



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

CÁTEDRA FUNDACIÓN
RAMÓN ARECES
DE DISTRIBUCIÓN
COMERCIAL

FUNDACIÓN
RAMÓN ARECES

A propósito de las nuevas Directivas de compraventa y suministro de contenidos y servicios digitales: ¿de veras mejoran el funcionamiento del mercado interior europeo para las empresas y consumidores?

IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN

Profesor Ayudante doctor de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

Mi intención con esta entrada en el blog es compartir algunas ideas y reflexiones sobre las nuevas Directivas del 20 de mayo de 2019 sobre ciertos aspectos relacionados con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y sobre ciertos aspectos relacionados con los contratos de venta de bienes. En particular, me gustaría incidir en las deficiencias regulatorias que podemos apreciar en estas nuevas Directivas y su conexión con la base legal de la Unión Europea en el campo del Derecho contractual.

Si echamos un vistazo a los Tratados de la Unión Europea no encontramos una base jurídica competencial relacionada con el derecho contractual. Eso explica por qué las medidas del Derecho contractual europeo deben basarse en las competencias de la UE relacionadas con el mercado único o la protección del consumidor, o lo que es lo mismo en los artículos 26, 114 y 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

El artículo 26 TFUE prevé la adopción por la Unión Europea de medidas con el objetivo de establecer o garantizar el funcionamiento del mercado interior, lo que implica su competencia para eliminar los obstáculos a la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales. Y para eliminar esos obstáculos, el artículo 114 TFUE reconoce la posibilidad de adoptar las medidas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros cuyo objeto radique en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

En consecuencia, las Directivas o medidas aprobadas a nivel comunitario *ex art. 114 TFUE* solo serán respetuosas con la base legal sobre la que se adoptan en la medida en que eliminen o reduzcan las distorsiones o problemas previamente identificados como un obstáculo para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

En los últimos años, la Comisión Europea ha identificado las diferencias en el derecho contractual entre los países europeos como un obstáculo que debe eliminarse para alcanzar un mercado único europeo efectivo. Los costes de transacción relacionados con el cumplimiento de la legislación del consumidor en las transacciones transfronterizas, demostrados en diferentes estudios e informes ordenados por la Comisión Europea respaldan esta conclusión.

Las nuevas Directivas son parte de la Estrategia del Mercado Único Digital para Europa publicada en 2015. En dicha Comunicación, la Comisión Europea confería especial relevancia, como muchas otras veces en el pasado, a la necesidad de ofrecer las condiciones adecuadas para permitir que el comercio electrónico transfronterizo prospere mediante la armonización de los principales derechos y obligaciones de las partes particularmente en materia de compraventa, proporcionando soluciones para el incumplimiento y los plazos de garantía legal. Según la Comunicación, el objetivo de esta armonización sería garantizar que los comerciantes en el mercado interior europeo no se vean disuadidos de operar a nivel transfronterizo a causa de las diferencias en las normas imperativas de los distintos Estados miembros en la contratación de consumo (en aplicación del artículo 6.2 del Reglamento Roma I), o por las diferencias derivadas de las normas específicas de determinados tipos de producto, como ocurre con el etiquetado.

El *Staff Working Document on the Impacts of fully harmonised rules on contracts for the sales of goods* publicado en 2017, reflejaba esta conclusión, actualizando los datos previamente contenidos en el *Staff Working Document* publicado en 2015, cuando vieron la luz las dos propuestas de Directiva en materia de compraventa y suministro de contenidos digitales.

Según este documento de trabajo, las diferencias en las normas contractuales imperativas del país de residencia del país del consumidor destinatario de la actividad comercial, aplicables *ex* artículo 6.2 del Reglamento Roma I, suponen importantes costes para las empresas que desean operar a nivel transfronterizo en el ámbito europeo. Estas diferencias ya suponían un sobrecoste para las empresas incluso antes del advenimiento del comercio electrónico y las posibilidades que dicha forma de distribución/comercialización de productos ofrece a los comerciantes para llegar a clientes en otros Estados miembros. Actualmente, la principal diferencia con el escenario anterior es que el comercio electrónico y la creciente digitalización ponen de relieve aún con mayor intensidad las barreras regulatorias que impiden que las empresas optimicen todos los beneficios derivados de la existencia del mercado único europeo.

