

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES DE 8 DE OCTUBRE DE 2008 y SU INCIDENCIA EN EL TRLCU

M. Carmen González Carrasco
Profesora Titular de Derecho Civil
UCLM

Hace poco más de un año que el legislador español culminó su peculiar labor de *compilación* de la normativa existente sobre defensa de los consumidores y usuarios que dio como resultado el RD Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LCU (en adelante, TRLCU) y otras normas de defensa de los consumidores y usuarios. Recién estrenada la norma, en este mismo centro de investigación nos preguntábamos por la utilidad real de la refundición más allá de un más simple manejo del material refundido y afirmábamos la inexistente labor de armonización de una normativa que, o bien quedaba caprichosamente fuera del TRLCU (Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, leyes 7/1995 y 22/2007, de crédito al consumo y servicios financieros a distancia) o, de resultar admitida en el mismo, permanecía con el mismo nivel de disparidad e imprecisión que padecían antes de la refundición. Tal es el caso, por ejemplo, de la pretendida armonización del derecho de desistimiento, que ni se ha generalizado a la totalidad de los contratos celebrados con consumidores, ni se ha reconocido de forma general para la totalidad de las modalidades refundidas, sino en la sección dedicada a cada modalidad de venta elegida por el legislador histórico. O de las dudas interpretativas suscitadas por la actual formulación de la lista de cláusulas abusivas contenida en los artículos 85 a 90 del TRLCU.

Lo que ahora debemos preguntarnos es cómo va a resultar afectado, o hasta qué punto podrá ser considerado como instrumento apto de transposición el RD Legislativo 1/2007, en relación con la propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores aprobada por la Comisión el pasado 8 de octubre (http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm#directive). Esta Propuesta, en aplicación del principio de subsidiariedad, viene a hacer frente a un tipo de fragmentación jurídica en materia de consumo que los Estados miembros no pueden solucionar internamente siquiera sea de una forma tan imperfecta como la expuesta. Nos referimos a la fragmentación del acervo sobre derechos de los consumidores en el seno de la Unión Europea.

La propuesta de Directiva que ahora se ha aprobado – pero que parte de la reunión de trabajo de la Asamblea General de organizaciones de consumidores celebrada en Bruselas los días 13 y 14 de noviembre de 2004- se propone un reexamen

del acervo no sectorial sobre consumidores, que procede básicamente (aunque no sólo: vgr. la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores) de cuatro Directivas: la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, y finalmente, la Directiva 85/577/CEE del Consejo, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Todas ellas tienen como común denominador su carácter de armonización mínima, lo cual ha propiciado un mosaico de veintisiete ordenamientos jurídicos nacionales que regulan de forma diferente las obligaciones de información, la articulación de los remedios contractuales frente a la falta de conformidad, así como los plazos y los requisitos formales del derecho de desistimiento. Esta diversidad¹ se percibe como una barrera afectante al mercado interior porque, junto con la natural desconfianza del consumidor ante un mercado regulado de forma fragmentada, ocasiona costes relevantes de cumplimiento - de la normativa aplicable - la del país de origen del consumidor en virtud del Reglamento Roma I- a las PYMES que desean realizar transacciones transfronterizas, de modo que la reticencia a vender a consumidores extranjeros desemboca finalmente, sea en forma de elevación del precio o simplemente en virtud de un criterio de discriminación geográfica, en la imposibilidad de acceso del consumidor a ofertas transfronterizas competitivas. Hallar un equilibrio entre un alto grado de protección de los consumidores y una competitividad empresarial real es el objetivo de esta propuesta de Directiva que, a diferencia de las que son objeto de *reexamen* y siguiendo las preferencias expresadas por el Parlamento Europeo en su Resolución de 16 de julio de 2007, **tiene carácter horizontal y está basada en una armonización plena específica.**

La armonización plena de la Propuesta alcanza a varios aspectos de la regulación del TRLCU que vamos a abordar en sus aspectos más generales, sin perjuicio de una posterior profundización.

