

LOS CONTRATOS A DISTANCIA Y CELEBRADOS FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL TRAS LA DIRECTIVA 2011/83/UE. RELACIÓN CON LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA DIRECTIVA DE SERVICIOS¹

Ana I. Mendoza Losana

Profesora Contrata Doctora de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Este trabajo expone las novedades en el régimen de los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento mercantil introducidas por la nueva Directiva 2011/83/UE. Se presta especial atención a los deberes de información impuestos por la nueva Directiva y su relación con los derivados de la Directiva 2000/31/CE (Directiva de comercio electrónico) y la Directiva 2006/123/CE (Directiva de servicios).

Palabras clave: contratos a distancia; contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil: contrato electrónico, contrato telefónico; información precontractual, confirmación del contrato, soporte duradero; consumidores; potestades de los Estados miembros.

Title: Distance and off-premises contracts after the Directive 2011/83/UE. Connection with requirements contained in Directive 2006/123/EC (electronic commerce) and Directive 2000/31/EC (services directives).

Abstract: This paper is dedicated to analyse the changes in the regime of distance and off-premises contracts introduced by the new Directive 2011/83/UE. Special attention is paid to the information and formal requirements laid down in this new Directive and its relation to derivatives of Directive 2000/31/EC (Directive on electronic commerce) and Directive 2006/123/EC (Services Directive).

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

Keywords: distance contracts, off-premises contracts: electronic contract, contract concluded by telephone; contractual information, confirmation of the contract, durable medium; consumers; competences of the Member States.

Sumario: 1. OBJETO; 2. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN CONTRATOS A DISTANCIA Y FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL; 2.1. Contenido de la información precontractual. Breve síntesis; 2.2. Ámbito de aplicación; 2.3. Soportes sobre los que facilitar información precontractual y confirmación del contrato; 2.3.1. *Contratos fuera de establecimiento mercantil*; 2.3.2. *Contratos a distancia*; A) *Particularidades de los contratos electrónicos*; B) *Particularidades de los contratos telefónicos*; C) *Contratos por medio de técnicas con espacio o tiempo limitado para facilitar información*; 3. RELACIÓN CON LOS DEBERES INFORMATIVOS DERIVADOS DE LAS DIRECTIVAS DE SERVICIOS Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO. POTESTADES DE LOS ESTADOS; 3.1. Deberes de información adicionales a los exigidos por otras Directivas; 3.2. Prevalencia de la nueva Directiva; 3.3. ¿Cuándo la Directiva 2011/83 entra en conflicto con la Directiva de servicios y/o la Directiva de comercio electrónico?; 3.4. En conclusión, ¿cuáles son las potestades de los Estados respecto a la regulación de los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil?; 4. OTRAS NOVEDADES RELATIVAS A LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS A DISTANCIA Y FUERA DE ESTABLECIMIENTO; 4.1. Medios de pago y gastos asociados; 4.2. Entrega, transporte y transmisión del riesgo de pérdida de bienes.

1. OBJETO

Pretende este trabajo exponer las novedades en el régimen de formación, perfección y ejecución de los contratos a distancia y de los celebrados fuera de establecimiento mercantil introducidas por la nueva Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, de derechos de los consumidores que deroga las Directivas 85/577/CEE y 97/7 a partir del 13 de junio de 2014, centrando la atención en los deberes de información impuestos por la nueva Directiva y su relación con los derivados de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva de comercio electrónico)² y la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios)³.

Como presupuesto de partida, se ha de advertir que la nueva Directiva no regula aspectos generales del Derecho contractual nacional, de modo que no afecta a las normas nacionales sobre validez, formalización o efectos de los contratos (art. 3.5). Sin perjuicio de la integración en el contrato de la información precontractual requerida por la Directiva (art. 6.5) y algunas

² DO L 178 de 17.7.2000.

³ DO L 376, de 27.12.2006.

consecuencias contractuales previstas en ella, como la inexistencia de obligación de abonar los gastos sobre los que el consumidor no ha sido informado (art. 6.6) o la ampliación del plazo para ejercer el derecho de desistimiento (art. 10), el incumplimiento de los deberes de información precontractual o de confirmación del contrato no tiene más consecuencias que constituir el supuesto típico de una infracción de consumo, en los términos establecidos por las normas nacionales de transposición (art. 24).

2. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN CONTRATOS A DISTANCIA Y FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

2.1. Contenido de la información precontractual. Breve síntesis

Antes de que el consumidor quede vinculado por la celebración de un contrato a distancia o fuera del establecimiento o por la aceptación de una oferta de cualquiera de estos contratos, el comerciante le deberá facilitar, “de forma clara y comprensible” (arts. 6.1, 7.1 y 8.1), la información que detalla el artículo 6 de la Directiva y que resumidamente se refiere a los siguientes extremos: las **características principales de los bienes o servicios**, en la medida adecuada no solo al bien o servicio, sino también al soporte utilizado en la contratación (letras a, r y s); información detallada sobre el **precio** con impuestos incluidos y referencia expresa a gastos asociados (e, f, r y s); **identidad del comerciante** (letra b) y formas de ponerse en contacto con él y en su caso, formular reclamaciones (letras c, d, g y t); **procedimientos y fechas de pago y entrega** (letra g); información sobre la **garantía y servicios postventa** (letras l,m); **la duración del contrato y condiciones de resolución** (letras o, p); **depósitos o garantías** financieras exigidas (letra q); información relativa a la existencia y ejercicio del **derecho de desistimiento**, incluyendo los costes asumidos por el consumidor (letras h,i,j), si bien este deber de información puede cumplirse proporcionando el formulario de desistimiento previsto en el anexo I, letra A de la Directiva (art. 6.4) y la información sobre la adhesión a **códigos de conducta** (letra n).

