

De la armonización mínima a la armonización plena

La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores

Martin Ebers

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Humboldt Universität zu Berlin

*Abstract**

El Derecho de consumo europeo está siendo objeto de una completa revisión. En octubre de 2008, la Comisión europea hizo pública una “Propuesta de Directiva sobre derechos de consumidores”, que pretende revisar la Dir. 85/577/CEE, sobre negocios celebrados fuera de establecimiento comercial; la Dir. 97/7/CE, sobre contratos a distancia; la Dir. 99/44/CE, sobre garantías en las ventas de consumo; y la Dir. 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas. La Propuesta fusiona estas Directivas en un único instrumento horizontal para regular los aspectos comunes a todas ellas, por ejemplo, en lo que atañe a las definiciones “consumidor” y “comerciante”; a la información precontractual; o al derecho de desistimiento. A su vez, la Comisión desea abandonar la técnica de la armonización mínima seguida hasta la fecha e introducir la de plena armonización. En otras palabras, los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las establecidas en la Directiva. Las páginas que siguen tienen por objeto proporcionar una visión general de esa Propuesta y discutir el impacto que tendría en los Estados miembros la adopción del principio de armonización plena si la misma llegara a aprobarse.

The landscape of European Consumer Law is changing. In October 2008, the European Commission presented a proposal for a Directive on Consumer Rights, which aims at revising the Doorstep Selling Directive 85/577/EEC, the Distance Selling Directive 97/7/EC, the Consumer Sales Directive 1999/44/EC and the Unfair Contract Terms Directive 93/13/EEC. The planned Directive merges these four Directives into one single horizontal instrument regulating common aspects (such as the definition of “consumer” and “trader”, information duties and rights of withdrawal) in a systematic fashion. In contrast to the existing Directives, the proposal moves away from the minimum harmonisation approach, introducing instead the principle of full harmonisation (i.e. Member States cannot maintain or adopt provisions diverging from those laid down in the Directive). Against this background, this paper provides an overview on the proposal and discusses the consequences the shift from minimum to full harmonisation would have on national consumer law.

Title: From Minimum to Full Harmonisation. The Proposal for a Directive on Consumer Rights

Keywords: Consumer Law, European Private Law, Comparative Law, Draft Common Frame of Reference

Palabras clave: Derecho de consumo, Derecho privado Europeo, Derecho comparado, Proyecto de Marco Común de Referencia

* La presente contribución tiene su origen en un dictamen realizado por el autor en septiembre de 2008, a petición del *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* (BEUC), que se ha ampliado y actualizado hasta septiembre de 2009. Sobrevenidamente, desde la entrega del manuscrito a *Indret* hasta su publicación definitiva, la Comisión europea ha matizado su política de armonización plena. De ello se da cuenta, brevemente, en el Postscriptum que se acompaña al final de este artículo. La bibliografía aparecida con posterioridad sólo ha podido ser citada sumariamente en las notas al pie. Agradezco a la Prof. Esther Arroyo i Amayuelas (U. Barcelona) la traducción al castellano del original escrito en alemán.

Sumario

1. Introducción
2. Génesis y estructura de la Propuesta de Directiva
3. La Propuesta de Directiva y el Marco Común de Referencia (MCR)
4. El principio de armonización plena
 - 4.1. Argumentos en favor de la armonización plena
 - 4.2. Límites de la armonización plena
 - 4.3. Argumentos en contra de la armonización plena
5. Definiciones comunes
 - 5.1. Consumidor
 - 5.2. Comerciante
6. Deberes de información
 - 6.1. Deberes generales de información
 - 6.2. Deberes de información específicos en el ámbito de los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento
7. Derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento
 - 7.1. Plazo para desistir
 - 7.2. Cumplimiento durante el periodo de desistimiento
 - 7.3. Efectos del desistimiento
8. Contratos de compraventa
 - 8.1. Incumplimiento del deber de entrega - Derechos de los consumidores para el caso de incumplimiento
 - 8.2. Normas sobre transmisión del riesgo
 - 8.3. El concepto de conformidad con el contrato
 - 8.4. Medios de tutela del consumidor en caso de bienes no conformes
 - a. Perspectiva general
 - b. Jerarquización de los medios de tutela
 - c. Elección entre la reparación y la sustitución
 - d. Exclusión de la reparación o sustitución
 - e. Requisitos de la resolución
 - f. Subsanación gratuita
 - g. Pretensión de indemnización de daños
 - 8.5. Saneamiento y deber de inspección y comunicación
 - a. Plazo de saneamiento en caso de bienes nuevos
 - b. Plazo de saneamiento en caso de bienes usados
 - c. Ampliación del plazo de saneamiento en caso de reparación o sustitución
 - d. Deber de inspección y notificación de la falta de conformidad por parte del consumidor
 - 8.6. Ninguna regla sobre responsabilidad directa del productor
 - 8.7. Ninguna regla sobre el derecho de regreso del vendedor final
9. Control de cláusulas abusivas
 - 9.1. Cláusulas contractuales negociadas individualmente

- 9.2. Control de las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato
- 9.3. Requisitos de transparencia de las cláusulas contractuales
- 9.4. Lista de cláusulas abusivas y procedimiento de comitología
- 9.5. Cláusula general
- 10. Sinopsis y prospectiva
- 11. Postscriptum
- 12. Bibliografía

1. *Introducción*

El Derecho de consumo europeo está siendo objeto de una completa revisión. En octubre de 2008, la Comisión europea hizo pública una “Propuesta de Directiva sobre derechos de consumidores”¹, que introduce cambios significativos en este ámbito. Ésta integra cuatro directivas europeas en un único instrumento horizontal. Son las siguientes: [Dir. 85/577/CEE](#), sobre negocios celebrados fuera de establecimiento comercial; [Dir. 97/7/CE](#), sobre contratos a distancia; [Dir. 99/44/CE](#), sobre garantías en las ventas de consumo; [Dir. 93/13/CEE](#), sobre cláusulas abusivas. Se pretende una regulación sistemática y coherente de los aspectos comunes a todas ellas, así como la eliminación de solapamientos e incoherencias. Por ejemplo, en lo que atañe a las definiciones “consumidor” y “comerciante”; a la información precontractual; o al derecho de desistimiento.²

A su vez, la Comisión desea abandonar la técnica de la armonización mínima seguida hasta la fecha. Efectivamente, todas las directivas promulgadas hasta el año 2002, cuyo objeto es la protección del consumidor en el ámbito contractual, se caracterizan por contener las conocidas como “cláusulas de mínimos”, que han permitido a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones más exigentes para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado. Las cuatro directivas antes mencionadas no son ninguna excepción.³ Por el contrario, la Propuesta de Directiva Horizontal abandona ese principio y se decanta por el de plena armonización. Según el art. 4 de la Propuesta, los Estados miembros “no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores”.

Las páginas que siguen tienen por objeto proporcionar una visión general de la Propuesta de Directiva y discutir el impacto que tendría en los Estados miembros la adopción del principio de armonización plena si la misma llegara a aprobarse.

2. *Génesis y estructura de la Propuesta de Directiva*

La Propuesta que ahora se analiza es el resultado de un largo proceso de consulta que, en lo que se refiere a la armonización plena o máxima, se retrotrae al año 2001 y a los trabajos previos a la [Dir. 2005/29/CE](#), sobre prácticas comerciales desleales. En el Libro verde sobre la protección de

¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, [COM\(2008\) 614 final](#).

² Cfr. Exposición de Motivos de la [Propuesta](#), p. 9.

³ Cfr. art. 8 [Dir. 85/577/CEE](#); art. 14 [Dir. 97/7/CE](#); art. 8.2 [Dir. 99/44/CE](#); art. 8 [Dir. 93/13/CEE](#).

los consumidores, la Comisión anunciaba que, en su momento, la futura directiva iría acompañada, “cuando fuera necesario, de una reforma de las directivas de protección de los consumidores existentes, con el fin de garantizar la coherencia general del sistema de protección de los consumidores”.⁴ Lo mismo se decía en la “estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006”⁵, que se concretó, en el año 2004, en la comunicación de la Comisión “Derecho contractual europeo y revisión del acervo”.⁶ Desde entonces se ha iniciado un proceso de revisión de ocho directivas en materia de protección del consumidor que, además de las cuatro mencionadas -que son las únicas que se incorporan a la Propuesta de Directiva horizontal- comprende la [Dir. 90/314/CEE](#), sobre viajes combinados, la [Dir. 94/47/CE](#), sobre *Timeshare* (hoy ya derogada por la [Dir. 2008/122/CE](#)), la [Dir. 98/6/CE](#), sobre precios, y, finalmente, la [Dir. 98/27/CE](#), sobre acciones de cesación (derogada por la [Dir. 2009/22/CE](#)). En concreto se trata de ver cómo se ha producido la transposición en los Estados miembros y hasta qué punto esas normas todavía resultan adecuadas para la protección del consumidor y sirven a la consecución del mercado interior.

En el ámbito de protección de los consumidores, la Comisión pondera la conveniencia de abandonar el enfoque de armonización mínima a favor de la adopción del de plena armonización.⁷ Cuenta con el apoyo del Parlamento europeo, que ya en el año 2002 había dictado una resolución en la que instaba a la Comisión “a que presente propuestas para revisar las actuales directivas sobre protección de los consumidores relativas al Derecho contractual para suprimir las cláusulas de armonización mínima que han impedido el establecimiento de una normativa uniforme a nivel de la UE en detrimento de la protección de los consumidores y de un funcionamiento adecuado del mercado interior.”⁸

La Comisión encargó un estudio a un grupo de expertos, el *EC Consumer Law Compendium*, con el objeto de llevar a cabo un profundo análisis de la transposición de las ocho directivas mencionadas en todos los Estados miembros.⁹ Sobre esta base, en el año 2007 publicó el Libro

⁴ Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, [COM\(2001\) 531 final](#), p. 12.

⁵ Comunicación de la Comisión “Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006”, [COM\(2002\) 208 final](#), pp. 14 ss.

⁶ Comunicación de la Comisión “Derecho contractual europeo y revisión del acervo”, [COM\(2004\) 651 final](#), pp. 3-5.

⁷ *Vid.* la Comunicación de la Comisión “Derecho contractual europeo y revisión del acervo”, [COM\(2004\) 651 final](#), p. 4.

⁸ Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, DOCE 13.6.2002, [C 140E/538](#), 541, n° 12.

⁹ SCHULTE-NÖLKE *et al.* (2007). *Vid.* además, la base de datos “[EU Consumer Law Acquis Database](#)”, sobre la situación actual del derecho de consumo en los Estados miembros.

verde “sobre la revisión del acervo en materia de consumo”¹⁰, en el que invitaba a todas las personas interesadas a manifestar su opinión sobre las cuestiones identificadas.¹¹ El proceso concluyó en mayo de 2007.¹²

La Propuesta de Directiva consta de 7 capítulos:

- El Capítulo I contiene definiciones generales de conceptos clave como “consumidor” o “comerciante” y se refiere al ámbito de aplicación de la directiva. A su vez, proclama el principio de armonización plena.
- En el Capítulo II se regula un deber general de información precontractual del comerciante frente al consumidor que contrata bienes o servicios.
- El Capítulo III contempla normas específicas en materia de contratos fuera de establecimiento y a distancia, sobre la base de las disposiciones de la [Dir. 85/577/CEE](#) y la [Dir. 97/7/CE](#). Especial relieve se otorga a los deberes de información específicos del comerciante y los derechos de desistimiento del consumidor en este tipo de contratos. Las normas sobre el derecho de desistimiento también se refieren a un formulario estandarizado de desistimiento, regulado en el Anexo I de la Propuesta.
- El Capítulo IV se basa en las previsiones de la [Dir. 99/44/CE](#), pero va más allá, especialmente en lo relativo a la pretensión de daños del consumidor que recibe bienes no conformes. Por el contrario, se suprime el derecho de regreso del vendedor final, que la [Dir. 99/44](#) sí que regula.¹³
- El Capítulo V asume, en general, las disposiciones de la [Dir. 93/13/CEE](#). Con todo, constituye una novedad la incorporación de dos listas de cláusulas abusivas, detalladas en el Anexo II (lista negra) y en el Anexo III (lista gris). La diferencia entre una y otra es que la primera contiene cláusulas que son en todo caso abusivas, mientras que la segunda contiene las que lo son salvo que el comerciante pruebe lo contrario.

¹⁰ Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, [COM\(2006\) 744 final](#), DOUE 15.3.2007, [C 61/1](#).

¹¹ *Vid.* MICKLITZ/REICH (2007); TWIGG-FLESNER (2007); HEIDERHOFF/KENNY (2007).

¹² Las distintas opiniones se valoran en el “[Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis DG Health and Consumer Protection, Analytical Report on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis submitted by the Consumer Policy Evaluation Consortium](#)”, Fecha: 06/11/2007. Además, *vid.* LOOS (2008a y 2008b).

¹³ *Cfr.* art. 4 [Dir. 99/44/CE](#).

La Propuesta contiene unas disposiciones generales y, entre ellas, las que afirman el carácter imperativo de las normas (Capítulo VI), así como otras disposiciones finales que derogan las directivas que quedan refundidas en la Propuesta (Capítulo VII).

Llama la atención que la Propuesta de directiva sólo se ocupe de una pequeña parte del Derecho contractual de consumo. De entrada, del análisis que encargó sobre la transposición de directivas en los Estados miembros, la Comisión dejó fuera algunas tan importantes como la [Dir. 2000/31/CE](#), sobre el comercio electrónico, o la [Dir. 2002/65/CE](#), sobre servicios financieros a distancia.¹⁴ Pero, además, resulta que de las ocho directivas que comprendía el estudio, finalmente sólo se acaban incorporando cuatro en la Propuesta. Las otras normas comunitarias que también afectan al Derecho de contratos están siendo objeto de revisión individual.¹⁵ Así, en el año 2008 se aprobó la nueva [Dir. 2008/48/CE](#), sobre crédito al consumo y la [Dir. 2008/122/CE](#), sobre *Timeshare*. Ambas han optado, igual que la Propuesta, por un enfoque de armonización plena o máxima.

3. *La Propuesta de Directiva y el Marco Común de Referencia (MCR)*

Antes de que entrara en la agenda de los políticos la revisión del derecho contractual europeo de consumo, la Comunicación de la Comisión del año 2001 ya había dado un nuevo impulso para una futura armonización del Derecho contractual en Europa.¹⁶ En el Plan de Acción de 2003, sobre “un derecho contractual europeo más coherente”¹⁷, la Comisión anunciaba un Marco

¹⁴ Crítico, SCHULTE-NÖLKE *et al.* (2007), p. 1. Además, *vid.* MICKLITZ (2009, pp. 49 ss.), que destaca sobre todo la omisión flagrante de los contratos de servicios.