El capítulo I, además de consagrar el principio de plena armonización, contiene las definiciones de «**consumidor**» y «**comerciante**». **En el marco de la Directiva se entenderá por «consumidor» toda persona física** (cfr. art. 3 TRLCU) que, en los contratos regulados por la misma actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión; y por «comerciante», toda persona física o jurídica que, en contratos regulados por la Directiva, 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.** El elemento finalista (el propósito con que se celebre el contrato) es determinante para convertirse en sujeto sometido a la norma, de forma más precisa que la borrosa actuación “en el marco o ámbito ajeno o propio de la actividad empresarial o profesional” a que se refiere el TRLCU en sus

¹ Un análisis de Derecho comparado sobre la aplicación del acervo sobre consumidores en los 27 Estados miembros puede encontrarse en: http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm#comp.

artículos 3 y 4. Además, el intermediario (sujeto que actúa en nombre o por cuenta del comerciante) queda asimilado a éste en cuanto a los deberes establecidos por la Directiva.

El capítulo II contiene un conjunto de informaciones que los comerciantes deben facilitar antes de celebrar un contrato con consumidores e impone una **obligación de información a los intermediarios** que celebren contratos en nombre de consumidores. Este aspecto es de máximo interés en el objetivo perseguido por la Propuesta, si pensamos que de los 150 millones de consumidores comunitarios que realizan compraventas por Internet, sólo 30 millones llegan a perfeccionar transacciones de carácter transfronterizo, sin duda desalentados por los costes de información aparejados a las mismas.

El capítulo III, **aplicable de forma conjunta a los contratos a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento, establece requisitos comunes de información específicos y regula en un mismo artículo (el 12), para ambas modalidades contractuales, el derecho de desistimiento (duración común mínima de 14 días, diferencias en su ejercicio y efectos)**. También hace referencia a un formulario normalizado de desistimiento, reproducido en el anexo I, letra B. Con ello se supera la inconsistencia de nuestro Texto Refundido que establece diferencias incomprensibles entre los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento, así como en su pretendida armonización del derecho de desistimiento, regulado de forma diferente para ambas modalidades contractuales. Además, para evitar que el comerciante reembolse a un consumidor que no ha devuelto los bienes, el consumidor debe estar obligado a **devolver los bienes a más tardar catorce días después de haber notificado al comerciante su decisión de desistir del contrato**.

El capítulo IV aclara las disposiciones de la Directiva 99/44/CE, que había dado lugar a regulaciones tan farragosas e incomprensibles como la de los arts. 118 a 122 del TRLCU. Se mantiene el principio de responsabilidad del comerciante frente al consumidor durante un periodo de dos años por falta de conformidad, que se produce si los bienes no se ajustan a lo dispuesto en el contrato una vez producido el traslado del riesgo al consumidor. Y es que la Propuesta **introduce una nueva norma (art. 23) sobre transmisión de riesgos, según la cual, sólo se transfiere al consumidor el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes cuando el consumidor o un tercero designado por él, a excepción del transportista, adquiere la posesión material de los bienes, regulando además, en el art. 22 el plazo máximo de treinta días para el cumplimiento de la obligación de entrega salvo pacto en contrario, pasados los cuales el consumidor podrá optar por el reembolso de las cantidades abonadas, que se hará efectivo en un plazo de siete días**.

Igualmente innovadora con respecto a la regulación actualmente contenida en el TRLCU (art. 119) es la norma de la Propuesta por la cual **la elección entre las dos formas de subsanación in natura de la forma de conformidad (reparación o sustitución) corresponde ahora al empresario (art. 26 de la Propuesta), quien podrá además imponer la rebaja o incluso la resolución si las dos formas de subsanación anteriores resultan ser objetivamente imposibles, ilícitas o le suponen**

un esfuerzo desproporcionado. Pero contrapartida, se introduce un remedio exportado del área jurídica anglosajona, también presente en la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 y en los Principios UNIDROIT. Se trata de que, habida cuenta de las circunstancias, el consumidor pueda adelantarse a los efectos de un incumplimiento definitivo ante la falta de confianza generada por la evidencia de un *anticipatory breach*. Según el art. 126.4, consumidor podrá recurrir a cualquier medio de subsanación disponible en virtud del apartado 1, si se da una de las circunstancias siguientes, de las cuales sólo las contenidas en las letras c) y e) estaban ya previstas en el TRLCU (art. 121):

- a) *el comerciante se ha negado de forma implícita o explícita a subsanar la falta de conformidad;*
- b) *el comerciante no ha subsanado la falta de conformidad en un plazo razonable;*
- c) *el comerciante ha intentado subsanar la falta de conformidad, causando inconvenientes significativos al consumidor;*
- d) *ha reaparecido el mismo defecto más de una vez en poco tiempo.*

No obstante el carácter de armonización plena de la Propuesta de Directiva, ésta permite a los Estados miembros decidir que el este capítulo IV no se aplique a la venta de bienes de segunda mano en subastas públicas (cfr. Art. 15.2 TRLCU).

