

III

(Actos preparatorios)

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO

455º PLENO DE LOS DÍAS 15 Y 16 DE JULIO DE 2009

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores»*[COM(2008) 614 final — 2008/0196 (COD)]**(2009/C 317/09)*Ponente: **Bernardo Hernández BATALLER**Coponente: **Jaroslav MULEWICZ**

El 6 de noviembre de 2008, de conformidad con el artículo 95 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Consejo decidió consultar al Comité Económico y Social Europeo sobre la

«Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores.»

COM(2008) 614 final – 2008/0196 (COD).

La Sección Especializada de Mercado Único, Producción y Consumo, encargada de preparar los trabajos en este asunto, aprobó su dictamen el 22 de junio de 2009 (ponente: **Bernardo HERNÁNDEZ BATALLER**; coponente: **Jaroslav MULEWICZ**).

En su 455º Pleno de los días 15 y 16 de Julio de 2009 (sesión del 16 de Julio de 2009), el Comité Económico y Social Europeo ha aprobado por 68 votos a favor y 1 abstención el presente Dictamen.

1. Conclusiones

1.1. El CESE recomienda que la propuesta sobre derechos de los consumidores presentada por la Comisión sea reformulada en los términos contemplados en el presente dictamen, y en consecuencia debería circunscribirse, en cuanto a la armonización plena, únicamente a una armonización horizontal para las ventas fuera de establecimientos comerciales y las ventas a distancia, porque son los supuestos a los que más afecta el comercio transfronterizo.

1.2. Los apartados de la propuesta de Directiva relativos a las cláusulas abusivas y a las ventas y garantías de los bienes deberían suprimirse y retirarse, por abordar aspectos que, en el actual estado de la evolución del Derecho comunitario, no resulta procedente abarcarlos mediante una armonización plena.

1.2.1. La propuesta no presenta innovaciones en algunos aspectos relevantes como sería la asistencia postventa y las piezas de recambio, o la responsabilidad directa del productor y de las redes de distribución.

1.3. El CESE considera que la existencia de unas definiciones «comunes» puede comportar más certeza y seguridad jurídica a los operadores comerciales y a los consumidores. Para ello, la Comisión deberá eliminar las contradicciones existentes actualmente a este respecto en la propuesta.

1.3.1. El CESE solicita a la Comisión, por seguridad jurídica, que aclare en el texto de la propuesta si las definiciones contempladas están armonizadas completamente o, en su caso, los Estados miembros tienen un margen de apreciación para completar estos conceptos.

1.3.2. El consumidor europeo no puede ser visto exclusivamente desde una óptica de mercado interior o ser considerado como un agente racional en el mercado, advertido e informado, que toma sus decisiones en una pura lógica de concurrencia, pudiendo su protección resumirse a una mayor y mejor información.

1.4. El CESE quiere constatar que son las deficiencias graves sentidas al nivel de resolución de conflictos y del resarcimiento de los daños que constituyen un factor determinante, «si no el más determinante» para la falta de desarrollo del comercio transfronterizo que se desea. Sin embargo, la propuesta de la Comisión omite esta preocupación reflejada en el Eurobarómetro.

2. Introducción

2.1. La propuesta tiene su origen en un proceso de amplio debate, celebrado a nivel comunitario, sobre las posibilidades de unificación normativa en materia de contratos a partir de un «marco común de referencia» en materia contractual sobre el que la Comisión ha aprobado una Comunicación sobre derecho contractual europeo ⁽¹⁾. En la política de protección de los consumidores, también se ha realizado un debate sobre la revisión del acervo en materia de consumo que abarca tanto aspectos con carácter horizontal ⁽²⁾ como vertical ⁽³⁾, respecto a las Directivas de protección de los consumidores, existentes en materia contractual.

2.2. En el Dictamen sobre la revisión del acervo en materia de consumo ⁽⁴⁾, el CESE afirmó que la «política de protección de los consumidores no sólo forma parte de la estrategia para el mercado interior de la UE sino que constituye un elemento importante y afirmativo de la ciudadanía». Y en lo que respecta a la armonización a escala comunitaria, el Comité considera que debe tener como principio rector la adopción del nivel de protección mejor y más elevado de los que existen en los distintos Estados miembros.

⁽¹⁾ DO C 241 de 7.10.2002.

⁽²⁾ DO C 256 de 27.10.2007.

⁽³⁾ DO C 175 de 27.7.2007 y DO C 44 de 16.2.2008.

⁽⁴⁾ Ídem. nota pie de página nº 2.

