

Asunto C-287/19**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

5 de abril de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria)

Fecha de la resolución de remisión:

25 de enero de 2019

Parte demandada y recurrente en casación:

DenizBank AG

Parte demandante y recurrida en casación:

Verein für Konsumenteninformation

Objeto del procedimiento principal

Protección de los consumidores — Control de transparencia — Validez de las cláusulas que contienen una ficción de consentimiento y por las que se transmite al usuario del servicio de pago el riesgo de responsabilidad por pagos no autorizados — Aplicabilidad de la excepción del artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2015/2366

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial:

Interpretación de la Directiva 2015/2366/UE y del artículo 267 TFUE

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Debe interpretarse el artículo 52, punto 6, letra a), en relación con el artículo 54, apartado 1, de la Directiva 2015/2366/EU (Directiva sobre servicios de pago), con arreglo a los cuales se considera que el usuario de

- servicios de pago ha prestado su consentimiento a una modificación de las condiciones contractuales si no notifica su rechazo al proveedor de servicios de pago con anterioridad a la fecha propuesta para la entrada en vigor de las modificaciones, en el sentido de que es posible pactar con un consumidor sin limitación alguna una ficción de consentimiento para todas las condiciones contractuales imaginables?
- 2.a) ¿Debe interpretarse el artículo 4, punto 14, de la Directiva 2015/2366/EU en el sentido de que la función NFC de una tarjeta bancaria multifuncional personalizada, con la cual se realizan pagos de escasa cuantía con cargo a la cuenta asociada del cliente, constituye un instrumento de pago?
- 2.b) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 2.a):
- ¿Debe interpretarse el artículo 63, apartado 1, letra b), de la Directiva 2015/2366/EU, sobre la excepción para los pagos de escasa cuantía y el dinero electrónico, en el sentido de que un pago de escasa cuantía sin contacto mediante el uso de la función NFC de una tarjeta bancaria multifuncional personalizada debe considerarse un uso anónimo del instrumento de pago a efectos de dicha excepción?
- 3) ¿Debe interpretarse el artículo 63, apartado 1, letra b), de la Directiva 2015/2366/EU en el sentido de que un proveedor de servicios de pago solo puede invocar dicha excepción si se acredita que el instrumento de pago, conforme al estado objetivo de la técnica, no se puede bloquear o no se puede impedir que se siga utilizando?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Directiva 2015/2366/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (DO 2015, L 337, p. 35), en particular sus artículos 4, punto 14; 52, 54 y 63

Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) (DO 2002, L 108 p. 51), en particular su artículo 20, apartado 4

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Zahlungsdienstegesetz (Ley de servicios de pago; en lo sucesivo, «ZaDiG»), en particular sus artículos 4, punto 14; 48, 50 y 57

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austriaco; en lo sucesivo, «ABGB»), especialmente su artículo 879, apartado 3

Konsumentenschutzgesetz (Ley de protección de los consumidores; en lo sucesivo, «KSchG»), en particular su artículo 6, apartado 3

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 El demandante es una asociación que goza de legitimación activa con arreglo a la Ley de protección de los consumidores austriaca para la defensa de los intereses de los consumidores. La demandada desarrolla la actividad bancaria en todo el territorio nacional y, en sus operaciones con consumidores, aplica condiciones generales de contratación y formularios de contrato, entre otros servicios, para el uso de tarjetas de pago dotadas de la función NFC (*Near Field Communication*).
- 2 Con estas tarjetas de pago de la demandada, en las cajas que dispongan del dispositivo técnico necesario, se pueden efectuar pagos de hasta 25 euros sin contacto y sin introducir un código PIN. El pago de importes superiores exige una identificación adicional mediante dicho código. La función NFC de las tarjetas bancarias se activa automáticamente la primera vez que el cliente utiliza la tarjeta.
- 3 Para el procedimiento prejudicial son de relevancia las siguientes cláusulas de las mencionadas condiciones generales de contratación de la demandada:

Cláusula 14:

«Modificación de las directrices de clientes: Las modificaciones de dichas directrices de clientes se propondrán al cliente, a más tardar, dos meses antes de la fecha prevista para su entrada en vigor. Se considerará que el cliente acepta las modificaciones y que estas han sido acordadas entre las partes si aquel no comunica su oposición a DenizBank AG con anterioridad a la fecha prevista para la entrada en vigor de las modificaciones. La mencionada propuesta de modificación se comunicará al cliente por escrito o, cuando así lo haya aceptado, en otro soporte duradero. En su propuesta de modificación, DenizBank AG advertirá e informará al cliente de que su falta de respuesta en el sentido anteriormente indicado se considerará una aceptación de la modificación. Por otro lado, DenizBank AG publicará en su página de Internet una comparación entre la versión antigua y la modificada de las disposiciones de las directrices de clientes afectadas, comparación que remitirá también al cliente. En el caso de las empresas, bastará con poner la oferta de modificación a su disposición para su consulta en una forma acordada con la empresa. Cuando se prevea una modificación de este tipo de las directrices de clientes, el cliente consumidor tendrá derecho a rescindir gratuitamente y con efecto inmediato sus contratos marco de servicios de pago (en particular, el contrato de cuenta corriente) antes de la entrada en vigor de las modificaciones. En su propuesta de modificación, DenizBank AG informará al cliente también de esta posibilidad.»

Cláusula 15:

«Falta de necesidad de acreditar la autorización: Dado que la finalidad de los pagos de escasa cuantía sin la introducción de un código personal consiste en simplificar el proceso de pago sin necesidad de autorización, DenizBank AG no estará obligada a acreditar que el pago ha sido autorizado, debidamente registrado y contabilizado y que no se ha visto afectado por problemas técnicos u otras incidencias.»

Cláusula 16:

«Ausencia de responsabilidad en caso de pagos no autorizados: Dado que al utilizar la tarjeta de referencia para pagos de escasa cuantía sin introducción de un código personal DenizBank AG no puede acreditar que el pago ha sido autorizado por el titular de la tarjeta, en caso de un pago no autorizado DenizBank AG no está obligada a reembolsar el importe de la operación no autorizada ni a restituir la cuenta correspondiente al estado en que se encontraría si no se hubiese producido el pago no autorizado. Asimismo, queda excluida cualquier otra reclamación frente a DenizBank AG, siempre que concurra negligencia leve por parte de DenizBank AG.»

Cláusula 17:

«Advertencia: El titular de la cuenta asume el riesgo de un uso indebido de la tarjeta de referencia para pagos de escasa cuantía sin introducción de un código personal.»

Cláusula 18:

«Imposibilidad de bloqueo de la tarjeta de referencia para pagos de escasa cuantía en caso de extravío: Técnicamente no es posible bloquear la tarjeta de referencia para pagos de escasa cuantía. En caso de extravío (pérdida, robo) de la tarjeta de referencia y pese a realizarse el bloqueo con arreglo al punto 2.7 será posible seguir efectuando pagos de escasa cuantía sin la introducción de un código personal, hasta un importe de 75,00 euros. Estos importes no serán reembolsados. Al tratarse de pagos de escasa cuantía en el sentido del artículo 33 de la ZaDiG (Ley de servicios de pago), siendo posibles únicamente pagos por importe de hasta 25 euros y sin posibilidad de bloquear la tarjeta de referencia para pagos de escasa cuantía sin la introducción de un código personal, no será de aplicación el artículo 44, apartado 3, de la ZaDiG.»

Cláusula 19:

«Salvo disposición expresa en contrario en el punto 3 en relación con los pagos de escasa cuantía, a estos también serán de aplicación las disposiciones del punto 2 (servicio de tarjeta).»