La explicación es muy simple en el caso de los contratos B2C. El Reglamento Roma I permite que un comerciante que "dirige sus actividades" a los consumidores en otro país aplique la ley nacional del consumidor o elija otra ley, pero en cualquier caso debe respetar las normas obligatorias de la ley de contratos del consumidor del país del consumidor en la medida en que las normas proporcionan un mayor nivel de protección al consumidor (art. 6.2). Si las empresas eligen como ley aplicable la

nacional del consumidor destinatario, deberán adaptar sus condiciones de contratación a la legislación nacional de cada uno de los Estados miembros en los que operen. Por tanto, las empresas que pretenden dirigir sus actividades comerciales a los consumidores de otro Estado miembro necesitan adaptar sus términos y condiciones, así como evaluar de antemano el riesgo legal y financiero derivado de la posible existencia de disputas asociadas con tales contratos, con los consiguientes costes de transacción adicionales relacionados con el derecho contractual a ello aparejado.

Como puede apreciarse en la tabla inferior, los costes relacionados con la adaptación contractual en que incurren las empresas que desean vender en otro Estado miembro se han estimado en alrededor de 9,000 €. Estos costes tienen mayor importancia en las pequeñas y medianas empresas con menor volumen de negocio, que prefieren limitarse a sus propios mercados nacionales con la consiguiente pérdida de oportunidades de expansión y economías de escala.

Cost type	Estimation
One-off costs stemming from differences in consumer contract law (i.e. costs for identifying the foreign rules, possibly translating them, analysing them and consequently possibly adapting general terms and conditions and even the business model accordingly).	<ul style="list-style-type: none"> -According to business interviews carried out in 2015, costs range <u>from €4,000 to €12,000</u> per Member State⁴⁹. -A major EU retailers' association responding to the 2015 public consultation on digital contracts reported contract law-related costs of <u>€9,000-€10,000</u> for its members to enter the market of one Member State. - Based on data from a SME Panel Survey (2011), the one-off contract law related costs per Member State amount to an average of €9,000 per Member State. See explanation below.
One-off costs related to adaptation to new national rules.	<ul style="list-style-type: none"> - Based on data from the IFF Research study "Consumer Rights and Business Practices (March 2013), prepared for UK Department for Business Innovation and Skills⁵⁰, the average costs to adapt terms and conditions to new national legislation would amount to about £5,133 (approx. 6,800 euros as calculated in October 2015).

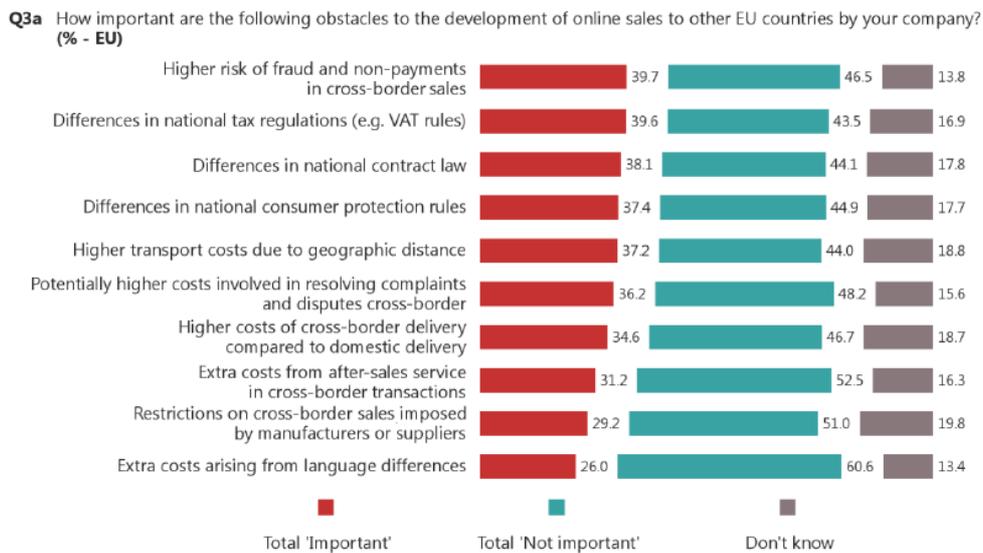
** Contract law-related cost assumptions provided in the Commission's proposal for a Directive on online and distance sales of goods. Study on the costs and benefits of minimum harmonisation under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/44/EC and of potential full harmonisation and alignment of EU rules for different sales channels (Table 2.4).*

Estos costes también son relevantes para las empresas que no venden online. Los costes relacionados con la identificación de la ley extranjera y la adaptación de los términos y condiciones contractuales o incluso el modelo de negocio son similares también en el contexto de la contratación presencial (por ejemplo, cuando una empresa abre una tienda física en otro país de la UE y se ve obligada a aplicar la legislación local del consumidor del país en cuestión).

