



Hannes Rösler<sup>(\*)</sup>

# Fundamentos del **Derecho del consumidor** en la Unión Europea<sup>(\*\*)</sup>

“NO HAY NECESIDAD DE REINVENTAR EL DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. EL DERECHO PRIVADO GENERAL PUEDE SER AJUSTADO PARA ATENDER LAS DEMANDAS DE LOS CONSUMIDORES POR DERECHOS CON MAYORES NIVELES DE PROTECCIÓN”

## 1. Introducción

Alrededor del mundo, el Derecho de protección al consumidor es una de las principales fuerzas conductoras de la modernización del Derecho privado<sup>(1)</sup>. En Europa, las directivas de la Unión Europea (UE), regularmente otorgan protección a los individuos que celebran negocios jurídicos con profesionales, con propósitos privados<sup>(2)</sup>. Esta dicotomía

(\*) Magister en Derecho (LL.M.) por Harvard Law School. Doctor en Derecho por Philipps University of Marburg, Alemania. Senior Research Fellow en the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburgo, Alemania.

(\*\*) Artículo inédito, basado en una conferencia dictada en la Faculdade de Direito de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) en octubre de 2011 y en contribuciones a *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012; donde se puede encontrar artículos de muchos de los principales conceptos mencionados en el texto, incluyendo contribuciones del autor sobre los contratos en materia de consumo en el Derecho internacional privado, comercio electrónico e interpretación del Derecho comunitario.

Traducción del inglés de Bruno Doig Gonzales Otoya, alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Director de la Comisión de Publicaciones de IUS ET VERITAS; bajo la autorización expresa, supervisión y revisión del autor.

La Asociación Civil IUS ET VERITAS quiere agradecer profundamente el gentil apoyo del autor para la traducción y publicación de este artículo.

(1) Sobre la implementación, véase SCHULTE-NÖLKE, Hans; Christian TWIGG-FLESNER y Martin EBERS (editores). *EC Consumer Law Compendium*. Munich: Sellier, 2008 (también: [www.eu-consumer-law.org](http://www.eu-consumer-law.org)); Hannes RÖSLER. *Europeanisation of Private Law through Directives – Determining Factors and Modalities of Implementation*. En: *11 European Journal of Law Reform (EJLR)*, 2009; p. 305. Sobre el impacto, *id est* el Derecho de compraventa de Naciones Unidas que será analizado *infra*, sección 5, véase: BASEDOW, Jürgen. *Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG*. En: *International Review of Law and Economics*. No. 25, 2005; p. 487.

(2) Para un buen panorama general, véase: MICKLITZ, Hans-W.; Norbert REICH y Peter ROTT. *Understanding EU Consumer Law*. Antwerp: Intersentia, 2009. Véase también: TWIGG-FLESNER, Christian. *The Europeanisation of Contract Law*. Londres: Routledge-Cavendish, 2008; WEATHERILL, Stephen. *EU Consumer Law and Policy*. 2da. edición. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005; RÖSLER, Hannes. *Europäisches Konsumentenvertragsrecht: Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung*. Munich: C.H. Beck Verlag, 2004. También, sobre la legislación nacional: MICKLITZ, Hans-W.; Jules STUYCK y Evelyne TERRYIN (editores). *Consumer Law: Ius Commune Casebooks for a Common Law of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2010. Para el Derecho alemán, véase: TONNER, Klaus y Marina TAMM (editores), *Verbraucherrecht: Beratungshandbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2012. Para el Derecho inglés, véase: HOWELLS, Geraint G. y Stephen WEATHERILL. *Consumer Protection Law*. 2da. edición. Aldershot: Ashgate Publishing, 2005. Para el Derecho francés, véase: CALAIS-AULOY, Jean y Henri TEMPLE. *Droit de la consommation*. 8ava edición. Paris: Dalloz-Sirey, 2010.

## Fundamentos del Derecho del consumidor en la Unión Europea

característica puede ser trazada hasta la revolución industrial, que trajo la producción y distribución en masa, de un lado, y el consumo masivo, del otro<sup>(3)</sup>. Mientras que la *racionalización* concentrada y la racionalidad instrumental dominan la esfera de los productores y los distribuidores, hallazgos de la economía, las ciencias sociales y conductuales, además de recientes investigaciones neurológicas, generan dudas respecto de si los usuarios privados finales actúan con racionalidad plena y como contrapartes en condiciones de equilibrio.

Una de las razones es que, la mayor parte del tiempo, los consumidores realizan transacciones de volumen muy limitado. En consecuencia, invertir un excesivo esfuerzo intelectual (en, por ejemplo, cláusulas contractuales tipo y otros parámetros no vinculados al precio o factores relacionados con la ejecución) tiene poco sentido desde la perspectiva del análisis costo-beneficio del consumidor. Debido a las ventajas de ser un *jugador con posibilidad de repetición* (*repeat player*), esto funciona de forma opuesta para las empresas. Además, una transacción racional está también obstaculizada por las modalidades de publicidad, distribución y, con ciertas limitaciones, el atractivo de las marcas comerciales. Es por ello que un mero modelo de información, que se concentra en contrabalancear las asimetrías, proveyendo información; rápidamente encuentra sus límites.

El presente artículo explica el impacto del Derecho privado del consumidor en la UE, aplicable para casi 500 millones de ciudadanos. El principal instrumento para la armonización del Derecho privado de los Estados miembros es la directiva. De acuerdo al artículo 288 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), una directiva requiere ser implementada por los Estados miembros. Es obligatoria en cuanto al resultado que deba conseguirse. Por ello, deja en libertad a los legisladores nacionales para elegir la forma y los métodos apropiados para su implementación. Por el contrario, un reglamento es de alcance general y de aplicación directa<sup>(4)</sup>. El presente artículo resalta la importancia del Derecho comunitario del consumidor (sección 2 *infra*), describe las

2. “(...) INVERTIR UN EXCESIVO ESFUERZO INTELECTUAL (EN, POR EJEMPLO, CLÁUSULAS CONTRACTUALES TIPO Y OTROS PARÁMETROS NO VINCULADOS AL PRECIO O FACTORES RELACIONADOS CON LA EJECUCIÓN) TIENE POCO SENTIDO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO DEL CONSUMIDOR. DEBIDO A LAS VENTAJAS DE SER UN JUGADOR CON POSIBILIDAD DE REPETICIÓN (*REPEAT PLAYER*), ESTO FUNCIONA DE FORMA OPUESTA PARA LAS EMPRESAS”

tendencias en este campo (sección 3), analiza el concepto jurídico europeo de protección al consumidor (sección 4), ejemplifica el problema de la armonización del mercado interior, observando las directivas relevantes sobre la venta de bienes de consumo (sección 5) y concluye con un panorama general (sección 6).

## 2. El rol del Derecho del consumidor en Europa

El hecho de que la sociedad de consumo moderna y su concepto de protección recién aparezcan después de la Segunda Guerra Mundial explica el impacto de la protección al consumidor como fuerza conductora

(3) Véase: RÖSLER, Hannes. *The Transformation of Contractual Justice – A Historical and Comparative Account of the Impact of Consumption*. En: MICKLITZ, Hans-W. (editor). *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011; p. 327.

(4) Los documentos de la UE se encuentran disponibles en todos o algunos idiomas en [http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_mot.do](http://eur-lex.europa.eu/RECH_mot.do)

(5) Siendo un hito la declaración del presidente John F. Kennedy de 1962: “Consumidores, por definición, somos todos” (*consumers, by definition, include us all*).



