

**La protección del consumidor en la UE**  
**En particular, las recientes propuestas de la Comisión europea**  
 Esther Arroyo Amayuelas  
 Cátedra J. Monnet (U. Barcelona)

## Esquema

**1. Introducción.** Tradicionalmente se ha considerado que el Derecho privado es un Derecho propio de un determinado territorio. Sin embargo, cada vez proliferan más normas provenientes de la Unión Europea que penetran de forma importante en los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

**2. ¿Por qué eso es así?** Porque la Unión europea pretende hacer realidad y expandir el mercado interior (la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales) y La diversidad jurídica perjudica a los empresarios que desean exportar sus productos, ya que deben soportar costes de transacción causados por la necesidad de conocer cuál es el Derecho imperativo aplicable en cada Estado al que dirigen su oferta. Además, los consumidores se enfrentan a la incertidumbre de saber si sus derechos estarán igualmente protegidos cuando compren en otro país.

**3. ¿Cuál es la mejor manera de armonizar el Derecho?** Durante mucho tiempo la política armonizadora del Derecho privado seguida por la Comisión europea optó por directivas. Primero, de mínimos. Luego, de máximos. Posteriormente, optó por un Reglamento opcional.

**3.1. ¿Qué es una directiva?** Según el art. 288 TFUE:

“La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

Tipos: Directivas de máximos y de mínimos

**3.2. ¿Qué es un reglamento opcional?** En particular, el CESL (= *Common European Sales Law* o Propuesta de Reglamento para un Derecho común europeo de la compraventa). Según el art. 288 TFUE, el Reglamento no permite opciones y se aplica íntegramente, sin posibilidad de cambios, ni necesidad de transposición, en los derechos nacionales. Si es “opcional” significa que solo se aplica si los contratantes quieren. ¿Por qué la Comisión decide aprobar un instrumento opcional? Por el problema que plantea el art 6 Reglamento Roma I.

**4. ¿Por qué esas dos alternativas? ¿Qué es mejor?**

Las directivas (de mínimos o de máximos) comportan numerosos problemas. Las primeras, no evitan la disparidad; las segundas, impiden mantener el nivel

de protección de que ya gozaba el consumidor e impiden al legislador nacional reaccionar con rapidez frente a los necesarios cambios, porque si no cambia la directiva, no puede cambiar el derecho nacional. Por eso esa política fue abandonada, en favor del reglamento opcional

## **5. Hacia el Instrumento Opcional a través del Marco común de Referencia.**

Desde el año 2001 la Comisión perseguía la elaboración de normas que tuvieran una regulación más coherente que las directivas. Así se empezó a gestar lo que se conoce como Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*)

**5.1. Un Marco Común de Referencia ¿Para qué?** Para mejorar la terminología e incentivar la claridad en los enunciados de las reglas. Para elaborarlo se creó una red de expertos integrada por varios grupos de investigación. El DCFR fue entregado a la Comisión a finales del año 2007 y dado a conocer públicamente en 2008 (*interim edition*) y fue objeto de revisión a lo largo de 2010 por un grupo de expertos, que redujo muy significativamente su alcance. El resultado se incorporó en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa (CESL), aprobada en octubre de 2011, pero abandonada poco después, en el año 2015.

**5.2. Un derecho opcional para consumidores y empresas.** El Reglamento que contenía la regulación europea de la compraventa tenía la ventaja de que, a la vez que contribuía a eliminar los problemas inherentes a la diversidad legislativa (y, por tanto, contribuía al adecuado funcionamiento del mercado interior), también evitaba la fragmentación de los Derechos nacionales. Estos ya no se veían reemplazados sino simplemente complementados por la legislación de Bruselas. El CESL regulaba fundamentalmente el contrato de compraventa, como arquetipo del Derecho de contratos, pero, *a propósito de la compraventa*, se regulan otros aspectos que inciden en la parte general del contrato y del derecho de obligaciones. Así, por ejemplo, se regulaban y sistematizan con detalle los supuestos de incumplimiento y los remedios que asisten al comprador y al vendedor o, por poner otro ejemplo, las cláusulas abusivas. Además, el CESL regulaba los contenidos digitales (software, video, audio) que no se calificaban de venta. Solo se tenían en cuenta los contratos B2C y algunos contratos B2C.

## **6. Abandono del instrumento opcional y nuevo cambio de rumbo**

Aunque el Parlamento había dado luz verde al proyecto (no sin introducir enmiendas sustanciales) el CESL fue retirado por Jean Claude Juncker, nuevo presidente de la Comisión europea. En su lugar, se presentaron dos Propuestas de Directiva. Una, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes y otra relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales.

## 7. La Propuesta de Directiva sobre ventas *on line*.

Las principales novedades son:

- a) Se sistematizan y se amplían los criterios que determinan la falta de conformidad material y se incorpora el criterio de la conformidad jurídica.
- b) Se suprime el requisito de que el consumidor debe ignorar la no conformidad (o no desconocerla sin faltar a la buena fe) para poder servirse de los remedios pertinentes.
- c) Se elimina el deber del consumidor de notificar la falta de conformidad.
- d) Se invierte la carga de la prueba de la existencia del defecto durante un plazo de dos años, en lugar de los seis meses actuales, y se hace coincidir el plazo con el establecido para la responsabilidad del vendedor.
- e) Se extiende el plazo de dos años de la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad a los bienes de segunda mano.
- f) Se regula expresamente el remedio que consiste en la suspensión del pago del precio y se admite que el consumidor pueda resolver el contrato aunque el defecto sea una bagatela, si bien no se elimina la jerarquía de remedios. Además, se incorporan algunas precisiones en torno a su ejercicio.