La información precontractual se incorpora al contrato y no puede ser alterada, salvo que ambas partes “dispongan expresamente lo contrario” (art. 6.5), correspondiendo al comerciante probar el correcto cumplimiento de sus deberes informativos (art. 6.9) y en su caso, el pacto expreso de apartamiento del contenido de la información facilitada antes de la celebración del contrato. Se ha de destacar que el pacto de las partes sólo puede modificar el contenido de la información (ej. modificación pactada de los precios ofrecidos en la fase precontractual, pacto sobre los procedimientos de entrega), pero en ningún caso puede alterar los deberes de información impuestos al prestador de servicios. A diferencia de otras Directivas (cfr. arts. 10.1 y 11.2 Directiva de comercio electrónico), la Directiva 2011/83 no se pronuncia expresamente en este sentido, pero en virtud de los principios básicos del Derecho de consumo, no se han de admitir pactos modificativos de los deberes de información o confirmación del contrato en los contratos con consumidores.

2.2. **Ámbito de aplicación**

Las exigencias de la Directiva relativas a la información previa al contrato se aplican a los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil, ya sean de **venta de bienes, prestación de servicios o suministro de agua, gas, electricidad, -cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, calefacción mediante sistemas urbanos y de contenido digital que no se preste en un soporte material** (art. 6.2). Al delimitar el ámbito de aplicación de la obligación de facilitar información precontractual en contratos a distancia o fuera de establecimiento mercantil diferencia el legislador comunitario entre contratos de suministro de contenido digital que no se presten en soporte material (ej. descarga o acceso a bases de datos on line) de los que sí se prestan a través de tal soporte (ej. CD, DVD...). La distinción no tiene trascendencia sustantiva. No es que los contratos sobre soportes digitales queden excluidos del deber de facilitar información precontractual, es que se califican como contratos de venta de bienes y a estos efectos no ofrecen ninguna peculiaridad (cdo. 19).

A pesar de la aspiración de armonización plena (art. 4) y de la pretensión de impulsar las ventas transfronterizas y la protección del consumidor, se autoriza a los Estados a "no aplicar" la Directiva, "no mantener" o "introducir disposiciones nacionales equivalentes" sobre los contratos celebrados fuera del establecimiento si la cuantía a abonar por el consumidor no excede de cincuenta euros o de un valor inferior establecido por cada Estado (en España, 48,08 euros ex art. 108,b TRLGDCU⁴) (art. 3.4). Se pretende no imponer cargas excesivas a los comerciantes. Repárese en que esta exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva a contratos de escaso valor se refiere únicamente a contratos fuera de establecimiento mercantil y no a contratos a distancia.

Naturalmente, la Directiva, que aspira a la armonización plena y por ello y con carácter general, no es una norma de mínimos para los Estados miembros, sí lo es para los comerciantes que podrán ofrecer condiciones contractuales que garanticen a los consumidores mayor protección que la otorgada por la Directiva (art. 3.6).

2.3. **Soportes sobre los que facilitar información precontractual y confirmación del contrato**

2.3.1. **Contratos fuera de establecimiento mercantil**

En los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil (definidos en art. 2.8), tanto la información precontractual como la confirmación del contrato *se ha de facilitar en papel y sólo si el consumidor está de acuerdo "en otro soporte duradero"* (art. 7.1), entendiéndose por tal, cualquier soporte que permita al consumidor o al comerciante guardar la información durante

⁴ Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, 30-11-2007).

el tiempo necesario para proteger sus intereses y recuperarla sin cambios (art. 2.10). Además del papel, se consideran soportes duraderos, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria, los discos duros de ordenador y los correos electrónicos (cdo. 23). La nueva Directiva exigirá la ampliación de los soportes de confirmación contemplados en el artículo 111 del TRLGDC que se refiere a la formalización "por escrito en doble ejemplar" y "al documento contractual" con "firma del consumidor".

En cualquier caso e independientemente del soporte, la información debe ser legible y estar redactada en términos claros y comprensibles (art. 7.1). En aquellos casos en los que el consumidor acepte el comienzo de la prestación del servicio antes del transcurso del plazo de desistimiento, el consentimiento ha de figurar igualmente en soporte duradero (papel u otro diferente, si el consumidor lo acepta).

