el bien o servicio para atender sus necesidades personales o familiares como el empresario que los incorpora a su propio proceso de producción de bienes o servicios. La noción *estricta* restringe la condición de consumidor al primero de ellos, esto es, a la persona que adquiere un bien o servicio para su uso privado. Esta última es la noción más extendida y, por otra parte, la que coincide con la noción económica de consumidor. En esta acepción estricta, el consumidor es la persona que está al final del proceso (el consumidor final), el sujeto que adquiere bienes o servicios con objeto de realizar su valor de uso y no de cambio.

En definitiva, la noción abstracta ve al consumidor como un colectivo, la noción concreta lo ve como una persona titular de derechos subjetivos.

B) El concepto de consumidor del artículo 51 CE

El artículo 51 CE no define al consumidor. No obstante, es claro que la noción de consumidor que en él se maneja es la abstracta. El artículo se dirige a todos los ciudadanos, a todos nosotros, en cuanto consumidores (todos somos consumidores), y manda a los poderes públicos que lleven a cabo políticas para protegernos, a fin de asegurarnos una digna calidad de vida (tal como se dice en el Preámbulo de la CE). El tránsito de lo abstracto a lo concreto es cosa del legislador.

Repárese en la diferencia que hay entre los «consumidores» y ciertos grupos sociales a los que se refieren otras normas del capítulo III (trabajadores —art. 40.2—, tercera edad —art. 50— o minusválidos —art. 49—, por poner tres ejemplos). No todos los ciudadanos son trabajadores, jóvenes, viejos o minusválidos y los que lo son forman un colectivo estable. Por el contrario, todos somos consumidores en algún momento de nuestra vida, pero nadie es consumidor de modo permanente. Por eso creo que la concreción de la noción de consumidor no debería hacerse con arreglo a criterios subjetivos, sino objetivos: consumidor no es nadie perteneciente a un grupo social determinado (los profesionales del consumo), sino cualquiera de nosotros cuando realizamos un acto de consumo.

C) La noción legal de consumidor: el artículo 3 del Texto Refundido

El artículo 3 del Texto Refundido da una definición concreta de consumidores: *las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*. Esta definición tiene carácter básico y, por tanto, a ella deben acomodarse las leyes generales autonómicas de protección de los consumidores (en los términos de la Disposición Final Primera.¹ del Real Decreto Legislativo). En relación con esta definición, es pertinente hacer algunas observaciones:

1. La definición se hace con arreglo a un criterio subjetivo, bien que fácilmente objetivable: los empresarios, cuando compran en un hipermercado o cuando van al cine, también son consumidores, porque están realizando un acto de consumo, esto es, un acto ajeno a su actividad empresarial.

2. La noción legal es una noción estricta y no amplia. El que adquiere bienes o servicios para integrarlos en el proceso de producción está excluido del ámbito de aplicación de la Ley. Esta exclusión afecta también al *empresario débil* cliente de un empresario poderoso.

3. La noción estricta que acoge atiende a la finalidad de la adquisición (la satisfacción de necesidades no empresariales ni profesionales) y se acomoda a la terminología comunitaria. Difiere de la empleada por la anterior Ley (art. 1.2 de la Ley 26/1984), que identificaba al consumidor con el destinatario final de un bien o servicio. Esta última definición, que atendía a un puro dato externo —el bien o servicio no es reintroducido en el mercado por el adquirente— había suscitado alguna polémica doctrinal, por dar lugar a asimetrías con la noción comunitaria (44). El texto refundido se alinea con la terminología comunitaria, pero parece empeñarse en enlazar su definición con la de la antigua Ley. Véase en este sentido la Exposición de Motivos: «El consumidor y usuario, definido en la Ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, quien interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios *como destinatario final*...».