El capítulo V desarrolla el régimen de las **cláusulas abusivas de la Directiva 93/13/CEE**. Frente al sistema establecido en el TRLCU (que parte del sistema de una cláusula caracterizada por el resultado y una lista de cláusulas negras consideradas abusivas “en todo caso” que ni agotan las posibilidades de aplicación de la regla que las fundamenta ni impiden un cotejo finalista con su justificación), la Propuesta contiene **dos listas de cláusulas abusivas**. El anexo II contiene una lista de cláusulas que se consideran abusivas en cualquier circunstancia (negras²), y el anexo III contiene una lista de cláusulas que se consideran abusivas a menos que el comerciante demuestre lo contrario (grises³), sin perjuicio de que cuando una cláusula contractual no esté incluida

² Anexo II: Las cláusulas contractuales que tengan el objeto o los efectos siguientes se considerarán abusivas en cualquier circunstancia:

- a) excluir o limitar la responsabilidad del comerciante en caso de que una acción u omisión de dicho comerciante cause la muerte o daños físicos al consumidor;
- b) limitar la obligación del comerciante de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de una condición particular que dependa exclusivamente del comerciante;
- c) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos jurídicos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones legales;
- d) restringir los elementos de prueba disponibles para el consumidor o imponerle la carga de la prueba que, con arreglo a la legislación aplicable, incumbe al comerciante;
- e) conceder al comerciante el derecho a determinar si los bienes entregados o el servicio prestado se ajustan a lo estipulado en el contrato o conferirle el derecho exclusivo a interpretar cualquiera de las cláusulas del contrato.

³ Las cláusulas contractuales que tengan el objeto o los efectos siguientes son presuntamente abusivas:

- a) excluir o limitar los derechos del consumidor en relación con el comerciante o con otra parte en caso de no ejecución total o parcial o de ejecución inadecuada por parte del comerciante de cualquiera de sus

en los anexos II o III, los Estados miembros deban garantizar que se considere abusiva si, en contra de las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 32). Estas listas se aplicarían en todos los Estados miembros y sólo podrían modificarse mediante el procedimiento de comitología previsto en la Directiva.

La incidencia de esta regulación – horizontal y plena- es relevante para nuestro sistema de cláusulas abusivas innovado en virtud del RD Legislativo 1/2007, porque, pese a la desafortunada expresión (¿o desafortunada traducción?) del art. 32 de la Propuesta (“*no obstante lo dispuesto en el art. 34...*”), ya no cabrá pensar, como hoy permiten los arts. 85 a 90 del TRLCU, que la lista de cláusulas supuestamente negras contenidas en los mismos ha de pasar para ser considerada como tal, además, por el control de resultado abusivo impuesto por el encabezamiento de cada artículo (a su vez enumerado previamente en el art. 82.2).

-
- obligaciones contractuales, incluido el derecho del consumidor a compensar una deuda con el comerciante por un crédito que tenga con él;
- b) permitir al comerciante retener una suma abonada por el consumidor si éste no celebra o ejecuta el contrato sin disponer que el consumidor tiene derecho a ser compensado con la misma suma si es el comerciante quien no lo celebra o ejecuta;
 - c) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización significativamente superior al perjuicio sufrido por el comerciante;
 - d) permitir al comerciante resolver el contrato por propia voluntad sin reconocer el mismo derecho al consumidor;
 - e) autorizar al comerciante a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin preaviso razonable, salvo si el consumidor es responsable de un incumplimiento grave del contrato;
 - f) prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo al término de cada periodo de renovación;
 - g) permitir al comerciante aumentar el precio acordado con el consumidor, si el contrato ha sido celebrado sin que el consumidor tenga derecho a su resolución;
 - h) obligar al consumidor a cumplir todas sus obligaciones aun cuando el comerciante no haya cumplido todas las suyas;
 - i) permitir al comerciante transferir sus obligaciones derivadas del contrato sin acuerdo del consumidor;
 - j) restringir el derecho del consumidor a revender los bienes al limitar la transferibilidad de las garantías comerciales ofrecidas por el comerciante;
 - k) autorizar al comerciante a modificar unilateralmente las cláusulas contractuales, incluidas las características del producto o servicio;
 - l) modificar unilateralmente las cláusulas contractuales comunicadas al consumidor en un soporte duradero por medio de cláusulas contractuales electrónicas sin acuerdo del consumidor.