3. Síntesis de la propuesta

3.1. La propuesta presentada por la Comisión tiene como antecedente directo el Libro Verde sobre la revisión del acervo relativo a la defensa de los consumidores presentado por la Comisión – COM(2006) 744 final, de 8 de febrero de 2007, el cual tenía como justificación y objetivo simplificar y completar el marco legal vigente y abarca ocho directivas relativas a la defensa de los consumidores ⁽⁵⁾. Las respuestas al Libro Verde se encuentran analizadas en el informe pormenorizado encomendado por la Comisión Europea, siendo de señalar que la mitad del total de las contribuciones recibidas tuvo su origen en el sector profesional(150), repartiéndose la otra mitad entre entidades dedicadas a la defensa de los consumidores (53), profesionales del derecho y otros (33), autoridades públicas (39) y académicos (32) ⁽⁶⁾.

3.2. La propuesta tiene cincuenta artículos divididos en siete capítulos: I) sobre el objeto, definiciones y ámbito de aplicación (artículos 1 a 4); II) Información a los consumidores (artículos 5 a 7); III) Información sobre el derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales (artículos 8 a 20); IV) Otros derechos de los consumidores específicos de los contratos de ventas (artículos 21 a 29); V) Derechos del consumidor relativos a las cláusulas contractuales generales (artículos 30 a 39); VI) Disposiciones generales (artículos 40 a 46); Disposiciones finales (artículos 47 a 50). Se suman cinco anexos, dos de los cuales relativos a cláusulas.

3.3. La Comisión desea proceder a la derogación integral (cf. art. 47) de las siguientes Directivas Comunitarias: (i) Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativa a la defensa de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; (ii) Directiva 1993/13/CEE relativa a las cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores; (iii) Directiva 1997/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la defensa de los consumidores en materia de contratos a distancia y (iv) Directiva 1999/44/CE relativa a ciertos aspectos de la venta de bienes de consumo y de las garantías relativas a la misma.

4. Observaciones generales

4.1. *Armonización plena:* La propuesta de la Comisión ha sido recibida de forma muy distinta por los diferentes agentes de la sociedad civil organizada:

4.1.1. Las asociaciones de las empresas apoyan la propuesta porque consideran que contribuye a un mejor funcionamiento del mercado interior y puede mejorar su competitividad, reduciendo las reticencias existentes a realizar transacciones transfronterizas, a la vez que reduce las cargas administrativas y los costes de cumplimiento de los comerciantes. Esto puede afectar especialmente a las PYME.

⁽⁵⁾ El proceso de revisión fue descrito en la Comunicación «El derecho europeo de los contratos y la revisión del acervo: el camino a seguir», COM(2004) 651 final, DO C 14 de 20.1.2005.

⁽⁶⁾ Trabajo Preparatorio para Valorar el Impacto de la Revisión del Acervo de Consumo/Informe Analítico GP, de 6.11.2007, elaborado por GHK/CIVIC Consulting/Bureau Van Dijk, disponible en la web de la Comisión Europea.

4.1.2. Las organizaciones de consumidores consideran que la propuesta afecta a derechos ya adquiridos, que forman parte del acervo comunitario, resultando inadmisibles la reducción de derechos de los consumidores. En general, se considera que la propuesta conlleva una reducción de los derechos de los consumidores, ya que los efectos de la armonización plena resulta excesiva y desproporcionada para los fines que pretende cumplir la propuesta, e impide los desarrollos futuros.

4.1.3. Para superar las diferentes posturas divergentes, el Comité propone:

- a) Limitar el ámbito de aplicación de la propuesta, única y exclusivamente a las ventas fuera de los establecimientos comerciales y a las ventas a distancia, al tratarse de los campos de aplicación de las transacciones transfronterizas cuyos obstáculos pretende superar y en el que la armonización plena parece más coherente. Se excluiría la armonización total respecto a las cláusulas abusivas y a las garantías en las ventas.
- b) Las definiciones comunes deberían ser abordadas en la propuesta, si bien deberían eliminarse las contradicciones existentes en la misma.
- c) Introducir otros cambios como se sugiere en el presente Dictamen.

4.2. Falta de coherencia interna de la propuesta

4.2.1. Considerada la expectativa generada con los numerosos debates, trabajos y estudios que han tenido lugar en los últimos veintitantos años sobre el Derecho contractual europeo, bien antes o de forma simultánea al Libro Verde o también por la vía y en el ámbito del proyecto paralelo del Marco Común de Referencia⁽⁷⁾, el CESE considera que la propuesta presentada por la Comisión se sitúa por debajo de lo esperado y lo deseable.