4. La noción legal se aparta de la terminología comunitaria en que incluye a las personas jurídicas. Entre nosotros hay general aceptación de que

(44) Se decía así que, con arreglo a la Ley 26/1984, no era consumidor el adquirente privado que de modo ocasional adquiere un bien para reintroducirlo en el mercado: por ejemplo, quien adquiere una segunda vivienda para alquilarla, cuando resulta evidente que el alquiler no supone la satisfacción de fines empresariales o profesionales, que requieren dedicación habitual a este tráfico; o el inversor particular (no institucional) en valores mobiliarios, que los adquiere con la finalidad de lucrarse en la reventa, sin que ello constituya su profesión [CARRASCO PERERA, A. (dir.): *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro* (Ministerio de Sanidad y Consumo/Instituto Nacional de Consumo, 2002), págs. 46 y 47].

las personas jurídicas no lucrativas pueden ser consumidores. Es más, los tribunales han considerado consumidores a entes sin personalidad jurídica, como las comunidades de propietarios (45).

5. La definición legal que comentamos presupone una noción de consumidor jurídico, esto es, como contratante de un bien o servicio. Sin embargo, junto con el consumidor jurídico cabe el consumidor material, esto es, aquél que sin haber contratado el bien o servicio lo utiliza. Esta noción material se utiliza en la regulación sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y a ella se remite el mismo artículo 3 del Texto Refundido (46).

6. Por último, la del artículo 3 no es la única noción concreta de consumidor que conoce nuestro ordenamiento jurídico. El propio artículo entiende su noción sin perjuicio de la noción de «consumidor» que se emplea en la regulación de los viajes combinados, objeto de refundición (47). Por otro lado, tanto en la Ley /1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (48) como en las leyes reguladoras de los llamados sectores regulados (los antiguos servicios públicos liberalizados) se maneja la noción amplia de consumidor como cliente. El consumidor de las normas sobre cláusulas abusivas no es así el mismo que el consumidor de las normas sobre viajes combinados, sobre condiciones generales o sobre servicios eléctricos.

3.3. *Los sujetos frente a quienes se protege a los consumidores: los empresarios*

Las normas del artículo 51 CE mandan a los poderes públicos proteger a los consumidores frente a los empresarios. De lo que se trata —ya se ha dicho— es de reequilibrar la posición del consumidor frente al empresario, en especial frente al gran empresario. Que esto es así lo atestigua el Texto Re-

(45) A efectos de aplicarles la normativa sobre cláusulas abusivas de los contratos en relación con un contrato de mantenimiento de ascensores: *vid.* CARRASCO PERERA, A. (dir.): *ibidem*, págs. 28-29.

(46) Toda vez que el Real Decreto Legislativo refunde la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

(47) Regulación contenida en el Libro IV, en el que se refunde la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados. Véase la definición en el artículo 151.

(48) Las disposiciones de esta Ley son aplicables a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente—, siendo así que este último puede ser un profesional (art. 2.3).

fundido, en cuyo artículo 2 se dice: «Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios». Y se añade en el artículo 4: «A efectos de lo dispuesto en esta Norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada».

Al hilo de esta regulación, también resulta pertinente hacer algunas observaciones:

1. Las relaciones entre particulares no son relaciones de consumo. Aquí no hay desequilibrio y, por tanto, no opera el régimen tuitivo del consumidor sino la autonomía de la voluntad.

2. En el mercado, los actores son los empresarios privados y los consumidores. No obstante, en ocasiones los poderes públicos entran en el terreno de juego económico para competir, en condiciones que han de ser de igualdad, con los empresarios privados. En esta tesitura, las relaciones de consumo se extienden también a los empresarios públicos, en la medida en que estos actúan como si fueran empresarios privados, esto es, desprovistos de *imperium*. El texto refundido define así al empresario como aquel que actúa en el marco de su actividad empresarial, sea pública o privada.

3. Al margen del caso anterior, las relaciones entre las Administraciones Públicas —cuando actúan provistas de *imperium*— y los ciudadanos no parece que deban ser consideradas relaciones de consumo, porque no son relaciones de mercado. El consumidor es el destinatario final de unos bienes y servicios que se producen *para* el mercado. La noción cabal de consumidor presupone —a mi juicio— que éste actúa dentro del mercado. Además, parece un poco extraño que los llamados a proteger a los consumidores (los poderes públicos) sean a la vez los sujetos frente a los que hay que protegerse. Este no parece el sentido que hay que dar al artículo 51 CE.