## Hannes Rösler

desde comienzos de la década de 1960<sup>(6)</sup>. En consecuencia, cuerpos normativos antiguos y el Tratado de Roma de 1957 por lo general no reconocen mucho la noción de protección al consumidor. No obstante, existen ciertas afinidades con instituciones clásicas. Por ejemplo, la restricción a la *Privatautonomie* por la normativa sobre el error o sobre el negocio jurídico contrario al orden público, que dependen de las circunstancias particulares. De otro lado, se pueden trazar antecedentes hasta antiguos reglamentos sobre el mercado y los profesionales.

El Derecho privado del consumidor se caracteriza por su aproximación mediante categorías. Ello responde a los nuevos desafíos estructurales y a los crecientes desequilibrios antes, durante y después de la realización de transacciones en masa. Debido al transporte internacional y a las infraestructuras de comunicaciones, este, particularmente, es el caso de las transacciones transfronterizas y a distancia. Típicamente, el legislador de la UE no reacciona estableciendo reglas que solo se refieran a las primeras. De hecho, la legislación es aplicable tanto a los casos nacionales, como a los internacionales, con el fin de evitar una total fragmentación de la normativa. Además, el Derecho secundario sobre el mercado debe servir para estimular un *mercado interior de consumo*, que esté basado parcialmente en la realidad y parcialmente en un ideal todavía por alcanzar. En última instancia, la participación del consumidor en el mercado interior es esencial “para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (la Comunidad Europea)”<sup>(6)</sup>. En ambos aspectos, el Derecho del consumidor en la UE difiere de la normativa de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG, siglas en inglés)<sup>(7)</sup>, que en parte sigue la tradición de la *lex mercatoria*,

a pesar de ser, por naturaleza, Derecho internacional.

Aproximadamente 80% del Derecho contractual de la UE se refiere al campo de protección al consumidor. Combina los tres principios de información al consumidor, protección al consumidor y organización de los consumidores. El concepto de información y protección (habiendo ganado este último importancia en legislación reciente) están conectados por las directivas contractuales concernientes a las ventas a domicilio<sup>(8)</sup>, créditos al consumo<sup>(9)</sup>, contratos de comercio a distancia<sup>(10)</sup>, comercialización a distancia de servicios financieros<sup>(11)</sup>, adquisición de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido<sup>(12)</sup>, viajes combinados<sup>(13)</sup>, cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>(14)</sup> y la venta de bienes de consumo<sup>(15)</sup>. La protección al consumidor bajo el Derecho privado también está incluida en la directiva relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos<sup>(16)</sup> y sustentada en las normas sobre seguridad de los productos.

Las normas especiales en apoyo de los consumidores en el Derecho internacional privado y el Derecho procesal están reguladas principalmente por el artículo 6 del Reglamento Roma I<sup>(17)</sup> y los artículos 15 al 17 del Reglamento Bruselas I<sup>(18)</sup>. Las normas aplicables para casos

(6) Véase TJCE Caso C-168/05. *Mostaza Claro*, 2006 Rec. I-10421 parágrafo 37.

(7) Sobre las similitudes, véase RÖSLER, Hannes. *Eliminating borders of national private law: potentials analysis of EU private law, the CISG and the Principles*. En: *EuLF*, 2003; p. 205 (también disponible en web: [www.simons-law.com/library/pdf/e/424.pdf](http://www.simons-law.com/library/pdf/e/424.pdf)).

(8) Directiva 85/577/CEE.

(9) Directiva 87/102/CEE, Directiva 2008/48/CE.

(10) Directiva 97/7/CE.

(11) Directiva 2002/65/CE.

(12) Directiva 2008/122/CE.

(13) Directiva 90/314/CEE.

(14) Directiva 93/13/CEE.

(15) Directiva 1999/44/CE.

(16) Directiva 85/374/CEE.

(17) Reglamento 593/2008.

(18) Reglamento 44/2001.

## Fundamentos del Derecho del consumidor en la Unión Europea

de demandas de responsabilidad por productos defectuosos están determinadas por el artículo 5 del Reglamento Roma II<sup>(19)</sup>. La mencionada representación colectiva de intereses (en el sentido de un enfoque organizacional) hasta ahora solo es prometedora en unas pocas áreas. La directiva relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores<sup>(20)</sup> establece el derecho de pretensión para las asociaciones de consumidores; además el Reglamento 2006/2004 estipula la cooperación entre ellas. La Directiva 2002/8/CE prevé reglas mínimas comunes para la asistencia jurídica en litigios transfronterizos.

La Directiva 2000/31/EC relativa al comercio electrónico solo contiene parcialmente normas especiales para consumidores. Adicionalmente, el Reglamento 261/2004 prevé la compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Además la protección al consumidor también está prevista por la legislación comunitaria sobre seguros, banca, inversiones, protección de datos y la normativa de telecomunicaciones. La directiva relativa a servicios 2006/123/CE, indirecta y marginalmente prevé la protección al consumidor. Las reglas de competencia desleal son vitales para asegurar la libertad de elección entre los consumidores<sup>(21)</sup>. Ellas son complementadas por normas especiales sobre publicidad. Por ejemplo, las directivas sobre servicios de comunicación audiovisual (Directiva 89/552/CEE, modificada por la Directiva 2007/65/CE) y sobre productos del tabaco (Directiva 2003/35/CE). En general, las medidas de defensa de la competencia sirven a los intereses de los consumidores.

Otro campo necesitado de regulación es el de las consecuencias jurisdiccionales y el cumplimiento (transfronterizo) de la ley. Especialmente en el caso de daños difusos, el consumidor individual no tiene suficientes incentivos para interponer una demanda. La Comisión Europea planea admitir *class actions* para la violación de normas de la UE sobre protección al consumidor y defensa de la competencia<sup>(22)</sup>.

(19) Reglamento 864/2007.

(20) Directiva 98/27/CE.

(21) La directiva relativa a las prácticas comerciales desleales 2005/29/CE y la directiva relativa sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa 2006/114/CE.

(22) SEC, 2011, 173 final.

(23) Véase Hannes Rösler. *Primäres EU-Verbraucherrecht: Vom Römischen Vertrag bis zum Vertrag von Lissabon*. En: *Europarecht (EuR)*, 2008; p. 800.

## 3. Tendencias

### 3.1. Un tópico transversal

Las consideraciones mencionadas son manifestaciones de una característica transversal que requiere el tratamiento de una protección horizontal al consumidor en numerosas áreas (artículo 12 TFUE). En el Derecho público, los aspectos relevantes incluyen seguridad técnica, seguridad de alimentos, etiquetado de productos, indicación de precios (Directiva 98/6/CE) y protección a la salud (artículo 168 TFUE). Aquí, no obstante, las directivas de Derecho privado son esenciales. Teniendo en cuenta la cuestión de la competencia, sirven fundamentalmente para el funcionamiento de un mercado interior europeo sin distorsiones de competencia (artículo 114 TFUE). Sin embargo, también deben contribuir a un alto estándar de protección al consumidor (artículos 4, numeral 1, literal f); 114, numeral 3 y 169, TFUE). Por tanto, estas directivas de función dual, típicamente, tienen también un fundamento de justificación dual<sup>(23)</sup>.

