

Propuesta de CCBE para una revisión de la Directiva 93/13/CE relativa a las cláusulas abusivas en los contratos concluidos con los consumidores

16/09/2016

El Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) representa a los Colegios de Abogados de 32 Estados miembros y 13 más con el estatus de países observadores, lo que implica la defensa de los intereses de más de un millón de abogados europeos. CCBE responde regularmente en nombre de sus miembros a las consultas sobre las políticas relativas a los ciudadanos y los abogados europeos.

En este documento, CCBE responde a las medidas tomadas en el marco del Programa de Adecuación y Eficacia de la Regulación (REFIT) de la Comisión Europea y que se refieren a la revisión el derecho de los consumidores de la UE («*fitness check*»). CCBE, en particular, desea expresar su punto de vista sobre una revisión eventual de la Directiva 93/13/CE relativa a las cláusulas abusivas en los contratos concluidos con los consumidores (a partir de ahora, la Directiva) para asegurar un nivel más alto de la protección y de la seguridad jurídica de los consumidores.

En este contexto, CCBE avanza las siguientes propuestas:

I. Generalidades

CCBE considera que la Directiva tendría que establecer una armonización máxima¹ antes que una mínima (artículo 8). Tal modificación contribuiría a aumentar el nivel de protección de los consumidores (artículo 114.3 TFUE) contra los riesgos inminentes y permanentes que las cláusulas estandarizadas abusivas formuladas por los profesionales plantean a los consumidores. Además, una armonización al más alto nivel suprimiría los obstáculos (nacionales) que existen en el momento actual en el seno de los diversos derechos de los consumidores que son de aplicación en los Estados Miembros en virtud del artículo 6.2 del Reglamento Roma I.

Debido a esto, CCBE considera oportuna la inclusión de un nuevo artículo en la Directiva relativo a las cláusulas abusivas en los contratos, el cual estaría encaminado a regir la inserción de cláusulas estandarizadas en un contrato individual.

¹ La delegación británica considera que la ausencia de pruebas empíricas suficientes en la materia no permite apoyar esta modificación. Por su parte, la delegación austríaca se opone fervientemente a la idea de que la Directiva deba ser modificada para pasar de una armonización mínima a una máxima. Además, la Comisión Europea debería buscar una aproximación equilibrada entre la protección de los intereses de los consumidores y los intereses de la economía.

Con el ánimo de reforzar la protección del consumidor, otra regla debería ser indicar que todo contrato y que toda cláusula objeto de negociaciones individuales entre las partes debe tener prioridad sobre toda cláusula estandarizada divergente en un contrato.

II. Cláusulas abusivas- Generalidades

El elemento principal de toda revisión necesaria de la Directiva debería recaer sobre una modificación completa² del anexo del artículo 3.3, dado que actualmente este anexo sólo implica una lista indicativa de un número limitado de cláusulas estandarizadas que pueden ser invalidadas.

La aproximación a dos niveles del artículo 3.1 (apreciación objetiva del carácter abusivo) y del artículo 4.1 (apreciación individual del carácter abusivo teniendo en cuenta las circunstancias del caso) anulan la posibilidad de que toda cláusula estandarizada deba ser mantenida.

Sin embargo, parece apropiado revisar completamente el anexo del artículo 3.3 e incorporar una lista tomando algunas cláusulas que serán siempre juzgadas como abusivas e por ello nulas (“lista negra”). Se debe establecer otra lista de cláusulas estandarizadas y servir como “lista gris”, indicando las cláusulas estandarizadas que se suponen abusivas según las circunstancias del caso.

III. La “lista negra”

La “lista negra”³ establece que las siguientes cláusulas estandarizadas son siempre abusivas:

- 1) Excluir o limitar la responsabilidad del profesional por muerte o daños personales causados al consumidor debido a una acción u omisión del operador o cualquier persona que actúe en su nombre;
- 2) Excluir o limitar la responsabilidad del profesional de los daños causados al consumidor, ya sea causado intencionalmente o por negligencia grave;
- 3) Excluir o limitar la responsabilidad del profesional en el estricto cumplimiento de cualquier obligación por parte de sus agentes autorizados;
- 4) Someter el compromiso del profesional para cumplir con sus obligaciones contractuales con consumidor a una condición específica que sólo el profesional puede realizar;
- 5) Excluir o limitar el derecho de los consumidores a tomar las medidas legales o ejercer cualquier recurso contra el profesional;
- 6) Indicar que el consumidor está obligado a resolver los conflictos mediante arbitraje o la mediación, a menos que la referencia se base en los requisitos legales existentes;
- 7) Indicar que el consumidor está obligado por una cláusula estándar que designa jurisdicción exclusiva como un tribunal donde sólo el profesional tiene su domicilio;
- 8) Dar al profesional el derecho exclusivo de determinar si se ha cumplido con las obligaciones contractuales con el consumidor;
- 9) Dar al profesional el derecho exclusivo de interpretar cualquier término del contrato;

² La delegación británica apuesta por retener una lista indicativa.

³ La delegación británica no está a favor de una lista negra, Sin embargo, si tal lista es instaurada, la delegación británica apoyará únicamente la adición de las dos primeras cláusulas propuestas, en la línea de las secciones 57 a 65 del *Consumer Rights Act 2015*.