4. *La delimitación objetiva del mandato de protección de los consumidores*

4.1. *El contenido objetivo de los dos primeros apartados del artículo 51 CE*

El artículo 51 ordena la consecución de determinados objetivos, al servicio de un objetivo genérico, la protección de los consumidores. Este objetivo genérico es, a su vez, concreción de un objetivo más genérico aún, el previs-

to en el artículo 9.2 CE, del que se deriva un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad de individuos (en este caso los consumidores) sean reales y efectivas.

Los objetivos concretos son tres:

— Por un lado, proteger, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, salud y legítimos intereses económicos de los consumidores.

— Por otro, promover la información y educación de los consumidores.

— Por último, fomentar las organizaciones de consumidores y oír a estas en las cuestiones que puedan afectar a los consumidores. A esto último ya nos hemos referido, por lo que nos centramos en los dos objetivos anteriores.

A mi entender, la concreción legislativa del primer grupo de objetivos demanda normas de protección de dos tipos: por un lado, normas materiales, que establezcan reglas de conducta (derechos a favor de los consumidores, pero también —y acaso en mayor medida— deberes para los empresarios o para las Administraciones Públicas); por otro, normas procedimentales (que establezcan procedimientos eficaces para proteger a los consumidores). Por su parte, la realización del segundo grupo de objetivos demanda normas de fomento y prestación (que establezcan políticas concretas), lo que debe venir acompañado de las correspondientes previsiones presupuestarias.

4.2. *La traducción legislativa: el Texto Refundido*

El Texto Refundido convierte directamente en «derechos» los objetivos constitucionales (con una adición: reaparece el derecho a la indemnización) y además, los califica de básicos (art. 8) y los declara irrenunciables (art. 10). Resulta así que los consumidores, de entrada, tienen derecho irrenunciable a la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad, así como a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, pero también derecho irrenunciable a la información correcta sobre los diferentes bienes y servicios y a la educación y divulgación, entre otros derechos. Esta transformación en «derechos» no es realista, al menos en lo que respecta a los derechos que reclaman medidas de fomento o prestación por parte de los poderes públicos. Si nos tomamos los derechos en serio, los derechos subjetivos son de titularidad individual y alegables ante los tribunales. Pero, ¿es realista pensar que un consumidor individual pueda alegar

ante los tribunales un presunto derecho básico e irrenunciable a la divulgación?

En realidad, la enfática proclama del artículo 8 no deja de ser un espejismo, como se deduce de la lectura del Libro I del Texto Refundido:

— Respecto de los derechos de protección (de la salud y seguridad y los legítimos intereses económicos):

En la regulación del Libro I que los concretan (capítulos II y IV) no encontramos normas que atribuyan expresamente derechos a los consumidores. Lo que encontramos son normas que imponen a los empresarios deberes o prohibiciones (arts. 12 y 13), cuyo cumplimiento está en manos de las Administraciones Públicas (y ante cuyas oficinas podrán plantear sus quejas los consumidores). También nos encontramos, bien normas que habilitan a las Administraciones Públicas o al Gobierno para adoptar medidas extraordinarias (arts. 15 y 16), bien normas que imponen deberes unilaterales a las Administraciones Públicas (art. 21.2). Por último —y acaso sea esto lo más relevante—, también encontramos normas procedimentales (título V), para hacer efectivo el mandato constitucional de proteger eficazmente a los consumidores: así, normas que facilitan la protección procesal de los consumidores (las acciones de cesación) y normas que establecen procedimientos propios (extrajudiciales), con la pretensión de que sean más eficaces que los judiciales [el sistema arbitral de consumo (49)]. No hay rastro alguno de derechos subjetivos directamente atribuidos a los consumidores, individualmente considerados.

— Respecto de los derechos a la información, formación y educación:

En la regulación del Libro I que los concretan (capítulo IV), tan sólo encontramos mandatos a los poderes públicos (art. 17) y deberes a los empresarios (art. 18), la garantía de cuyo cumplimiento compete a las Administraciones Públicas. Tampoco hay rastro de derechos, como no podría ser de otra forma.

En conclusión, en el artículo 8 del Texto Refundido se habla de «derechos», pero de manera más retórica que real. No era, por lo demás, necesario, no lo exige la Constitución. En fin, la única forma cabal de entender el artículo 8 es ver en ella una norma que se dirige a los consumidores en abstracto, no a los consumidores en concreto.