### 3.2. Definición de la transacción en materia de consumo

La protección al consumidor bajo el Derecho privado requiere delimitaciones situacionales y personales precisas, con el fin de aumentar la seguridad jurídica y evitar problemas probatorios. A pesar del específico ámbito de aplicación sustantivo definido en las directivas, los requisitos personales son usualmente los siguientes: un consumidor es una persona natural que actúa con propósitos ajenos al comercio o profesión. Esto es ilustrado, por ejemplo, en el artículo 2 de la Directiva sobre



## Hannes Rösler

ventas a domicilio; un concepto distinto de “consumidor” aparece en el artículo 2, numeral 4 de la Directiva relativa a viajes combinados, que, en términos generales, define al consumidor como cualquier “persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado”.

Necesariamente, la parte contratante con el consumidor debe ser un *profesional*. Por otro lado, dicha contraparte es cualquier persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional<sup>(24)</sup>. Al respecto, dos conceptos uniformes, precisos y tipificados son desarrollados. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el artículo 15, numeral 1 del Reglamento Bruselas I (de la década de 1960) hace una excepción por no excluir necesariamente a las personas jurídicas de la definición de “consumidor”. Con menor significancia, el concepto más reciente también es aplicable en el artículo 9, literal b de la Directiva sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

A nivel de los Estados miembros, existen importantes discrepancias relativas al concepto y la definición de la protección al consumidor. Respecto a las directivas que prescriben mínima armonización, se permite a los Estados miembros expandir el grupo de personas protegidas para crear un estándar de protección nacional más alto. En muchos casos, los Estados miembros aspiran a un sistema coherente y una definición de “consumidor” relativamente más estrecha que la presentada más arriba<sup>(25)</sup>.

Con un modelo opuesto, el *Code de la consommation* francés no sigue un concepto uniforme de “consumidor”. El consumidor

es parcialmente equiparado al cliente y parcialmente definido meramente como una persona actuando no profesionalmente. Principalmente, la determinación de los sujetos protegidos es dejada a los tribunales. Las personas jurídicas no están precisamente excluidas. El enfoque francés también se aplica en España, de acuerdo al artículo 1, numeral 1 y 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, así como en Austria, de acuerdo al artículo 1, numeral 1, subnumeral 2 del *Konsumentenschutzgesetz* (KSchG), al igual que en el Derecho de Bélgica, Dinamarca y Grecia. Por el contrario, la ley de Alemania, Italia, los Países Bajos, Polonia y Suecia excluye a las personas jurídicas, como también el artículo I.-1:105, numeral 1 del Proyecto de Marco Común de Referencia (PMCR)<sup>(26)</sup>.

En Francia, la protección al consumidor también está ampliamente extendida a profesionales que suscriben contratos atípicos<sup>(27)</sup>. Por el contrario, el Derecho alemán es riguroso incluso para las transacciones realizadas con el fin de iniciar un negocio. Las personas que contratan para comenzar una ocupación comercial o independiente son profesionales en los términos del § 14, BGB<sup>(28)</sup>. En cambio, el artículo 1, numeral 3 del KSchG austriaco categoriza al empresario que inicia labores

(24) Por ejemplo, el artículo 2, literal c de la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

(25) Por ejemplo, el artículo 7:5(1) Burgerlijk Wetboek; definición del consumidor en función de los tipos contractuales; artículo 3.1.a del Codice del consumo y parágrafo § 13 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Versión en inglés del BGB disponible en internet en: [www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb).

(26) El PMCR (en inglés DCFR, *Draft Common Frame of Reference*), es un texto muy bien detallado y similar a una codificación (con comentarios sobre cada norma modelo, tiene más de 6500 páginas en seis volúmenes), preparado por académicos europeos, *inter alia*, Derecho de los contratos, Derecho de la responsabilidad civil y asuntos de Derecho de bienes muebles. Apunta a convertirse en una *guía o caja de herramientas del legislador*. BAR, Christian von y Eric CLIVE (editores). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law*. Munich: Sellier 2009; la edición esquema está disponible en web: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf).

(27) *Court de Cassation*, Cass. civ. 1er, 5 de marzo de 2002 Bull. civ. IV., No 78, 60; rechazando a los no profesionales en el Derecho comunitario, TJCE Caso 361/89. Di Pinto, 1991, Rec. I-1189.

(28) BGH, 24 de febrero de 2005, BGHZ 162, 253; BGHZ 162, 253; lo mismo para los artículos 15–17 Reglamento Bruselas I; TJCE Caso C-269/95. Benincasa, 1997 Rec. I-3767.

## Fundamentos del Derecho del consumidor en la Unión Europea

como un consumidor, más que como un profesional. Como otra característica del Derecho alemán, un empleado también puede ser un consumidor en el sentido del § 13, BGB, cuando su objetivo comercial no es parte de una ocupación independiente o comercial.

Con respecto a las transacciones privadas y comerciales mixtas, el artículo 1:201 de los *Acquis Principles*, el artículo 1.-1:105, numeral 1 del PMCR, así como el § 1, numeral 1 de la ley sueca sobre la venta de bienes de consumo (*Konsumentköplag*) contiene una precisión: los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor *principalmente* por un propósito privado también están incluidos. En estos casos, las cortes alemanas determinan cuál uso es predominante<sup>(29)</sup>. El Derecho comunitario es de cierta ayuda para estos casos. El legislador de la UE no puede aceptar la inclusión de una transacción que sea parcialmente realizada con motivos comerciales en las directivas sobre la venta de bienes de consumo<sup>(30)</sup>. Solo el artículo 9, literal b), inciso ii de la Directiva relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos menciona el criterio del uso principal. Por el contrario, Bruselas I manda que el propósito comercial o profesional esté limitado hasta el punto de ser insignificante para el contexto general<sup>(31)</sup>.

### 3.3. ¿Integración o dispersión para implementar la normativa?

Hoy en día, el Derecho del consumidor es una parte integral del Derecho privado. De acuerdo con ello, su incorporación en una codificación central es lógico desde el punto de vista sistemático. El PMCR, el *Burgerlijk Wetboek* (BW) y el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) prueban que la integración no necesariamente conlleva *inconsistencias sistemáticas*. Desde 2000 y 2002, el último ha contenido casi todas las reglas sobre consumo<sup>(32)</sup>. Previamente, la protección al consumidor estaba codificada en algunas leyes especiales. Esta naturaleza dispersa empezó en 1894 con la ley relativa a las ventas a plazos, debido, principalmente, al miedo de dañar el concepto general de igualdad y autodeterminación de todos los individuos del BGB. Sin embargo, esta preocupación es injustificada. Además de las relaciones jurídicas entre ciudadanos, el

BGB modernizado ya no solo regula las transacciones profesionales *business-to-business* (B2B) (suplementado por el Derecho comercial en el *Handelsgesetzbuch* [HGB]), sino también la transacción *business-to-consumer* (B2C) de una manera sistemáticamente consistente.

No hay necesidad de reinventar el Derecho de protección al consumidor. El Derecho privado general puede ser ajustado para atender las demandas de los consumidores por derechos con mayores niveles de protección y puede especializarse para ello. Junto con la mayor relevancia del Derecho de protección al consumidor, el enfoque integracionista tiene otras ventajas: simplifica la normativa, en comparación con las leyes singulares dispersas; evita la superposición de normas y fortalece la seguridad jurídica y la eficiencia. Además, la integración promueve la clarificación doctrinaria de la relación con la normativa sobre vicios de la voluntad, violaciones negligentes del deber de informar y (otras) provisiones que protegen a los individuos débiles.

