

El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44

La Directiva 1999/44/CE¹, sobre venta y garantía de bienes de consumo ha sido reemplazada,² al filo de cumplir veinte años de vida, por la nueva Directiva (UE) 2019/771, sobre determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes³.

La Directiva 1999/44 supuso hace dos décadas una notable transformación en el Derecho privado europeo. La legislación europea había hecho ya incursiones de calado en terrenos de Derecho privado, reservados en principio a los Estados Miembros, tanto en materia societaria (de manera muy señalada), como de propiedad intelectual, como de responsabilidad civil. Pero lo cierto es que la Directiva 1999/44 se percibió, aun antes de su aprobación, como una maniobra muy ambiciosa del legislador europeo para incidir decisivamente a través de un instrumento jurídico europeo en un ámbito central del Derecho privado, en un *locus* clásico de la materia contractual privada: el contrato de compraventa.

Por otro lado, la inclusión explícita en la Directiva 1999/44 de nociones como la conformidad de los bienes entregados con el contrato como deber de prestación a cargo del vendedor, o los derechos del comprador entendidos como vías de reacción frente a la falta de conformidad supuso un motor de transformación de los derechos contractuales nacionales⁴. Estas perspectivas, como es bien conocido, no son creaciones de la Directiva 1999/44, sino que en gran medida se toman prestadas⁵ del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías⁶ o, en general, del derecho uniforme de la compraventa internacional.

¹ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, DOCE núm. L 171 de 7.7.1999.

² El efecto derogatorio de la Directiva 1999/44 se producirá el 1 de enero de 2022, fecha en la que los Estados Miembros han de poner en vigor las medidas de implementación de la nueva Directiva, que habrán sido adoptadas -si respetan el mandato europeo, claro- para el día 1 de julio de 2021.

³ Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, DOUE L 136/28, de 22.5.2019.

⁴ Stefan GRUNDMANN (2002), "Introduction", en Massimo BIANCA y Stefan GRUNDMANN, *EU Sales Directive Commentary*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, pp. 18 y ss. y 30 y ss.

⁵ Stefan GRUNDMANN (2002), "Introduction", en Massimo BIANCA y Stefan GRUNDMANN, *EU Sales Directive Commentary*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, pp. 16 y ss.

⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, Instrumento de Adhesión del Reino de España, BOE núm. 26, de 30.1.1991.

Antes de que la Directiva 1999/44 incorporara las categorías que ya había elaborado el derecho uniforme de compraventa, sin embargo, su penetración en los Derechos generales de contratos de los Estados Miembros había sido muy dispar y, en conjunto, relativamente escasa. La mayoría de los sistemas jurídicos de los estados europeos se mantenían fielmente aferrados a sus esquemas tradicionales sobre obligaciones de prestación en la compraventa, vicios ocultos en la cosa vendida y pretensiones o acciones en relación con estos⁷. En este sentido, el impacto de los nuevos modos del Derecho uniforme de la compraventa sobre los Derechos nacionales había sido muy limitado y solo algún país aislado había modificado su régimen codificado de compraventa bajo la influencia del esquema conceptual reflejado en las normas del Convenio de Viena⁸.

En el caso alemán, se reconoce ampliamente que la modificación del derecho de obligaciones del BGB y, en particular, del régimen de la compraventa, beben del Derecho europeo y, singularmente, de la Directiva 1999/44, con más intensidad que de su referente mediato, el Convenio de Viena. Sin el impulso definitivo que supuso la normativa europea y sin sus repercusiones prácticas para la compraventa de consumo como sector del tráfico jurídico en la realidad, no es fácil imaginar un Derecho alemán de compraventa como el actual⁹.

En el caso español, antes de la trasposición de la Directiva 1999/44 por obra de la Ley 23/2003, de garantías en la venta de bienes de consumo¹⁰, la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, que regulaba de manera más específica lo que luego vendría a ser objeto de la Directiva 1999/44, contemplaba la cuestión (art. 11) desde la perspectiva de la garantía comercial del vendedor (con ciertos niveles mínimos de protección del consumidor, eso sí), y no de un deber de conformidad como deber contractual general del vendedor. España, como es notorio, mantenía inalterada la construcción original del Código Civil en materia contractual, como lo hacían en ese momento Alemania, Francia (que, en el ínterin, lo han cambiado) e Italia.