¹⁵ *Cfr.* en relación con los servicios financieros a distancia, la Comunicación de la Comisión: “Examen de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE”, [COM\(2006\) 161 final](#); *vid.* también el estudio, dirigido por el Prof. REIFF, “[Impact of Directive 2002/65/EC concerning the distance marketing of consumer financial services on the conclusion of cross-border financial service contracts between professionals and consumers](#)”, Proyecto nº SANCO/2006/B4/034. Para la revisión de la directiva sobre viajes combinados, *vid.* el “[Working Document on the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours](#)”. Finalmente, para los trabajos de revisión de la directiva sobre acciones de cesación, *vid.* el “Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores”, [COM\(2008\) 756 final](#).

¹⁶ Comunicación de la Comisión sobre derecho contractual europeo, [COM\(2001\) 398 final](#), DOCE 13.9.2001, C 255/1. Sobre el particular, ARROYO/VAQUER (2002).

¹⁷ Comunicación de la Comisión “Un derecho contractual Europeo más coherente – Plan de acción”, [COM\(2003\)](#)

Común de Referencia (MCR), que debía crearse mediante la investigación y la contribución de todos los interesados, y que pretendía fijar principios y terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo”, para ayudar “a las instituciones comunitarias a garantizar una mayor coherencia del acervo actual y futuro en el ámbito del Derecho contractual europeo”.¹⁸ Con tal trasfondo, en el año 2005 se creó la red de excelencia *CoPECL Joint Network on European Private Law*. Los investigadores que son parte de la misma¹⁹ han dado a conocer un conjunto de reglas o principios jurídicos y, en especial, merecen destacarse los Principios del Derecho contractual comunitario (*Acquis Principles, ACQP*)²⁰, así como el Proyecto académico de un Marco Común de Referencia, publicado en su versión provisional a principios de 2008²¹ y en su versión definitiva a principios de 2009 (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*).²²

La Propuesta de la Comisión no permite saber cuál es la relación recíproca entre ese texto y los ACQP y el DCFR.²³ En su segundo informe sobre el Marco Común de Referencia, la Comisión afirmaba que en las labores sobre el MCR daría prioridad a las cuestiones relacionados con los contratos de consumo, para garantizar una contribución diligente a la revisión del acervo en este ámbito.²⁴ Además, añadía que las “conclusiones pertinentes del MCR se incorporarán, en su caso, a la revisión del acervo del Derecho contractual de la UE en materia de consumo.”²⁵ Pero, por el contrario, posteriormente, en junio de 2009, el Consejo de la Unión Europea declaró que, para lograr la coherencia adecuada entre la Propuesta y el MCR, convendría hacer un seguimiento de la negociación de la norma comunitaria *durante* la elaboración del MCR. Con todo, el Consejo

68 final.

¹⁸ Comunicación de la Comisión “Un derecho contractual Europeo más coherente – Plan de acción”, [COM\(2003\) 68 final](#), n° 59.

¹⁹ Perspectiva general, en FUCHS (2008, pp. 2 ss.). En cuanto a la distinta metodología de cada grupo, *vid.* WURMNEST (2003). Además, *vid.* INFANTE RUIZ (2008); ARROYO (2008a).

²⁰ Acquis Group (2007 y 2009). Para la versión española de los principios aparecidos en 2007, *vid.* Arroyo (2008b).

²¹ VON BAR et al. (2008).

²² VON BAR et. al. (2009).

²³ Con detalle, SCHULTE-NÖLKE (2009, pp. 29 ss.); ZIMMERMANN (2009, 486 ss.). *Vid.* además las consideraciones críticas de MICKLITZ/REICH (2009, p. 473). Para las propuestas concretas sobre cómo el DCFR podría servir para mejorar la Propuesta de Directiva, *vid.* Zu konkreten Vorschlägen, wie der DCFR den Richtlinienvorschlag verbessern könnte, siehe DE BOOYS/HESSELINK/MAK (2009).

²⁴ Informe de la Comisión: “Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia”, [COM\(2007\) 447 final](#), p. 2.

²⁵ Informe de la Comisión: “Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia”, [COM\(2007\) 447 final](#), p. 11.

reconoció que ambos proyectos son independientes y que persiguen objetivos que pueden no coincidir siempre.²⁶

Quizás por eso, la Propuesta de Directiva ni menciona ni se refiere para nada a los ACQP o al DFCR, ni parece haberlos tenido en cuenta en absoluto.

4. *El principio de armonización plena*

4.1. Argumentos en favor de la armonización plena

La principal disposición de la Propuesta se encuentra en el art. 4, que establece el principio de armonización plena. Desde el punto de vista de la unificación del mercado interior, existen buenas razones que militan en pro del abandono de una armonización de mínimos y que abogan en pro del acogimiento de un enfoque de armonización plena: la armonización de mínimos ha conducido a una fragmentación jurídica considerable, puesto que los Estados miembros han sido libres de procurar al consumidor una protección mayor de la que otorgaban las directivas y, en consecuencia, conceptos y reglas clave del derecho de consumo han sido objeto de regulación distinta en cada país. Así, los deberes de información, los derechos de desistimiento, las garantías de los bienes de consumo, o el control de cláusulas abusivas. Las diferencias jurídicas comportan enormes costes de transacción a las empresas en el comercio transnacional.²⁷ Quien se sirva de cláusulas generales debe tener en cuenta los ordenamientos jurídicos de 27 países. Además, las empresas no pueden proporcionar una única información sobre sus productos en todos los países, ni informar de la misma manera a todos los consumidores sobre su derecho a desistir del contrato. Hay que averiguar en cada caso cuál es el derecho que rige en cada país. Una estrategia comercial uniforme, sobre la base de un derecho contractual armonizado es, hoy por hoy, una ilusión. La Comisión confía en que una armonización plena contribuya a reducir los costes de transacción y permita incrementar el comercio transnacional de las empresas.

Efectivamente, en pro de la armonización plena se alega con frecuencia que la fragmentación jurídica perjudica a los consumidores, que no pueden estar seguros de que gozarán del nivel de protección al que están acostumbrados en su país cuando realicen compras transfronterizas. Según la Comisión, ello comporta una disminución de tal tipo de transacciones.²⁸ Sin embargo, el

²⁶ Consejo de la Unión Europea, Sesión nº 2946, Justicia y Asuntos de Interior, Luxemburgo, 4 y 5 de junio de 2009, Comunicado de prensa, [10551/09](#) (Presse 164), p. 29.

²⁷ Sobre el particular, LEIBLE (2008a, p. 1472; 2008b, pp. 221 ss.).

²⁸ Cfr. Exposición de Motivos de la [Propuesta](#), p. 2; Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, [COM\(2006\) 744 final](#), DOUE 15.3.2007, [C 61/1](#), p. 6.

argumento es poco convincente.²⁹ De entrada, porque en el comportamiento de los consumidores no influye sólo la diversidad de ordenamientos jurídicos, sino también otros factores y, en especial, las barreras que imponen las diferencias lingüísticas.³⁰ Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el llamado consumidor “pasivo”, esto es el que adquiere los bienes o servicios que le son ofrecidos en su país de origen, no se ve para nada afectado por la diversidad normativa a que antes se aludía, puesto que la ley aplicable al contrato es la de su residencia habitual, según lo dispuesto en el Reglamento Roma I.³¹ Finalmente, que la confianza del consumidor “activo” -el que adquiere bienes o servicios en el extranjero-, se vea incrementada con la adopción del principio de armonización plena dependerá en todo caso de que la nueva directiva procure, efectivamente, un nivel de protección superior al que actualmente ya existe en los Estados miembros.

4.2. Límites de la armonización plena

No se puede ocultar que el principio de plena armonización tiene sus límites: una directiva solo puede tener eficacia armonizadora plena sobre aquello que regula. El legislador estatal es libre de regular como quiera lo que no entra dentro del ámbito de aplicación de la norma comunitaria. En la práctica, la armonización plena plantea graves problemas de delimitación puesto que, en relación con cada precepto concreto, habrá que averiguar si éste está o no afectado por ese enfoque.³² Además, es evidente que no favorece mucho las cosas el hecho de que la Propuesta de Directiva se haya limitado a refundir tan sólo cuatro directivas, es decir, sólo una parte del Derecho contractual de consumo europeo. Para que la armonización plena pueda ser satisfactoria es preciso contemplar este en su conjunto y armonizarlo tanto como sea posible.

Plantean especiales problemas los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales. Por ejemplo, cuando se afirma que el consumidor debe ser informado de las “características principales” del producto “en la medida adecuada” (art. 5.1 *a* de la Propuesta); o cuando se dice que el carácter abusivo de las cláusulas se mide en función de la “buena fe” y el “desequilibrio importante” (art. 32.1 de la Propuesta), se está ante fórmulas abiertas que sólo pueden ser concretadas por los jueces nacionales, según el orden y sistemática de los respectivos derechos internos; por tanto, en cada cultura jurídica alcanzarán significados distintos. Una auténtica armonización plena necesita ir acompañada de una *interpretación unitaria* que vincule a todos los

²⁹ Crítico con la concepción del “confident consumer”, WILHELMSSON (2004). En el contexto de la Propuesta de Directiva, *vid.* también MICKLITZ/REICH (2007, p. 124).

³⁰ Vid. el [Eurobarómetro 2006](#), p. 70.

³¹ Art. 6 del [Reglamento \(CE\) n° 593/2008](#), del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE 4.7.2008, L 177/6.

³² Para la discusión en Alemania, *vid.* RIEHM (2006); GSELL/SCHELLHASE (2009).

Estados miembros. Sin embargo, hasta la fecha el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se ha negado a interpretar tales cláusulas generales.³³ Es difícil creer que el TJCE fuera a modificar su postura ante un enfoque de armonización máxima, sobre todo si se tiene en cuenta que eso dispararía el número de cuestiones prejudiciales y que el propio Tribunal ya empieza a desbordar los límites de su capacidad de trabajo.³⁴

4.3. Argumentos en contra de la armonización plena

Como se sabe, la armonización plena impide que los Estados miembros mantengan el *status quo* o que en lo sucesivo introduzcan medidas distintas a las previstas en la norma comunitaria. Eso puede ser un problema y un grave inconveniente para los consumidores, supuesto que ello conduzca a una reducción del nivel de protección que los Estados miembros ya les reconocen.³⁵ De ello se va a tratar en las páginas que siguen. Baste, de momento, advertir que es altamente recomendable que, en el actual proceso de consulta, la Propuesta de Directiva sea objeto de profundo análisis en torno a esta cuestión. Como se verá, en ocasiones la norma proyectada no sólo no mejora la protección del consumidor sino que, además, la empeora.

Adicionalmente, la armonización plena comporta otros problemas: los Estados miembros dejan de tener la posibilidad de reaccionar de forma rápida y flexible a la hora de proponer los cambios que en cada caso exija la adaptación a la realidad social. Es dudoso que la legislación de Bruselas esté en condiciones de compensar o equilibrar esa pérdida de competencia legislativa por parte de los Estados miembros. La lentitud del proceso de adopción de normas en la Unión Europea, su rigidez y complejidad, hace muy difícil que ésta pueda reaccionar con rapidez a la hora de regular nuevas estrategias comerciales. Sería necesario un proceso de producción normativa en Europa mucho más ágil en materia de protección de los consumidores, con el fin de combatir la petrificación de la legislación de Bruselas.³⁶

³³ STJCE, Asunto C-237/02 (*Freiburger Kommunalbauten*).

³⁴ A propósito de los problemas que plantea el control de cláusulas, *vid.* todavía *infra* 9.4 y 9.5.

³⁵ Por consiguiente, muchos autores se muestran críticos con el principio de armonización plena en el ámbito del Derecho de consumo. Especialmente, HOWELLS/WILHELMSSON (2003); MICKLITZ/REICH (2009, pp. 474 ss. y 517) (consideran la Propuesta como “toxic package”); TONNER/TAMM (2009, pp. 282 ss.); MAK (2009a, pp. 65 ss.); ROIT/TERRYN (2009, pp. 462 ss.). Las respuestas al Libro verde “sobre la revisión del acervo en materia de consumo” ponen de manifiesto que casi un 80% de los comerciantes son partidarios de la armonización plena, mientras que un 31 % de las asociaciones de consumidores apoyan la armonización mínima y el 29% es partidario de la armonización plena. *Vid.* “Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis”, p. 10.

³⁶ Podría servir como modelo para la legislación en materia de Derecho de consumo, el procedimiento *Lamfalussy* establecido para la legislación en materia de títulos-valores. Sobre este último, *vid.* http://ec.europa.eu/internal_market/securities/lamfalussy/index_en.htm. Además, *vid.* MÖLLERS

La armonización plena plantea especiales problemas en ámbitos que pueden considerarse el núcleo del Derecho de obligaciones y contratos como, por ejemplo, las garantías en las ventas de consumo. A diferencia de lo que ha sucedido, por ejemplo, en España, otros Estados miembros, por ejemplo, Alemania, optaron por transponer la [Dir. 99/44/CE](#) en el Código civil, procurando así una transposición armónica y sistemática en el conjunto del Derecho de obligaciones (es la conocida como “gran solución”).³⁷ Pero tal planteamiento sólo es posible si se adopta un enfoque de armonización mínima. Si, por el contrario, el derecho de garantías legales en las ventas de consumo debe regirse por el principio de armonización máxima, la integración en el derecho general de obligaciones ya no sería posible.³⁸ Ello comportaría la adopción forzosa en los Estados miembros de una duplicidad de normas, unas para el derecho general de obligaciones y otras para el derecho especial de consumo, con el consiguiente impacto negativo para el proceso de armonización del Derecho civil en Europa.

5. *Definiciones comunes*

El art. 2 de la Propuesta de Directiva contiene una serie de definiciones comunes y, entre ellas, la de “consumidor” y “comerciante” que, por ser las principales, son las únicas de las que se tratará a continuación.

5.1. Consumidor

Según el art. 2.1, se entiende por consumidor toda persona física que “actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”. Es la definición que previamente han hecho servir las directivas comunitarias.³⁹ Sin embargo, muchos Estados miembros utilizan un concepto más amplio y, por tanto, la protección alcanza a un mayor número de personas.⁴⁰ Tales normas podrían mantenerse, porque al ir más allá del ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva no colisionan con el principio de armonización máxima.

(2008, pp. 480-505). En pro de la introducción del procedimiento *Lamfalussy* en el ámbito de la [Directiva 2005/29/CE](#), sobre prácticas comerciales desleales, *vid.* STUYCK/TERRY/N/VAN DYCK (2006, pp. 143 ss.).