Para todas las empresas que venden y operan a nivel transfronterizo (en línea o fuera de línea), las diferencias en las normas contractuales del consumidor

destinatario representan barreras significativas. Alrededor del 57% de las empresas han indicado que las diferencias en las leyes de comercio electrónico de los Estados miembros les desalientan a vender a nivel transfronterizo¹.

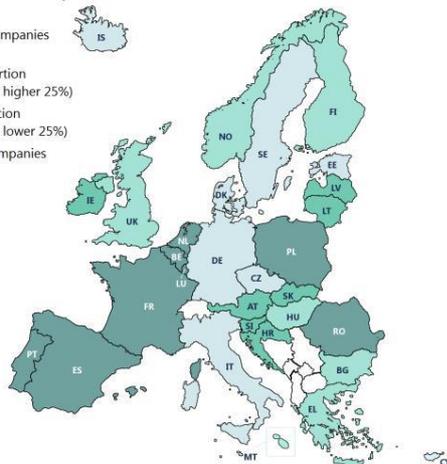
Según los datos más recientes disponibles, esta percepción continúa estando presente en el ámbito empresarial: dos de los cuatro obstáculos más importantes para el comercio transfronterizo según los minoristas que actualmente venden en línea guardan relación con las diferencias en el derecho contractual nacional (38.1%) y las diferencias en las normas nacionales de protección al consumidor (37.4 %).



Base: Retailers in EU Member States currently selling online (n=4,011)

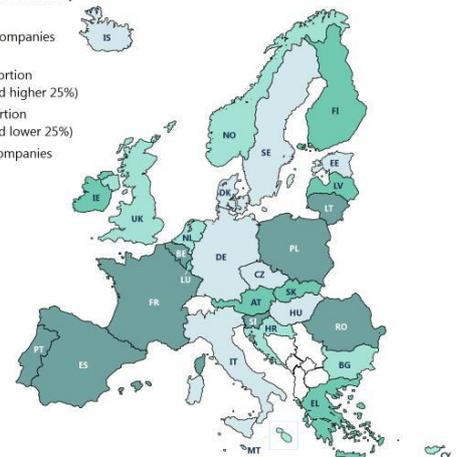
Q3a.2 How important are the following obstacles to the development of online sales to other EU countries by your company?
Differences in national consumer protection rules
 (% - TOTAL 'IMPORTANT')

- High proportion of companies (top 25%)
- Middle to high proportion of companies (second higher 25%)
- Middle to low proportion of companies (second lower 25%)
- Low proportion of companies (bottom 25%)



Q3a.3 How important are the following obstacles to the development of online sales to other EU countries by your company?
Differences in national contract law
 (% - TOTAL 'IMPORTANT')

- High proportion of companies (top 25%)
- Middle to high proportion of companies (second higher 25%)
- Middle to low proportion of companies (second lower 25%)
- Low proportion of companies (bottom 25%)



¹ Flash Eurobarometer 413 "Companies engaged in online activities" (2015), p. 53, disponible online en https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_413_en.pdf

* Retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection 2016. Final Report².

Esto está estrechamente relacionado con los niveles relativamente bajos de confianza de los minoristas para vender en línea en el ámbito transfronterizo, tal y como se constató en la última encuesta realizada a nivel europeo: el 58% de todos los minoristas de la UE declararon tener confianza en la venta en línea; sin embargo, menos de la mitad de ellos (27,2%) confiaban en vender tanto a nivel nacional como a otros países de la UE, mientras que el 30% informó que únicamente cuando vendía a los consumidores en su propio país³.



Base: Retailers in EU Member States (n=10,437).

* Retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection 2016. Final Report.