Por esto mismo, el expositivo (7) de la Directiva 1999/44 pecaba (por ingenuidad o por cálculo político, eso va en gustos del analista) de exceso de optimismo al declarar que “ [...] el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales”. Y lo mismo cuando pretendía la Directiva que venía simplemente a traducir esa noción básica común a niveles mínimos de protección del consumidor, aplicables incluso contra la previsión contractual de soluciones diversas: “ que

⁷ Michael BRIDGE, “Introduction” (2002), en Massimo BIANCA y Stefan GRUNDMANN, *EU Sales Directive Commentary*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, p. 78.

⁸ Es el caso de Holanda, en la redacción de su nuevo Código Civil: Ewoud HONDIUS (2002), “Introduction”, en Massimo BIANCA y Stefan GRUNDMANN, *EU Sales Directive Commentary*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, p. 87. Se puede recordar igualmente que no todos los Estados Miembros eran parte del Convenio de Viena. No lo eran (ni lo son) Bélgica, Irlanda y el Reino Unido.

⁹ Dirk LOOSCHELDERS (2006), *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Carl Heymanns, Köln-Berlin-München, p. 20; Stefan GRUNDMANN (2002), “Introduction”, en Massimo BIANCA y Stefan GRUNDMANN, *EU Sales Directive Commentary*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, pp. 28 y ss.

¹⁰ Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, BOE núm. 165, de 11.7.2003.

en determinadas tradiciones jurídicas nacionales puede no ser posible basarse sólo en ese principio para garantizar un nivel mínimo de protección del consumidor; que, en particular, con arreglo a las citadas tradiciones jurídicas puede resultar útil establecer disposiciones nacionales adicionales con el fin de garantizar la protección del consumidor cuando las partes no hayan acordado cláusula contractual específica alguna o cuando hayan acordado cláusulas o modalidades contractuales que excluyan o limiten, directa o indirectamente, los derechos del consumidor y que, en la medida en que esos derechos se deriven de la presente Directiva, no sean vinculantes para el consumidor.” Con ello, sin duda, se difuminaba el giro conceptual en Derecho de contratos y se ponía el acento en la imperatividad del régimen de la Directiva como mecanismo de protección necesario ante la variedad de respuestas en los regímenes de los Estados Miembros acerca de la virtualidad de pactos en detrimento de la posición del comprador consumidor.

Sea lo que fuere, lo cierto es que la Directiva 1999/44, en cuanto mecanismo transformador del régimen contractual de la venta a consumidores, constituyó un éxito rotundo. Incluso en aquellos países, como el nuestro, en que el Derecho de contratos codificado no se ha alterado un ápice, es indudable que los textos legales que implementaron la Directiva de 1999 (la ley 23/2003, primero; el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, después) ofrecieron una base de derecho positivo para intensificar un *aggiornamento* del conjunto del Derecho de contratos español en esta clave¹¹. Se podría incluso entender que el funcionalismo¹² en el entendimiento del incumplimiento contractual y las vías de reacción frente a este encontró un poderosos aliado en la Directiva 1999/44.

Hasta hace bien poco no se podía prever que la Directiva 1999/44 tenía los días contados. En diciembre de 2015, la Comisión Europea presentó sendas Propuestas de Directiva. Una se refería a la compraventa en línea y otras ventas a distancia¹³. La otra versaba sobre los contratos de suministro de contenidos digitales¹⁴. La primera Propuesta no alteraba la

¹¹ Entre otros muchos, véanse Fernando GÓMEZ POMAR (2007), “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret*; Ángel CARRASCO PERERA (2010), *Derecho de contratos*, 1ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters Legal, Cizur Menor, pp. 889 y ss. y pp. 1047 y ss. Sin duda, el proceso de modernización en España había comenzado antes de la Directiva 1999/44: Fernando PANTALEÓN (1991), “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, 44 *Anuario de Derecho civil*, p. 1019; Fernando PANTALEÓN (1993), “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, 46 *Anuario de Derecho civil*, p. 1719.