³⁷ Sobre la transposición de la [Dir. 99/44/CE](#) en Alemania, *vid.* EBERS (2003).

³⁸ *Vid.* también la crítica de WILHELMSSON (2008, pp. 227 ss.); ZOLL (2009).

³⁹ *Vid.* EBERS (2008b, p. 454).

⁴⁰ Con detalle, EBERS (2008b, pp. 457 ss.).

Desgraciadamente, la Comisión europea ha prescindido de los problemas que plantea el “*dual use*” o los contratos mixtos, esto es, cuando un contrato sirve a la vez tanto a los intereses profesionales como a los personales.⁴¹ La Propuesta de Directiva va un paso por detrás de los ACQP y el DCFR. Ambos dejan claro que un consumidor es cualquier persona física que *principalmente* actúe con un propósito ajeno a su actividad negocial.⁴²

5.2. Comerciante

A diferencia de lo que sucede con el “consumidor”, el derecho comunitario no ofrece una definición unitaria de la contraparte que con él contrata. Las distintas directivas se refieren a él como “comerciante”⁴³, “profesional”⁴⁴, “proveedor”⁴⁵, “prestador de servicios”⁴⁶, “vendedor”⁴⁷, o “prestamista”.⁴⁸

Ello contrasta con las propuestas que ofrecen tanto los ACQP como el DCFR, que optan por la expresión “*business*” (en castellano, “profesional”; en alemán, “*Unternehmer*”). Por el contrario, la Propuesta de Directiva se refiere al “*trader*” o, en castellano, “comerciante” („*Gewerbetreibender*”, en alemán), que es un término que, por lo menos en el derecho inglés, resulta distorsionador porque su significado normal no comprende al prestador de servicios.⁴⁹

Según el art. 2.2 de la Propuesta de Directiva, es “comerciante” toda persona física o jurídica que actúe con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre de un comerciante o por cuenta de éste. De nuevo, la definición va un paso por detrás del derecho comunitario. No tiene en cuenta, por ejemplo, que

⁴¹ Sobre el particular, EBERS (2006, pp. 236 ss.).

⁴² Art. 1:201 ACQP; al respecto, EBERS (2007, p. 24 ss. = art. 1:201, nºs 5-7). Art. I.-1:105(1) DCFR.

⁴³ [Dir. 85/577/CEE](#), sobre contratos fuera de establecimientos comerciales; [Dir. 2005/29/CE](#), sobre prácticas comerciales abusivas; [Dir. 2008/122/CE](#), sobre *Timeshare*.

⁴⁴ [Dir. 93/13/CEE](#), sobre cláusulas abusivas.

⁴⁵ [Dir. 97/7/CE](#), sobre contratos a distancia; [Dir. 2002/65/CE](#), sobre servicios financieros a distancia.

⁴⁶ [Dir. 2000/31/CE](#), sobre comercio electrónico.

⁴⁷ Así, la [Dir. 99/44/CE](#), sobre garantías en las ventas de bienes de consumo y la ahora derogada [Dir. 94/47/CE](#), sobre *Timeshare*.

⁴⁸ Así, la ya derogada [Dir. 87/102/CEE](#) y la nueva [Dir. 2008/48/CE](#), ambas sobre crédito al consumo.

⁴⁹ En el mismo sentido, SCHULTE-NÖLKE (2009, p. 38, n. 28).

algunas directivas (*vgr.* la de cláusulas abusivas) enfatizan que también las autoridades públicas pueden ser “comerciantes”.⁵⁰ Por eso el art. 1:202 ACQP establece claramente que es profesional cualquier persona física o jurídica, “de titularidad pública o privada”, que actúe autónomamente con finalidad comercial, laboral o profesional, incluso cuando no pretenda obtener lucro con tal actividad. El art. I.-1:105(2) DCFR contiene una definición equivalente. Se recomienda a la Comisión que complete su definición, a fin de que no disminuya el nivel de protección de los consumidores y, sobre todo, en relación con el control de cláusulas abusivas.

6. Deberes de información

6.1. Deberes generales de información

El Cap. 2 de la Propuesta de Directiva incorpora un art. 5 con un contenido novedoso. Efectivamente, el Derecho comunitario no contemplaba hasta la fecha ningún deber *general* del empresario de suministrar determinadas informaciones al consumidor antes de la conclusión del contrato.⁵¹ La situación es muy otra a la vista del citado art. 5, que ya obliga al empresario a proporcionar la información esencial que el precepto detalla. Así, por ejemplo, sobre las características principales del producto, el precio (incluidos los impuestos), los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, así como la duración del contrato, cuando proceda o, si el contrato es de duración indeterminada, las condiciones de resolución. Ello no es preciso cuando tales datos “resulten evidentes por el contexto”.⁵²

No queda claro cómo ese deber general de información debe cohonestarse con el resto de previsiones comunitarias que también imponen deberes de información precontractual al empresario.⁵³ Es decir, es difícil saber cuándo resulta de aplicación preferente el deber de

⁵⁰ *Cfr.* art. 2 c [Dir. 93/13/CEE](#), sobre cláusulas abusivas; art. 2 c [Dir. 2002/65/CE](#), sobre servicios financieros a distancia. Además, en algunos Estados miembros se establece claramente que, más allá del ámbito de aplicación de la [Dir. 93/13/CEE](#), también resultan protegidas las personas jurídicas de derecho público y privado, *vgr.* en Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Italia y Reino Unido.

⁵¹ Con todo, el mismo podía deducirse a partir de la generalización de lo dispuesto en los arts. 2 [Dir. 99/44/CE](#) y 7 [Dir. 2005/29/CE](#). En este sentido, *vid.* art. 2:201 ss. ACQP. Sobre el particular, WILHELMSSON/TWIGG-FLESNER (2006, pp. 458 ss., 462 ss.). En general, sobre los efectos de la [Dir. 2005/29/CE](#) en los deberes de información precontractuales, *vid.* BUSCH (2008).

⁵² El Considerando 17 de la [Propuesta de Directiva](#) deja claro que ese puede ser, en especial, el caso en una transacción celebrada en un establecimiento.

⁵³ Perspectiva en WILHELMSSON/TWIGG-FLESNER (2007, pp 84 ss. = Art. 2:203, epígrafes 1 ss.).

información regulado en el art. 5, ya que la Propuesta sólo contempla parcialmente su relación con otras normas comunitarias.⁵⁴

En general, son muchos los Estados miembros que no contemplan un deber de información general del empresario en los contratos de consumo.⁵⁵ Junto a los institutos típicos, procedentes del Derecho romano, como el dolo, la violencia/intimidación y el error (*dolus, metus, error*), generalmente los deberes de información sólo protegen la libertad contractual cuando la contraparte concluye el contrato en determinadas circunstancias (*vgr.* ciertas formas de distribución, como la contratación a distancia) o cuando así lo aconseje la complejidad del tipo contractual de que en cada caso se trate (*vgr.* contratos de crédito o de seguros); en ambos supuestos, al contratante le resulta difícil valorar adecuadamente, antes de la conclusión del contrato, las obligaciones que para él se derivan del mismo. En el *common law* el punto de partida es aun más restrictivo, puesto que rige el principio según el cual, antes de obligarse, cada contratante debe procurarse la información que considere conveniente (*caveat emptor*).⁵⁶ Por tanto, en algunos Estados miembros, la Propuesta de Directiva comportaría un incremento de la protección de los consumidores.

Lo que no queda claro es en qué medida un enfoque de armonización plena reducirá la competencia legislativa de los Estados miembros. Si la Propuesta pretende regular de forma concluyente el total de informaciones debidas por el empresario al consumidor, entonces, siempre dentro del ámbito de aplicación de la norma, los Estados miembros no podrán ya regular otros deberes de información amparados en conceptos generales como buena fe o *culpa in contrahendo*. Para evitar la contravención del derecho comunitario, en el futuro las cláusulas o conceptos generales deberían ser interpretados de conformidad con éste.

⁵⁴ Según el art. 3.3 de la [Propuesta](#) los deberes de información no se aplican a los contratos de *timeshare* ni a los de viajes combinados. Pero el art. 3.4 deja claro que los deberes de información “se aplicarán sin perjuicio” de las disposiciones sobre requisitos de información que figuran en la [Dir. 2006/123/CE](#), sobre servicios, y la [Dir. 2000/31/CE](#), sobre comercio electrónico. Por otra parte, la Propuesta no entra a considerar las relaciones que puedan existir con otras directivas sobre protección de los consumidores.

⁵⁵ La excepción sería el Derecho francés y belga. En Francia, el art. L.111-1 *Code de la consommation* establece que: « [T]out professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ». En Bélgica, según el art. 30 de la *Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur* : « [A]u plus tard au moment de la conclusion de la vente, le vendeur doit apporter de bonne foi au consommateur les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques du produit ou du service et aux conditions de vente, compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible. » En España, *vid.* arts. 60.1 y 2 TR LGDCU.

⁵⁶ FLEISCHER (2001, pp. 813 ss.). Sin embargo, la doctrina señala que, con el tiempo, el principio „*caveat emptor*” ha resultado limitado por las normas que funcionan como „*implied terms*”, hasta el punto de haber convertido el principio en un „*caveat venditor*”. *Vid.* ATIYAH/ADAMS/MCQUEEN (2005, p. 146).

6.2. Deberes de información específicos en el ámbito de los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento

Además, el Cap. III de la Propuesta de Directiva prevé deberes de información específicos en los contratos a distancia y en los celebrados fuera del establecimiento (art. 9). Incumbe al comerciante el deber de informar al consumidor sobre su derecho de desistimiento y de darle a conocer su dirección, así como la posibilidad de recurrir a una solución de diferencias amistosa, y de advertirle de que el contrato se celebra con un comerciante, que es algo que le permite beneficiarse de la protección otorgada en la Propuesta que ahora se analiza. En todos esos casos, la norma otorga una protección superior a la que actualmente ofrece el Derecho comunitario. Baste constatar que en las ventas a domicilio no existen deberes de información tan amplios.⁵⁷

Pero también aquí debe tenerse en cuenta el principio de armonización plena. Es decir, que los Estados miembros no tendrán ninguna posibilidad de introducir nuevos deberes de información. Nótese, sin embargo, que, en el ámbito de los contratos a distancia, Francia, Luxemburgo y Hungría obligan al comerciante a comunicar su número de teléfono.⁵⁸ Y que, en Alemania, Bélgica, Eslovenia, España, Finlandia y Italia, los consumidores contratantes a distancia no sólo deben ser informados de que les asiste un deber de desistimiento, sino también, en su caso, de que tal derecho *no existe*.⁵⁹ Si se adoptara la Propuesta de Directiva, la armonización máxima impediría tal tipo de previsiones.

7. *Derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento*

El Cap. III, arts. 12 ss., contiene la regulación del derecho de desistimiento de los consumidores en los contratos a distancia y fuera de establecimiento comercial. La Propuesta de la Comisión recoge las disposiciones hasta ahora vigentes en las Directivas [85/577/CEE](#) y [97/7/CE](#) y procura una regulación unitaria del instituto.

Una regulación uniforme en este ámbito es coherente con un enfoque de armonización máxima y, además, es necesaria para evitar el sinsentido de la disparidad actual.⁶⁰ La actual situación genera

⁵⁷ La Directiva [85/577/CEE](#), contiene deberes de información muy rudimentarios en el art. 4. Esencialmente, sólo se obliga al empresario a informar sobre el derecho de desistimiento del consumidor.

⁵⁸ *Vid.* SCHULTE-NÖLKE/BÖRGER (2008, p. 329).

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Así, la *Dir.* [85/577/CEE](#), sólo contempla un plazo de *siete* días, mientras que la *Dir.* [97/7/CE](#) regula uno de catorce. Además, existe disparidad de trato en una y otra norma, sin que nada lo justifique. Por ejemplo, en

inseguridad y costes, sin que ello añada nada a la mejora de la protección de los consumidores. Sin embargo, es de lamentar que la Propuesta de la Comisión se limite a los contratos a distancia y fuera del establecimiento. Es claramente insuficiente, puesto que existen muchas otras directivas que también prevén ese mismo derecho.⁶¹

7.1. Plazo para desistir

Según el art. 12 de la Propuesta, el consumidor tiene un plazo de *catorce días* para desistir *ad nutum* de un contrato a distancia o concluido fuera de establecimiento. Aunque, desde una perspectiva puramente económica, tal plazo es generoso para ese tipo de contratos⁶², globalmente considerada, la regulación merece una valoración positiva. La razón es que ya otras directivas adoptan ese mismo plazo⁶³ y, además, los ACQP y el DCFR proponen uno idéntico.⁶⁴

No queda bien resuelto el tema de las consecuencias derivadas de la omisión del deber de información del derecho a desistir. Si eso sucede, y siempre que el comerciante haya cumplido íntegramente con las demás obligaciones contractuales (esto es, si ha entregado las mercancías de conformidad con el contrato), el derecho a desistir se extingue necesariamente al cabo de tres meses (art. 13). Desde un punto de vista de política jurídica, la norma es desafortunada. Si el consumidor no ha sido informado del derecho a desistir, esa falta de conocimiento le impedirá ejercerlo. Precisamente por eso, en el asunto *Heininger*, el TJCE estableció que el plazo para ejercer el derecho de desistimiento, en los contratos fuera de establecimiento comercial, no podía empezar a transcurrir hasta que el consumidor no hubiera sido informado sobre ese derecho.⁶⁵ Claro que luego el TJCE relativizó tal principio en el asunto *Hamilton*⁶⁶: a los Estados miembros, *les está permitido* prever que el derecho a desistir, a pesar de una información incorrecta o deficiente, se extinga tras la “completa ejecución de las prestaciones”. Pero no es obligatorio,

relación con la información sobre el derecho, su ejercicio y los efectos. Sobre la (falta) de sistemática de los derechos de desistimiento en el derecho comunitario, *vid.* UJVÁRI (2005); LOOS (2007).

⁶¹ *Vid.* Art. 6 ss. [Dir. 2002/65/CE](#), sobre servicios financieros a distancia; art. 35 [Dir. 2002/83/CE](#), sobre seguros de vida; arts. 14 ss. [Dir. 2008/48/CE](#), sobre crédito al consumo; arts. 6 ss. [Dir. 2008/122/CE](#), sobre *timeshare*. En general, sobre la sistemática de los derechos de desistimiento y su regulación en el Derecho alemán y español, *vid.* EBERS/ARROYO (2006).

⁶² *Vid.* REKAITI/VAN DEN BERGH (2000).