Por el contrario, los códigos de consumo actuales no pueden dejar de hacer referencia al código principal. En ese sentido, el *Code de la Consommation* de 1993 es una ley mixta. En menor grado, esto también aplica para el *Codice del consumo* de 2005 (que también regula la venta de bienes de consumo) y el KSchG austriaco de 1979 (mas, la venta de bienes de consumo se encuentra regulada principalmente por el ABGB). El *Code de la Consommation* combina las reglas existentes sobre protección al consumidor como una *codification administrative*. Esto explica

(29) OLG Celle, NJW-RR 2004, 1645.

(30) Lo que fue sugerido en la Comisión Europea, COM, 95, 520 final.

(31) Véase TJCE Caso C-464/01. *Gruber*, 2005 Rec. I-439.

(32) Básicamente §§ 13, 241a, 310.3, 312 y siguientes, 355 y siguientes, 474 y siguientes, 481 y siguientes, 491 y siguientes, 499 y siguientes, 505, 506, 661<sup>a</sup>, BGB.



## Hannes Rösler

por qué las mencionadas definiciones divergentes del consumidor simplemente han continuado. Tales códigos de consumo son una concertación entre el reconocimiento total de la codificación y la fragmentación (formal). Esta última es característica del Derecho inglés, con su implementación por *añadidos (bolt on)*. Los *Unfair contract Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1994 (el último en 1999) fueron simplemente añadidos al *Unfair Contract Terms Act* de 1977 para implementar la Directiva 93/13/CEE. Sin embargo, el *Sale of Goods Act* de 1979 y otras dos leyes fueron actualizadas para implementar la Directiva 1999/44/CE.

En general, las diferencias entre el Derecho del consumidor en la UE y las legislaciones nacionales son notorias (a pesar de la influencia de la UE como la principal fuerza conductora)<sup>(33)</sup>. Desafortunadamente, las leyes sobre consumo no han conllevado mayor unificación. Esto está parcialmente vinculado con la falta de coherencia (horizontal) del Derecho comunitario. En consecuencia, una directiva, reglamento o modelo paneuropeo sobre derechos del consumidor sería un buen medio para condensar el Derecho de la UE, en cuanto al contenido y la seguridad jurídica para todos los involucrados.

### 4. Concepto de protección

#### 4.1. El modelo de información y otros instrumentos

El enorme poder de los consumidores para influenciar al mercado pierde el rumbo cuando la información básica está incompleta o es falsa. Los consumidores informados, en consecuencia, no actúan como oponentes de su contraparte comercial; sino, más bien, (tal como lo enfatiza la teoría económica de la información) como socios en el mercado. La competencia por la calidad y el precio se incrementa (especialmente en los mercados libres), aumentando la transparencia y la autonomía; por ejemplo, incentivando un cambio en los patrones, proveedores, marcas o rangos establecidos de consumo. Esto es benéfico, tanto para los actores del mercado leales y (debido a la competencia leal), también para los consumidores. Por ello, la información confiable y las prácticas de distribución serias deben ser aseguradas, en primer lugar, por normas de prácticas comerciales leales.

En las directivas sobre contratos en materia de consumo, la UE pone un énfasis considerable en el suministro de información (como, por ejemplo, en las normas sobre turismo e inmuebles de tiempo compartido). En consecuencia, el principio de intervención mínima o proporcional se aplica en el beneficio de los consumidores informados. Pero, a la luz de las complejidades y asimetrías, se requiere mayores instrumentos contractuales implicando restricciones más intensas del principio *pacta sunt servanda*. Ejemplos son los derechos de retractación en función de la situación en que se celebró el contrato, el tipo de contrato o la distancia entre las partes contratantes, tal como están contenidas en las directivas sobre ventas a domicilio, inmuebles a tiempo compartido; así como, más recientemente, créditos al consumo y las dos directivas relativas al comercio a distancia. La *europización* de áreas fundamentales del Derecho civil, la revisión judicial de los términos en distintos tipos de contratos y la directiva relativa a la venta de bienes de consumo y garantías, con sus numerosas reglas de naturaleza semiimperativa son de mayor importancia. La UE se basa en la necesidad de incrementar el nivel de confianza del consumidor en el mercado interior<sup>(34)</sup>.

La línea que separa a la protección adecuada, del paternalismo y la sobrerregulación es muy delgada. En cualquier caso, el consumidor europeo único sigue siendo una ficción. Por ejemplo, teniendo en cuenta la distinta experiencia, educación e intelecto. El objetivo fundamental de la UE es promover una efectiva libertad de elección mediante la información, y crear espacio para la toma de decisiones, extendiendo los límites del mercado. El caso fundamental del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

(33) Cfr. BASEDOW, Jürgen. *Codification of Private Law in the European Union: The Making of a Hybrid*. En: *European Review of Private Law (ERPL)*. No. 35, 2001; p. 9.

(34) Por ejemplo, el considerando 5 de la Directiva sobre la venta de bienes de consumo.

## Fundamentos del Derecho del consumidor en la Unión Europea

(TJCE)<sup>(35)</sup>, *Cassis de Dijon*, clarifica esta segunda postura sobre el Derecho del consumidor: milita en contra de la excesiva protección precautoria de los Estados miembros y en favor de la implementación de un libre tráfico de bienes (Artículos 34-36 TFUE)<sup>(36)</sup>.

Para determinar una infracción al Derecho de la competencia desleal y al Derecho de marcas, debe tenerse en cuenta la concepción abstracta de un consumidor promedio de los bienes o servicios en cuestión. El estándar es un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz<sup>(37)</sup>, los factores sociales, culturales o lingüísticos también son considerados<sup>(38)</sup>.

### 4.2. Coherencia legal y reforma

El primer (y no vinculante) Programa sobre Consumidores de 1975 ya reconocía los intereses de los consumidores en la protección de su salud, de sus intereses económicos, información y autoorganización. Con el Tratado de Maastricht, este concepto se abrió paso en el Derecho primario (artículo 169, numeral 1 TFUE). No obstante, el Derecho comunitario del consumidor, desarrollado en diversas fases desde la década de 1980 es incoherente y fragmentario<sup>(39)</sup>.

Basado parcialmente en el acuerdo, se concentra en áreas problemáticas individuales en distintos contratos en materia de consumo. Una extensa estandarización de conceptos, obligaciones de informar, derechos de retractación, requisitos

formales, etcétera, sería deseable. Basada en el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo<sup>(40)</sup>, la Comisión Europea pugnó por una consolidación comprensiva y una reforma de las mencionadas Directivas 85/577/CEE, 93/13/CEE, 97/7/CE y 1994/44/CE en una directiva sobre los derechos del consumidor<sup>(41)</sup>.