Contratos de reparación a domicilio o análogos

Si el consumidor ha solicitado los servicios del comerciante para que efectúe operaciones de reparación o mantenimiento, cumpliendo ambos sus obligaciones contractuales de inmediato y el precio no es superior a 200 euros, el comerciante deberá informar en soporte papel y antes de la perfección el contrato de la identidad del comerciante (art. 6.1,b), de las formas de ponerse en contacto con él (art. 6.1.c) y del precio o forma de calcularlo incluyendo una estimación del precio total (arts. 6.1,e). Sólo si el consumidor está de acuerdo, este presupuesto se podrá facilitar en otro soporte duradero. Otro tipo de información relevante, como las características del servicio o la información sobre el derecho de desistimiento (art. 6.1, a, h y k) podrán facilitarse en soporte no duradero (ej. de forma verbal), siempre que el consumidor lo consienta expresamente. Corresponderá al comerciante probar que facilitó la información requerida aunque en soporte no duradero y también que el consumidor consintió expresamente esta práctica (ej. mediante la inclusión en el presupuesto escrito de una declaración en la que el usuario manifiesta haber recibido esa información)

2.3.2. Contratos a distancia

En los contratos a distancia (definidos en art. 2.7), el comerciante facilitará la información o la pondrá a disposición del consumidor "de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles" (art. 8.1). Como corresponde a esta forma de contratación, el soporte papel no se configura como un medio preferente para facilitar la información precontractual o la confirmación del contrato. La prioridad de un soporte u otro depende de su adecuación a la técnica de comunicación a distancia utilizada, si bien siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero, tendrá que ser legible (art. 8.1).

Para facilitar la **información previa, no se requerirá soporte duradero en todo caso**. Si el contrato se realiza a través de una página web, la

información se facilitará en línea, que no es un soporte duradero (cfr. cdo. 23), aunque ha de permitirse al destinatario archivar las condiciones generales aplicables a la contratación (arts. 10.3 Directiva 2000/31 y 27.4 LSSI⁵) ; si el contrato es telefónico, la información principal se facilitará en la conversación telefónica, remitiendo al consumidor a otro medio complementario para ampliar la información (web, envío por correo ordinario...) (art. 8.4).

Por el contrario, **la confirmación del contrato siempre requiere soporte duradero** en un "plazo razonable" desde su celebración (según el art. 3 RD 1906/1999, siete días hábiles) y "a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio" (art. 8.7). Esta confirmación ha de incluir la información precontractual, si no se hubiera facilitado previamente en soporte duradero (art. 8.7, a) y en su caso, la confirmación del consentimiento del consumidor y de su conocimiento de la pérdida del derecho de desistimiento (art. 8.7, b).

A) *Particularidades de los contratos electrónicos*

Si el contrato electrónico no es gratuito para el consumidor, se imponen especiales exigencias respecto al momento y forma en que se facilita la información precontractual más relevante (características, precio y duración del contrato, art. 6.1, letras a,e,o y p). Ésta se ha de "poner en conocimiento" del comprador de una manera clara y destacada "justo antes de que el consumidor efectúe el pedido" (justo antes del clic de confirmación de la oferta) (art. 8.2). El artículo 8 de la Directiva 2011 exige "poner en conocimiento". No bastará con "facilitar la información" o "ponerla a disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas" (art. 6.1 Directiva 2011/83 y 10.1 Directiva 2000/31), de modo que se permita a los destinatarios "acceder con facilidad y de forma directa y permanente" a tal información (art. 5.1 Directiva de comercio electrónico). Sin perjuicio de las peculiaridades de los contratos celebrados a través de técnicas de comunicación a distancia en las que el espacio es reducido (cfr. art. 8.4), ya no basta incluir un enlace que el usuario pueda visitar (o no) para informarse sobre las condiciones del contrato y especialmente sobre el precio. Es necesario que el comerciante ponga en conocimiento del destinatario antes de confirmar el pedido, al menos, la información principal referida en el artículo 6.1, a, e, o y p). Especialmente y para garantizar que el consumidor, que confirma el pedido es consciente de la obligación de pago, se exige que el botón de aceptación incluya la expresión "pedido con obligación de pago" u otra similar. Las consecuencias del incumplimiento de este deber (no inclusión de la etiqueta alusiva a la obligación de pago o la ambigüedad respecto a esta obligación) implican que el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido (art. 8.2.II).

⁵ Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (BOE núm. 166, 12-7-2002).

En esta línea de incrementar al alza las exigencias informativas en los contratos electrónicos, las web de comercio electrónico “deberán indicar” (no sólo facilitar información remitiendo a otros enlaces informativos) , de modo claro y legible (tamaño de letra adecuado, información fija y no en formato flash), “a más tardar al inicio del procedimiento de compra” si se aplican algunas restricciones de entrega (ej. en función de la distancia o de los gastos de transporte y entrega) y cuáles son los medios de pago aceptados y su eventual coste (arts. 6.1,g, 8.3 y 19).

Obsérvese que los mayores requerimientos informativos de la Directiva 2011 sólo son aplicables a la información sobre las condiciones sustantivas del contrato (art. 6.1, letras a,e,o y p), pero no se introducen modificaciones respecto al deber de poner a disposición del destinatario la información sobre el procedimiento contractual (art. 10.1,a Directiva 2000/31 y 27.1 LSSI).