⁶³ Art. 6.1 [Dir. 2002/65/CE](#); art. 6.1 [Dir. 2008/122/CE](#); art. 14.1 [Dir. 2008/48/CE](#).

⁶⁴ *Vid.* art. 5:103(1) ACQP; art. II-5:103(2) DCFR.

⁶⁵ STJCE, Asunto C-481/99 (*Heininger*).

⁶⁶ STJCE, Asunto C-412/06 (*Hamilton*).

puesto que la [Dir. 85/577/CEE](#) adopta el enfoque de armonización mínima. De ahí que, a pesar de *Hamilton*, muchos Estados miembros hayan adoptado un mayor nivel de protección. Esto es, si el consumidor no ha sido (correctamente) informado, puede desistir del contrato, aunque el comerciante ya haya ejecutado su prestación.⁶⁷ A la vista de la Propuesta presentada por la Comisión, tales normas ya no estarían permitidas. Conviene insistir en que esa no es una solución adecuada. Preceptos como el art. 13 incentivan a las empresas a no cumplir con el deber de información y, aprovechándose de la ignorancia de los consumidores, conminarles a una rápida ejecución del contrato con el fin de ver extinguido el derecho a desistir.

Supuesto que la seguridad jurídica exija poner límites al ejercicio del derecho de desistimiento, se hubiera podido proponer, en la línea seguida por los ACQP y el DCFR, que éste se extinguiera necesariamente al cabo de un año tras la conclusión del contrato.⁶⁸

7.2. Cumplimiento durante el periodo de desistimiento

Algunos Estados miembros, como Francia o Bélgica, disponen, en favor del consumidor, que no es posible la ejecución de las prestaciones mientras no haya transcurrido el plazo para desistir.⁶⁹ Ello presenta la ventaja de evitar las complicaciones inherentes a la devolución, en la hipótesis de que, efectivamente, se acabe desistiendo del contrato. Ahora bien, a la vista del art. 12.4 de la Propuesta de Directiva, en el futuro tal prohibición ya no sería posible. Ello entra en contradicción con la [Dir. 2008/48/CE](#), sobre crédito al consumo y con la [Dir. 2008/122/CE](#), sobre *Timeshare*. Efectivamente, aunque la [Dir. 2008/48/CE](#) adopta el enfoque de armonización plena, el art. 14.7 permite a los Estados miembros establecer un plazo antes de cuyo transcurso no pueda comenzar la ejecución del contrato. A su vez, el art. 9.1 [Dir. 2008/122/CE](#) todavía prohíbe el pago de anticipos durante el periodo de desistimiento.

⁶⁷ Así, en Alemania (desde 2002), Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Malta, Países Bajos, Portugal y (en relación con los contratos celebrados fuera de establecimiento comercial) España, *cfr.* EBERS (2009). En el Reino Unido, *vid.* Sec. 7(6) de la *Cancellation of Contracts Made in a Consumer's Home or Place of Work etc Regulations 2008* (Statutory Instrument 2008 n° 1816): “[A] contract to which these Regulations apply shall not be enforceable against the consumer unless the trader has given the consumer a notice of the right to cancel and the information required in accordance with this regulation.”

⁶⁸ Art. 5:103(1)(1) ACQP; Art. II.-5:103(3) DCFR.

⁶⁹ Según el TJCE, tales normas no son contrarias a las libertades fundamentales y, por tanto, no se excluye su aplicabilidad a los negocios transfronterizos; *cfr.* STJCE, Asunto C-205/07 (procedimiento penal contra *Lodewijk Gysbrechts, Santurel Inter BVBA*). Por el contrario, la norma (belga) que prohíbe pedir, antes de la expiración del plazo de desistimiento, el número de la tarjeta de pago del consumidor, contraviene el art. 29 del TCE.

7.3. Efectos del desistimiento

Ni la [Dir. 85/577/CEE](#), sobre contratos fuera de establecimiento, ni la [Dir. 97/7/CE](#), sobre contratos a distancia, regulan las consecuencias derivadas del ejercicio del derecho de desistimiento. Ambas normas remiten a los derechos nacionales. Según el art. 7 [Dir. 85/577/CEE](#), “los efectos jurídicos de la renuncia se regularán de acuerdo con la legislación nacional, en particular, en lo referente al reembolso de pagos relativos a los bienes o a las prestaciones de servicios, así como a la restitución de mercancías recibidas”. Por su parte, el art. 6.2 [Dir. 97/7/CE](#) sólo establece algunas previsiones rudimentarias. Así, el proveedor estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos; únicamente podrá imputársele el coste directo de la devolución de las mercancías; la devolución de las sumas abonadas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días. El Considerando 14 de la Exposición de Motivos de la [Dir. 97/7/CE](#) añade que son los Estados miembros quienes deben determinar las demás “modalidades y condiciones consecutivas” al ejercicio del derecho de desistimiento. Por el contrario, los arts. 15-18 de la Propuesta de la Comisión se ocupan con detalle de esas consecuencias.

Las diferencias frente a la actual situación se aprecian, sobre todo, en lo que respecta a las obligaciones del consumidor. Según el art. 17.1 de la Propuesta, éste deberá devolver o entregar los bienes recibidos al comerciante en el plazo de catorce días a partir de la fecha en que le comunique su desistimiento. El consumidor sólo soportará los *costes directos de devolución* de los bienes, salvo que el comerciante haya aceptado asumir dicho coste. Tal formulación deja abierta la cuestión de si el consumidor que desiste está obligado a abonar los *gastos de envío* de las mercancías. Los tribunales alemanes han resuelto la cuestión de distinta forma⁷⁰ y, recientemente, el *Bundesgerichtshof* (BGH, Tribunal Supremo alemán) ha planteado una cuestión prejudicial ante el TJCE.⁷¹

La Propuesta de la Comisión regula por primera vez la responsabilidad del consumidor por la disminución de valor de los bienes. Según el art. 17.2, este “sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación distinta a la necesaria para comprobar la naturaleza o el funcionamiento de los bienes.” En mayor o menor medida, tal formulación corresponde a la que ya existe en muchos Estados miembros⁷² y guarda

⁷⁰ Vid., por un lado, OLG Nürnberg, Sentencia de 5.10.2004, *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report* (NJW-RR) 2005, 15; y, por el otro, LG Karlsruhe, Sentencia de 19.12.2005, *Multi-Media und Recht* (MMR) 2006, 245.

⁷¹ Vid. Petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* (Alemania) el 25 de noviembre de 2008 - *Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V. / Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH*, Asunto C-511/08. Una explicación detallada del fundamento de la petición prejudicial se puede leer en BGH 1.10.2008, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP) 2008, 2367.

⁷² Vid. por ejemplo, § 357.3, I BGB; § 5g KSchG (Ley de consumo austríaca). En España, el consumidor responderá “cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable” (art. 75.1 TR LGDCU); ello no permite dilucidar si el consumidor responde de una pérdida de valor que sea consecuencia de la comprobación de la naturaleza o el funcionamiento de los bienes aunque, probablemente, el art. 74.2 TR LGDCU permitiría responder

correspondencia con lo dispuesto en los ACQP y el DCFR.⁷³ No existe ninguna responsabilidad por la disminución del valor de los bienes, si el comerciante no había informado al consumidor de su derecho a desistir (art. 17.2). Tal regla comportará un incremento de la protección del consumidor en algunos Estados miembros. Así, en España, donde el consumidor responde de esa disminución de valor, incluso aunque no hubiera sido informado de su derecho, siempre que hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos (Art. 75.2 TR LGDCU). En cambio, si se compara con la Propuesta de directiva, el Derecho alemán es más favorable al consumidor, ya que éste no responde si previamente no ha sido informado del derecho a desistir y tampoco cuando no se le han explicado las consecuencias de su ejercicio y, entre ellas, el deber de resarcir el valor.⁷⁴

Finalmente, la Propuesta de la Comisión no responde a la cuestión de si, independientemente de la eventual disminución de valor de los bienes, el consumidor debe indemnizar el uso del bien adquirido. En el asunto *Messner*⁷⁵, el TJCE acaba de decidir que la imposición general de una indemnización por el uso del bien adquirido mediante un contrato a distancia es incompatible con la [Dir. 97/7/CE](#). Si el consumidor tuviera que pagar por el mero hecho de haber tenido la posibilidad de usar el bien adquirido durante el tiempo en que se hallaba en posesión del mismo, sólo podría ejercer el derecho de rescisión previo pago de dicha indemnización. Ello es claramente incompatible con la citada norma comunitaria, porque implicaría privar al consumidor de la posibilidad de hacer uso del plazo de reflexión con total libertad y sin ninguna presión. No obstante, el TJCE considera que nada se opone a que el consumidor pague por el uso del bien que no sea conforme con la buena fe o cuando éste comporte un enriquecimiento sin causa, siempre que ello no menoscabe la finalidad de la [Dir. 97/7/CE](#) y, por tanto, siempre que no afecte a la eficacia del derecho de desistimiento. El juez nacional es quien debe pronunciarse sobre tal extremo.

negativamente. Por el contrario, en otros ordenamientos, como el neerlandés, belga y francés, no existen disposiciones expresas y la doctrina manifiesta pareceres distintos. Así, LOOS (2007, p. 15), considera que aunque no haya sido informado del derecho a desistir, el consumidor no puede desistir si ha hecho un uso que excede del que corresponde a un mero test o prueba del producto.

⁷³ Art. 5:105(2) ACQP; art. II.-5:105(4) DCFR.

⁷⁴ § 357.3, I BGB. *Vid.* también ROTT/TERRY (2009, p. 474, con otras citas en n. 93).

⁷⁵ STJCE, Asunto C-489/07 (*Pia Messner/Firma Stefan Krüger*).

8. *Contratos de compraventa*

El Cap. IV de la Propuesta regula los derechos de los consumidores cuando los bienes no son conformes con el contrato. En esencia, sigue las previsiones de la [Dir. 99/44/CE](#) sobre garantías en las ventas de bienes de consumo.

8.1. Incumplimiento del deber de entrega - Derechos de los consumidores para el caso de incumplimiento

La [Dir. 99/44/CE](#) no prevé las consecuencias del incumplimiento del deber de entrega y los derechos que en tal caso corresponden al consumidor. Otras normas comunitarias sí que regulan parcialmente el tema. Así, tanto la [Dir. 97/7/CE](#) como la [Dir. 2002/65/CE](#) disponen que el comerciante deberá ejecutar el pedido a más tardar en el plazo de treinta días, salvo que las partes acuerden otra cosa.⁷⁶ En caso de no ejecución del contrato por parte de un proveedor por no encontrarse disponible el bien o el servicio objeto del pedido, el consumidor deberá poder recuperar cuanto antes las sumas que haya abonado y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días.⁷⁷

El art. 22 de la Propuesta toma en consideración esa regulación y la dota de un alcance general. Efectivamente, el precepto no resulta aplicable sólo a los contratos a distancia, sino a cualquier contrato de compraventa.⁷⁸ Según el art. 22.1, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material al consumidor o a un tercero, en un plazo máximo de treinta días a partir de la fecha de celebración del contrato. De todas maneras, la norma no es imperativa y, por tanto, las partes pueden acordar reglas distintas sobre el momento de entrega. En la práctica, tal acuerdo quedará recogido en formularios de condiciones generales predispuestas. Eso plantea la duda (a la que no se da respuesta) de si tal cláusula resistirá el control establecido en los art. 31 ss. de la Propuesta.

El art. 22.2 trata de los remedios para el caso de incumplimiento: “Si el comerciante no cumple su obligación de entrega, el consumidor tendrá derecho al reembolso de las sumas abonadas en un plazo de siete días a partir de la fecha de entrega prevista en el apartado 1”. El precepto plantea cuestiones para las que la Propuesta no ofrece solución. Según su tenor literal, la pretensión del consumidor a la restitución de las sumas no se da solo cuando los bienes solicitados “no estén

⁷⁶ Art. 7.1 [Dir. 97/7/CE](#); art. 7.1 [Dir. 2002/65/CE](#).

⁷⁷ Art. 7.2 [Dir. 97/7/CE](#); art. 7.2 [Dir. 2002/65/CE](#).

⁷⁸ Sin embargo, el art. 7 [Dir. 97/7/CE](#) no tiene plena correspondencia en el texto. No se tiene en cuenta que la [Dir. 97/7/CE](#) no sólo contempla el contrato de compraventa, sino también el de servicios. La Propuesta no explica el por qué de tal apartamiento, ni en la Exposición de Motivos, ni en los cuadros en Anexo.

disponibles” (es así en las dos directivas sobre contratación a distancia) sino, en general, siempre que el vendedor “no cumpla con su obligación de entrega” (art. 22.2). ¿Cómo debe entenderse eso? ¿Se incluyen los supuestos de retraso, es decir, cuando el vendedor no cumpla los plazos acordados o, por defecto, el de treinta días? Tal interpretación tendría graves consecuencias porque llevaría a concluir que el vendedor está obligado a la devolución incluso en la hipótesis de que el retraso sólo fuera de un día. ¿Cuándo deberá entenderse que existe incumplimiento?: ¿Cuando el retraso sea “sustancial”?⁷⁹ ¿O sólo cuando finalmente quede claro que el vendedor ya no entregará las mercancías?⁸⁰

El art. 22.2 de la Propuesta tampoco establece claramente las consecuencias del incumplimiento de la obligación de entrega. Así, en lugar de la devolución del precio ¿puede el consumidor exigir el cumplimiento forzoso? ¿El incumplimiento comporta automáticamente la resolución del contrato o es preciso que esta sea instada por el consumidor? ¿Y qué sucede con los daños que causa el retraso? ¿Pueden ser indemnizados? Puesto que la Propuesta adopta el enfoque de la plena armonización, tales preguntas merecen una aclaración inmediata. De otro modo, podría suceder que los Estados miembros perdieran la posibilidad de regular otras consecuencias, más allá del simple reembolso de las sumas abonadas.

8.2. Normas sobre transmisión del riesgo

También son nuevas las normas que regulan la transmisión del riesgo.⁸¹ El art. 23.1 de la Propuesta traslada al consumidor el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes, cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No sucede lo mismo cuando el consumidor, o un tercero por él indicado, no han dado ningún paso adecuado para adquirir la posesión de los bienes. Por ejemplo, porque no acuden a la estafeta de correos a recoger la mercancía en el plazo indicado.⁸² En tal caso, el riesgo se transmitirá al consumidor en el momento de la entrega conforme a lo acordado por las partes (art. 23.2).

La regla no es en sí misma criticable, pero es incompleta porque no regula las consecuencias derivadas de la transmisión del riesgo. La Propuesta debería haber tenido en cuenta el art. 5:101

⁷⁹ Para tal interpretación, TWIGG-FLESNER (2009, p. 154).