Es dudoso si el cambio originalmente pensado de una armonización mínima a una armonización plena sea, en general, el enfoque correcto. Es cierto que las directivas sobre comercialización a distancia de servicios financieros, prácticas comerciales desleales y la nueva directiva sobre créditos al consumo ya se han apartado del principio de armonización mínima descrito. Sin embargo, los capítulos IV (venta de bienes de consumo y garantías asociadas) y V (cláusulas contractuales abusivas) de la propuesta original habrían conllevado una reducción del nivel de protección y a la petrificación del Derecho del consumidor<sup>(42)</sup>. El legislador, por ello, ha excluido estos aspectos. La Directiva sobre derechos del consumidor, aprobada en octubre de 2011<sup>(43)</sup>, solo busca una parcial armonización plena. Este es el caso de la

(35) Véase, sobre la importancia de la corte establecida en Luxemburgo: MICKLITZ, Hans-W. y Bruno de WITTE (editores). *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Mortsel: Intersentia, 2012; RÖSLER, Hannes. *Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts: Strukturen, Entwicklungen und Reformperspektiven des Justiz- und Verfahrensrechts der Europäischen Union*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

(36) TJCE Caso 120/78. *Cassis de Dijon*, 1979 Rec. 649; respecto del modelo de información, también: TJCE Caso C-362/88. *GBINNO-BM*, 1990, Rec. I-667.

(37) TJCE Caso C-210/96. *Gut Springenheide*, 1998, Rec. I-4657.

(38) TJCE Caso C-220/98. *Estee Lauder*, 2000, Rec. I-117 parágrafo 29; considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE.

(39) Véase, sobre los asuntos de política: RÖSLER Hannes. *30 Jahre Verbraucherpolitik in Europa: rechtsvergleichende, programmatische und institutionelle Faktoren*. En: *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (ZfRV)*, 2005; p. 134.

(40) Comisión Europea, COM, 2006, 744 final.

(41) COM, 2008, 614 final

(42) MICKLITZ, Hans-W. y Norbert REICH. *Cronica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a 'Directive on Consumer Rights'*. En: *Common Market Law Review (CML Rev.)*. No. 46, 2009; p. 471; HOWELLS, Geraint y Reiner SCHULZE (editores). *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*. Munich: Sellier, 2009.

(43) Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre, 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.



Hannes Rösler

información al consumidor y el derecho de retractación en los contratos a distancia y fuera del establecimiento. Las provisiones implementadas de la nueva directiva rigen para los contratos celebrados después del 13 de junio de 2014.

## 5. La venta de bienes de consumo como ejemplo

### 5.1. Antecedentes

Para fortalecer la confianza de los consumidores europeos en el mercado interior, la Directiva sobre venta de bienes de consumo 1999/44/CE armoniza la compra de bienes a vendedores comerciales para el uso privado<sup>(44)</sup>. La directiva, que tuvo un plazo de implementación que terminó el 1 de enero de 2002, regula la responsabilidad del vendedor en los Estados miembros, estableciendo un estándar mínimo común en beneficio de los consumidores<sup>(45)</sup>. El consumidor debería ser capaz de aprovechar la creciente diversidad de oferta generada por los mercados abiertos, así como el tráfico y la comunicación a larga distancia mejorados. El paradigma de la directiva es el consumidor informado que actúa dentro de la Unión, ejerciendo sus libertades fundamentales y que, por tanto, requiere adecuada protección, independientemente del Estado miembro en que se lleve a cabo la venta. Siguiendo la práctica constante en relación a las directivas sobre Derecho del consumidor, incluso los contratos puramente nacionales están dentro del ámbito de aplicación.

El objetivo de la Directiva 1999/44/CE, en ciertos aspectos de la venta de bienes de consumo y garantías asociadas, no solo es proteger los intereses económicos de los contratos más significativos en materia de consumo. También la calidad del producto y la seguridad son optimizadas, al salvaguardar las expectativas legítimas de los consumidores. A diferencia de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Directiva sobre la venta de bienes de consumo no está debilitada por una lista *grís* meramente indicativa. Como la directiva de Derecho privado más importante hasta el momento, la Directiva 1999/44/CE contiene, en gran medida, reglas imperativas y es pionera con respecto al Derecho privado europeo. Ya que esto último también es cierto para la CISG<sup>(46)</sup>, el Derecho sobre ventas comerciales uniformizado para 78 países alrededor del mundo<sup>(47)</sup> (incluyendo 23 de 27 Estados miembros de la UE<sup>(48)</sup>), las similitudes, que son sorprendentes, dadas las diferentes áreas de aplicación<sup>(49)</sup>, serán destacadas en los acápites siguientes<sup>(50)</sup>.

(44) Véase BIANCA, Cesare Massimo y Stefan GRUNDMANN (editores). *EU Sales Directive – Commentary*. 2002.

(45) Principio de armonización mínima, artículo 8, numeral 2.

(46) Véase, sobre su historia e importancia: RÖSLER, Hannes. *Ernst Rabel e a sua influência sobre um direito mundial dos contratos, Meritum*. Em: *Revista de Direito da FCH/FUMEC*. No. 1. Volumen 3, 2008; p. 5 (traducción de *Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel – Werk- und Wirkgeschichte*, En: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*. Volumen 70, 2006; p.793).

(47) Véase: [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html).

(48) La CISG no ha sido ratificada por Portugal, Irlanda y Gran Bretaña.

(49) De acuerdo con el artículo 1, numeral 1 CISG, la Convención se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. Por otro lado, la Convención no se aplicará a las compraventas, por ejemplo de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso (artículo 2, literal a)

(50) Cfr. GRUNDMANN, Steffan. *Consumer Law, Commercial Law, Private Law: How can the Sales Directive and the Sales Convention be so Similar?*, 2003; p. 14; *European Business Law Review (EBLR)*; p. 237; BASEDOW, Jürgen. *Freedom of Contract in the European Union*. En: *ERPL*. No. 16, 2008; p. 901; TROIANO, Stefano. *The CISG's Impact on EU Legislation*. En: *Internationales Handelsrecht*, 2008; p. 221; también MICKLITZ, Hans-W. *An Expanded and Systematized Community Consumer Law as Alternative or Compliment?*. En: *European Business Law Review (EBLR)*, 2002; p. 583.

## Fundamentos del Derecho del consumidor en la Unión Europea

### 5.2. Similitudes con el Derecho mercantil de las Naciones Unidas (ONU)

El *ámbito personal* de aplicación está definido en términos del consumidor y el vendedor comercial. Estos términos son consistentes con la definición general de consumidor y su contraparte<sup>(51)</sup>. El ámbito material comprende contratos de compraventa y contratos de suministro de bienes de consumo, a ser manufacturados o producidos (véase: artículo 1, numeral 4; artículo 2, numeral 3 y artículo 3; equiparando ambos contratos: artículo 3, numeral 1 CISG). Respecto al objeto del contrato, *id est* bienes de consumo, el artículo 1, numeral 2, literal b, simplemente menciona en general a los bienes muebles tangibles (como el § 90 BGB). Están excluidos los bienes vendidos mediante ejecución o de otra manera por una autoridad estatal, así como el agua y el gas, donde no se vendan en volumen y cantidad limitados (de nuevo en conformidad con el artículo 2, literales c, l, CISG).

El *concepto clave para la responsabilidad del vendedor es la conformidad con el contrato* de los bienes de consumo. El considerando 7 específicamente establece que la conformidad con el contrato sirve como una base común entre las distintas tradiciones jurídicas. En mayor detalle, el Libro Verde sobre garantías para bienes de consumo y servicios posventa<sup>(52)</sup> aclara la especial atención prestada al Derecho holandés<sup>(53)</sup>, nórdico e inglés. Además, las similitudes con la CISG son deliberadas. Esto no solo es cierto para un concepto uniforme de violación del contrato (que no se diferencie según el tipo de violación), sino también para los detalles.