B) *Particularidades de los contratos telefónicos*

Una de las (pocas) virtualidades de la nueva Directiva desde la perspectiva de la protección del consumidor se refiere a los deberes de información precontractual en la contratación telefónica. Por las circunstancias de esta forma de contratación, el tiempo para facilitar información es limitado. El comerciante no puede dar cuenta en la conversación telefónica de todas y cada una de las condiciones aplicables a la contratación. Hasta ahora esta carencia se ha colmado con la imposición del deber de facilitar dicha información o de enviarla en soporte duradero con antelación suficiente (cfr. art. 2 RD 1906/1999). El artículo 8.4 de la Directiva 2011 obliga al comerciante que contrata a distancia mediante técnicas en las que el espacio o el tiempo son limitados a facilitar en “ese soporte específico” y antes de la celebración del contrato la información mínima determinante de la voluntad de contratar referida en las letras a),b),e),h) y o) del artículo 6. En la conversación telefónica se facilitará la información esencial (características principales del bien o servicio, identidad del comerciante, precio total, derecho de desistimiento, duración del contrato y condiciones de resolución). El resto de condiciones aplicables a la contratación celebrada telefónicamente habrá de facilitarse por otra técnica complementaria y apropiada a la técnica de comunicación utilizada (ej. envío en soporte papel u otro soporte duradero aceptado por el usuario).

La Directiva 2011 no establece medidas para evitar el *spam telefónico* (llamadas telefónicas no deseadas con objetivo comercial), práctica que deberá ser regulada y en su caso, perseguida desde la normativa de protección de datos de carácter personal. Se limita a obligar al comerciante que realiza llamadas telefónicas con el fin de contratar a distancia a informar al inicio de la conversación de su identidad y en su caso, de la identidad de la persona en nombre de la que actúa y del carácter comercial de la llamada.

En contra de la pretensión de armonización plena (art. 4) y de forma coherente con su propósito de no afectar a las disposiciones generales del

Derecho contractual nacional (art. 3.5), la Directiva 2011 admite que los Estados miembros exijan la confirmación de la oferta en soporte duradero y condicionen la validez del contrato telefónico a la firma (manuscrita o electrónica) por el consumidor de la oferta o del acuerdo enviado por escrito (art. 8.6).

En España, el artículo 2 del RD 1906/1999 ya exige la confirmación de la oferta telefónica en soporte duradero legible cuando se utilizan condiciones generales de la contratación, de modo que, como mínimo tres días naturales antes de la celebración del contrato, el operador ha de facilitar al adherente información sobre "todas y cada una de las cláusulas del contrato" y remitirle "por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el *texto completo* de las condiciones generales". Sin embargo, condicionar la existencia, validez y eficacia del contrato ("solo quedará vinculado") a la firma y envío del acuerdo por escrito supone reducir la vía telefónica a una simple fuente de información o publicidad, pero no admitirla como técnica de perfección del contrato. Esto resulta muy extraño en la práctica habitual de algunos sectores en los que está asentada la contratación telefónica e incluso el comienzo de la prestación del servicio de forma inmediata a la celebración del contrato (ej. telecomunicaciones, seguros), sin perjuicio del reconocimiento al usuario del derecho de desistimiento en los casos de incumplimiento por el empresario de sus deberes de información y confirmación del contrato (arts. 2,3 y 4 RD 1906/1999).

La confirmación del contrato se ha de realizar siempre en soporte duradero (art 8.7). A estos efectos cabe cuestionarse, ¿constituye la grabación de la conversación en un CD un soporte duradero a efectos de entender cumplidos los deberes de confirmación del contrato telefónico? En aras de la protección del consumidor, no cabe interpretar restrictivamente los artículos 8.1 y 8.7,a, de modo que sólo fuese requerido el carácter legible del soporte duradero si es el instrumento utilizado para facilitar la información precontractual (art.8.1), pero no cuando es el medio de confirmación del contrato (art. 8.7). En términos más pragmáticos, si la información no se ha facilitado en soporte legible antes de contratar (art. 8.1), entonces tal información en idéntico soporte habrá de enviarse tras la celebración del contrato y antes de su ejecución (art. 8.7,a). Salvo que las normas nacionales de transposición exijan la confirmación de la oferta por escrito (art. 8.6), la grabación sonora puede justificar el cumplimiento de los deberes de información precontractual, en particular, servirá como medio de prueba del cumplimiento del deber del comerciante de informar telefónicamente de las condiciones principales del contrato (art. 8.4) pues es un soporte duradero, aunque no legible, adecuado a la técnica de comunicación utilizada (art. 8.1), también en los términos previstos por la legislación civil y procesal de los Estados miembros servirá para probar el consentimiento del usuario para la celebración del contrato, pero no servirá para justificar el cumplimiento de los deberes de confirmación del contrato (art. 8.7,a).

C) *Contratos por medio de técnicas con espacio o tiempo limitado para facilitar información*

Es cada vez más frecuente la celebración de contratos a través de técnicas de comunicación en las que el espacio o el tiempo para facilitar la información es limitado (ej. compras a través de SMS, suscripción a servicios de descargas de contenidos para terminales móviles). La limitación del medio (restricción del número de caracteres por pantalla reducida) o del tiempo (anuncio televisivo o llamada telefónica) no puede suponer la renuncia del consumidor a su derecho a la información. Por ello, la nueva Directiva obliga al comerciante a facilitar en el soporte específico utilizado y antes de la celebración del contrato la información mínima determinante de la voluntad de contratar referida en las letras a),b),e),h) y o) del artículo 6. El resto de la información se deberá facilitar "de una manera apropiada" a la técnica de comunicación utilizada (ej. remisión a una web con la información completa sobre el servicio y a solicitud del interesado, número telefónico o envío en soporte papel u otro soporte duradero de todas las condiciones aplicables al contrato) (art. 8.4). Más generosa en sus considerandos que en su articulado, la Directiva prevé la posibilidad de que el medio complementario en el que ofrecer información adicional sea "un número de teléfono gratuito" (cdo. 36). Sin embargo, ninguna exigencia de gratuidad del número se impone en el cuerpo normativo. De su artículo 21 se deduce que la gratuidad se interpreta en el sentido de no estar obligado a pagar más de la tarifa básica (v. SAN de 13 octubre, 2009 RJCA 2009\765).