⁸⁰ Cfr. MICKLITZ/REICH (2009, p. 506), que consideran que la Propuesta no regula el retraso en el cumplimiento y por eso mismo se preguntan en qué casos éste podrá ser calificado de incumplimiento.

⁸¹ Algo que la [Dir. 99/44/CE](#) rechaza regular expresamente. Según el Considerando 14 de la Exposición de Motivos: “las referencias a la fecha de entrega no suponen que los Estados miembros deban modificar sus normas sobre transferencia de riesgos”.

⁸² Vid. Considerando 38 de la [Propuesta de Directiva](#).

de los *Principles of European Sales Law*⁸³ y el art. IV.A.-5:101 DCFR. Ambos grupos de reglas coinciden en que una vez trasladado el riesgo, el comprador debe pagar el precio a pesar de la pérdida o deterioro del bien, salvo que ello sea consecuencia de una acción u omisión del vendedor.

8.3. El concepto de conformidad con el contrato

El concepto de conformidad, previsto en el art. 24 Propuesta, recoge lo dispuesto en el art. 2 [Dir. 99/44/CE](#), sobre garantías en las ventas de los bienes de consumo. Desgraciadamente, la Comisión no ha aprovechado la ocasión para aclarar algunas dudas que la interpretación de esa norma planteaba. Por tanto, continúa sin quedar claro si también existe falta de conformidad cuando se entrega un *aliud*⁸⁴ o cuando los vicios del bien son jurídicos.⁸⁵

El art. 24.2 de la Propuesta se orienta en la misma línea del art. 2.2 [Dir. 99/44/CE](#), pero se desvía en un punto clave: en la directiva, los distintos criterios que permiten apreciar la conformidad son *cumulativos*. Un bien no es conforme cuando no cumple con uno de los requisitos del art. 2.2 [Dir. 99/44/CE](#). Sin embargo, a la hora de fijar los requisitos de la conformidad, la Propuesta de la Comisión utiliza la conjunción adversativa „o“ (art. 24.2 c).⁸⁶ Una lectura pausada de la norma permitiría aventurar que, en realidad, se está ante un error de redacción. De lo contrario, podría darse la contradicción de que un bien fuera conforme con el contrato por el hecho de ser apto para los usos a que normalmente se destinan bienes del mismo tipo (art. 24.2 c), aunque no lo fuera para el uso específico requerido por el consumidor, puesto en conocimiento y aceptado por el comerciante (art. 24.2 b). Para evitar equívocos, la Comisión debería prescindir de la conjunción “o” en el art. 24.2 c de la Propuesta.

⁸³ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (2008).

⁸⁴ Generalmente, se entiende que sí. *Vid.* GRUNDMANN (2002, Art. 2, nºs 6, 12); MAGNUS (2007, Art. 2, nº 12); PFEIFFER (2005, pp. 987 ss. = Art. 2 Kauf-RL, nº 5); SCHWARTZE (2000, p. 555). La doctrina discrepante entiende que queda excluido el *aliud* (así, EHMANN/RUST (1999, p. 856)) o, en todo caso, el *aliud* que sea evidente (así, RIESENHUBER (2003, nº 734).

⁸⁵ Partidario de esto último, GRUNDMANN (2002, Art. 2, nºs 14 ss.); contra, MAGNUS (2007, Art. 2, nº 17); PFEIFFER (2005, p. 987 = Art. 2 Kauf-RL, nº 2); RIESENHUBER (2003), nº 735.

⁸⁶ *Idem*, TWIGG-FLESNER (2009, p. 156).

8.4. Medios de tutela del consumidor en caso de bienes no conformes

a. Perspectiva general

Los arts. 26 y 27 de la Propuesta de Directiva otorgan al consumidor los siguientes remedios o medios de tutela:

- Reparación o sustitución;
- Rebaja del precio;
- Resolución del contrato;
- Indemnización de daños.

Los tres primeros ya están reconocidos en la [Dir. 99/44/CE](#), pero la Propuesta introduce cambios. En cambio, la pretensión al resarcimiento de daños es nueva.

b. Jerarquización de los medios de tutela

La Propuesta introduce cambios en la jerarquización de los medios de tutela. Como es conocido, la [Dir. 99/44/CE](#) establece un modelo *a dos niveles*: en primer lugar, el vendedor está obligado a la reparación o la sustitución. En un segundo momento, si la puesta en conformidad es imposible o desproporcionada, el comprador puede exigir la reducción del precio o (si la falta de conformidad no es insignificante) resolver el contrato.

Puesto que la [Dir. 99/44/CE](#) parte del principio de armonización mínima, tal jerarquización no es obligatoria y, por tanto, puede ser modificada por los Estados miembros. Algunos (*vgr.* Alemania) han seguido el modelo comunitario; en otros, el consumidor es libre de escoger el remedio que más le convenga (Grecia, Lituania, Portugal).⁸⁷ Por el contrario, allí donde rige el *common law*, como en Inglaterra, tradicionalmente se otorga al comprador la posibilidad de optar directamente por el *right to reject*, que puede dar lugar a la resolución del contrato.⁸⁸ Pero la armonización máxima impone la jerarquía estricta y, en consecuencia, de aprobarse la Propuesta de directiva, en el futuro tales modelos ya no serían posibles.⁸⁹

Es una opción poco conveniente, si se compara con el modelo que ofrece el [Convenio de Viena](#)

⁸⁷ TWIGG-FLESNER (2008, p. 444).

⁸⁸ *Vid.* The Law Commission/The Scottish Law Commission, [Consumer Remedies for Faulty Goods. A Joint Consultation Paper](#), pp. 30 ss.

⁸⁹ BEALE (2009, p. 293); MICKLITZ/REICH (2009, p. 503).

(CV) sobre mercancías internacionales. En el Convenio, el comprador puede elegir el remedio que le convenga; no debe esperar a que el vendedor ponga los bienes en conformidad. Naturalmente, este tiene derecho a una segunda entrega puesto que, según el art. 48.2-4 CV, puede ofrecer la reparación o la sustitución. Sin embargo, el comprador es libre de aceptarlo. En consecuencia, los consumidores están peor protegidos en la Propuesta de directiva que los compradores profesionales en el Convenio de Viena.⁹⁰

c. Elección entre la reparación y la sustitución

Según el art. 3.2 [Dir. 99/44/CE](#), el *consumidor* puede escoger libremente entre la reparación y la sustitución. Tal disposición ha sido así reproducida en casi todos los Estados miembros.⁹¹ Por el contrario, el art. 26.2 de la Propuesta establece que es el *comerciante* quien puede escoger entre la reparación y la sustitución. En la mayoría de Estados miembros, esa regulación conduciría a una considerable reducción del nivel de protección de los consumidores, que, desde luego, en nada contribuiría a reforzar su confianza en el mercado interior.

d. Exclusión de la reparación o sustitución

No procede ninguno de esos dos remedios si el comerciante demuestra que la subsanación de la falta de conformidad mediante la reparación o la sustitución es ilícita o imposible, o le supone un esfuerzo desproporcionado. El art. 26.3, I de la Propuesta sigue de cerca al art. 3.3, I [Dir. 99/44/CE](#) pero, de nuevo, con diferencias: además de la imposibilidad y la desproporcionalidad, se refiere a la ilicitud de una y otra medida.

El art. 26.3, II establece cuándo se considera que el esfuerzo del vendedor es desproporcionado. A este respecto, la [Dir. 99/44/CE](#) es poco clara. Efectivamente, según el art. 3.3, II: “se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, *en comparación con la otra forma de saneamiento*, no sean razonables.” Esto es, se establece una necesaria comparación entre los costes de la reparación y los de la sustitución. Pero no se especifica si el vendedor puede negarse a una y otra medida cuando resulte que la reparación y/o la sustitución supongan un coste desproporcionado en relación con el valor de la cosa (desproporción absoluta).⁹² El BGH ya ha planteado una cuestión prejudicial ante el TJCE, en la que solicita que este le aclare cómo debe interpretarse el término “desproporcionado” del art. 3.3,

⁹⁰ *Idem*, LILLEHOLT (2009, p. 338).

⁹¹ *Cfr.* TWIGG-FLESNER (2008, p. 427).

⁹² Para un estado de la cuestión, *vid.* MAGNUS (2007, Art. 3 n^{os} 36 ss.); PFEIFFER (2005, p. 996 = Art. 3 Kauf-RL n^o 12); HERRESTHAL (2005, pp. 165 ss.).

II Dir. 99/44/CE.⁹³

En la Propuesta de Directiva, el vendedor puede negarse a la reparación/sustitución si la desproporción es absoluta. Según el art. 26.3, II, el esfuerzo de un comerciante es desproporcionado si le impone costes excesivos en comparación con una rebaja del precio o con la resolución del contrato, teniendo en cuenta el valor de los bienes en ausencia de falta de conformidad y la importancia de la falta de conformidad.

Las consecuencias de tal aclaración son drásticas. Generalmente, la reparación/sustitución comporta al vendedor más costes que la reducción del precio o la resolución. Eso podría significar que, en la práctica, tanto una como otra quedarían excluidas en perjuicio del consumidor.⁹⁴

e. Requisitos de la resolución

El consumidor sólo tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad no es de escasa importancia. La norma contenida en el art. 26.3, III de la Propuesta se hace eco de lo dispuesto en el art. 3.6 Dir. 99/44/CE. Sin embargo, fieles al principio de armonización mínima, algunos Estados miembros no han transpuesto el art. 3.6 Dir. 99/44/CE.⁹⁵ En consecuencia, la resolución es posible en un mayor número de casos, por lo que la Propuesta de directiva reduciría en esos países el nivel de protección del consumidor.

f. Subsanación gratuita

El art. 27.1 de la Propuesta establece que el consumidor tendrá derecho a la subsanación “gratuita” de la falta de conformidad. Eso, según el Considerando 41, se aplica a los gastos de transporte, mano de obra o material, de acuerdo con el art. 3.4 Dir. 99/44/CE. Pero es evidente que, más allá de lo dispuesto en la Dir. 99/44/CE, el citado considerando deja muy claro que el consumidor no debe compensar al comerciante por el uso de los bienes defectuosos. La Propuesta se hace eco de la STJCE, *Quelle*⁹⁶. Es algo que cabe celebrar, pero hubiera sido mejor afirmar eso mismo en el articulado y no redactarlo “a escondidas” en la Exposición de Motivos.

⁹³ Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 16 de febrero de 2009 - Gebr. Weber GmbH / Jürgen Wittmer (Asunto C-65/09); BGH, 14.01.2009, VIII ZR 70/08, *NJW* 2009, 1660.

⁹⁴ El mismo temor manifiesta TWIGG-FLESNER (2009, p. 162).

⁹⁵ En particular, la República Checa, Estonia, Portugal y el Reino Unido, *cfr.* TWIGG-FLESNER (2008, p. 434).

⁹⁶ TSJCE, Asunto C-404/06 (*Quelle*).

g. Pretensión de indemnización de daños

El sistema de indemnización de daños presenta indudables diferencias en Europa y de ahí que la [Dir. 99/44/CE](#) no ofrezca ninguna respuesta unánime a los requisitos que permiten su reclamación cuando se aprecia falta de conformidad de los bienes con el contrato.⁹⁷ Sencillamente, la norma no se ocupa de la cuestión.⁹⁸ Por eso merece especial atención el art. 27.2 de la Propuesta de directiva, en virtud del cual el consumidor podrá solicitar indemnización por cualquier daño no subsanado con arreglo al artículo 26; esto es, daños que no hayan podido ser compensados mediante la reparación/sustitución, la rebaja del precio o la resolución del contrato.

La decisión de incorporar una norma sobre indemnización de daños a nivel comunitario merece un juicio positivo. Con todo, la citada norma deja algunas cuestiones sin resolver. Si conviniéramos en que el art. 27.2 pretende una armonización plena de los daños y perjuicios, no quedaría claro cuáles son los requisitos exigibles. Por ejemplo ¿podría el consumidor exigir daños y perjuicios aunque el vendedor no conociera los daños ni debiera haberlos conocido? En otras palabras, ¿la responsabilidad es independiente de la culpa? La Propuesta no refleja suficientemente las opciones por las que se decantan tanto los ACQP como el DCFR que, claramente, optan por esto último y, en contrapartida, permiten al deudor justificar el incumplimiento en determinados casos (siguiendo, en este punto, lo dispuesto en el art. 79 CV).⁹⁹

Tampoco queda claro en la Propuesta qué daños resultarían indemnizables y cuál sería la relación entre tal pretensión y los otros medios de tutela del consumidor: ¿podría este reclamar en concepto de daños los gastos de reparación que él mismo hubiera costado cuando el vendedor se hubiere negado a la misma? ¿Qué ocurriría si el vendedor reparara o reemplazara la cosa con retraso? ¿Serían indemnizables los daños que le causara la demora? Y ¿cómo cohonestar la pretensión de daños con las reglas sobre error en los derechos nacionales? ¿Qué decir de los llamados daños consecuenciales, esto es, de los que se causan en la persona u otros bienes del comprador como consecuencia del defecto del bien? El consumidor ¿podría reclamar los daños que causara en su mobiliario la inundación que fuera consecuencia de un defecto de funcionamiento de la lavadora? ¿O es que tal indemnización debería regirse por las disposiciones de la Directiva sobre productos defectuosos? Si es que sí, entonces ¿cómo se cohonestarían estas reglas con las de la Propuesta?

Sorprende que la Comisión no se haya pronunciado sobre unas cuestiones que los Estados

⁹⁷ Para la configuración de la pretensión de daños ante la falta de conformidad, desde un punto de vista de Derecho comparado, SANDROCK (2003), pp. 291 ss.; SIVESAND (2005, pp. 81 ss.).

⁹⁸ *Vid.* art. 8.1 [Dir. 99/44/CE](#), sobre garantías en los bienes de consumo.