Para evaluar la conformidad con el contrato, el acuerdo expreso de las partes tiene prioridad sobre el estado generalmente requerido del bien. Si no hay tal acuerdo, la conformidad de los bienes en cuestión se presume, facilitando la prueba ante las cortes, si las siguientes condiciones acumulativas del artículo 2, numeral 2 son satisfechas. Este es el caso de cuando los bienes se ajustan a la descripción realizada por el vendedor o a cualquier muestra o modelo (literal a) o cuando son aptos para

el uso especial requerido por el consumidor, que lo haya puesto en conocimiento del vendedor y este hubiera aceptado (literal b)<sup>(54)</sup>. Objetivamente, la conformidad de los bienes se presume si son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo (literal c) o si presentan la calidad y desempeño habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar (literal d).

Esto es virtualmente idéntico al artículo 35, numeral 2 CISG. La CISG, sin embargo, hace referencia al tiempo en que haya pasado el riesgo, mientras que la directiva se refiere al tiempo de *entrega* de los bienes. Adicionalmente, la directiva contiene dos nuevas normas. Primero, la conformidad también puede determinarse por la publicidad o el etiquetado por el productor o su representación (artículo 2, numeral 2, literal d y numeral 4 Directiva 1999/44/CE), cuando la publicidad sea seria y esté vinculada. Segundo, el comprador está habilitado para reclamar por la falta de conformidad que resulte de la instalación incorrecta o una omisión en las instrucciones de instalación<sup>(55)</sup>. La directiva carece de una provisión sobre el embalaje inadecuado como en el artículo 35, numeral 2, literal d, CISG.

En caso los bienes no sean conformes, un *sistema remedial* de dos pasos está disponible, teniendo cada paso, dos remedios. En primer lugar, el artículo 3, numerales 2 y 3 solo habilitan al consumidor a pedir un cumplimiento suplementario, *id est* reparar o reemplazar dentro de un plazo razonable y sin mayor inconveniencia<sup>(56)</sup>. Sin embargo,

(51) Directiva 199/44/CE, artículo 1, numeral 2, literales a, e.

(52) Comisión Europea, COM, 93, final.

(53) Artículo 7:17 *Burgerlijk Wetboek*.

(54) La excepción del artículo 35, numeral 2, literal b CISG por falta de confianza o falta de razonabilidad de confiar en la competencia y el juicio del vendedor no ha sido adoptada.

(55) La así llamada *cláusula IKEA* (en honor a la empresa de muebles) en el artículo 2, numeral 5 Directiva 1999/44/CE.

(56) Esta es la razón por la que el Derecho inglés tuvo que permitir el cumplimiento específico en s 48E.2 Sale of Goods Act de 1979.



## Hannes Rösler

la libertad de elección del consumidor está limitada por la posibilidad de que el vendedor se niegue a uno de los remedios por la desproporción (de costos) o la imposibilidad (véase el artículo 49, CISG).

No obstante, este segundo paso tiene un límite alto. Debe ser imposible o no razonable reparar o sustituir los bienes para hacerlos conformes, o el vendedor debe haber fallado en restaurar la conformidad dentro del plazo razonable. Si ese fuera el caso, el consumidor está habilitado a una reducción adecuada del precio (artículo 3, numeral 5). Si la falta de conformidad no es menor, solo puede resolver el contrato, derivando en un proceso de cancelación potencialmente complicado (artículo 3, numeral 6). Como en la convención de Viena (artículo 49), la directiva se basa en la idea de la reducción de costos por la perpetuación del contrato. Sin embargo, esta directiva no requiere que el comprador fije un plazo adicional de tiempo, marcando la diferencia con el artículo 47, CISG y el § 323, BGB.

Además, la directiva fija un *plazo de prescripción* de dos años después del envío de los bienes de consumo, durante el cual, el vendedor responde ante el consumidor por cualquier falta de conformidad (artículo 5, numeral 1). Si la falta de conformidad se hace notoria dentro de seis meses después de la entrega, su existencia a tal momento se presume. Esta regla, desconocida para el CISG, tiene en cuenta, en parte, la calidad altamente tecnológica de los bienes de consumo. Por los otros 18 meses, el consumidor debe probar la falta de conformidad de acuerdo al Derecho nacional aplicable. Sin embargo, la inversión inicial de la carga de la prueba no es permitida si la presunción es incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad (artículo 5, numeral 3). Distinto del Derecho mercantil, no hay ningún requisito de examen de los bienes por el consumidor. Pero, en el caso de que el consumidor sea, al momento de contratar, consciente o no pueda, razonablemente, no percatarse de la falta de conformidad, el vendedor es liberado de responsabilidad (artículo 2, numeral 3, comparable con el artículo 35, numeral 3, CISG).

Además, el artículo 6 de la directiva dispone reglas de transparencia y responsabilidad por las *garantías* otorgadas por el vendedor. Deben distinguirse de las garantías que han sido pagados u otorgadas por un tercero (por ejemplo, un seguro). Solo están incluidas las garantías que, sin costo

adicional, prometan reembolsar el precio pagado por un bien de consumo, sustituirlo, repararlo u ocuparse, del modo que fuere, de aquel (artículo 1, numeral 2, literal “e”). La garantía es obligatoria para el garante, de conformidad con el documento de garantía y la publicidad (artículo 6, numeral 1). La garantía debe establecer su contenido, dirección y ámbito territorial; así como el nombre y dirección del garante, en lenguaje claro, sencillo e inteligible. Adicionalmente, debe estar claro que los derechos establecidos por ley no se verán afectados (artículo 6, numeral 2). La garantía debe estar disponible por escrito si el consumidor lo solicita. Para evitar la evasión, son obligatorias, incluso cuando no satisfagan estos requisitos (artículo 6, numeral 3). Debe ser posible sancionar por otros medios que los establecidos en la directiva, especialmente con relación al Derecho de las prácticas comerciales B2C desleales.

Adicionalmente, los requisitos de transparencia del artículo 5 de la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos en materia de consumo (Directiva 93/13/CEE) deben ser observados. Otras normas indican que los términos o acuerdos que otorguen privilegios al consumidor, establecidos en la directiva, no son obligatorios para este (artículo 7, numeral 1). Parcialmente debido a las solicitudes del gobierno alemán, los Estados miembros deben fijar un plazo de responsabilidad más corto para los bienes de segunda mano. Este no puede ser menor a un año (artículo 7, numerales 1, 2 y 3; así como el §475, numeral 2 BGB). Por ello, para bienes de segunda mano, la directiva introduce una responsabilidad mínima por un año en los contratos en materia de consumo. Por ello, una venta *sold as seen*, por ejemplo, de carros usados, es imposible. Esta responsabilidad mínima inalterable es sujeto de críticas, especialmente de la doctrina alemana, que afirma un excesivo proteccionismo que interfiere con la libertad contractual.