- 10) Establecer que el consumidor quede vinculado por una cláusula del contrato pero no el comerciante;
- 11) Obligar al consumidor a pagar bienes no entregados o servicios no rendidos, ya sea total o parcialmente, eliminando o limitando el derecho de los consumidores para retractarse;
- 12) Suprimir o limitar el derecho del consumidor a compensar su obligación de pago, bajo condición de que la demanda del consumidor haya sido debidamente admitida por el profesional o que éste tenga una prueba de que la demanda es incontestable;
- 13) Desplazar la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, en los casos en los que la carga de la prueba, de conformidad con las reglas en vigor, incumba al profesional;
- 14) Imponer una cantidad de daños y perjuicios al consumidor por cualquier supuesto de incumplimiento de contrato, a menos que la cantidad sea proporcional a la cantidad real de los daños sufridos por el profesional en el curso normal de las circunstancias del incumplimiento del contrato.

IV. La “lista gris”

La lista gris enumera las cláusulas que, suponiendo que son abusivas (teniendo en cuenta las circunstancias del caso) deberían comportar las cláusulas contractuales siguientes:

- 1) Excluir o limitar indebidamente los recursos disponibles para el consumidor de acuerdo con las respectivas normas legales que deben aplicarse en caso de incumplimiento por parte del profesional;
- 2) Proporcionar al profesional el derecho de cancelar el contrato o cambiar alguna de las condiciones de forma discrecional, a menos que el mismo derecho sea concedido al consumidor;
- 3) Permitir al comerciante el poner fin al contrato por tiempo indefinido sin previo aviso razonable, a menos que se comunique a los consumidores, los motivos graves y justificados, de tal terminación;
- 4) Dejar que el profesional extienda de forma automática el término de un contrato, salvo aviso al consumidor;
- 5) Dejar que el profesional a modifique unilateralmente las condiciones del contrato, sin justa causa y sin especifica en el contrato; si el contrato tiene una duración indefinida, el profesional puede reservarse este derecho, siempre que el consumidor tenga entonces derecho a resolver el contrato con un preaviso de un mes;
- 6) Permitir al profesional que fije unilateralmente el precio de los bienes o de los servicios a la entrega o durante la duración del contrato, salvo si el consumidor tiene el derecho de retractarse o de poner fin al contrato de manera inmediata;
- 7) Permitir al profesional que aumente el precio pagado por el consumidor de cualquier bien o servicio, salvo que el consumidor tenga entonces el derecho de retirar o terminar inmediatamente el contrato;

- 8) Requerir al consumidor a cumplir el contrato cuando el comerciante no cumple con sus obligaciones;
- 9) Permitir al profesional que transmita sus derechos y obligaciones en virtud del contrato a un tercero sin el consentimiento previo por escrito del consumidor, salvo que el tercero sea una filial del comerciante, mencionado como tal en el contrato;
- 10) Permitir a un profesional, cuando el bien o servicio demandado no están disponibles, proporcionar un equivalente sin haber informado expresamente al consumidor de esta posibilidad y del hecho de que el profesional está obligado por contrato a pagar los costos que tiene el consumidor recibido, si el consumidor decide ejercer su derecho de rechazar la ejecución;
- 11) Autorizar al profesional a que se beneficie de un periodo demasiado largo o mal especificado para aceptar o rechazar una oferta;
- 12) Eliminar o restringir el derecho del consumidor para compensar su obligación de pago, siempre que la reconvencción del consumidor haya sido debidamente aceptada por el comerciante o haya evidencia de que la reconvencción es indiscutible;
- 13) Desplazar la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, en los casos en los que la carga de la prueba, de conformidad con las reglas en vigor, incumba al profesional;
- 14) Imponer una cantidad de daños y perjuicios al consumidor por cualquier supuesto de incumplimiento de contrato, a menos que la cantidad sea proporcional a la cantidad real de los daños sufridos por el profesional en el curso normal de las circunstancias del incumplimiento del contrato.

V. Consecuencias de la “lista negra”

En perspectiva a la propuesta relativa a la lista negra, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) debería estar habilitado⁴ no solamente para determinar que estas cláusulas estandarizadas son objeto de la lista negra, sino también a declarar que estas cláusulas estandarizadas son abusivas y por tanto nulas. Estos (nuevos) poderes conferidos al TJUE reforzarán el nivel de protección de los consumidores de manera considerable y contribuirán al objetivo de la armonización total.

VI. Propuesta de ampliación del campo de aplicación de los contratos de licencia para el usuario

CCBE apela a la Comisión para que amplíe el campo de aplicación de la Directiva también a la protección de las cláusulas estandarizadas de los consumidores, utilizadas comúnmente en los contratos de los proveedores de acceso a Internet, dada la importancia que toma Internet y los términos de los acuerdos de licencia de usuario final, mientras que los regímenes de protección del consumidor establecidas en el Reglamento 2016/679 y 2015/634 por el proyecto de directiva no cubren los contratos de licencia para el usuario final.

⁴ La delegación británica estima que la cuestión debería remitirse a los tribunales nacionales (ver la sección 71 del *Consumer Rights Act*) y por lo tanto no apoyará esta ampliación de los poderes del TJUE.