⁹⁹ Art. 8:401 AQCP; *Vid.* al respecto los comentarios de MAGNUS (2009, pp. 430, 432 = art. 8:401 ACQP, nos 7 y 12). Art. III.-3:701 DCFR.

miembros regulan de forma muy distinta y que, además, han dado lugar a numerosos litigios. También es de lamentar que no haya tenido en cuenta los numerosos puntos de conexión que existen entre la compraventa y la responsabilidad por productos.¹⁰⁰

Cabría plantearse si ello es así porque, en realidad, el art. 27.2 no persigue la completa armonización de la regulación de la pretensión a la reclamación de daños en los Estados miembros.¹⁰¹ Tal conclusión podría deducirse de la Exposición de Motivos, cuando afirma que la Propuesta no interfiere en conceptos más generales de Derecho contractual, como la indemnización por daños y perjuicios.¹⁰² Es, pues, posible, que el art. 27.2 sólo pretenda aclarar que, a pesar de la armonización máxima, los Estados miembros tienen legitimación para regular tal cuestión autónomamente y de la manera que tengan por conveniente.¹⁰³

8.5. Saneamiento y deber de inspección y comunicación

h. Plazo de saneamiento en caso de bienes nuevos

El art. 28.1 de la Propuesta establece un plazo de saneamiento de dos años, tal y como también prevé el art. 5.1 [Dir. 99/44/CE](#). El enfoque de armonización máxima impide establecer un plazo superior. La regulación del Reino Unido e Irlanda quedaría afectada, puesto que en ambos ordenamientos el plazo es de seis años.¹⁰⁴ En los Países Bajos, por el contrario, el saneamiento es posible durante toda la vida útil del bien; por tanto, el consumidor puede reclamar la reparación o la sustitución aunque hayan transcurrido dos años, siempre que pueda probar que en el momento de la adquisición confiaba en una duración superior.¹⁰⁵

i. Plazo de saneamiento en caso de bienes usados

En la adquisición de bienes de segunda mano, *el comerciante y el consumidor* pueden convenir un plazo de garantía más corto, que no podrá ser inferior a un año (art. 28.3 Propuesta). Por el

¹⁰⁰ Al respecto, por todos, *vid.* MAK (2009a).

¹⁰¹ Tal interpretación, en MICKLITZ/REICH (2009, pp. 507 ss.); SCHULTE-NÖLKE (2009, p. 43).

¹⁰² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, [COM\(2008\) 614 final](#), p. 8.

¹⁰³ HOWELLS/SCHULZE (2009, p. 21); MAK (2009b, p. 315); JUD/WENDEHORST (2009, p. 70 (punto 24)).

¹⁰⁴ TWIGG-FLESNER (2008, p. 446).

¹⁰⁵ LOOS (2008b, p. 119).

contrario, el art. 7.1 de la [Dir. 99/44/CE](#) establece, simplemente, un derecho de opción *para los Estados miembros*. Once Estados miembros transpusieron la directiva en el sentido de no permitir ningún plazo especial para el saneamiento de bienes usados.¹⁰⁶ Por tanto, la Propuesta conduciría a una reducción significativa del nivel de protección de los consumidores en esos países.

j. Ampliación del plazo de saneamiento en caso de reparación o sustitución

El art. 5.1 [Dir. 99/44/CE](#) no exige que el plazo de dos años vuelva a comenzar una vez producida la reparación o la sustitución. Pero, tal y como establece su Considerando 18, los Estados miembros pueden establecer la suspensión o la interrupción del período durante el cual cualquier falta de conformidad deba ponerse de manifiesto.

El art. 28.2 de la Propuesta establece claramente que el vendedor será responsable si la falta de conformidad se manifiesta en un plazo de dos años a partir del momento en que el consumidor haya adquirido la posesión material de los bienes sustituidos. Eso significa, por tanto, que el plazo de dos años empieza a contar de nuevo, tras la entrega del bien de sustitución. Cabe celebrar una disposición de estas características. Sin embargo, no se dice qué ocurre en la hipótesis de la reparación. Puesto que la Directiva parte del principio de armonización plena, tal cuestión debe ser aclarada. De otro modo podría argumentarse *a contrario* que los Estados miembros no están facultados para admitir la suspensión o interrupción del plazo en ese supuesto.

k. Deber de inspección y notificación de la falta de conformidad por parte del consumidor

En esta materia también se introducen cambios. Según el art. 5.2 [Dir. 99/44/CE](#), los Estados miembros *podrán* disponer que, para poder hacer valer sus derechos, el consumidor deba informar al vendedor de la falta de conformidad, en el plazo de dos meses, desde la fecha en que se percate de la misma. Por el contrario, en la Propuesta de la Comisión, el art. 28.4 establece que el consumidor *deberá* informar al comerciante de tal falta de conformidad, también en un plazo de dos meses a partir de la fecha en que la descubra. Se reduce, de nuevo, el nivel de protección de los consumidores, en aquellos Estados miembros que no contemplen tal deber de inspección y notificación. En la actualidad, estos son un total de nueve: Alemania, Austria, República Checa,

¹⁰⁶ Se trata de Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos y Reino Unido. *Vid.* TWIGG-FLESNER (2008, p. 430).

Francia, Grecia, Letonia, Luxemburgo, Irlanda y Reino Unido.¹⁰⁷

Existen buenas razones para prescindir de la obligatoriedad de una norma que impone una carga innecesaria al consumidor.¹⁰⁸ Efectivamente, de aprobarse la directiva, este debería probar, tras el transcurso de seis meses¹⁰⁹, que el bien adquirido ya era disconforme en el momento de la entrega (o transmisión del riesgo). Ahora bien: cuanto mayor sea el tiempo que quepa retrotraer al momento de la entrega, mucho más complicado será para el consumidor poder probar ese extremo. Por eso, en el supuesto de que lo consiga, no se ve por qué, además, debería exigírsele que previamente haya tenido que informar al vendedor de tal falta de conformidad. Ello limita excesivamente el ejercicio de su derecho a obtener el saneamiento.

8.6. Ninguna regla sobre responsabilidad directa del productor

Se ha hablado mucho sobre el tema desde que en 1993 la Comisión europea publicara el libro verde.¹¹⁰ La [Dir. 99/44/CE](#) no contempló una responsabilidad directa del productor, pero su art. 12 obliga a la Comisión a analizar si procede regularla y, en caso afirmativo, a realizar propuestas.

Tras la publicación del Libro verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo¹¹¹ y la comunicación relativa a la aplicación de la [Dir. 99/44/CE](#)¹¹², ambos en el año 2007, el debate volvía a estar servido. En el proceso de consultas llevado a cabo a lo largo de ese año, la mayoría de *stakeholders* se manifestaron en favor de la acción directa¹¹³. Lamentablemente, ello no ha

¹⁰⁷ En el Derecho belga el vendedor y el consumidor pueden pactar el deber de notificación y el plazo (en todo caso no inferior a dos meses) y las consecuencias de la ausencia de notificación. *Cfr.* RUTTEN/STRAETMANS/WUYTS (2009, p. 200).

¹⁰⁸ En el mismo sentido, LOOS (2008b, p. 120).

¹⁰⁹ *Vid.* art. 5.3 [Dir. 99/44](#), así como el art. 28.5 de la [Propuesta de Directiva](#).

¹¹⁰ Green Paper on Guarantees for Consumer Goods and After-Sales Services, COM(93) 509 final, pp. 86 ss.

¹¹¹ Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, [COM\(2006\) 744 final](#), DOUE 15.3.2007, [C 61/1](#), pp. 31 ss.

¹¹² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la aplicación de la 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, incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor, [COM\(2007\) 210 final](#), pp. 11 ss.

¹¹³ *Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis. Analytical Report on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis submitted by the Consumer Policy Evaluation Consortium*, p. 118. *Vid.* también *Commission staff working paper report on the outcome of the public consultation on the green paper on the review of the consumer acquis*, p. 14.

tenido reflejo en la Propuesta de directiva. En favor de esa regulación puede argumentarse que, en la mayoría de casos, la falta de conformidad no se produce en la esfera del vendedor final, sino en la del productor. Por ejemplo, en la hipótesis de defectos de construcción o de fabricación; pero también cuando el bien no es conforme con sus declaraciones públicas. En todos esos supuestos, lo lógico sería que el consumidor pudiera dirigirse directamente contra el productor.

Por lo demás, cada vez más Estados miembros prevén tal pretensión directa del consumidor/comprador contra el productor o terceros vendedores ajenos al contrato.¹¹⁴ Por ejemplo, Francia, Bélgica, Luxemburgo, la mayoría de países nórdicos (Finlandia, Suecia y - en el Espacio Económico Europeo - Noruega), así como - desde la transposición de la [Dir. 99/44/CE](#) - España y Portugal. Entre los nuevos Estados miembros, Letonia y Eslovenia; y Hungría se plantea introducirla. Fuera de la Unión europea, el ejemplo es Turquía.

De mantenerse la Propuesta en los términos actuales, se plantea la duda de si, a pesar del enfoque de plena armonización, los Estados miembros podrían mantener o regular *ex novo* tales acciones directas. Podría pensarse que sí, puesto que la directiva no regula las pretensiones del consumidor contra otras personas distintas del vendedor último (el productor o el mayorista, ajenos al contrato) y, por tanto, la plena armonización no se extiende a esos supuestos.¹¹⁵ Pero también podría pensarse que no, supuesto que se entienda que la Propuesta pretende que el responsable último sea el vendedor final.¹¹⁶ Tal ambigüedad requeriría un pronunciamiento aclaratorio por parte de la Comisión.

8.7. Ninguna regla sobre el derecho de regreso del vendedor final

El art. 4 [Dir. 99/44/CE](#) prevé la acción de regreso del vendedor final. Sin embargo, y sin que se explique por qué, la Propuesta de directiva omite pronunciarse sobre el tema. Sin duda, existen buenas razones en pro de una armonización europea en este ámbito. La transposición de la [Dir. 99/44/CE](#) ha propiciado una ampliación de la responsabilidad del vendedor final frente al consumidor en casi todos los Estados miembros. En muchos casos, el vendedor responde por falta de conformidad aunque esta sólo sea imputable al productor o al intermediario.

La mayoría de países permiten una acción de regreso del vendedor final contra su proveedor. Pero aunque se admita tal regreso, la situación no es satisfactoria: puede ocurrir que la pretensión del vendedor no cubra el importe de todos los daños de los que previamente haya respondido frente al consumidor y, además, puede suceder que tal pretensión ya haya prescrito, supuesto

¹¹⁴ *Vid.* con detalle, EBERS/JANSSEN/MEYER (2009).

¹¹⁵ Así, EBERS/JANSSEN/MEYER (2009, p. 73).

¹¹⁶ Así, MICKLITZ/REICH (2009, p. 509), con referencia a la STJCE, asunto C-402/03 (*Skov Æg*); LETE ACHIRICA (2009, p. 495).

que el plazo de prescripción para la reclamación frente al proveedor sea más corto que el que tiene el consumidor para reclamar frente a él. En definitiva, el regreso no siempre evita el peligro de que el vendedor último sea, también, el responsable último.

Eso es precisamente lo que trata de evitar el art. 4 [Dir. 99/44/CE](#) cuando insta a los Estados miembros a determinar quién es el/los responsable/s contra el/los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes. En aplicación de ese precepto, muchos Estados miembros han promulgado disposiciones específicas que tratan de proteger al vendedor final, aunque la regulación es bien distinta en todos ellos.¹¹⁷ A la vista de tales diferencias, sin duda hubiera sido preferible que la Comisión hubiera optado por concretar el art. 4 [Dir. 99/44/CE](#), antes que suprimir por completo su contenido.

9. Control de cláusulas abusivas

El Cap. V de la Propuesta de Directiva incluye las normas de la [Dir. 93/13/CEE](#), sobre cláusulas abusivas. También en este ámbito plantea muchos problemas el enfoque de plena armonización.

9.1. Cláusulas contractuales negociadas individualmente

El art. 3 [Dir. 93/13/CEE](#) excluye del ámbito de aplicación de la directiva las cláusulas que hayan sido negociadas individualmente. A lo largo del proceso de revisión del Derecho contractual de consumo, la Comisión volvió a preguntar en su Libro verde si era conveniente que la protección del consumidor frente a cláusulas abusivas se extendiera a las negociadas.¹¹⁸ Finalmente, la Propuesta adopta, esencialmente, las mismas previsiones que la [Dir. 93/13/CEE](#). Ahora, igual que antes, el consumidor sólo está protegido frente a cláusulas contractuales, redactadas previamente por el comerciante, o por un tercero, que aquel acepta sin poder influir en su contenido (art. 30 Propuesta).¹¹⁹ En la misma línea se sitúan también los ACQP.¹²⁰ Por el contrario, no fue posible un acuerdo entre los grupos implicados en la redacción del DCFR, de manera que el art. II.-9:403

¹¹⁷ Con detalle, EBERS/JANSSEN/MEYER (2009, pp. 41-53).

¹¹⁸ Libro verde, [COM\(2006\) 744 final](#), D1. Pero ya antes, *vid.* European Commission, The 'Unfair Terms' Directive, Evaluation and future perspectives, Brussels Conference 1-3 July 1999 (documentos del congreso), p. 93; Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, [COM\(2000\) 248 final](#), p. 14.

¹¹⁹ En cuanto a la distinta formulación de uno y otro texto, *vid.* STUYCK (2009, p. 129).

¹²⁰ *Vid.* Art. 6:101(1) ACQP, así como PFEIFFER/EBERS (2007, pp. 215 ss. = Art. 6:101, nos 7 ss.).

DCFR no resuelve la cuestión.¹²¹

En la Propuesta de directiva no queda claro si, a pesar de la armonización plena, los Estados miembros todavía tienen la posibilidad de controlar las cláusulas negociadas individualmente. Actualmente, un total de once Estados miembros permiten tal control a los tribunales u otras autoridades públicas.¹²² La Comisión europea parecía opinar que la Propuesta de directiva no debería afectar a estas regulaciones.¹²³ Pero esto es algo que debería poderse apreciar claramente en el texto articulado. Más bien lo que el Considerando 45 señala es que ya no serán posibles las normas que vayan más allá de lo señalado en el texto, esto es, que “las normas sobre cláusulas abusivas no deben aplicarse a las cláusulas que el consumidor haya aceptado en una negociación”.

9.2. Control de las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato

Existe un problema parecido a propósito de las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato: ¿pueden ser estas sometidas a un control de contenido? Según el art. 4.2 [Dir. 93/13/CEE](#), tal control está excluido cuando dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Pero muchos Estados miembros no han transpuesto esa norma,¹²⁴ lo que parece sugerir que en tales casos el control también es posible.¹²⁵ No hay nada que objetar, puesto que la [Dir. 93/13/CEE](#) adopta el principio de armonización mínima. Sin embargo, el Tribunal Supremo español ha planteado recientemente una cuestión prejudicial, preguntando al TJCE si el art. 4.2 [Dir. 93/13/CEE](#), en relación con el artículo 8 de la misma directiva, impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a la “definición del objeto principal del contrato” o “a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de

¹²¹ Vid. a este respecto la introducción a la *Outline Edition* del DCFR, VON BAR *et al.* (2009, p. 46).