En su propósito de impulsar la contratación electrónica, el artículo 27.1.III de la Ley española de Servicios de la Sociedad de la Información ya contiene obligaciones especiales para aquellas empresas que diseñen específicamente sus *servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido* [ej. servicios de descarga de contenidos (logos, tonos, politonos, juegos, vídeos...) o servicios de alerta para terminales de telefonía móvil]. En estos casos, la obligación de poner a disposición del destinatario información sobre los trámites del procedimiento contractual (ej. pasos a seguir, mecanismos de corrección de errores) se entiende cumplida cuando se facilite "de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario". En consecuencia, el prestador de estos servicios cumple su deber de información sobre los trámites de la contratación si facilita la dirección de la web en la que se puede acceder a tal información. Obsérvese que la flexibilización en cuanto al medio de poner a disposición la información se refiere a aquellos casos en los que "el prestador *diseñe específicamente* sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido". La flexibilización de las exigencias en materia de información precontractual no ha de ser aplicable a servicios no diseñados específicamente para ser accesibles mediante dispositivos de pantalla reducida o para los que este medio es simplemente un instrumento de contratación (ej. contratación de servicios de telefonía vocal, de acceso a

Internet o alta en nuevos planes de precios u ofertas mediante el envío de SMS al número indicado por el operador). En estos casos, el terminal con pantalla de formato reducido es sólo uno de los medios para celebrar el contrato, que también puede celebrarse de forma presencial, vía telefónica, por correo ordinario o a través de la web del operador. El servicio (telefónico o de datos) no ha sido diseñado *específicamente* para ser accedido mediante un dispositivo de pantalla reducida. Por ello, el operador deberá poner a disposición del destinatario la información de forma fácil y gratuita, mediante una técnica adecuada al medio de comunicación utilizado (ej. envío de un SMS informativo sobre los trámites de contratación).

En cualquier caso, hayan sido o no diseñados los servicios específicamente para ser accesibles mediante dispositivos de pantalla reducida, el prestador del servicio deberá informar sobre su identidad, las características principales del bien o servicio, el precio y la duración del contrato "en ese soporte específico" y podrá utilizar soportes complementarios para el resto de información sobre el contenido del contrato del artículo 6 (art. 8.4). Conforme a la normativa española vigente, la información sobre el procedimiento de contratación podrá facilitarse a través de la indicación de un enlace electrónico sólo si se trata de un servicio diseñado específicamente para ser accedido a través de un soporte de pantalla reducida.

3. RELACIÓN CON LOS DEBERES INFORMATIVOS DERIVADOS DE LAS DIRECTIVAS DE SERVICIOS Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO. POTESTADES DE LOS ESTADOS

Como se ha dicho, la nueva Directiva quiere incentivar la contratación en el mercado único y aprovechar plenamente el potencial de las ventas transfronterizas (cdo. 5), por lo que pretende eliminar las trabas y particularidades derivadas de los Derechos nacionales relativas a los deberes de información en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil imponiendo la plena armonización de determinada información facilitada al consumidor (art. 4). Similar propósito incentivador del mercado único han tenido otras Directivas preexistentes que afectan a los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil (Directiva 2000/31, de comercio electrónico y Directiva 2006/123/CE, de servicios), si bien éstas no han aspirado a una armonización plena sino mínima, permitiendo a los Estados la introducción de nuevos deberes para conferir una mayor protección a los usuarios.

Conforme a la Directiva 2011/83, las potestades de los Estados miembros respecto a la información precontractual se limitan a mantener o introducir en la normativa nacional requisitos de carácter lingüístico a fin de garantizar que dicha información pueda ser comprendida fácilmente por los consumidores (art. 6.7).

Sin perjuicio de los mencionados requisitos de carácter lingüístico (art. 6.7 Directiva 2011), de los deberes impuestos por los Estados conforme a la

Directiva de servicios y de comercio electrónico (art. 6.8) y de la posibilidad de extender la aplicación de lo dispuesto en la Directiva a contratos con personas que no sean consumidores o regular aspectos de los contratos no contemplados en la Directiva (cdo. 13), en nombre de la armonización plena perseguida por la nueva Directiva, **en línea de principio, los Estados no podrán imponer ningún otro requisito ni formal (arts. 7.5 y 8.10) ni de contenido (art. 4) a la información precontractual exigida en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil o a distancia para garantizar mayor nivel de protección a los consumidores.**

Sin embargo, este rotundo pronunciamiento exige afrontar una tarea compleja que es la de determinar cuál es la relación entre esta nueva Directiva y las normas nacionales de transposición de sus predecesoras. A ello se dedican los epígrafes siguientes.