## Fundamentos del Derecho del consumidor en la Unión Europea

Finalmente, el artículo 4 de la directiva incluso afecta la relación comercial entre el vendedor y el productor, mayorista o importador. El vendedor final podrá, si la falta de conformidad es causada por un intermediario o el productor, pretender remedios en contra de la persona responsable en la cadena contractual. Estos remedios siguen a la legislación nacional, estableciendo explícitamente, el considerando 9, la observancia de la libertad contractual en este respecto. El artículo 4 carga, desde los proyectos iniciales, una ambición mayor. Entre otras, una así llamada *action directe*, que habría permitido al consumidor accionar un remedio directamente en contra del productor, siguiendo al modelo francés, no fue incluida en la directiva<sup>(57)</sup>. Adicionalmente, el artículo 7, numeral 2 de la Directiva 1999/44/CE contiene la usual cláusula de Derecho internacional privado que protege al consumidor en contra de las desventajas que surjan de la decisión legislativa de un Estado no miembro. Finalmente, la directiva entra en el ámbito de la Directiva 98/27/CE sobre acciones para la protección de los intereses de los consumidores.

### 5.3. Implementación diferida

La armonización parcial de un área tan vital como la responsabilidad contractual tiene un impacto sustancial en el Derecho de las obligaciones. El hecho de que la directiva lo surgiera, a pesar de la importancia de su contenido para las culturas jurídicas nacionales, demuestra el grado de integración jurídica logrado; lo cual se había limitado en el pasado a tipos contractuales especiales, como las ventas a domicilio o los contratos a distancia. El impacto de la directiva es subrayado por la opinión del legislador alemán, quien no consideró apropiado implementar la directiva con legislación especial y fragmentaria. Junto con la implementación de la Directiva 2000/35/CE relativa a la lucha contra la morosidad y la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, la Directiva sobre la venta de bienes de consumo ha conllevado una modernización trascendental en el Derecho de las obligaciones (*Schuldrechtsmodernisierung*)<sup>(58)</sup>.

Es cierto que los nuevos §§ 474-479 BGB, con sus reglas especiales sobre contratos de compraventa de bienes

de consumo, representa una *isla europea* dentro del Código alemán. Sin embargo, un considerable número de normas fueron expandidas hacia áreas que la legislación alemana no estaba obligada a cubrir. Esto es especialmente cierto en cuanto a la conformidad con el contrato del artículo 2 y los remedios del artículo 3; siguiendo a los cuales, el § 433, numeral 1, BGB abandonó la doctrina de la responsabilidad civil, para adherirse, en general, a la doctrina del cumplimiento. El Derecho de la compraventa alemán, por lo tanto, sigue el modelo del artículo 2, numeral 1 de la directiva; el artículo 35, numeral 1, CISG y al *common law*. Además, el derecho alemán sobre violación de los contratos de compraventa fue extensamente integrado en las normas generales sobre violación del contrato. El resto de los Estados miembros, sin embargo, optaron a favor de una solución a pequeña escala, introduciendo normas especiales sobre la venta de bienes de consumo, solo aplicables a ciertos contratos, al lado del Derecho clásico de la compraventa.

Incluso en el área de la venta de bienes de consumo, la implementación de los Estados miembros diverge de la directiva en varios aspectos. Como un compromiso, se declararon expresamente permitidas cuatro divergencias. La mayoría de implementaciones usan el mencionado artículo 7, numeral 1, que permite la reducción del plazo de prescripción para la venta de bienes de segunda<sup>(59)</sup>. Del mismo modo, más de la mitad de Estados miembros cargan al consumidor con la obligación opcional de informar al vendedor de la no conformidad en un corto periodo de tiempo. Dinamarca, Finlandia, Italia, los Países Bajos,

(57) A diferencia del Libro Verde, p. 112.

(58) Véase ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005; pp. 159 y siguientes.

(59) Esta disposición ha sido usada por: artículo 9.1.1 y 2 KSchG Austriaco; artículo 1649, numeral 1 Código Civil belga; artículo 134.2, Codice del consumo; § 475.2 BGB; artículo 9.1.2 Ley española 23/2003, de garantías en la venta de bienes de consumo; y artículo 17 Konsumentkoplag sueco.



## Hannes Rösler

Polonia y Suecia decidieron introducir este requerimiento de notificación establecido en el artículo 5, numeral 2.

Igualmente popular parece ser la opción del artículo 6, numeral 4 (original de la legislación de etiquetado de alimentos) que habilita a los Estados miembros a requerir que las garantías sean escritas en cierto lenguaje. Por ejemplo, esto ha sido legislado en el artículo 15, numeral 5 de los *Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations* ingleses de 2002. Finalmente, unos pocos sistemas jurídicos han utilizado el artículo 1, numeral 3, introducido durante la Presidencia británica del Consejo para excluir a la subasta pública del ámbito de la directiva<sup>(60)</sup>.

La armonización mínima, que permite un nivel nacional más alto de protección al consumidor, conlleva otras discrepancias respecto a la implementación. En Finlandia, el plazo de prescripción es de tres años, en Inglaterra e Irlanda es de seis años. Considerables discrepancias también pueden encontrarse respecto a la conformidad con el contrato y el tiempo de entrega<sup>(61)</sup>.

Las similitudes con la CISG intentaban resaltar el atractivo para los Estados miembros, siguiendo el modelo de dicha convención, con el fin de alcanzar una mayor europeización del Derecho de los contratos. Esto se hizo realidad, por ejemplo, en Alemania (véase *supra*), Grecia (artículos 534 y siguientes, Código Civil), Austria (§§ 922 y siguientes ABGB) y Hungría (especialmente §§ 305 y siguientes, Código Civil). Sin embargo, la mayoría de Estados han optado por una implementación mínima. Por ello, las expectativas de una generalización de la directiva solo han sido alcanzadas en parte.

### 5.4. Evaluación

La directiva no crea una legislación sobre la venta de bienes de consumo que sea individual y completa, sino, en realidad, se concentra en otorgar protección mínima frente a defectos y establecer requisitos de información sobre las garantías.

Como resultado de las distintas tradiciones jurídicas, importantes áreas permanecieron desarmonizadas. Se omitió regular la formación del contrato<sup>(62)</sup>. Igualmente dejados de lado fueron la transmisión del riesgo, la suspensión o interrupción de los plazos de prescripción; así como los daños primarios y secundarios por defectos, y otros daños. Una laguna muy relevante resultaron ser las normas faltantes sobre daños; especialmente al tener en cuenta los artículos 74-77, CISG, que prevén responsabilidad sin tomar en consideración la negligencia o la culpa.

Finalmente, la conclusión es que la legislación sobre la transacción más común entre los ciudadanos de la UE está solo parcialmente armonizada. Más específicamente, se ha incrementado, al menos en algún grado, la fragmentación normativa y, consiguientemente, la inseguridad jurídica. El precio de la armonización es una nueva categoría jurídica nacional del Derecho sobre la venta de bienes de consumo (ya sea aplicándose en paralelo al Derecho general sobre compraventa, como en Italia o Gran Bretaña; o limitado a ciertos casos especiales, como el BGB). Antes de la implementación, el Derecho alemán, por ejemplo, no contenía normas especiales en este ámbito. Esto contrastaba con el Derecho holandés<sup>(63)</sup>, irlandés y el nórdico.

Las disparidades nacionales sobre la venta de bienes de consumo no son, sin embargo, tan solo el resultado de una armonización mínima, que la Comisión Europea intentó abolir con la propuesta Directiva sobre derechos del consumidor<sup>(64)</sup>. Principalmente, las cuatro normas de implementación opcionales son

(60) Véase, por ejemplo: § 471, numeral 1 s 2 BGB; artículos L211-212, Code de la consommation y § 12.2 Unfair Contract Terms Act, 1977.