4.2.2. De un lado, el objetivo de revisión del acervo identifica ocho Directivas, cuando la Comisión, en su propuesta de revisión y de integración, se ciñe a cuatro de ellas. Por otro lado, los trabajos desarrollados en el ámbito del CFR pretendían la eliminación de las inconsistencias y la consolidación de las reglas del denominado Derecho contractual europeo en un instrumento opcional, como herramienta útil para el uso por los profesionales, los consumidores, los aplicadores del Derecho y los legisladores.

4.2.3. En este contexto, el contenido concreto que ahora se propone, aunque presenta algunos aspectos positivos, al limitarse a reunir en un único texto, encabezado por un conjunto de definiciones comunes, normas de cuatro Directivas, acaba por ser poco innovador y estructurado, sin las preocupaciones de consolidación, clarificación y perfeccionamiento que exige el elevado nivel

de protección de los consumidores a que la Unión se encuentra obligada. Además, al dejar para la legislación de los Estados miembros aspectos esenciales del régimen jurídico de las directivas modificadas, y al preferir utilizar una «directiva» en lugar de un «reglamento», la propuesta ni siquiera es coherente con el objetivo propuesto de plena armonización, que no realiza adecuadamente, dando lugar más bien a nuevas incertidumbres y diferencias de régimen en los Estados miembros.

4.2.4. El CESE tiene asumido un papel activo en materia de defensa del consumidor emitiendo frecuentemente dictámenes de iniciativa, donde tiene expresadas sus opiniones y que contienen su propio acervo comunitario sobre la protección de los consumidores en base al cual se examina ahora la propuesta presentada por la Comisión.

4.2.5. La concretización de un mercado único para las empresas y para los consumidores es un objetivo compartido por el CESE, que reconoce que existen costos transaccionales resultantes de la aplicación de las reglas en materia de protección de los consumidores en cada Estado miembro que pueden ser un obstáculo a una oferta más variada de bienes y productos en el mercado interior que beneficiarían a los consumidores. Pero la experiencia demuestra que hay otros obstáculos más importantes según los Eurobarómetros⁽⁸⁾, tales como la falta de confianza en el comercio electrónico.

4.3. Obstáculos transfronterizos

4.3.1. La Comisión parece considerar como principal obstáculo para la realización del mercado interior y, en especial, en las compras transfronterizas, por el lado de la oferta, los costes y reservas de los profesionales y, por el lado de la demanda, la falta de confianza de los consumidores. Identifica como causas de los problemas diagnosticados, la fragmentación y la diferenciación de los derechos resultantes de una armonización mínima.

4.3.1.1. Aunque las Directivas de armonización mínima fueron la herramienta más a menudo utilizada en el Derecho comunitario de consumo, el ejemplo de la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales 2005/29/CE muestran que una plena armonización es una opción reguladora que podría ir en detrimento de los derechos adquiridos por los consumidores hasta la fecha, vulnerándolos de este modo, en clara conculcación del artículo 153 del Tratado⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ Cf. COM(2007) 447 final, de 25.7.2007, Segundo informe del progreso del Marco Común de Referencia; también Resolución del Parlamento Europeo de 3 de septiembre de 2008 sobre el Marco Común de Referencia en materia de Derecho Europeo de los Contratos. Resolución del Consejo 2863 de 18 de abril de 2008, p. 18.

⁽⁸⁾ Véase Flash EB n° 298 (Protección del consumidor en el mercado interior – 2008); Flash EB n° 224 (Actitudes comerciales respecto a las ventas transfronterizas y protección del consumidor – 2008); Flash EB n° 250 – Confianza en la sociedad de la información, de mayo de 2009, así como el Informe sobre el comercio digital transfronterizo en SEC(2009) 283 final de 5.3.2009.

⁽⁹⁾ Como ha quedado demostrado en la Sentencia del TJCE de 23 de abril de 2009 (asuntos acumulados C-261/07 y C-299/07).

4.4. Competencias a nivel comunitario

4.4.1. El CESE recuerda que el origen de las políticas comunitarias para la defensa del consumidor y para la defensa de la competencia son muy diferentes.

4.4.2. Mientras que el Tratado de Roma asumía la *competencia exclusiva* de la Comunidad en materia de *política de la competencia*, se omitía la protección del consumidor como objetivo político autónomo. En realidad, aunque se habían tomado algunas medidas ⁽¹⁰⁾, el marco de esta política comunitaria fue una Resolución del Consejo como el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información de los Consumidores, que data apenas del 14 de abril de 1975.