3.1. Deberes de información adicionales a los exigidos por otras Directivas

Se afirma en los considerandos que los requisitos de información establecidos por la nueva Directiva "deben completar" los requisitos de información de las otras Directivas citadas y los Estados "deben seguir teniendo la posibilidad de imponer requisitos de información adicionales aplicables a los prestadores de servicios establecidos en su territorio" (cdo. 12). Correlativamente, prevé el artículo 6.8.I que los requisitos de información establecidos en la Directiva 2011 se entenderán como *adicionales* a los requisitos que figuran en la Directiva 2006/123/CE (arts. 7, 21 y especialmente artículo 22) y en la Directiva 2000/31/CE (arts. 5, 6, 10 Directiva de comercio electrónico) y no impedirán que los Estados miembros puedan imponer *requisitos de información adicionales* de conformidad con dichas Directivas. Esto significa que, en principio, los nuevos deberes relativos al contenido y a la forma de facilitar la información previstos en la nueva Directiva se añaden y complementan a los que ya imponen las Directivas preexistentes o a los que a los Estados pudieran imponer conforme a tales Directivas.

3.2. Prevalencia de la nueva Directiva

El segundo párrafo del artículo 6.8 de la Directiva 2011/83 introduce una regla de prevalencia de ésta siempre que una disposición de la Directiva 2006/123 o de la Directiva 2000/31 relativa al contenido o al modo en que debe proporcionarse la información *entre en conflicto con alguna disposición* de la nueva Directiva. Podría decirse que el legislador comunitario incurre en cierta contradicción: por un lado, se califican los requisitos de información establecidos por la Directiva 2011/83 como "adicionales" a los preexistentes y se acepta que los Estados puedan imponer requisitos de información adicionales en virtud de las Directivas de servicios y de comercio electrónico y a renglón seguido se afirma que ello sólo será así si no existe conflicto entre una y otra disposición, porque de entrar en conflicto,

prevalecen los deberes impuestos por la nueva Directiva, que no siempre son más tuitivos de los derechos del consumidor. Para hacer aún más compleja esta relación, la Directiva 2011/83 proclama la prevalencia de las disposiciones sectoriales en caso de que éstas entre en conflicto con lo dispuesto por la Directiva (art. 3.2).

Resulta por tanto imprescindible determinar qué deberes de los impuestos por la Directiva de servicios y de comercio electrónico entran en conflicto con la nueva Directiva, en cuyo caso ha de prevalecer ésta (art. 6.8.II) o por el contrario, ha de prevalecer el Derecho sectorial (art. 3.2) o los deberes adicionales derivados de las indicadas Directivas (art. 6.8.I).

3.3. ¿Cuándo la Directiva 2011/83 entra en conflicto con la Directiva de servicios y/o la Directiva de comercio electrónico?

Entran en conflicto con la nueva Directiva aquellas normas de la Directiva de servicios o de comercio electrónico que permitan a los Estados imponer deberes formales en relación a la información precontractual distintos a los previstos en los artículos 7 y 8 de la Directiva 2011. En cumplimiento de las Directivas preexistentes, **los Estados podrán imponer deberes respecto al contenido de la información precontractual de los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento, pero no requisitos de forma** (arts. 7.5 y 8.10 Directiva 2011), a excepción de lo previsto para los contratos telefónicos (art. 8.6 Directiva 2011).

Deberes formales

Ningún conflicto se suscita en relación al derecho de los prestadores y los destinatarios de bienes o servicios a acceder fácilmente a la información por medio de ventanillas únicas (art. 7 Directiva de servicios) o el derecho a recibir información o asistencia en sus Estados de origen sobre las normas de protección de los consumidores o mecanismos de resolución de conflictos en otros Estados miembros (art. 21 Directiva de servicios).

Algún conflicto se suscita respecto a la forma de facilitar la información en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. La nueva Directiva impone con rotundidad el deber del comerciante de facilitar la información precontractual "en papel" y sólo si el consumidor está de acuerdo, "en otro soporte duradero" (art. 7.1). No así la Directiva de servicios que obliga a los Estados a "hacer lo necesario" para que, a elección del prestador (no del consumidor), la información contractual (datos contemplados en el art. 22.1): a) sea comunicada por el prestador por propia iniciativa; b) sea de fácil acceso para el destinatario en el lugar de prestación o de celebración del contrato; c) sea de fácil acceso para el destinatario por vía electrónica a través de una dirección comunicada por el prestador; d) figure en todo documento informativo del prestador que se facilite al destinatario y en el que se presenten de forma detallada sus servicios. En España, el legislador exige la confirmación de la oferta contractual por escrito y la formalización del contrato "por escrito en doble

ejemplar" y firmado "de puño y letra" por el consumidor y usuario. En definitiva, conforme a la Directiva 2011, los comerciantes deberán facilitar la información precontractual y confirmar el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil en soporte papel y podrán habilitar otros soportes (ej. correo electrónico), que sólo utilizarán si el usuario lo acepta expresamente.