(49) Sobre esta cuestión, *vid.* VV.AA.: *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada* (Tirant lo Blanch Monografías, n.º 713, 2010).

IV. LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES AL CONSUMO

1. *Los límites constitucionales al mandato de protección de los consumidores (art. 51 CE)*

1.1. *La libertad de empresa como límite*

El artículo 51 CE contiene un mandato a los poderes públicos (proteger a los consumidores), pero les deja libertad en el *cómo*, en el modo de hacerlo efectivo, aunque no en el *cuánto*, si se me permite la expresión.

Decía antes que el artículo 51 CE es una razón constitucional para limitar la libertad de empresa. Pero la libertad de empresa es un derecho fundamental que, como tal, tiene un contenido esencial que debe ser respetado por el legislador (50). Las posibilidades de maximización del artículo 51 encuentran su límite en ese contenido esencial: hasta ahí pueden llegar. En este sentido, con la saturación normativa que padecemos en materia de defensa de los consumidores se corre el riesgo de que la libertad de empresa (de la que forma parte la libertad de contratación) quede limitada de tal modo que se haga impracticable, convirtiéndose en un mero nombre.

Al hilo de esto, quiero hacer una reflexión adicional. Las normas de protección de los consumidores parten de la posición de inferioridad de estos y, desde una óptica paternalista, pretende lograr que los ciudadanos estén bien informados y no sean estafados. Esta intervención se hará tanto más necesaria cuanto menos ética exista en el mercado. Ahora bien, esta óptica paternalista no debe hacernos olvidar que el mercado (a través del mecanismo de los precios) existe precisamente para reducir los costes de información de los intercambios y que la competencia, allí donde existe, desarrolla mecanismos automáticos de garantía. La competencia es fuente de información para el consumidor. Además, incentiva al consumidor a informarse, cosa que no ocurre con la regulación (que la da ya hecha la información). Siendo así que la regulación, si bien tiene resultados beneficiosos (en forma de etiquetados completos, garantías obligatorias, etc.), también tiene costes (precios más altos, ya que las exigencias públicas son costes para las empresas).

En suma, si es cierto que el mercado tiene fallos que justifican la intervención pública pro-consumidor, el Estado también los tiene, lo que justifica un cierto ejercicio de mesura en esa intervención pública. Esta mesura no se ve por ningún lado en nuestros legisladores.

(50) Sobre el contenido esencial de la libertad de empresa, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A.: *La libertad de empresa*, ob. cit., págs. 263 y ss.

1.2. *La unidad de mercado como límite*

El artículo 51 no contiene una regla atributiva de competencias territoriales. El mandato que contiene puede ser cumplido por las Comunidades Autónomas, si tienen competencia para ello. Ya se ha dicho que todas ellas, menos una, se han dotado de sus propias Leyes generales de consumidores, a las que hay que añadir las normas protectoras que se encuentran en sus leyes sectoriales.

Esta profusa legislación debe ser compatible con el principio de unidad de mercado, que constituye un límite al exceso de regulación autonómica (51). Baste con señalar para nuestros propósitos que la unidad del mercado nacional nos preserva de dos riesgos:

— En primer lugar, el riesgo para la igualdad en la posición constitucional de los consumidores que se derivaría de regulaciones autonómicas muy dispares. A este respecto, la unidad de mercado (art. 139.1 CE) garantiza que el estatuto básico de los consumidores sea el mismo en cualquier parte del territorio nacional (52).

— En segundo lugar, el riesgo para la libertad de circulación de personas y bienes. A este respecto, la unidad de mercado (art. 139.2 CE) prohíbe a los poderes públicos adoptar medidas que, en aras de la defensa de los consumidores, supongan un obstáculo a la libre circulación de personas y bienes por todo el territorio nacional (53).

(51) Sobre el principio de unidad de mercado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A.: «La unidad de mercado como límite constitucional a la descentralización: un balance», en VV.AA.: *La unidad de mercado en la España actual* (Instituto de Estudios Económicos, 2010).