A su vez, estos niveles más bajos de confianza en el comercio electrónico transfronterizo están vinculados a los bajos niveles de la captación real de comercio electrónico transfronterizo por parte de los minoristas: más de un tercio de los minoristas (34,4%) venden en línea a los consumidores finales en su país, pero menos de uno de cada ocho minoristas vende en línea a consumidores en otros países de la UE (11,2%). Además, el análisis reciente llevado a cabo en el contexto

² Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bb3b76d2-9e78-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-66353785>

³ Survey on retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection, 2016, p. 120, disponible online en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiK7ai_zdHpAhXv0eAKHfkaBOEQFjABegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fop.europa.eu%2Fen%2Fpublication-detail%2F-%2Fpublication%2Fbb3b76d2-9e78-11e7-b92d-01aa75ed71a1%2Flanguage-en%2Fformat-PDF%2Fsource-66353785&usq=AOvVaw2nDa79Xsl9Bfdv6K7QaHx

del *Fitness Check of EU consumer and marketing law* muestra que tales diferencias afectan a las empresas independientemente de su canal de ventas (en línea/fuera de línea)⁴.

Los datos muestran cómo las disposiciones sustantivas clave que afectan la decisión de los consumidores y comerciantes de participar en el comercio transfronterizo se refieren particularmente a las normas imperativas aplicables *ex art. 6.2 Roma I* en caso de no conformidad de los bienes/servicios existentes en cada país, debido al sistema de armonización mínimo adoptado a nivel europeo por la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Esa es la conclusión del *Study on the costs and benefits of minimum harmonisation under the Consumer Sales and Guarantees Directive and of potential full harmonisation and alignment of EU rules for different sales channels* realizado en 2017⁵.

Los cuatro elementos principales cubiertos en este estudio y siempre identificados como una barrera por los minoristas que desean vender *online* u *offline* a otros países fueron:

1. Primero, las divergencias en plazo de garantía legal: cinco Estados miembros tienen un período de garantía más largo que el previsto en la Directiva.

2. En segundo lugar, la obligación de notificar al vendedor un defecto dentro de un cierto período de tiempo: la Directiva 1999/44/CE permite a los Estados miembros obligar a los consumidores a notificar al vendedor un defecto dentro de los dos meses posteriores a la detección de la falta de conformidad (artículo 5).

3. En tercer lugar, la inversión de la carga de la prueba.

4. Y, finalmente, la jerarquía de remedios en caso de productos/servicios defectuosos.

⁴ 42 % of retailers selling offline and 46 % of retailers using distance sales channels consider the costs of compliance with varying consumer protection and contract law rules as important barriers to their cross-border sales. SWD (2017) 209 final, *Report of the Fitness Check of consumer and marketing law*, p.100-101. Disponible online en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj8xcajzNHpAhVIDmMBHesyDBkQFjAAegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fnewsroom%2Fdocument.cfm%3Fdoc_id%3D44639&usg=AOvVaw3N9g53S7Yc8IU0AwZP_wLI

⁵ Disponible en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiAs6mZzdHpAhWZCWMBHUI3BNwQFjAAegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fop.europa.eu%2Fen%2Fpublication-detail%2F-%2Fpublication%2F358f6bb9-9ac0-11e8-a408-01aa75ed71a1%2Flanguage-en%2Fformat-PDF&usg=AOvVaw2-C4jeOUWikFCAjb0zAsB3>

Table 2.1 Key articles of Directive 1999/44/EC

Relevant article of the Directive	Relevant parts of the Consumer Sales and Guarantees Directive
Legal guarantee period Art. 5(1)	Art.5(1): 1. <i>The seller shall be held liable under Article 3 where the lack of conformity becomes apparent within two years as from delivery of the goods. If, under national legislation, the rights laid down in Article 3(2) are subject to a limitation period, that period shall not expire within a period of two years from the time of delivery [...]</i>
Obligation to notify seller of a defect within a certain period of time Art 5 (2)	Art.5(2): <i>Member States may provide that, in order to benefit from his rights, the consumer must inform the seller of the lack of conformity within a period of two months from the date on which he detected such lack of conformity.</i> <i>Member States shall inform the Commission of their use of this paragraph. The Commission shall monitor the effect of the existence of this option for the Member States on consumers and on the internal market.</i>
Timeframe for reversal of burden of proof Art 5 (3)	Art.5(3): <i>Unless proved otherwise, any lack of conformity which becomes apparent within six months of delivery of the goods shall be presumed to have existed at the time of delivery unless this presumption is incompatible with the nature of the goods or the nature of the lack of conformity</i>
Approach to remedies – hierarchy versus choice Art.3) and time period for providing a remedy Art.3 (3)	Art.3: 1. <i>The seller shall be liable to the consumer for any lack of conformity which exists at the time the goods were delivered.</i> 2. <i>In the case of a lack of conformity, the consumer shall be entitled to have the goods brought into conformity free of charge by repair or replacement...or to have an appropriate reduction made in the price or the contract rescinded with regard to those good [...]</i> 3. <i>In the first place, the consumer may require the seller to repair the goods or he may require the seller to replace them, in either case free of charge, unless this is impossible or disproportionate[...]</i> <i>Any repair or replacement shall be completed within a reasonable time and without any significant inconvenience to the consumer, taking account of the nature of the goods and the purpose for which the consumer required the goods.</i>