4.4.3. La asunción de una política comunitaria de defensa del consumidor es, así pues, el resultado de múltiples y sistemáticas intervenciones de organizaciones de consumidores que fueron imponiendo a sus propios Estados miembros la adopción de este tipo de políticas de protección que la UE acabó también por reconocer.

4.4.4. Razón por la que, en materia de defensa de los consumidores, la Comunidad se encuentra delimitada entre un deber de asegurar un elevado nivel de protección de los consumidores y por una competencia *compartida y subsidiaria de los Estados miembros* ⁽¹¹⁾.

4.4.5. Las políticas de defensa del consumidor han sido seguidas por los Estados miembros, asegurando niveles de protección más elevados y medidas mantenidas, también en una óptica de intervención y de pacificación social.

4.4.6. El consumidor europeo no puede, por ello, ser visto exclusivamente desde una óptica de mercado interior o ser considerado como un agente racional en el mercado, advertido e informado, que toma sus decisiones en una pura lógica de concurrencia, pudiendo su protección resumirse a una mayor y mejor información.

4.4.7. Como ya ha sido dicho anteriormente por el CESE, cualquier propuesta que pretenda una armonización máxima en materia de defensa de los consumidores, debe centrarse en aspectos muy concretos e ir acompañada de especiales cautelas para respetar el elevado nivel de protección de los consumidores garantizado por el Tratado, respetando el principio de subsidiaridad, so pena de tener como consecuencia retardar y estancar el desarrollo de los derechos de los consumidores en cada Estado miembro.

4.5. Base jurídica

4.5.1. El CESE cuestiona del mismo modo la base jurídica presentada para la Directiva: el artículo 95 y no el artículo 153.

⁽¹⁰⁾ Ejemplo: creación de un Servicio de protección del Consumidor que solamente en 1989 se independizó de otras materias o de un Comité Consultivo de los Consumidores.

⁽¹¹⁾ Competencia compartida en la Constitución Europea, como en el Art. 169 del Tratado de Lisboa, Cf. DO C 115/51 de 9.5.2008.

4.5.2. El CESE se ha pronunciado de forma reiterada a favor de la utilización del artículo 153 del Tratado como base jurídica en las propuestas normativas relativas a la protección de los consumidores, en vez de la utilización del artículo 95 TCE que es una norma relativa al mercado interior. Sin embargo, la Comisión utiliza en todas sus últimas propuestas el artículo 95 del TCE, al considerarlo apropiado dado el carácter de mercado interior de la propuesta de Directiva.

5. Observaciones particulares

5.1. El **texto** de la propuesta se presenta globalmente complejo, con un uso excesivo de remisiones (cf. V.g. art. 3, apartados 2 y 4; art. 6, apartado 9 a); art. 10; art. 21, apartados 1 y 3; art. 28; art. 32, apartado 2 y art. 35) que dificultan su percepción y lectura, recurriendo con frecuencia a expresiones vagas o indeterminadas que producirán dificultad en la transposición. Se suma que la sistematización no siempre es comprensible (v.g. art. 45 relativo al suministro no solicitado en el Capítulo VI – Disposiciones Generales). De mantenerse en la Directiva las vaguedades mencionadas, es necesario que tanto en la Directiva como en las normas jurídicas nacionales se establezca una disposición en virtud de la cual, en caso de litigios causados por las ambigüedades, se haga una interpretación favorable al consumidor como parte más débil.

5.2. Y, además, prácticamente se omite en cuanto a las normas procesales y sancionadoras, y que siendo una consecuencia lógica de una armonización máxima, continúan siendo remitidas a los Estados miembros (cf. Considerando (58) y art. 42). Este aspecto es susceptible de generar inconsistencias significativas en la armonización. A título de ejemplo, se refiere a los casos: (i) requisitos de información (art. 5) en que se remite a los Estados miembros la fijación de las consecuencias del incumplimiento pero a través de una fórmula extraña, «en el ámbito del derecho de los contratos» dejando como duda si la fijación de las sanciones de carácter administrativo o penal serán consideradas como violación de una Directiva; (ii) las consecuencias de clasificación de una cláusula contractual como abusiva, ya que apenas se cita que éstas no vinculan al consumidor siendo los Estados miembros libres de utilizar cualquier concepto del Derecho nacional de los contratos que cumpla los objetivos (cf. Considerando 54 y art. 37), el régimen del derecho de desistimiento.

5.3. El régimen dispar de la retractación en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Este derecho, que parece derogar el *pacta sunt servanda* del derecho de obligaciones, tiene diferente naturaleza jurídica según los Estados miembros, que va desde el desistimiento unilateral hasta la resolución y la rescisión, los cuales tienen diferentes efectos jurídicos. La Comisión debería reflexionar al respecto e incluir en la propuesta un régimen coherente sobre este aspecto contractual.