(52) No es necesario que este estatuto básico sea general. Por otro lado, no estoy nada convencido de que el Estado tenga competencia general para aprobar ese estatuto al amparo de los títulos competenciales que esgrime el texto refundido. No al amparo del artículo 149.1.1.^ª, porque el derecho al consumo (o a la protección de los consumidores) no está entre los derechos constitucionales cuyas condiciones haya que igualar. Tampoco al amparo del artículo 149.1.13.^ª: la protección de los consumidores y usuarios es una directriz que debe guiar la regulación básica estatal de los diversos sectores económicos, pero ese título no habilita para dictar una regulación general sobre consumidores y usuarios. Por lo mismo, tampoco al amparo del artículo 149.1.16.^ª: la protección de los consumidores debe guiar la regulación básica sanitaria, pero no legitima para dictar una regulación general sobre consumidores. Si los consumidores tienen derechos diferentes en las distintas Comunidades, parece razonable pensar que la base constitucional para legislar no puede ser otra que el artículo 150.3 CE, esto es, dictar una ley armonizadora.

(53) Sobre esta cuestión, *vid.* en particular, las páginas 173 a 179 de CIDONCHA MARTÍN, A.: «La unidad de mercado como límite constitucional a la descentralización: un balance», *ob. cit.* Téngase en cuenta, por lo demás, que el mercado español forma parte de un mercado

2. *Los límites constitucionales a la libertad de consumo y, por ende, a la economía de mercado*

Vivimos en la llamada «sociedad de consumo», una sociedad caracterizada por el consumo masivo de bienes y servicios, disponibles gracias a su producción también masiva. Se consume en masa y, por tanto, se produce en masa y al menor coste posible. Se crean frenéticamente nuevas necesidades o deseos de consumo y, por consiguiente, se crean nuevos mercados (nichos de mercado, se dice; un ejemplo, el mercado del ocio). Si hay crisis y se retrae el consumo, se pide a los poderes públicos que gasten o que bajen impuestos para reactivar el consumo y, por tanto, la producción. Es lo propio de la fase actual del capitalismo en la que nos encontramos, el llamado «neocapitalismo de consumo».

Pero ninguna libertad es absoluta, tampoco la libertad de consumo en el marco de la economía de mercado. El sistema económico tiene límites constitucionales: la economía de mercado se reconoce en el marco de la Constitución, no la Constitución en el marco de la economía de mercado. En la Constitución hay límites, derivados del Estado Social, el segundo de los ejes sobre los que se asienta el orden económico constitucional. Es cierto que el Estado Social posibilita mucho pero exige poco. No obstante, algo exige: hay ciertas exigencias insoslayables (54), que están ahí para hacer frente a ciertos riesgos que comporta la expansión desenfrenada del consumo y, por ende, de la producción. Para mi propósito, me refiero a dos de esos riesgos:

— *En primer lugar, el riesgo para la dignidad humana (art. 10.1 CE) derivado de la presión por reducir los costes laborales.*

No se nos debe olvidar, cuando consumamos, que, en una economía de mercado, junto a empresarios y consumidores, hay trabajadores (muchos de nosotros —consumidores— somos también trabajadores). Y la Constitución protege a los trabajadores: les otorga ciertos derechos fundamentales (arts. 28, 35 y 37 CE), entre ellos —lo recalco— el derecho al trabajo (que comprende el derecho a no ser despedido sin justa causa —STC 22/1981—) y el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades de uno y de su familia. Además, dentro del capítulo III del título I, la CE manda hacer ciertas cosas que no se pueden no hacer (art. 40.2), entre ellas, garanti-

más amplio, el mercado único comunitario, de manera que la unidad del mercado único se erige también en límite a la intervención pública en defensa de los consumidores; sobre esta cuestión, *vid.* las págs. 179 a 190 del citado trabajo.

(54) Sobre estas exigencias, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A: *La libertad de empresa*, ob. cit., págs. 385 y ss.

zar a los trabajadores el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

En suma, satisfacer las necesidades y deseos de los consumidores (al parecer ilimitados) no puede hacerse a costa de la dignidad humana. La llamada «flexibilización» del mercado de trabajo no puede, ni vaciar de contenido los derechos fundamentales de los trabajadores, ni ir en línea opuesta a las garantías del artículo 40.2 CE.