¹²² Esta es la situación en los Países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Suecia), así como en Bélgica (*Loi du 14/7/1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur*), Bulgaria, la República Checa, Eslovenia, Francia, Letonia, Luxemburgo y Malta. Por el contrario, la *Loi belge de 2/8/2002, relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales*, propone un camino intermedio. Vid. al respecto, EBERS (2008a, p. 226).

¹²³ Vid. ROTT/TERRYN (2009, p. 483).

¹²⁴ Así, en Austria, Dinamarca, Eslovenia, España, Grecia, Letonia, Luxemburgo, Rumanía, Suecia.

¹²⁵ En muchos Estados miembros (como, por ejemplo, España), la falta de transposición del art. 4.2 [Dir. 93/13/CEE](#) ha generado una gran inseguridad jurídica; doctrina y jurisprudencia proponen soluciones distintas, con consecuencias que también lo son. Con exhaustividad, *vid.* CÁMARA LAPUENTE (2006).

proporcionarle como contrapartida”, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible.¹²⁶

Tales preguntas continúan teniendo pleno sentido a la vista del art. 32.3 de la Propuesta, que excluye del control de contenido a los elementos esenciales del contrato, pero no aclara si, a pesar de la política de armonización plena, los Estados miembros todavía podrían establecer un control más amplio.

9.3. Requisitos de transparencia de las cláusulas contractuales

A diferencia de la [Dir. 93/13/CEE](#), la Propuesta contiene nuevas reglas sobre la transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente. Según el art. 31.2 de la Propuesta, las cláusulas contractuales deberán ponerse a disposición del consumidor de forma que le permitan verdaderamente familiarizarse con ellas antes de celebrar el contrato, teniendo en cuenta los medios de comunicación utilizados. Tal aclaración es acertada, pero no tiene en cuenta que existen otras directivas que plantean exigencias más amplias. Así, el art. 10.3 [Dir. 2000/31/CE](#), exige que las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario estén disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas.¹²⁷

También queda sin resolver la cuestión de si el art. 31.2 contempla un presupuesto de incorporación de cláusulas.¹²⁸ Optan por tal solución tanto los ACQP¹²⁹ como el DCFR.¹³⁰

Sí que cabe celebrar que el comerciante deba obtener el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración de la prestación principal; de no ser así, el consumidor tendrá derecho a su reembolso (art. 31.3 Propuesta).

¹²⁶ Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 10 de noviembre de 2008 - Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid / Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbank), Asunto C-484/08. *Vid.* también las conclusiones de la Abogada General Trstenjak, de 29 de octubre de 2009.

¹²⁷ *Vid.* además, art. 4.2 *b* [Dir. 90/314/CEE](#), sobre viajes combinados; art. 5.1 [Dir. 2002/65/CE](#), sobre servicios financieros a distancia; art. 36, art. 41.1 y art. 44 [Dir. 2007/64/CE](#), sobre servicios de pago.

¹²⁸ Crítica a este respecto, CARBALLO (2010, pp. 13 ss.).

¹²⁹ Según el art. 6:201 ACQP, las cláusulas contractuales que no han sido negociadas individualmente vinculan a la parte que las ignoraba sólo si quien las utiliza toma medidas adecuadas para que la otra parte tome conocimiento de las mismas antes o en el momento de la conclusión del contrato.

¹³⁰ Según el art. II.-9:103 DCFR, las cláusulas propuestas por una de las partes contractuales que no han sido negociadas individualmente solo pueden ser invocadas frente a la contraparte si ésta las conocía, o si el contratante que las introduce adopta medidas razonables, antes o en el momento de concluir el contrato, para llamar la atención de la otra parte sobre las mismas.

9.4. Lista de cláusulas abusivas y procedimiento de comitología

Hasta la fecha, el Anexo de la [Dir. 93/13/CEE](#) sólo contiene “una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que *pueden* ser declaradas abusivas.”¹³¹ La perspectiva es otra en la Propuesta de directiva. Tal y como ya se ha hecho notar (*cfr. supra* 2), el Anexo II contiene una Lista negra de 5 cláusulas contractuales que se considerarán abusivas en cualquier circunstancia; y el Anexo III contempla una lista gris de 12 cláusulas presuntamente abusivas. La Propuesta va más allá de los ACQP y el DCFR. En ambos cuerpos de reglas, la lista negra contiene una única cláusula (la que otorga jurisdicción exclusiva)¹³² que, por cierto, ni siquiera aparece mencionada en la Propuesta de directiva.

La Comisión considera que los Anexos II y III sólo pueden ser modificados a través del llamado “procedimiento de comitología”. Los Estados miembros estarían obligados a notificar a la Comisión las cláusulas que las autoridades nacionales competentes consideraran abusivas y que juzgasen pertinentes a efectos de la modificación de la Directiva (art. 39.1 Propuesta). Mediante el citado procedimiento, la Comisión podría modificar los citados anexos, asistida de un “Comité sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con Consumidores”, que estaría compuesto por los representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión.¹³³

¿Cómo afectaría a los Estados miembros esta propuesta? El Anexo ha sido transpuesto en todos ellos de forma dispar.¹³⁴ En algunos países, las cláusulas del Anexo son consideradas abusivas en todo caso (lista negra).¹³⁵ En otros, por el contrario, a veces la lista es en parte negra y en parte gris.¹³⁶ Aun otros sólo incluyen una lista gris.¹³⁷ Y también los hay que no contemplan ninguna

¹³¹ Art. 3.3 [Dir. 93/13/CEE](#); la cursiva es mía. Una cláusula que contravenga el Anexo no debe considerarse necesariamente „abusiva“. Este no contiene ninguna „lista negra“ vinculante. Tal y como el TJCE decidió en el Asunto C-478/99 (*Kommission/Schweden*), nº 22, su valor es meramente “indicativo e ilustrativo”.

¹³² *Vid.* Art. 6:304 ACQP y art. II.-9:409 DCFR.

¹³³ *Vid.* art. 39.2 y art. 40 de la [Propuesta](#), así como la [Decisión 1999/468/CE](#), del Consejo, de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (DOCE 17.7.1999, L 184/23), modificada por la Decisión 2006/512/CE (DOUE 22.7.2006, L 200/11).

¹³⁴ Con detalle, SCHULTE-NÖLKE *et al.* (2007, pp. 233 ss.).

¹³⁵ Así, Austria, Bélgica, la República Checa, Eslovenia, España, Estonia, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo y Malta.

¹³⁶ Alemania, Holanda, Hungría, Italia y Portugal.

¹³⁷ Así en Chipre, Eslovaquia, Francia, Irlanda, Polonia, Reino Unido.

lista en absoluto¹³⁸ o que sólo la reproducen parcialmente.¹³⁹ En consecuencia, la Propuesta conduciría a un incremento de los estándares de protección del consumidor en algunos Estados miembros; pero si otros contemplan una lista negra con más cláusulas de las descritas en el Anexo II, en ellos el nivel de protección disminuiría. Efectivamente, puesto que la Propuesta de directiva opta por la armonización plena, es evidente que no puede haber más cláusulas abusivas que las allí relacionadas. Este problema ya ha quedado evidenciado con la transposición de la [Dir. 2005/29/CE](#), sobre prácticas comerciales desleales, que igualmente opta por ese enfoque y que también acoge una lista negra en el Anexo I, esto es, prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia. A este propósito, el TJCE ha declarado que la lista es exhaustiva.¹⁴⁰ En consecuencia, se trata de las únicas prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de las circunstancias que concurren en cada caso concreto. Lo mismo debería servir a la hora de interpretar el Anexo II de la Propuesta.

Las críticas contra la disminución de la protección del consumidor que puede comportar la regulación propuesta no se han hecho esperar.¹⁴¹

9.5. Cláusula general

Si una cláusula contractual predispuesta no contraviene ni el Anexo II ni el Anexo III, aun puede ser declarada abusiva si “en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato” (art. 32.1 Propuesta). Tal cláusula general se encuentra ya en el art. 3 [Dir. 93/13/CEE](#) y la definición transcrita es copia literal. Pero recuérdese que, a diferencia de lo que aun prevé la directiva en vigor, la Propuesta sigue el principio de armonización plena. Ello plantea graves problemas a la hora de concretar cláusulas generales como la que se acaba de reproducir (*cfr. supra* 4.2).

Porque, efectivamente, ¿cuándo existe “desequilibrio”? No se puede responder a esa pregunta sin

¹³⁸ Dinamarca, Finlandia y Suecia. Por lo menos, en estos países el Anexo fue incluido entre los materiales legislativos y, según la tradición jurídica, ello brinda una gran ayuda en la interpretación de las normas. El procedimiento es aprobado por el TJCE, Asunto C-478/99 (*Kommission/Schweden*).

¹³⁹ *Vid.* el cuadro general en EBERS (2008a, pp. 234-238). Malta sólo transpuso parte del anexo, por lo cual ha sido reprendida por la Comisión. *Vid.* Recurso interpuesto el 16 de junio de 2009, Comisión de las Comunidades Europeas/República de Malta (Asunto C-220/09), DOUE 15.8.2009, C 193/15.

¹⁴⁰ TJCE, asuntos acumulados C-261/07 y C-299/07 (*VTB-VAB NV/Total Belgium NV y Galatea BVBA/Sanoma Magazines Belgium NV*), párrafos 56 y 61. TJCE, asunto C-304/08 (*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V./Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*), párrafos 47 ss.

¹⁴¹ MICKLITZ/REICH (2009, pp. 513 ss.); ROTT/TERRYN (2009, p. 485); SCHULTE-NÖLKE (2009, pp. 44 ss.); STUYCK (2009, p. 144).

tener en cuenta el ordenamiento jurídico de cada país. La posición contractual del consumidor debe contraponerse a la que tendría si tales cláusulas no existieran, lo cual significa que las mismas deben enjuiciarse siempre en el contexto jurídico del Estado miembro del que proceden. Puesto que sólo puede apreciarse desproporción o desequilibrio “en detrimento del consumidor” cuando el derecho dispositivo le es más favorable que la cláusula cuestionada, es evidente que la plena armonización pretendida por la Comisión no puede operar en el ámbito del control de cláusulas abusivas. El derecho dispositivo no está armonizado en los Estados miembros y, por tanto, en cada uno de ellos el juicio de abusividad será susceptible de un pronunciamiento distinto. Para que la armonización pudiera ser plena, también en este ámbito, sería preciso un nivel de armonización más intenso que el actual en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos y el Derecho de bienes.¹⁴²

10. *Sinopsis y prospectiva*

A pesar de todas las críticas, la Propuesta de la Comisión apunta en la dirección adecuada. Efectivamente, la unidad del mercado interior no será posible mientras no se consiga eliminar la diversidad legislativa en el ámbito de la protección de los derechos de los consumidores y, por eso, es conveniente que se proporcionen definiciones uniformes de conceptos claves como el de “consumidor” o “comerciante”, y que se armonicen los derechos de información, de desistimiento y las garantías legales. Pero a lo largo de este trabajo se han hecho notar los muchos aspectos que todavía son susceptibles de mejora en la citada Propuesta. Tal mejora no se refiere únicamente a la necesidad de ajustar el contenido de algunos preceptos, con el fin de evitar reducir el nivel de protección del que hoy ya goza el consumidor en algunos Estados miembros, sino que también incluye la conveniencia de eliminar las diferencias de trato que actualmente existen entre las normas propuestas y los trabajos preparatorios del CFR.

En la práctica, el enfoque de la armonización plena comportará problemas, especialmente en lo que concierne a los conceptos jurídicos indeterminados que, como ya se ha explicado, deberán ser concretados por la jurisprudencia nacional. El TJCE tiene la última palabra, pero los tribunales nacionales también pueden ayudar. El esfuerzo vale la pena, si finalmente se quiere conseguir un derecho de consumo armonizado en Europa.

Por otra parte, la armonización plena encuentra un límite infranqueable en el control de cláusulas abusivas y, en concreto, en lo que respecta a la cláusula general del art. 32.1 de la Propuesta. A pesar de que la Comisión fue advertida de los problemas que ya se han tenido ocasión de

¹⁴² De ahí que KIENINGER (2009, pp. 807 ss., 812) proponga que el art. 32.1 de la Propuesta quede concretado a partir de lo dispuesto en el *Common Frame of Reference* y que así lo especifique la futura directiva en sus Considerandos. Lo rechaza enérgicamente, JANSEN (2010, p. 98), por entender que este último carece de la legitimación que proporciona el Derecho positivo.

explicar, la Propuesta los obvia por completo.¹⁴³ Efectivamente, en este ámbito no es posible y ni siquiera deseable la armonización plena. Lo primero, porque la determinación de cuándo una cláusula es abusiva no puede dejar de tener en cuenta el derecho dispositivo nacional y, hoy por hoy, éste no está todavía plenamente armonizado. Lo segundo, porque el enfoque de plena armonización puede conducir a reducir el elevado nivel de protección del que ya goza el consumidor en algunos países.

La Propuesta es susceptible de mejora y para ello todavía es preciso un intenso debate, tanto en los Estados miembros¹⁴⁴ como en las instancias europeas.¹⁴⁵

11. *Postscriptum*

Poco tiempo después de la entrega de este manuscrito a la redacción de *Indret*, Viviane Reding, Vicepresidenta y Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, que es de quien ahora depende la Directiva sobre derechos de los consumidores, decidió prescindir del principio de armonización plena, según puede leerse en las declaraciones efectuadas en Madrid, el 15 de marzo de 2010, Día europeo del Consumidor. La Comisaria propone ahora un enfoque de armonización plena específica (*targeted harmonisation*). Así, una alternativa posible, contemplada como muy probable por parte de la Comisión, es la armonización plena únicamente en los contratos a distancia; los contratos entre presentes continuarían rigiéndose por el principio de armonización mínima.¹⁴⁶

¹⁴³ Cfr. EBERS (2008a, p. 203).

¹⁴⁴ Sobre las primeras reacciones de los Parlamentos nacionales, *vid.* Parlamento europeo, “[Committee on the Internal Market and Consumer Protection, “Opinions of National Parliaments on the Proposed Directive on Consumer Rights COM\(2008\) 614”, IMCO 09-103](#)”. Para el Reino Unido, *vid.* “[Government response to the consultation document on the EU proposals for a Consumer Rights Directive](#)” (Julio, 2009).

¹⁴⁵ Cfr. Dictamen del Comité de las Regiones sobre derechos de los consumidores, DOUE 25.8.2009, [C 200/76](#); Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores», DOUE 23.12.2009, [C 317/54](#).