5.4. Definiciones y ámbito de aplicación

El CESE considera que la Comisión deberá aclarar en el texto de la propuesta si las definiciones que contiene admiten, o no, un desarrollo complementario por los Estados miembros.

5.4.1. **Consumidor** (art. 2(1) – La definición propuesta, estando en línea con la mayoría de los textos comunitarios, omite posicionarse en cuanto a la posible extensión del concepto cuando la persona física actúa con fines mixtos ⁽¹²⁾, reconocida en muchos de los Estados miembros ⁽¹³⁾, o a ciertas personas colectivas. Esta estricta definición de consumidor, interpretada de acuerdo con la jurisprudencia del TCE y de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales, conjugada con la norma del art. 4 –que prohíbe disposiciones más rigurosas que tengan por objeto garantizar un nivel diferente de defensa de los consumidores– impide la protección de los consumidores vulnerables, categoría ésta que es permeable con los contratos cubiertos en la propuesta. Se debe señalar que la propia Directiva 2005/29/CE reconoce (art. 5, apartado 3) la existencia de consumidores vulnerables que también sería fundamental excepcionar aquí.

5.4.2. **Profesional** (art. 2 (2)). La propuesta presentada no clarifica la situación de las organizaciones sin fines lucrativos ni de los organismos públicos cuando actúen fuera del ejercicio de sus prerrogativas de autoridad pública (*iure imperium*).

5.4.3. **Bien y producto** (art. 2 (4) y (12)). La adopción de dos definiciones diferentes para bien y producto (esta última coincidente con la de la Directiva 2005/29/CE) es confusa y poco comprensible. En particular, el caso de la electricidad que pasará a ser un bien o un servicio, según sea causa de responsabilidad extracontractual o contractual, lo que naturalmente no contribuye a la consistencia del Derecho comunitario. Resulta contradictoria la exclusión de la Directiva de la electricidad, cuando sí se aplica a los objetos acumuladores de electricidad, tales como las pilas o las baterías eléctricas como sucede en muchos Estados miembros.

5.4.4. **«Contrato a distancia»** (art. 2(6)). Esta definición es más amplia que la definición formulada en la actual Directiva sobre la venta a distancia. Y esto causa problemas. La nueva definición requiere que se haga un uso exclusivo de la comunicación a distancia «para la celebración del contrato». De esta manera, muchos contratos que previamente no eran contratos a distancia, ahora sí lo serán. Dos ejemplos: en el primer ejemplo, el consumidor X entra en una tienda y habla de una posible compra, vuelve a casa y entonces llama por teléfono a la tienda para confirmar la compra. No está claro por qué es necesario ampliar la definición para incluir este ejemplo. En el segundo ejemplo, el consumidor Y recibe en su casa la visita de un vendedor y, durante la visita, el consumidor Y hace una oferta al vendedor para comprar sus productos. Esto lo hace de palabra o cumplimentando una orden de pedido. Más tarde el vendedor le comunica la aceptación por el vendedor de la oferta del consumidor Y por teléfono o por correo. En el segundo ejemplo, el contrato parece ser tanto un contrato a distancia como un contrato celebrado fuera del establecimiento.

¿Cuál de los dos es? ¿El plazo de desistimiento es de catorce días a partir de la fecha del contrato (fuera del establecimiento) o catorce días a partir de la fecha de ejecución (contrato a distancia)? No pueden solaparse las definiciones de «contrato a distancia» y «contrato fuera del establecimiento».

5.4.5. **Establecimiento mercantil** (art. 2 (9)). Se trata de otra definición cuyo real alcance parece poco perceptible. Interpretada esta definición en el Considerando 15, surge la duda siguiente: las ventas a bordo de un avión o un barco serían ventas en/o fuera de los establecimientos mercantiles?

5.4.6. **Garantía comercial**. La propuesta retoma del Libro Verde relativo a las Garantías y Servicios Posventa, la terminología «garantía comercial» (véase art. 2, apartado 18) pero ahora, sin que exista una dicotomía con la garantía legal, única cubierta por la Directiva 99/44/CE (cf. letra e) del apartado 2 del art. 1). La sustitución efectuada es susceptible de confundir a los consumidores en cuanto al real alcance de uno o de otro tipo de garantía. Debería aclararse que, en todo caso, la garantía comercial se basa en el requisito de la voluntariedad del profesional, mientras que la «garantía legal» tiene carácter imperativo.