¹² Aunque algunos dudan de que en términos de los resultados doctrinales e interpretativos, el funcionalismo (entender un cierto conjunto de normas como una herramienta para obtener un determinado fin u objetivo de conducta de los destinatarios de las normas y buscar los mejores medios para obtenerlo) y el formalismo (entender un conjunto de normas como un sistema con una lógica subyacente que hay que encontrar y sacar a la luz) en materia de Derecho de contratos (no así en otros ámbitos del Derecho privado) difieran de forma significativa: Alan SCHWARTZ y Daniel MARKOVITS (2019), “Function and Form in Contract Law”, Working Paper, Center for Law, Economics and Public Policy, Yale Law School.

¹³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, de 9 de diciembre de 2015, COM(2015) 635 final.

¹⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, de 9 de diciembre de 2015, COM(2015) 634 final.

Directiva 1999/44, más allá de lo necesario para deslindar el ámbito de aplicación de la normativa existente con la propuesta, de modo que la Directiva en vigor sería de aplicación únicamente a los contratos que no fueran a distancia, siendo las ventas a distancia ámbito reservado al nuevo texto que entonces se proponía.

Las dos Propuestas de Directiva de 2015 obedecían a una doble motivación. Por un lado, al deseo de la Comisión de no cejar en el impulso en favor del Derecho contractual europeo, tras el fracaso en la acogida de la Propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea¹⁵ de 2011. Por otro, impulsar la agenda digital europea en su dimensión de protección del consumidor, tanto en la compra on-line como en la adquisición de servicios digitales.

Sin embargo, en octubre de 2017 la Comisión Europea presenta una modificación¹⁶ de la Propuesta de Directiva sobre compraventa en línea, por la que “[...] la Comisión propone extender el ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes con objeto de cubrir también las ventas presenciales.” La modificación se presenta como una respuesta ante la posición prevalente entre los Estados Miembros: “la mayoría de Estados miembros expresaron reservas por lo que se refiere a la fragmentación jurídica que resultaría de diferentes regímenes para las ventas a distancia y las ventas presenciales de bienes, alegando que las normas aplicables a las ventas de bienes deben ser las mismas, independientemente del canal de ventas.”

La modificación de la Propuesta conducía inexorablemente a la sustitución de la Directiva 1999/44 por un nuevo texto que ofreciera una regulación uniforme y coherente a todas las ventas a consumidores, con independencia del carácter presencial o virtual del entorno de contratación, y que al tiempo sirviera para incorporar en el régimen uniforme las nuevas necesidades de protección del consumidor propias del canal digital de ventas y de la presencia de elementos digitales en los bienes vendidos, aunque fuera presencialmente.

La Directiva 2019/771 es el producto último ¹⁷ de este proceso legislativo y viene a derogar y reemplazar la Directiva 1999/44.

Tiempo habrá de explorar con minuciosidad el contenido de esta nueva y trascendente Directiva. Ahora me interesa destacar algunos aspectos, tanto en el plano del Derecho europeo como del español.

¹⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM(2011) 0635 final.

¹⁶ Propuesta Modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, COM(2017) 637 final.

¹⁷ Junto con la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DOUE L 136/1, 22.5.2019.

Por un lado, la Directiva 2019/771 permite rastrear algunas preocupaciones no bien resueltas por el legislador europeo, así como algunas carencias que llaman la atención en un texto adoptado en 2019.

No es una sorpresa que en una Directiva, por su propio carácter de norma de armonización de las legislaciones nacionales de los Estados Miembros, la relación con la normativa nacional sea una dimensión de primera importancia. La Directiva 1999/44 era, en línea con la mayoría (aunque no todas: recuérdese la Directiva 85/374 de responsabilidad por productos defectuosos) de las directivas de consumo, de armonización mínima (art. 8.2), esto es, permitía que los Estados Miembros conservaran o introdujeran normas que determinaran un nivel de protección del consumidor superior al fijado por las reglas de la Directiva 1999/44. La Directiva 2019/771, en cambio (art. 4) es una directiva de armonización plena o máxima, salvo que en los preceptos de la propia Directiva se establezca otra cosa. Sin embargo, junto a esta aparente “expansión” de la intromisión europea en el terreno de los legisladores nacionales, la Directiva 2019/771 contiene en su art. 3.6 una referencia expresa (ausente de la Directiva 1999/44), en el sentido de que la misma “[...] no afectará a la facultad de los Estados miembros de regular los aspectos del Derecho contractual general, como las normas sobre la celebración, la validez, la nulidad o los efectos de los contratos, incluidas las consecuencias de la terminación de un contrato en tanto en cuanto no estén reguladas en la presente Directiva, o el derecho a indemnización por daños y perjuicios.” Además, el art. 3.7 prevé explícitamente que la Directiva no empece la aplicación de las normas contractuales generales (sí lo hace, en cambio, en relación con normas de protección al consumidor) por vicios ocultos de la cosa vendida, no obligando a los Estados Miembros a aplicar, por virtud del criterio de la *lex specialis*, la nueva Directiva en lugar de sus preceptos codificados en la materia.