## 8. La Propuesta de directiva sobre contenidos digitales

La Propuesta define los contenidos digitales de manera deliberadamente amplia. El contrato puede tener por objeto la adquisición de software, las descargas de películas [*downloads*], la visualización de videos [*streaming*], el uso de software en la nube o la puesta a disposición de un lugar para el almacenamiento de datos [*cloud storage, cloud computing*], el acceso a medios sociales de comunicación [correo electrónico, *youtube*, blocs, redes sociales] o el suministro de archivos con software personalizado. La propuesta se aplica al contenido digital con independencia de que este se proporcione en un soporte duradero no (con algunas excepciones).

La regulación de la conformidad con el contrato se aplica con independencia de cómo se tipifique el contrato. La Propuesta sigue el patrón establecido para las ventas *on line*: conformidad material, conformidad derivada de la instalación (ahora “integración”) y conformidad jurídica. La Propuesta atiende prioritariamente a la voluntad de los contratantes a la hora de determinar los criterios de conformidad (por ejemplo, para acordar el uso específico) y los criterios previstos legalmente solo son de aplicación cuando nada haya sido previsto en el contrato o lo previsto haya sido redactado de forma poco clara y comprensible. Lo lógico sería, sin embargo, que los contenidos digitales sirvieran a las finalidades ordinarias para las que están diseñados, independientemente de que además el consumidor los requiriera para un uso específico. Tampoco parece sensato que evitar problemas de seguridad (virus, spam, robo de identidad), adaptar o actualizar el sistema operativo, o mejorar las funcionalidades del contenido digital deba depender (en el mejor de los casos) de que nada se haya pactado al respecto. Da la impresión de que, si se pacta que no se repararán los problemas de seguridad, o, por ejemplo, que

existen determinadas restricciones de uso, no habría falta de conformidad. Por otra parte, parece excesivo hacer descansar los criterios legales de conformidad en, entre otros, la existencia de estándares técnicos internacionales, códigos de conducta o buenas prácticas comerciales, porque eso, en definitiva, deja el contrato en manos de la industria.

Los remedios por falta de conformidad son aquellos de los que dispone el adquirente *on line* de un bien mueble, pero, aparte de que la Propuesta ya no se refiere expresamente a la reparación o sustitución, sino genéricamente a la “puesta en conformidad”, existen otras diferencias aún más significativas. De entrada, es el suministrador del contenido digital quien escoge la mejor manera (para él) de subsanar la prestación. Por otro lado, la rebaja del precio no es posible cuando los contenidos digitales se suministren a cambio de datos personales o de otro tipo. Sin explicar por qué, la Propuesta de directiva sobre contenidos digitales tampoco incorpora el derecho del consumidor a suspender el cumplimiento. Por el contrario, sí que prevé expresamente que el consumidor pueda reclamar daños siempre que el software o el hardware se malogre debido a un contenido digital que no era conforme o que no fue suministrado. La resolución del contrato también tiene sus peculiaridades. De entrada, puede no tener sentido si el contenido digital es de ejecución instantánea. Si el consumidor no ha pagado dinero sino que ha proporcionado datos personales o de otro tipo, el proveedor no puede devolverle nada, sino que tiene la obligación de no utilizarlos, ni cederlos o permitir el acceso a terceros. Por otro lado, el consumidor tiene derecho a recuperar los datos o contenidos por él generados (por ejemplo, mensajes o fotos), pero puede que tal recuperación no tenga sentido si el dato no puede existir fuera del contexto digital (bitcoins, avatares en un juego digital). Por otra parte, resulta algo ilusorio pretender que, tras la resolución, el consumidor dará cumplimiento a la obligación de borrar o inutilizar todas las copias y, en cualquier caso, que lo haga o no, será imposible de comprobar. Es más efectivo permitir al proveedor adoptar medidas que impidan al consumidor continuar haciendo uso del contenido digital, como inutilizar la cuenta del consumidor o bloquearle de otro modo el acceso. El uso de una u otra medida, tras la resolución del contrato, dependerá del tipo de prestación contratada.

La Propuesta incorpora la posibilidad de desistir de un contrato de duración indeterminada o que exceda de 12 meses. El proveedor debe modificar el contenido digital (por ejemplo, actualizaciones del software) si esa obligación viene impuesta por la conformidad al contrato, pero no es posible la modificación unilateral si perjudica al consumidor (por ejemplo, porque le impide hacer el número de copias acordado). El problema es que la Propuesta permite tal modificación aunque perjudique al consumidor si así se ha pactado y se anuncia con antelación que se procederá a la modificación, a cambio de dar al consumidor la oportunidad de resolver el contrato y recuperar los datos. Nada se dice de si vale como pacto la adhesión a condiciones generales.