5.4.7. **Intermediario**. Tanto la definición de intermediario (art. 2 (19)), como los requisitos especiales de información que les son aplicables (art. 7) son poco comprensibles. En efecto, o se está delante de una actuación profesional y se está sujeto a la Directiva o si éste no fuera el caso, no hay sujeción ni necesidad de reglamentación, por lo que la CESE sugiere una clarificación.

5.4.8. **Información a los consumidores**. (art. 5). En los requisitos generales de información previa al contrato se nota la apertura que se da a la no prestación de información que se desprende del texto (1. Antes de celebrar un contrato de venta o de servicios, el comerciante deberá facilitar al consumidor, «salvo que resulte evidente por el contexto», la siguiente información). El CESE considera que la redacción suscita muchas dudas y genera una gran inseguridad, por lo que discrepa de la misma.

5.4.9. En términos del Derecho Internacional Privado, tampoco está claro si deberían someterse al Reglamento «Roma I» (como sugiere el artículo 5(3) o, como violación del deber de información, someterse al artículo 12 del Reglamento «Roma II» (Considerando 30 del Reglamento «Roma II»).

5.4.10. La previsión del artículo 6-2º de la propuesta de determinar las consecuencias del deber de información con arreglo a la legislación nacional aplicable no parece razonable y dará origen a soluciones divergentes, por lo que debería armonizarse.

⁽¹²⁾ «Un consumidor es una persona física que actúa, ante todo, por motivos que no están relacionados con su comercio, empresa o profesión». En Draft Common Group of Reference (DCFR) Outline Edition, diciembre de 2008.

⁽¹³⁾ V. g. Austria, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Finlandia, Suecia, España y Portugal extendieron la noción de consumidor.

5.4.11. **Subastas.** Debería clarificarse que las subastas celebradas por los poderes públicos y de forma forzosa, en todo caso, estarán excluidas del ámbito de aplicación de la propuesta, que sí incluye los conceptos de «subasta» y «subasta pública», pero celebradas de forma voluntaria por el profesional.

5.5. *Contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia*

5.5.1. La Directiva 85/577/CEE, una de las primeras iniciativas legislativas europeas en materia de defensa del consumidor, revela un reducido nivel de distorsiones en las transposiciones nacionales, centradas en el uso de las opciones de exclusión de determinados tipos de contratos (por debajo de determinado valor o tipo de bien) o en la extensión de la protección a los consumidores posibilitada por la cláusula de armonización mínima (cf. art. 8), por lo que la armonización máxima generalmente prevista no se presenta problemática y se revela equilibrada y positiva. La Directiva 85/577/CEE se aplica sólo cuando no se ha solicitado la visita del comerciante al hogar o lugar de trabajo del consumidor. La propuesta de ampliar el ámbito de control para incluir las visitas solicitadas es aceptable, siempre y cuando se amplíen las excepciones recogidas en el art. 19(2). Entre los contratos a los que no se les aplicará el derecho de desistimiento (como en el caso de los contratos a distancia) deberían incluirse:

- a) los servicios cuya ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor, antes de finalizar el periodo de desistimiento, y
- b) el suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que puedan deteriorarse o caducar con rapidez.

5.5.1.1. Si la primera de estas excepciones no se incluye en el art. 19(2), los prestadores de servicios podrían pedir a los consumidores que deseen que se les haga un trabajo rápidamente (por ejemplo, mejoras en la cocina o un corte de pelo en casa) que esperen, al menos, catorce días. Si no se incluye la segunda excepción, un comerciante que haga bienes a medida (por ejemplo, unidades de cocina o un traje) podría negarse a empezar el contrato hasta que no hayan transcurrido, al menos, catorce días. De lo contrario, el consumidor podría desistir del contrato, dejando al comerciante con bienes invendibles.

5.5.2. En lo tocante a los contratos a distancia, aunque un análisis comparativo ⁽¹⁴⁾ no haya encontrado grandes divergencias en la transposición de la Directiva 1997/7/CE, se constata también aquí que los Estados miembros hicieron uso de las opciones y de

la cláusula mínima para instituir regímenes más favorables al consumidor. Sería positivo prever posibilidades para la protección de los consumidores en las ventas a distancia con terceros países.

5.5.3. Se pueden distinguir, con todo, las potenciales barreras en el mercado interior causadas por las diferentes listas de exenciones o por los diferentes requisitos de información impuestos a los profesionales.