Por el contrario, no hay conflicto entre el deber de poner la información previa al contrato a distancia a disposición del consumidor "de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizada" "disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas" (arts. 10.3 Directiva 2000/31 y 27.4 LSSI). A estos efectos, la normativa sobre contratación electrónica es una norma especial por razón del procedimiento de contratación que concreta y complementa lo establecido en la nueva Directiva (art. 3.2).

El deber de confirmar el contrato electrónico en soporte duradero (ej. tarjeta de memoria, disco duro del ordenador o correo electrónico) impuesto por la nueva Directiva (7.7 Directiva 2011) ya está contemplado por la legislación vigente (arts. 11.1 Directiva 2000/31, 28.1 LSSI y 98.2 TRLGDCU).

Contenido de la información

Aunque no se prevé para los contratos a distancia o fuera de establecimiento una regla similar a la del artículo 5.4 relativo al resto de contratos ("los Estados miembros podrán adoptar o mantener requisitos adicionales de información precontractual"), los Estados podrán imponer deberes respecto al contenido de la información a suministrar de conformidad con las Directivas 2000/31 y 2006/123 (cdo 12 y art. 6.8.I). Los conflictos pueden suscitarse respecto a las diferencias del contenido de la información exigido por el artículo 22 de la Directiva de servicios y el artículo 10 de la Directiva de comercio electrónico en relación al artículo 6.1 de la nueva Directiva.

El artículo 22 de la Directiva de servicios exige una información más exhaustiva sobre algunos aspectos (datos sobre la inscripción registral; datos sobre la autorización de la que dispone; número de identificación a efectos de liquidación del IVA; datos de colegiación o de titulación; información sobre condiciones y cláusulas generales,...). La nueva Directiva exige incluir en la información precontractual "un recordatorio de la existencia de una garantía jurídica de conformidad para los bienes" (art. 6.1,l), por el contrario, la Directiva de servicios, sólo exige informar sobre la garantía comercial, si la hubiera (art. 22.1.h). Entiendo que estas diferencias respecto al contenido de la información o al nivel de detalle exigido por las diversas directivas no constituyen supuestos de conflictos que justifiquen la prevalencia de la Directiva 2011, sino su carácter adicional. A mayor abundamiento, la Directiva 2011 no exige expresamente información contractual sobre cláusulas de penalización para el caso de baja anticipada en los contratos de duración determinada; sin embargo, la Directiva de servicios exige información sobre las condiciones generales y

cláusulas utilizadas, entre las que, obviamente, cabe incluir las citadas cláusulas de penalización. Éste no es un supuesto de "conflicto" entre el contenido de ambas directivas, sino de exigencia más estricta o precisa de información en una y otra. En este caso los deberes son adicionales (art. 6.8.I Directiva 2011/83).

No hay conflicto entre el contenido de la información precontractual del artículo 6.1 de la Directiva 2011 y la del artículo 10.1 de la Directiva de comercio electrónico relativa al procedimiento de contratación. Es un supuesto de prevalencia de la regulación sectorial específica (art. 3.2 Directiva 2011).

Como tampoco entran en conflicto y en esta ocasión por previsión expresa de la Directiva (art. 8.9), las disposiciones sobre la celebración de contratos por vía electrónica y la realización de pedidos de los artículos 9 y 11 de la Directiva de comercio electrónico con las exigencias del artículo 8 de la Directiva 2011. En particular, con los deberes adicionales impuestos por la nueva Directiva en relación a los "pedidos con obligación de pago" (art. 8.2), la exigencia de información en la web sobre posibles restricciones a la entrega y modalidades de pago (art. 8.3) y los deberes de confirmación en soporte duradero en un plazo razonable y a más tardar en el momento de la entrega de los bienes o prestación del servicio (art. 8.7). Esto implica que el comerciante por vía electrónica además de poner a disposición del consumidor la información precontractual a la que se refiere el artículo 6 de la Directiva 2011/83, deberá facilitar el procedimiento para la identificación y subsanación de errores antes de realizar el pedido (art.11.2 Directiva 2000/31), informar al inicio del procedimiento de compra de la aplicación de restricciones a la entrega y de las modalidades de pago (art. 8.3 Directiva 2011/83), incluir un botón de confirmación con la etiqueta "pedido con obligación de pago" o similar (art. 8.2), acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica (art. 11.1 Directiva 2000/31) y confirmar el contrato en soporte duradero en plazo razonable y a más tardar antes del comienzo de ejecución de la prestación de dar o hacer (art. 8.7 Directiva 2011/83).

3.4. En conclusión, ¿cuáles son las potestades de los Estados respecto a la regulación de los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil?

- 1ª. En general, los Estados podrán imponer deberes de respecto al contenido de la información precontractual de los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento, pero no requisitos de forma (arts. 7.5 y 8.10 Directiva 2011), a excepción de lo previsto para los contratos telefónicos (art. 8.6 Directiva 2011). Las diferencias respecto al contenido de la información o al nivel de detalle exigido por las diversas directivas (cfr. arts. 22 Directiva 2006/123 y 10 Directiva 2000/31 en relación a art. 6.1 de la nueva Directiva) no constituyen supuestos de conflictos que justifiquen la prevalencia de la Directiva 2011, sino su carácter adicional.