(61) Véase: *Communication on the implementation* COM, 2007, final.

(62) En contraste con los artículos 11-24, CISG.

(63) Artículo 7.1 *Burgerlijk Wetboek*, *Sale of Goods Act* ingles de 1979, modificado por el *Sale and Supply of Goods Act* de 1994.

(64) COM, 2008, 614 final.

## Fundamentos del Derecho del consumidor en la Unión Europea

cuestionables. Piense, por ejemplo, la obligación opcional de informar dentro de un plazo de prescripción de dos meses, que empiece con el conocimiento de la disconformidad. Esta norma está dirigida a evitar que el consumidor infractor abuse de los remedios. No obstante, dichos requisitos de la notificación, estipulados, por ejemplo, en el artículo 39, numeral 1, CISG y en el § 377, BGB son difícilmente vistos fuera del Derecho mercantil<sup>(65)</sup>. El relativamente pequeño valor de los reclamos de consumidores no justifica esta medida; se carga al vendedor con la difícil prueba de no haber informado (y por tanto la extinción de la responsabilidad). Más importante, la opción, con sus efectos divergentes, contradice el propósito de armonizar el mercado interior y aumentar la confianza del consumidor.

Resumiendo, la directiva, con sus normas predominantemente semiimperativas y la inversión de la carga de la prueba (por los primeros seis meses); sin embargo, ha elevado el riesgo de responsabilidad independiente de la negligencia o el fraude. Por estos medios, la posición jurídica del consumidor europeo no solo ha mejorado internacionalmente. Las nuevas reglas sobre publicidad, garantías contractuales, remedios en la cadena contractual; así como reparación primaria o sustitución, crean un sistema de responsabilidad moderno, funcional y bien balanceado, arreglado a la realidad del mercado y a la venta de bienes industriales de consumo.

Empero, desde un punto de vista económico, algunos critican el hecho de que el consumidor pueda estar insuficientemente incentivado a ejercitar la diligencia, cuidado y mantenimiento de sus bienes por el relativamente largo periodo de prescripción. Sin embargo, observando de cerca al artículo 3, numeral 1, la falta de conformidad debe existir al momento de la entrega. La duración del producto no está, por tanto, garantizada (véase

el considerando 14). En suma, la sofisticada directiva, junto con la CISG, forma una base importante para mayor desarrollo del Derecho contractual europeo. Uno puede concluir que las convergencias exitosas prevalecen sobre las desventajas.

Esperemos que los tribunales remitan casos al TJCE con mayor frecuencia, en comparación con directivas más antiguas. Esta última corte<sup>(66)</sup> ya ha decidido que las normas alemanas que introduzcan una compensación por el uso de bienes antes de la sustitución no son compatibles con el requisito de que la conformidad con el contrato esté libre de cualquier carga, de acuerdo al artículo 3, numeral 3, 1<sup>(67)</sup>.

### 6. Panorama general: ¿un instrumento opcional para transacciones B2C?

La fragmentación del Derecho del consumidor es insatisfactoria, ya que obstaculiza a los consumidores y comerciantes que quieren llevar a cabo transacciones transfronterizas. La Comisión Europea busca una estrategia doble. Después del fracaso de la trascendental propuesta para una directiva sobre derechos del consumidor descrita<sup>(68)</sup>, el actual debate de reforma se concentra en un instrumento opcional que pueda ser elegido por los contratantes<sup>(69)</sup>. La Comisión Europea propuso una normativa común de compraventa europea

(65) La comisión abandonó los planes para introducir una obligación de examinar los bienes, tal como lo prescriben la CISG y el BGB.

(66) De una referencia del Tribunal Federal Supremo de Alemania, *Bundesgerichtshof* (BGH).

(67) TJCE Caso C 101/05 *Quelle*, 2008, Rec. I2685. Véase también el revisado § 174.2.1 BGB.

(68) Véase *supra*, sección 4.2. Para una referencia a la directiva aprobada en su lugar, véase *supra*, nota 43.

(69) Véase, sobre las alternativas de reforma: Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas. COM, 2010, 348 final. Para una evaluación, véase el estudio MPI de BASEDOW, Jürgen; Hannes RÖSLER; Reinhard ZIMMERMANN y otros. *Policy Options for Progress towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final*. En: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*. No. 75, 2011; p. 371. Para un instrumento de *soft law*: REICH, Norbert. *8 EU Strategies in Finding the Optimal Consumer Law Instrument*. En: *European Review of Contract Law (ERCL)*, No. 1, 2012; RÖSLER Hannes. *Rechtswahl und optionales Vertragsrecht in der EU*. En: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*. No. 1, 2011.



## Hannes Rösler

(CESL, siglas en inglés) opcional, en la forma de un reglamento (directamente obligatorio)<sup>(70)</sup>. Está basada en partes del mencionado PMCR<sup>(71)</sup> y en la legislación de la UE actual<sup>(72)</sup>. La CESL lo dejaría al arbitrio de las partes, *id est* al consumidor y al empresario<sup>(73)</sup> para *opt into*<sup>(74)</sup> <sup>(75)</sup> la CESL. Están cubiertos la venta de bienes, el suministro de contenido digital y la prestación de servicios relacionados<sup>(76)</sup>.

La CESL sería mucho más que solo un instrumento de *soft law*, ya que sería aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo.

Portaría, por tanto, el sello del legislador de la UE. Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tendría competencia. El presente artículo no deja espacio para una evaluación exhaustiva o para especular sobre el futuro de la propuesta. No puede decirse mucho más que la CESL, con sus casi 200 artículos, es un nuevo y emocionante proyecto. La CESL, que sería aplicable paralelamente con las directivas descritas, podría ser el antecedente de un Derecho contractual europeo más amplio, por ejemplo, uno con un enfoque *opt out*, aplicable a contratos domésticos y con un amplio ámbito sustantivo. No obstante, el que los consumidores y empresarios quieran realmente elegir la CESL, está todavía por verse.

(70) Comisión Europea. *Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*. COM, 2011, 635 final.

(71) *Supra*, nota 26.

(72) EIDENMÜLLER, Horst, Florian FAUST, Hans Christoph GRIGOLEIT, Nils JANSEN, Gerhard WAGNER y Reinhard ZIMMERMANN, *Towards a Revision of the Consumer Acquis*. 2011 48 CML Rev. 1077 argumenta que debe haber una reforma del Derecho del consumidor en la UE.

(73) Note el rol especial de las pequeñas y medianas empresas en el artículo 7 de la propuesta CESL: “(1.) Solo se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea si el vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales es un comerciante. Cuando todas las partes del contrato sean comerciantes, la normativa común de compraventa europea podrá utilizarse si al menos una de las partes es una pequeña o mediana empresa (“PYME”). (2.) A efectos del presente Reglamento, una PYME es un comerciante que (a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y (b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones EUR o un balance anual no superior a 43 millones EUR, o, para las PYME que tengan su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro o en un tercer país, las cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país”.

(74) *Opt into* hace referencia a la posibilidad de elegir la aplicación de la norma, ya que por defecto no es aplicable. *Opt out* es lo contrario, por defecto aquella es aplicable y se puede elegir la no aplicación.

(75) La CISG tiene un enfoque *opt out*.

(76) Artículo 3 de la propuesta CESL.