5.5.4. El CESE admite la existencia de un margen de perfeccionamiento en lo que respecta al abanico de excepciones de aplicación, como la inclusión de bienes (o servicios) con valor reducido ⁽¹⁵⁾ o susceptibles de ser incluidos por causa de salud, higiene o seguridad. Es especialmente el caso de la seguridad alimentaria (cf. letra d) del apartado 1 del art. 20), donde debería efectuarse expresamente una remisión al art. 2 del Reglamento (CE) n° 178/2002 ⁽¹⁶⁾. Por lo que respecta a la excepción para los bienes (y servicios) con valor reducido, queda margen para aumentar significativamente el importe de 60 euros (en la Directiva 85/577/CEE).

5.5.5. En cuanto al **derecho de desistimiento** para estos contratos, que la propuesta uniformiza en un único plazo de catorce días, el CESE considera positiva la clarificación en la forma de contar los plazos. Sin embargo, como se ha indicado, deberían armonizarse el concepto y los efectos de este derecho.

5.5.6. El CESE cuestiona igualmente la conveniencia del establecimiento de la regla de **responsabilidad del consumidor** prevista en el art. 17, apartado 2 (El consumidor sólo será responsable de la disminución del valor de los bienes resultante de una manipulación distinta a la necesaria para comprobar la naturaleza o el funcionamiento de los bienes), pues entiende que la misma será generadora de dudas y de potenciales problemas de prueba con los que se vayan a encontrar los consumidores.

5.5.7. Sin perjuicio de la necesaria mejora de las reglas ahora propuestas, el CESE ⁽¹⁷⁾ consideraría interesante que la armonización máxima propuesta quedara circunscrita únicamente a estas dos Directivas, reglamentando los métodos de venta con un mayor potencial de ser transfronterizos.

⁽¹⁴⁾ Cf. EC Consumer Law Compendium – Análisis comparativo, editado por Prof. Hans Schulte-Nölke en cooperación con el Dr. Christian Twigg-Flesner y el Dr. Martin Ebers, febrero de 2008, preparado para la Comisión Europea bajo el contrato de servicio n° 17.020100/04/389299: «Annotated Compendium including a comparative analysis of the Community consumer caquis».

⁽¹⁵⁾ Cf. Art. 3, apartado 1 de la Directiva 85/577/CE, opción que fue ejercida por 18 Estados miembros.

⁽¹⁶⁾ Reglamento (CE) N° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2002 por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria (DO L 31, 1.2.2002, p. 1).

⁽¹⁷⁾ DO C 175 de 27.7.2007 y DO C 162 de 25.6.2008.

6. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores

6.1. La materia que se rige actualmente por la Directiva 1993/13/CEE se encuentra concentrada en el Capítulo V y anexos II y III, aunque el CESE considera -conforme a los propios estudios de la Comisión- que no debería abordarse esta materia en la propuesta sometida a examen, debiéndose retirar de la misma, pues la armonización total en esta materia, en el estado actual de la evolución del Derecho comunitario, provocará seguramente disfunciones en los ordenamientos jurídicos nacionales de los distintos Estados miembros.

6.1.1. No obstante, si la Comisión no retirase íntegramente toda la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, el CESE formula las observaciones siguientes:

6.1.1.1. Se trata, como es sabido, de un contenido nuclear del derecho de los contratos que, antes de la adopción de la Directiva, se encontraba reglamentado en parte de los Estados miembros.

6.1.1.2. El análisis comparativo de su transposición muestra que, en su gran mayoría, los Estados miembros hicieron uso de la cláusula de armonización mínima (art. 8), disponiendo hoy en día de regímenes más favorables para los consumidores que los establecidos en la Directiva. Y siendo ésta, precisamente, una materia en la que el estado actual de desarrollo desaconsejaba una armonización plena ⁽¹⁸⁾.

6.1.1.3. Sería, por lo tanto, de esperar que la propuesta presentada avanzando como un hecho por la revocación de la Directiva en vigor pudiese no únicamente igualar los niveles más altos de transposición, sino que también viniese a clarificar los diversos puntos ambiguos, que tienen dividida la doctrina y la jurisprudencia.

6.1.1.4. Es, desde luego, el caso de la relación entre el principio de la buena fe y el criterio del desequilibrio de las prestaciones, patente en el art. 3, apartado 1 de la actual Directiva y mantenido casi inalterado en el art. 32, apartado 1 de la propuesta en cuanto a las consecuencias de la violación de los requisitos de transparencia regulados ahora en el art. 31.