¹⁴⁶ *Viviane Reding*, “An ambitious Consumer Rights Directive: boosting consumers’ protection and helping businesses”, European Consumer Day 2010, Madrid, 15 March 2010, [Speech/10/91](#): “I will consider the option of more targeted harmonisation where practical. A possibility could be to go for full harmonisation rules on distance contracts and allow diverging national rules for face-to-face contracts. Workable fully harmonised rules for the online world could then pave the way for more harmonisation for off-line contracts at a later stage.” *Vid.* también Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, “[Documento de trabajo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores](#)”, COM(2008)614/3 - 2008/0196(COD) - IMCO/6/68476, Ponente: Andreas Schwab.

No es una propuesta convincente. Una armonización plena sólo para los contratos a distancia no contribuiría a eliminar la diversidad jurídica, antes al contrario, supondría perpetuar e incrementar las incoherencias tanto a nivel nacional como europeo: en función de la forma de conclusión del contrato, según fuera éste a distancia o no, existiría un tipo de armonización distinto. Ninguna razón objetiva justifica este proceder.

Efectivamente, no es pertinente plantearse la estrategia armonizadora en función de cuál sea el *modo de conclusión* del contrato; lo que debe tenerse en cuenta es, en todo caso, su *contenido*. Por ejemplo, los deberes de información o de desistimiento, en relación con los cuales, e independientemente de la forma de venta, es pertinente una armonización plena; o las condiciones generales de la contratación, materia en la que, por el contrario, la armonización plena es altamente desaconsejable y, naturalmente, también con independencia de que el contrato se concluya o no a distancia.

12. Bibliografía

ACQUIS GROUP (Research Group on the Existing EC Private Law) (2007), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Sellier European Law Publishers, München.

ACQUIS GROUP (Research Group on the Existing EC Private Law) (2009), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II*, Sellier European Law Publishers, München.

Esther ARROYO I AMAYUELAS (2008a), "La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios del Derecho contractual comunitario", en DÍAZ ROMERO *et al.* (Coordinadores), *Derecho Privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas-Thomson, Madrid, pp. 49 a 157.

Esther ARROYO I AMAYUELAS (2008b), "Los principios del Derecho contractual comunitario", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, Fascículo I, Enero-marzo 2008, pp. 219 a 239.

Esther ARROYO I AMAYUELAS/Antoni VAQUER ALOY, "Un nuevo impulso para el derecho privado europeo", *La Ley*, nº 5482, jueves, 14 de febrero de 2002.

Patrick Selim ATIYAH/John N. ADAMS/Hector MCQUEEN (2005), *The Sale of Goods*, 11ª ed., Longman UK, London.

Christian VON BAR/Eric CLIVE/Hans SCHULTE-NÖLKE (eds.) (2008), *Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Interim Outline Edition, Sellier European Law Publishers, München.

-- (2009), *Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Sellier European Law Publishers, München.

Hugh BEALE (2009), "The Draft Directive on Consumer Rights and UK Consumer Law - Where now?", en Geraint HOWELLS y Reiner SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 289 a 302.

Timothy Q. DE BOOYS/Martijn W. HESSELINK/Chantal MAK (2009), "How the CFR can improve the Consumer Rights Directive. A comparison between the model rules in the draft Common Frame of Reference and the European Commission's proposal for a Consumer Rights Directive", *Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series* No. 2009/09, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492660.

Christoph BUSCH (2008), "Welche Folgen hat die Umsetzung der Lauterkeitsrichtlinie für das Vertragsrecht?", *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 4/2008, pp. 158 a 164.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2006), *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Aranzadi, Pamplona.

Marta Carballo Fidalgo (2010), *Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores*, InDret 1/2010.

Martin EBERS (2003), "La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones de 2002", *Anuario de Derecho civil*, Tomo LVI, Fascículo IV, Octubre-Diciembre 2003, pp. 1575 a 1608.

-- (2006), "¿Quién es consumidor?", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIX, Fascículo I, Enero-marzo 2006, pp. 229 a 238.

-- (2007), "Commentary of Art. 1:201 ACQP", en ACQUIS GROUP (Research Group on the Existing EC Private Law), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 23 a 30.

-- (2008a), "Unfair Contract Terms Directive (93/13)", en Hans SCHULTE-NÖLKE/Christian TWIGG-FLESNER/Martin EBERS (eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 197 a 261.

-- (2008b), "The notion of consumer", en Hans SCHULTE-NÖLKE/Christian TWIGG-FLESNER/Martin EBERS (eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 453 a 465.

-- (2009), "¿Extinción del derecho de desistimiento de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la completa ejecución de las prestaciones?", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, Fascículo III, Julio-Septiembre 2009, pp. 1151 a 1158.

Martin EBERS y Esther ARROYO I AMAYUELAS (2006), "«Heininger» y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (Sentencia TJCE de 13 diciembre de 2001, Asunto C-481/99)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, pp. 409 a 444.

Martin EBERS/André JANSSEN/Olaf MEYER (2009), "Comparative Report", en Martin EBERS, André JANSSEN y Olaf MEYER (eds.), *European Perspectives on Producers' Liability. Direct Producers' Liability for Non-conformity and the Sellers' Right of Redress*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 3 a 73.

Horst EHMANN/Ulrich RUST (1999), "Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie", *JuristenZeitung*, 18/1999, pp. 853 a 864.

Holger FLEISCHER (2001), *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, C.H. Beck, München.

Angelika FUCHS (2008), "A Plea for a Europe-Wide Discussion of the Draft Common Frame of Reference", *ERA Forum 9/2008, Supplement 1*, pp. S1 a S6.

Stefan GRUNDMANN (2002), "Kommentierung des Art. 2 Kaufrechts-Richtlinie", en Stefan GRUNDMANN/Cesare Massimo BIANCA (eds.), *EU-Kaufrechts-Richtlinie, Kommentar*, Otto Schmidt,

Köln, pp. 131 a 165.

Beate Gsell/Hans Martin Schellhase (2009), „Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht – Ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?“, *JuristenZeitung*, 2009, pp. 20 a 29.

Bettina HEIDERHOFF/Mel KENNY (2007), “The Commission’s 2007 Green Paper on the Consumer Acquis: deliberate deliberation?” *European Law Review*, (32) 2007, pp. 740 a 751.

Carsten HERRESTHAL (2005), *Vertragsrecht*, en: Katja LANGENBUCHER (ed.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, Nomos, Baden-Baden, pp. 67 a 180.

Geraint HOWELLS/Reiner SCHULZE (2009), “Overview of the Proposed Consumer Rights Directive”, en Geraint HOWELLS y Reiner SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 3 a 25.

Geraint HOWELLS/Thomas WILHELMSSON (2003), “EC consumer law: has it come of age?”, *European Law Review*, Vol. 28, No. 3, 2003, pp. 370 a 388.

Francisco J. INFANTE RUIZ (2008), “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo”, *InDret*, 2/2008.

Nils JANSEN (2010), “Klauselkontrolle im europäischen Privatrecht. Ein Beitrag zur Revision des Verbraucheraquis”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1/2010, pp. 69 a 106.

Brigitta JUD/Christiane WENDEHORST (2009), “Proposal for a Directive on Consumer Rights – an Academic Position Paper”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2/2009, pp. 68 a 71.

Eva-Maria KIENINGER (2009), „Die Vollharmonisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – eine Utopie?“, *Rabels Zeitschrift*, (73) 2009, pp. 793 a 817.

Stefan LEIBLE (2008a), “Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument”, *Betriebsberater*, 28/2008, pp. 1469 a 1475.

Stefan LEIBLE (2008b), „Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? – Alegato a favor de un instrumento opcional“, en DÍAZ ROMERO *et al.* (Coordinadores), *Derecho Privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas-Thomson, Madrid, pp. 221 a 249.

Javier LETE ACHIRICA (2009), “La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores: *nihil novum sub sole?*”, en M.^a Paz García Rubio (Coordinadora), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río, Cizur Menor (Navarra)*, Civitas-Thomson, pp. 493 a 511.

Kåre LILLEHOLT (2009), “Notes on the Proposal for a New Directive on Consumer Rights”, *European Review of Private Law*, 3/2009, pp. 335 a 343.

Marco B.M. LOOS (2007), "The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts in European Contract Law", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1/2007, pp. 5 a 36.

-- (2008a), "Review of the European Consumer Acquis", Sellier European Law Publishers, München.

-- (2008b), "Review of the European consumer acquis", *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 3/2008, pp. 117 a 122.

Ulrich MAGNUS (2007), „Kommentierung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie“, en Eberhard GRABITZ/Meinhard HILF (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, Band IV (Sekundärrecht), A 15 (Richtlinie 1999/44/EG), München, 32. Actualización Abril 2007.

-- (2009), "Commentary of Art. 8:401 ACQP", en ACQUIS GROUP (Research Group on the Existing EC Private Law), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 427 a 433.

Vanessa MAK (2009a), "Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonisation?", *European Review of Private Law*, 1/2009, pp. 55 a 73.

-- (2009b), "The Degree of Harmonisation in the Proposed Consumer Rights Directive: A Review in Light of Liability for Products", en Geraint HOWELLS y Reiner SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 305 a 322.

Hans MICKLITZ (2009), „The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain“, en Geraint HOWELLS y Reiner SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 47 a 83.

Hans MICKLITZ/Norbert REICH (2007), "Europäisches Verbraucherrecht - quo vadis? Überlegungen zum Grünbuch der Kommission zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz vom 8.2.2007", *Verbraucher und Recht*, 4/2007, pp. 121 a 130.

Hans MICKLITZ/Norbert REICH (2009), "Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights", *Common Market Law Review*, (46) 2009, pp. 471 a 519.

Thomas M. J. MÖLLERS (2008), „Europäische Methoden- und Gesetzgebungslehre im Kapitalmarktrecht. Vollharmonisierung, Generalklauseln und *soft law* im Rahmen des Lamfalussy-Verfahrens als Mittel zur Etablierung von Standards“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3/2008, pp. 480 a 505.

Pamaria REKAITI/Roger VAN DEN BERGH, "Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach", *Journal of Consumer Policy*, (23) 2000, pp. 371 a 407.

Thomas PFEIFFER (2005), „Kommentar zur Kaufrechts-Richtlinie“, en Barbara DAUNER-LIEB/Thomas HEIDEL/Gerhard RING (eds.), *AnwaltKommentar zum BGB*, Deutscher Anwaltverlag, Bonn, pp. 971 a 1015.

Thomas PFEIFFER/Martin EBERS (2007), “Commentary on Art. 6:101 ACQP”, en ACQUIS GROUP (Research Group on the Existing EC Private Law), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 213 a 221.

Thomas RIEHM (2006), „Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht“, *JuristenZeitung*, 21/2006, pp. 1035 a 1045.

Karl RIESENHUBER (2003), *Europäisches Vertragsrecht*, de Gruyter, Berlin.

Peter ROTT/Evelyne TERRY (2009), “The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3/2009, pp. 456 a 488.

Stefan RUTTEN/Gert STRAETMANS/Daily WUYTS (2009), “Rights of Redress and Direct Producer’s Liability in Consumer Sales in Belgium: a Critical Appraisal”, en Martin EBERS/André JANSSEN/Olaf MEYER (eds.), *European Perspectives on Producers’ Liability*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 195 a 210.

Andrea SANDROCK (2003), *Vertragswidrigkeit der Sachleistung*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Hans SCHULTE-NÖLKE (2009), “Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR”, en Geraint HOWELLS y Reiner SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 29 a 46.

Hans SCHULTE-NÖLKE/Andreas BÖRGER (2008), “Distance Selling Directive (97/7)”, en Hans SCHULTE-NÖLKE/Christian TWIGG-FLESNER/Martin EBERS (eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 307 a 364.

Hans SCHULTE-NÖLKE/Christian TWIGG-FLESNER/Martin EBERS (eds.) (2008), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier European Law Publishers, München.

Andreas SCHWARTZE (2000), „Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa - Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3/2000, pp. 544 a 574.

Hanna SIVESAND (2005), *The Buyer’s Remedies for Non-Conforming Goods. Should there be Free Choice or are Restrictions Necessary?*, Sellier European Law Publishers, München.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (2008), *Principles of European Law, Sales (PEL S)*, prepared by Ewoud HONDIUS/Viola HEUTGER/Christoph JELOSCHKE/Hanna SIVESAND/Aneta WIEWIOROWSKA, Sellier European Law Publishers, München.

Jules STUYCK (2009), "Unfair Terms", en Geraint HOWELLS y Reiner SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 115 a 144.

Jules STUYCK/Evelyne TERRYIN/Tom VAN DYCK (2006), "Confidence through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in the Internal Market", *Common Market Law Review*, (43) 2006, pp. 107 a 152.

Klaus TONNER/Marina TAMM (2009), "Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht", *JuristenZeitung*, 6/2009, pp. 277 a 289.

Christian TWIGG-FLESNER (2007), "No sense of purpose or direction? The Modernisation of European Consumer Law", *European Review of Contract Law*, 2007, pp. 198 a 213.

-- (2008), "Consumer Sales Directive (99/44)", en Hans SCHULTE-NÖLKE/Christian TWIGG-FLESNER/Martin EBERS (eds.) (2008), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 407 a 451.

-- (2009), "Fit for Purpose? The Proposal on Sales", en Geraint HOWELLS y Reiner SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 147 a 176.

Edit UJVÁRI (2005), "Uniform Terminology and Modalities for Rights of Withdrawal", en: Gianmaria AJANI y Martin EBERS (eds.), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Nomos, Baden-Baden, pp. 263 a 292.

Thomas WILHELMSSON (2004), "The Abuse of the „Confident Consumer“ as Justification for EC Consumer Law", *Journal of Consumer Policy*, (27) 2004, pp. 317 a 337.

-- (2008), "Full Harmonisation of Consumer Contract Law?", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2/2008, pp. 225 a 229.

Thomas WILHELMSSON/Christian TWIGG-FLESNER (2006), "Pre-contractual information duties in the *acquis communautaire*", *European Review of Contract Law*, 4/2006, pp. 441 a 470.

Thomas WILHELMSSON/Christian TWIGG-FLESNER (2007), "Commentary of Art. 2:203 ACQP", en: ACQUIS GROUP (Research Group on the Existing EC Private Law), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 84 a 90.

Wolfgang WURMNEST (2003), "Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze - Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4/2003, pp. 714 a 744.

Reinhard ZIMMERMANN (2009), "The Present State of European Private Law", *The American*

Journal of Comparative Law, Vol. 57 (2009), pp. 479 a 512.

Fryderyk ZOLL (2009), "The Remedies for Non-Performance in the Proposed Consumer Rights Directive and the Europeanisation of Privat Law", en Geraint HOWELLS/Reiner SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 279 a 286.