** Study on the costs and benefits of minimum harmonisation under the Consumer Sales and Guarantees Directive and of potential full harmonisation and alignment of EU rules for different sales channels*

Table 3.1 Potential discrepancies in consumer protection rules for sales via face-to-face channels and distance channels

Member State	Rules applicable to face-to-face channels			
	Duration of legal guarantee	Obligation on consumers to notify defect to seller within timeframe	Time period for reversal of burden of proof	Approach to Remedies
Austria	2 years	No	6 months	Hierarchy
Belgium	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Bulgaria	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Croatia	2 years	Yes	6 months	Free choice
Cyprus	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Czech Republic	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Denmark	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Estonia	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Finland	No fixed time limit	Yes	6 months	Hierarchy
France	2 years	No	2 years	Hierarchy
Germany	2 years	No	6 months	Hierarchy
Greece	2 years	No	6 months	Free choice
Hungary	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Ireland	6 years	No	6 months	Hierarchy+ short term right to reject
Italy	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Latvia	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Lithuania	2 years	Yes	6 months	Free choice
Luxembourg	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Malta	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Poland	2 years	No	1 year	Hierarchy
Portugal	2 years	Yes	2 years	Free choice
Romania	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Slovakia	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Slovenia	2 years	Yes	6 months	Free choice
Spain	2 years	Yes	6 months	Hierarchy
Sweden	3 years	Yes	6 months	Hierarchy
Netherlands	No fixed time limit	Yes	6 months	Hierarchy
United Kingdom	6 years (5 years in Scotland)	No	6 months	Hierarchy+ short term right to reject
	Face-to-face rules offer better protection			
	Distance sales rules offer better protection			

* Study on the costs and benefits of minimum harmonisation under the Consumer Sales and Guarantees Directive and of potential full harmonisation and alignment of EU rules for different sales channels

Según todos estos datos, estudios y *Staff Working Documents* de la Comisión Europea que respaldan la aprobación y la necesidad de normas totalmente armonizadas, no resulta comprensible entender por qué las nuevas Directivas del 20 de mayo de 2019 sobre ciertos aspectos relacionados con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y sobre ciertos aspectos relacionados con los contratos de venta de bienes optan por el sistema de armonización mínimo

en lo que se refiere a las disposiciones clave relativas a la falta de conformidad de los bienes o servicios, y no por el sistema de armonización máxima, inicialmente adoptado por las Propuestas publicadas en 2015, al menos parcialmente.

Un vistazo a la Directiva sobre ciertos aspectos relacionados con los contratos para el suministro de contenido digital y servicios digitales, revela cómo, entre otros, el artículo 11 permite a los Estados miembros establecer un período más largo de garantía legal de los productos (superior a los dos años de la Directiva). Según este artículo, los diferentes Estados miembros también tienen libertad para regular los períodos de limitación nacionales siempre que dicha limitación no impida a los consumidores ejercer sus derechos por la falta de conformidad que se haga evidente, al menos durante el período de dos años durante el cual el comerciante es responsable en todo caso de la falta de conformidad.

Los Estados miembros también pueden regular las consecuencias derivadas de una falta de suministro, o de una falta de conformidad, cuando dicha falta se deba a un impedimento fuera del control del comerciante y no puede esperarse que el comerciante hubiera podido evitado o superar el impedimento o sus consecuencias (como en caso de fuerza mayor).

En mi opinión, es especialmente importante la posibilidad conferida a los Estados miembros de regular si un consumidor, en caso de falta de conformidad, tiene derecho a retener el pago del precio hasta que el comerciante haya solventado la falta de conformidad del contenido o servicio digital contratado, o si el comerciante debe tener derecho a retener cualquier reembolso adeudado al consumidor al finalizar el contrato hasta que el consumidor cumpla con la obligación prevista en la Directiva de devolver el medio tangible que sirve de soporte al contenido digital suministrado al comerciante.