Parece, pues, que el legislador europeo de 2019 se ha preocupado mucho de tranquilizar a los juristas de las distintas comunidades jurídicas nacionales (principales impulsores en su momento de la hostilidad hacia la Propuesta de Reglamento sobre derecho común de compraventa europea) acerca de la intangibilidad de los Derechos nacionales de contratos. Pero esta política de “apaciguamiento” casa mal con la idea de armonización plena de la nueva Directiva, y genera algunas incoherencias de nota. Por un lado, aunque en el expositivo (6) *in fine* resalta como la cuestión más negativa de la armonización mínima que presidía la Directiva 1999/44 el hecho de que los Estados Miembros no habían preservado una jerarquía u orden de remedios reconocible y fijo, ahora el art. 3.7 de la Directiva 2019/771, permite a los Estados Miembros dar la opción al consumidor (por tanto, sin jerarquía alguna) de elegir libremente remedio si la falta de conformidad se manifiesta dentro de los 30 días siguientes a la entrega.

Los expositivos (18) y (19) de la Directiva 2019/771 no contienen una reflexión seria acerca del alcance de la armonización y de sus excepciones en el texto de la Directiva, más allá del temor de no invadir el terreno que es de “propiedad” de los legisladores contractuales nacionales. En síntesis, una actitud pacata y poco analítica en una cuestión fundamental para el efecto armonizador de una Directiva, más aún de una que cubre un contrato de la

difusión cuantitativa de la compraventa de consumo¹⁸. ¿Es qué las reglas contractuales sobre indemnización de daños por incumplimiento no generan incentivos de conducta de los agentes económicos -empresas y consumidores- en este ámbito, y afectar positivamente a esos incentivos no es el verdadero objetivo de la Directiva? ¿Qué pasa con las reglas contractuales sobre integridad de la entrega? ¿Son irrelevantes las posibles contradicciones entre las reglas de la Directiva y las de vicios ocultos de los Derechos nacionales?

En buena medida, parece que las preocupaciones principales del nuevo derecho europeo de compraventa se han limitado a un puñado de cuestiones: detallar que las reglas europeas de compraventa de consumo preexistentes sirven también para los bienes a los que se incorpora o con los que se interopera un contenido o servicio digital (smartphones y apps, por simplificar) y cómo se aplican a estos casos; deslindar el campo de la Directiva 2019/771 del de la Directiva 2019/770 sobre contenidos digitales, que acaso se consideraba más problemática por incidir directamente con la cuestión de la “cesión de datos” por el consumidor a la empresa; incorporar en el texto legal los desarrollos jurisprudenciales del TJUE al interpretar las reglas de la Directiva 1999/44, especialmente (art. 14 de la Directiva 2019/771) los de las Sentencias *Quelle*¹⁹ y *Putz y Weber*²⁰; la clarificación (ahora en el art. 13) de las reglas sobre remedios del comprador por falta de conformidad a fin de asegurar la existencia de una indiscutible jerarquía u orden de remedios (ya bastante clara, por cierto, en el art. 3 de la Directiva 1999/44).

No deja de sorprender que la nueva Directiva haya dado la espalda a cuestiones problemáticas derivadas del uso de plataformas online en la contratación sobre bienes sujetos a la Directiva 2019/771, y a las implicaciones de las mismas para sus reglas. Por ejemplo, no se suscita si las plataformas son “fases previas de la cadena de transacciones” a los efectos de los arts. 7.1 (d) y 18. O si las plataformas pueden (y en qué condiciones) ser consideradas productores, en cuanto que “indican su nombre” en el sentido del art. 2. 4). Y