- 4 El tribunal de primera instancia estimó la demanda en lo que respecta a las cláusulas 14 a 19. En su opinión, la cláusula 14 era manifiestamente abusiva. Asimismo, consideró que no se cumplían los requisitos para la aplicación del régimen excepcional para los instrumentos de pago de escasa cuantía, ya que la tarjeta de referencia podía utilizarse también para otros pagos. La función adicional del pago sin contacto y sin autenticación no puede considerarse siquiera un instrumento de pago.
- 5 El tribunal de apelación se adhirió a esta interpretación. En su opinión, si se atiende solo a la función de pago sin contacto, no se trata del uso de un instrumento de pago, sino que se ha de considerar como una operación con tarjeta de crédito realizada fuera de un establecimiento. Así lo demuestra el hecho de que la función NFC, que no precisa de la introducción de un PIN, se active automáticamente para compras de escasa cuantía, a diferencia de lo que ocurre con un «monedero electrónico». Además, la tarjeta de crédito utilizada en operaciones NFC no es anónima, sino que está personalizada y protegida con un código personal.

Principales alegaciones de las partes en el litigio principal

- 6 El demandante alegó que las cláusulas eran nulas. En su opinión, la cláusula 14 puede aplicarse también a las prestaciones principales y es manifiestamente abusiva y carente de transparencia. La función de pago NFC asociada a una tarjeta bancaria no está sujeta al régimen excepcional para instrumentos de pago de escasa cuantía y dinero electrónico.
- 7 La demandada alegó que la cláusula 14 era conforme con las exigencias legales. En su opinión, las distintas funciones de pago de la tarjeta se han de valorar por separado.

Breve exposición de los motivos de la remisión

- 8 En su recurso de casación, la demandada argumentó que la cláusula 14 cumplía literalmente con las exigencias de la Directiva y de la ley, por lo que no debía ser sometida a ningún otro control de adecuación y transparencia. En un negocio de masas es indispensable para la seguridad jurídica contar con la posibilidad de acordar con los consumidores tal ficción de consentimiento, ya que no es posible obtener una declaración expresa de consentimiento de la mayoría de los clientes. La limitación de esta posibilidad a determinadas condiciones contractuales o la exigencia de describir con antelación todas las posibles modificaciones cubiertas por la ficción del consentimiento de manera tan detallada que las cláusulas cumplan un estricto principio de transparencia resulta excesiva e impone unas exigencias imposibles de cumplir en la práctica a la redacción de las condiciones generales de contratación.

- 9 Por su parte, el Oberster Gerichtshof ya ha declarado reiteradamente que una cláusula de ficción del consentimiento no es automáticamente válida por cumplir las exigencias formales, sino que las cláusulas de modificación contractual que posibilita se someten además al control previsto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO 1993, L 95, p. 29) y a su aplicación nacional (artículo 879, apartado 3, del ABGB y artículo 6, apartado 3, de la KSchG).
- 10 Conforme a esta interpretación, las modificaciones contractuales de mayor alcance, que afecten a los fundamentos de las relaciones jurídicas entre las partes, no pueden realizarse mediante una ficción del consentimiento: si una cláusula permite modificaciones prácticamente ilimitadas a favor del empresario y en contra del consumidor mediante una simple ficción de consentimiento, debe considerarse manifiestamente abusiva. Por otro lado, la jurisprudencia considera que una cláusula carece de transparencia cuando no solo no se especifica qué servicios puede restringir el proveedor de servicios de pago mediante un consentimiento ficticio, sino que tampoco se aclara en qué medida pueden modificarse las retribuciones cobradas al consumidor. En cambio, sería admisible que la facultad de modificación se concretase, por ejemplo, en el sentido de que comprendiese las modificaciones debidas a cambios legislativos o por mandato gubernamental o judicial, las realizadas en beneficio del usuario o estableciese los objetivos propuestos para determinados ámbitos.
- 11 A esta jurisprudencia subyace la idea de que la ficción contractual del consentimiento en la práctica, pese al derecho formal de oposición, constituye una facultad de modificación unilateral por parte del empresario, ya que la experiencia demuestra que los consumidores casi nunca responden a las ofertas de modificación.
- 12 Los artículos 48, apartado 1, punto 6, letra a), y 50, apartado 1, de la ZaDiG de 2018, regulan, de conformidad con el tenor de la Directiva 2015/2366, la información que debe proporcionar el empresario y las advertencias que ha de hacer respecto a las modificaciones previstas, *siempre que* exista un acuerdo sobre la ficción del consentimiento. En opinión del Oberster Gerichtshof, esta formulación presupone la existencia de tal acuerdo, pero no regula su contenido. Por lo tanto, la Directiva no permite directamente al proveedor de servicios de pago, a diferencia del proveedor de servicios de telecomunicación con arreglo al artículo 20, apartado 4, de la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, acordar una posibilidad de modificación unilateral mediante una ficción del consentimiento para todas las condiciones generales de contratación imaginables.
- 13 Con una única ficción del consentimiento ilimitada sería posible en todo momento aplicar a los clientes sin ninguna limitación modelos contractuales desfavorables para ellos y, ante su falta de respuesta a prolijos textos contractuales, confiar en