Por otro lado, aparentemente el artículo 14 establece una jerarquía de remedios en los casos de falta de conformidad, con la excepción de los defectos legales regulados en el artículo 10. Sin embargo, no cabe hablar de una armonización total, pues la redacción que encontramos en el artículo 14 es, más o menos, la misma que ya teníamos en la referida Directiva 1999/44/CE (artículo 3), fruto de la cual existen actualmente en los distintos Estados miembros soluciones dispares de que los consumidores disponen en caso de falta de conformidad (*vid. supra*).

En resumen, la Directiva armoniza plenamente: los derechos o mecanismos del consumidor en caso de falta de conformidad o falta de suministro y las modalidades para el ejercicio de dichos derechos, así como la modificación del contenido digital o servicio digital (artículo 14); las normas sobre la inversión de la carga de la prueba (arts. 5 y 12); y la inexistencia de una obligación para el consumidor de notificar al comerciante la falta de conformidad del contenido o servicio digital dentro de un período específico.

En el caso de la Directiva sobre ciertos aspectos relacionados con los contratos de venta de bienes, la situación es aún peor, porque, entre otros:

1. No afecta a la libertad de los Estados miembros de permitir a los consumidores elegir un remedio específico si la falta de conformidad de los productos se hace evidente poco después de la entrega.

2. Al igual que en la Directiva, de suministro de contenidos y servicios digitales, los Estados miembros tienen la libertad de responsabilidad a los vendedores de las faltas de conformidad que se hagan evidentes dentro de un período de tiempo específico, posiblemente junto con un período de limitación, o que las soluciones de que disponen los consumidores solo estén sujetas a un plazo de prescripción. Y lo que es más importante: también pueden introducir un límite de tiempo más largo para la garantía legal de los productos (art. 10) y para invertir la carga de la prueba sobre la falta de conformidad.

Así pues, si la base legal para la adopción de las Directivas es el artículo 114 TFUE y las medidas promulgadas de acuerdo con este artículo tienen que eliminar los obstáculos al mercado único, y uno de los principales obstáculos previamente identificados son las diferencias contractuales entre los Estados miembros en lo que se refiere a la falta de conformidad de los bienes o servicios (debido a la armonización mínima establecida en la Directiva 1999/44), la pregunta es: ¿cumplen realmente las directivas aprobadas las condiciones requeridas en el artículo 114 TFUE?

En mi opinión no. En este caso, sería perfectamente aplicable el razonamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea postulado en la Sentencia recaída en el asunto *Tobacco Advertising*⁶, en la que el Tribunal concluyó, por primera vez que el legislador de la UE había superado los límites de su competencia para armonizar las leyes nacionales conferidas por los Tratados comunitarios. Y es que, como el Tribunal subrayaba en dicha Sentencia, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no autoriza *ex art. 114* la adopción de medidas legislativas que solo tienen un efecto incidental en la armonización de las condiciones del mercado interior de la Unión.

Una medida adoptada válidamente sobre la base del art. 114 TFUE puede tener como objetivo eliminar una distorsión apreciable de la competencia o evitar la aparición de futuros obstáculos al comercio derivados del desarrollo de las legislaciones nacionales probablemente susciten la aparición de tales obstáculos, pero siempre y cuando la medida de armonización legislativa en cuestión está diseñada efectivamente para prevenirlos y consiga su objetivo.

En el caso de la publicidad del tabaco, el Tribunal de Justicia encontró una serie de razones por las cuales la Directiva no contribuía suficientemente al establecimiento y al funcionamiento del mercado interior. Una de ellas era la cláusula de armonización mínima adoptada por la Directiva que no garantizaba la

⁶ Sentencia de 24 de enero de 1991, *Tobacco Advertising*, C-376/98 EU:C:2000:544.

libre circulación de mercancías conforme a sus disposiciones. Curiosamente esa es exactamente la misma técnica reguladora adoptada en realidad en estas nuevas Directivas de compraventa y suministro de contenidos y servicios digitales, al menos en lo que se refiere a buena parte de las disposiciones sustantivas clave que afectan la decisión de los consumidores y comerciantes de contratar a nivel transfronterizo, referidas, como se ha puesto de relieve, en particular a las normas obligatorias aplicables en caso de no conformidad de los bienes, servicios y productos en la normativa de cada Estado miembro en los que se desea operar comercialmente.