¹⁸ Para las cuestiones generales en este ámbito de problemas, me atrevo a remitir a Juan-José GANUZA y Fernando GÓMEZ (2016), “Building Optimal Standards for Contract and Consumer Law: An Economic Analysis”, Working Paper, Departamento de Economía y Empresa UPF; Juan-José GANUZA y Fernando GÓMEZ (2011), “The Economics of Harmonized Law-making in Private Law: Mechanisms, Modes and Standards”, en BROWNSWORD/MICKLITZ/NIGLIA/WEATHERILL (Eds.), *The Foundations of European Private Law*, Hart, Oxford, p. 115; Juan-José GANUZA y Fernando GÓMEZ (2011), “How to Build European Private Law: An Economic Analysis of the Lawmaking and Harmonization Dimensions in European Private Law”, 33 (3) *European Journal of Law and Economics*, p. 481; Juan-José GANUZA y Fernando GÓMEZ (2011), “An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Maximum Harmonization, Minimum Harmonization or Optional Instrument?”, 7 (2) *European Review of Contract Law*, p. 275.

¹⁹ STJUE, 17.4.2008 (asunto C-404/06, *Quelle AG v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*) en la que el TJUE declara contraria la Directiva una norma nacional que permite al vendedor de bien no conforme exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien.

²⁰ STJUE, 16.6.2011 (asuntos acumulados C-65/09 y C-87/09, *Gebr. Weber GmbH v. Jürgen Wittmer, e Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH*). Esta sentencia estableció que si el consumidor, antes de que se manifestara el defecto, lo hubiera instalado, de acuerdo a su naturaleza y finalidad, y a causa de la falta de conformidad deba ser sustituido el bien por ser la sustitución el remedio pertinente, el vendedor está obligado a retirar por sí mismo dicho bien del lugar en el que hubiera sido instalado y a instalar en ese lugar el bien de sustitución, o bien a cargar con los gastos necesarios para dicha retirada y para la instalación del bien de sustitución, y ello con independencia de si, en virtud del contrato de compraventa, el vendedor se hubiera comprometido a instalar el bien de consumo comprado.

por lo que toca a la noción de conformidad, ¿qué sucede con las afirmaciones o informaciones de las que se hace eco la plataforma, aunque no procedan de ella (pensemos en evaluaciones de usuarios, acaso “incentivadas” por la propia plataforma)? Todas estas cuestiones no tienen respuesta en el nuevo texto y acaso la hubieran merecido.

En el terreno que nos toca más de cerca, el del Derecho español, más allá de los detalles de la trasposición, exigida para julio de 2021 (aunque sepamos que el legislador español es un moroso recurrente en las trasposiciones de Directivas sobre Derecho privado) la cuestión central reside en la ambición que se quiera dar a la empresa. ¿Se limitará nuestro legislador a modificar el Título V del Libro II del Texto Refundido de la Ley general para los consumidores y usuarios, para implementar la Directiva 2019/771, y a introducir un nuevo Título para trasponer la Directiva 2019/770 sobre contenidos digitales? Mucho me temo que, a la luz de la experiencia pasada, así vaya a suceder.

Sin embargo, esta es una gran ocasión para dar el primer paso en la imprescindible modificación radical del Derecho de obligaciones y contratos del Código Civil. Aunque no faltan propuestas sobre la mesa para su consideración por el legislador²¹, es probablemente poco realista y, acaso, un tanto imprudente, esperar que para julio de 2021 podamos disponer, tras la desidia de décadas, de un nuevo (y meditado) derecho contractual español. Pero si puede enviarse un mensaje de compromiso con esta inaplazable tarea trasponiendo la Directiva 2019/770 en el Código Civil, y no en el Texto Refundido de consumidores. Atrayendo incluso al Código el resto del contenido contractual de consumidores (Libro II) del Texto Refundido. Es urgente ponerse manos a la obra, pues el estado de nuestro Derecho de contratos es, pese a los esfuerzos de muchos profesionales de excelente capacidad y voluntad, calamitoso. ¿A qué esperamos?

Fernando Gómez Pomar

²¹ Propuesta de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) (en 2015 se formó un grupo de trabajo conjunto de las secciones primera y segunda de la Comisión General de Codificación a fin de armonizar esta Propuesta con el Anteproyecto de Código Mercantil y en 2017 se constituyó una ponencia para modificar la Propuesta inicial). La Asociación de Profesores de Derecho Civil ha publicado en 2018 una Propuesta de Código Civil que incluye, naturalmente, la materia contractual.