— *En segundo lugar, el riesgo para el medio ambiente derivado del modelo de producción que alienta la sociedad de consumo.*

En este sentido, nuestra Constitución es pionera. Entre los bienes dignos de protección constitucional ha incluido el medio ambiente. En el artículo 45 CE, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 51, la Constitución demanda al legislador la configuración de derechos subjetivos en manos de los ciudadanos en relación con el medio ambiente («Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona», dice el apartado 1) y, en general, demanda a los poderes públicos que velen por la utilización racional de los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente. Todo esto lo dice nuestra Constitución, desde 1978. Respecto del medio ambiente, ni cabe la eliminación total y absoluta de la regulación protectora, ni caben regulaciones que choquen frontalmente contra los objetivos prescritos en el artículo 45.

Soy consciente de que el mercado ha roto las costuras del Estado e impone sus «leyes» en todo el mundo, a falta como estamos de un poder político mundial. El mercado es hoy global y, en consecuencia, también lo es el consumidor. El consumidor nacional, que consumía exclusivamente productos nacionales en el contexto de normas nacionales, ya no existe. Por otro lado, las empresas se van allí donde puedan producir al menor coste posible, montadas a lomos de la libre circulación de capitales. A todo ello hay que añadir que la contaminación no se detiene en las fronteras de los Estados.

Es posible, por tanto, que proclamar los límites constitucionales a la libertad de consumo que acabo de exponer sea un ejercicio de voluntarismo, poco más que un brindis al sol. ¿Qué podemos hacer ante problemas que nos trascienden? Como jurista, me corresponde denunciar, si se producen, los quebrantamientos de la Constitución. Me corresponde, en fin, decir que ciertas cosas no se pueden hacer, al menos no en nombre de la Constitución que nos dimos los españoles en 1978.

V. BIBLIOGRAFÍA (55)

- ARAGÓN REYES, M.: *Libertades económicas y Estado Social* (McGraw-Hill, 1995).
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Ariel Derecho, 1996).
- CARRASCO PERERA, A. (dir.): *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro* (Ministerio de Sanidad y Consumo/Instituto Nacional de Consumo, 2002).
- CIDONCHA MARTÍN, Antonio: *La libertad de empresa* (Thomson-Civitas/Instituto de Estudios Económicos, 2006).
- «La unidad de mercado como límite constitucional a la descentralización: un balance», en VV.AA.: *La unidad de mercado en la España actual* (Instituto de Estudios Económicos, 2010).
- GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (Alianza, 1977).
- GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado Social y democrático de Derecho* (Tecnos, 1984).
- GUILLÉN CARAMÉS, J.: *El estatuto jurídico del consumidor (Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración)* (Civitas, 2002).
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantía* (Trotta, 1999).
- LEÓN ARCE, Alicia de y GARCÍA GARCÍA, Luz María: *Derecho de los Consumidores y Usuarios (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)* (Tirant lo Blanch, 2007 -2.ª ed.).
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús y MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: *Código sobre Consumo* (Aranzadi, 2010 -2.ª ed.).
- OTTO, I. DE: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Ariel, 1987).
- PASCUAL Y VICENTE, J.: «Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 224 (marzo-abril 2003).
- PRIETO SANCHÍS, L.: «El juicio de ponderación constitucional», en LAPORTA, F. J. (ed.): *Constitución: problemas filosóficos* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).
- RIPOLLÉS SERRANO, María Rosa (coord.): *Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea* (Congreso de los Diputados, 2010).
- RUIZ GONZÁLEZ, José Gabriel: *Las asociaciones de consumidores* (Tirant lo Blanch Monografías —n.º 710—, 2010).
- VV.AA.: *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada* (Tirant lo Blanch Monografías —n.º 713—, 2010).

(55) Sólo se incluye las obras citadas expresamente en este trabajo. No se pretende, por tanto, hacer acopio de toda la doctrina sobre los consumidores y usuarios, sino dar la propia visión de la posición constitucional del consumidor. Como obras generales más recientes sobre Derecho de los consumidores y usuarios no citadas expresamente, *vid.* RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral* (Netbiblo, 2008); y PIPAÓN PULIDO, Jorge Guillermo: *Derechos de los consumidores y usuarios* (Lex Nova, 2010).