6.1.1.5. En cuanto al ámbito de aplicación, nótese la introducción de una particular restricción en detrimento de los consumidores. En efecto, en cuanto la presente propuesta abarca exclusivamente las cláusulas contenidas en los contratos escritos (*«redactadas previamente»* según expresado en el Art. 30, apartado 1), imponiendo a los Estados Miembros que se abstengan de *imponer requisitos de presentación sobre la forma cómo las cláusulas contractuales deben ser expresadas o puestas a disposición del consumidor*, la actual Directiva se aplica también a los contratos verbales (cf. Resulta del Art. 5 de la Directiva 93/13/CEE), tal como es en parte de los Estados miembros.

6.1.1.6. En verdad, el CESE considera que el mantenimiento del actual régimen con la institucionalización de un Comité y de un sistema de registro de las cláusulas declaradas abusivas por las autoridades nacionales, constituyen un paso suficiente para la información sobre cláusulas abusivas, de gran utilidad para los profesionales teniendo en cuenta la reducción de los costes de conformidad, así como para los que aplican el Derecho y los consumidores.

6.1.1.7. La materia de las cláusulas abusivas en los contratos es horizontalmente aplicable a todos los contratos celebrados con los consumidores y también, en muchos casos, a los contratos celebrados entre profesionales. El CESE considera que la propuesta de la Comisión tendrá, en este punto, impactos muy significativos y negativos a nivel del Derecho contractual en general y de la protección de los consumidores en particular, en todos los Estados miembros.

7. Ciertos aspectos de la venta de bienes de consumo y de las garantías relativas a la misma

7.1. El CESE considera improcedente la inclusión de esta materia en la Directiva, y solicita su retirada de la propuesta, por no aportar ningún valor añadido esta intervención comunitaria, ni comportar un elevado nivel de protección a los consumidores.

7.2. La Directiva 1999/44/CE permitió a los Estados miembros adoptar o mantener medidas de mayor protección a las consumidores que se tradujeron en normas nacionales diferentes.

7.3. En este caso se verifica la inexistencia de tendencias de transposición significativas en cualquier sentido ⁽¹⁸⁾ porque, sin excepción, todos los Estados miembros poseían ya una reglamentación previa aplicable a los aspectos de los contratos de compra y venta de bienes de consumo regulados por la Directiva.

7.4. Al tratar sobre la transmisión del riesgo (Art. 23) la propuesta intenta solucionar las divergencias surgidas en lo referente al concepto de entrega y, en consecuencia, el profesional pasa a responder ante el consumidor a partir del momento en que dicha transferencia de riesgo tiene lugar (Art. 25) o que se pueda traducir en un perfeccionamiento benéfico y clarificador.

7.5. La fijación de un plazo general de entrega de los bienes se considera incoherente salvo para determinados tipos de ventas (fuera de establecimiento comerciales o venta a distancia), pues resulta desproporcionado que el artículo 22 de la propuesta establezca que el comerciante entregará los bienes en un plazo de treinta días a partir de la fecha de celebración del contrato.

7.6. Sin embargo, al haber suprimido la opción de los Estados miembros para establecer un plazo de presunción de conformidad con lo previsto en la actual Directiva y fijando ahora un plazo único de seis meses, la propuesta reduce los derechos de los consumidores en la medida en que hará recaer sobre ellos la prueba de la existencia de los defectos que surjan posteriormente.

⁽¹⁸⁾ Cf. EC Consumer Law Compendium – Análisis comparativo, editado por Prof. Hans Schulte-Nolke en cooperación con el Dr. Christian Twigg-Flesner y el Dr. Martin Ebers, febrero de 2008, preparado para la Comisión Europea bajo el contrato de servicio n° 17.020100/04/389299: «Annotated Compendium including a comparative analysis of the Community consumer caquis».

7.7. De igual modo, respeto al plazo y carga de la prueba por falta de conformidad al adoptar la propuesta de Directiva como regla la obligatoriedad de denuncia, existirá, en la práctica, una reducción del plazo de garantía al plazo de esta denuncia en todos los Estados miembros que no hayan optado por este mecanismo, como se desprende del contenido de los apartados 4° y 5° del artículo 28.

8. Carencias procesales

8.1. La propuesta contiene en su articulado una serie de preceptos de carácter procesal, tales como la carga de la prueba o la legitimación activa, que deberían ser objeto de más concreción, para

tener una regulación procesal coherente. Se echa de menos una regulación respecto a la posibilidad de adoptar medidas cautelares, de acumulación de la acción inhibitoria con la acción de reparación o la publicación de las sentencias.

8.2. Respecto a las acciones colectivas, el CESE se remite a lo expresado recientemente al respecto ⁽¹⁹⁾.

Bruselas, 16 de julio de 2009.

El Presidente
del Comité Económico y Social Europeo
Mario SEPI

⁽¹⁹⁾ DO C 162 de 25.6.2008.