que no entiendan sus consecuencias o en que asuman la modificación como una alternativa aparentemente única a una rescisión del contrato.

- 14 El Oberster Gerichtshof ha visto confirmado este punto de vista por el considerando 63 de la Directiva 2015/2366, que presenta el siguiente tenor: «A fin de garantizar un elevado nivel de protección del consumidor, los Estados miembros deben estar facultados, en interés de los consumidores, para mantener o establecer restricciones o prohibiciones en lo que respecta a la modificación unilateral de las condiciones del contrato marco, por ejemplo si no hay razones que justifiquen la modificación.»
- 15 Con arreglo al artículo 63, apartado 1, letra b), de la Directiva 2015/2366, en caso de instrumentos de pago que, con arreglo al contrato marco, solo afectan a operaciones de pago individuales hasta un máximo de 30 euros, tienen un límite de gasto de 150 euros o bien permiten almacenar fondos que no exceden en ningún momento la cantidad de 150 euros, los proveedores de servicios de pago podrán convenir con sus usuarios de servicios de pago en que no se apliquen los artículos 72, 73 ni el artículo 74, apartados 1 y 3, si el instrumento de pago se utiliza **de forma anónima** o el proveedor de servicios de pago es incapaz, por otros motivos intrínsecos del propio instrumento de pago, **de demostrar** que la operación de pago ha sido **autorizada**.
- 16 En el procedimiento principal se plantea la cuestión previa de si la función NFC de una tarjeta personalizada constituye un instrumento de pago a efectos del artículo 4, punto 14, de la Directiva 2015/2366. El Oberster Gerichtshof considera que sí.
- 17 Por otro lado, es preciso aclarar cuándo un instrumento de pago se utiliza de forma anónima.
- 18 Conforme al tenor del artículo 63, apartado 1, letra b), de la Directiva 2015/2366, se ha de considerar que la utilización «de forma anónima» del instrumento de pago y «otros motivos intrínsecos del propio instrumento de pago» tienen en común que el proveedor de servicios de pago no puede demostrar que la operación de pago no ha sido autorizada.
- 19 No resulta evidente que tal demostración sea realmente imposible en el caso del uso de una tarjeta bancaria personalizada sin PIN, a efectos de la Directiva. A este respecto cabe preguntarse en qué medida la posesión de la tarjeta acredita el poder de disposición.
- 20 En el procedimiento principal, las cláusulas controvertidas contienen también excepciones basadas en el artículo 63, apartado 1, letra a), de la Directiva 2015/2366. A este respecto no está claro si técnicamente es posible bloquear la tarjeta bancaria para pagos de escasa cuantía o si realmente esta posibilidad técnica es relevante. En otras palabras, se ha de aclarar si el proveedor de servicios de pago está facultado para no explotar al máximo las posibilidades técnicas y, en

lugar de ello, trasladar al usuario del servicio de pago el riesgo de responsabilidad por los pagos no autorizados.

DOCUMENTO DE TRABAJO