- 2ª. **Respecto a contratos fuera de establecimiento mercantil.** Los Estados deberán obligar a los comerciantes a facilitar la información precontractual y confirmar el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil en soporte papel, permitiendo utilizar otros soportes (ej. correo electrónico), sólo si el usuario lo acepta expresamente. Conforme a la nueva Directiva, los Estados no podrán mantener aquellas disposiciones que reducen el soporte de confirmación de la oferta o del contrato al soporte papel. Habrá que modificar el artículo 111 del TRLGDCU.
- 3ª. **Respecto a contratos a distancia.** Los Estados miembros podrán regular o mantener disposiciones que concreten las obligaciones de información respecto al procedimiento de **contratación electrónica** (art. 10.1 Directiva 2000/31). Es un supuesto de prevalencia de la regulación sectorial específica (art. 3.2 Directiva 2011).
- 4ª. Los Estados podrán establecer o mantener la exigencia de que las condiciones aplicables a los contratos electrónicos estén a disposición del destinatario en red "de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas" (arts. 10.3 Directiva 2000/31 y 27.4 LSSI). A estos efectos, la normativa sobre contratación electrónica es una norma especial por razón del procedimiento de contratación que concreta y complementa lo establecido en la nueva Directiva (art. 8.1) y que debe ser de aplicación preferente (art. 3.2).
- 5ª. Los Estados podrán establecer o mantener el deber de confirmar el contrato electrónico en soporte duradero (ej. tarjeta de memoria, disco duro del ordenador o correo electrónico) (arts. 7.7 Directiva 2011, 11.1 Directiva 2000/31, 28.1 LSSI y 98.2 TRLGDCU).
- 6ª. Por previsión expresa de la Directiva 2011 (art. 8.9), las disposiciones sobre la celebración de contratos por vía electrónica y la realización de pedidos de los artículos 9 y 11 de la Directiva de comercio electrónico no entran en conflicto con las exigencias del artículo 8 de la Directiva 2011. Esto implica que el comerciante además de poner a disposición del consumidor la información precontractual a la que se refiere el artículo 6 de la Directiva 2011/83, deberá facilitar el procedimiento para la identificación y subsanación de errores antes de realizar el pedido (art.11.2 Directiva 2000/31), informar al inicio del procedimiento de compra de la aplicación de restricciones a la entrega y de las modalidades de pago (art. 8.3 Directiva 2011/83), incluir un botón de confirmación con la etiqueta "pedido con obligación de pago" o similar (art. 8.2), acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica (art. 11.1 Directiva 200/31) y confirmar el contrato en soporte duradero en plazo razonable y a más tardar antes del comienzo de ejecución de la prestación de dar o hacer (art. 8.7 Directiva 2011/83).

- 7ª. Los Estados podrán exigir confirmación de la oferta en soporte duradero y condicionar la validez del **contrato telefónico** a la firma (manuscrita o electrónica) del documento escrito (art. 8.6 Directiva 2011).

4. OTRAS NOVEDADES RELATIVAS A LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS A DISTANCIA Y FUERA DE ESTABLECIMIENTO

4.1. Medios de pago y gastos asociados

Conforme al artículo 19 de la Directiva 2011/83, los Estados miembros han de prohibir a los comerciantes “cargar a los consumidores, por el uso de determinados medios de pago, tasas que superen el coste asumido por el comerciante por el uso de tales medios”. Obsérvese que lo que se prohíbe no es que los comerciantes apliquen determinadas comisiones asociadas al medio de pago en los contratos de venta o prestación de servicios, incluidos los de suministro de agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital (ej. comisión por pago por ventanilla o por pago con tarjeta), sino que tales comisiones excedan el coste asumido por el comerciante por el empleo de tal medio de pago.

Esta prohibición no es nueva. La Directiva 2007/64/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de noviembre (DOL 319, 5-12-2007), sobre Servicios de Pago en el Mercado Interior permite que cada Estado pueda limitar o prohibir el cobro de gastos con el fin de fomentar la competencia y promover el uso de instrumentos de pago eficientes (art. 52.3). La Ley 16/2009, de Servicios de Pago, que transpone la Directiva, no ha prohibido la imposición de cargos o suplementos sobre el cliente ordenante del pago, permite a la empresa incentivar o gravar la utilización de algún medio de pago pero “en todo caso, las cuotas adicionales que pudieran imponerse por el uso de instrumentos de pago específicos no podrán superar los gastos diferenciales en que efectivamente incurra el beneficiario por la aceptación de tales instrumentos” (art. 24.3.I). La Ley remite a su desarrollo reglamentario la posible imposición de límites al derecho de cobro de gastos teniendo en cuenta la necesidad de fomentar la competencia y promover el uso de instrumentos de pago eficientes (art. 24.3.II). El RD 712/2010, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago, no ha prohibido ni limitado el posible cargo de gastos por los beneficiarios cuando se utilice un determinado medio de pago. Por último, tanto la vigente Orden EHA/1608/2010, de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, como la Orden en periodo de vacatio (hasta el 29-4-2012) se limitan a imponer obligaciones en materia de transparencia cuando el beneficiario del pago traslade al ordenante los gastos asociados al mismo (art. 4 Orden 1608/2010 y arts. 3, 7.3,c Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

Corresponderá al comerciante probar que la comisión o tasa aplicada excede el coste asumido por él y no se utiliza como instrumento para “hacer caja”.

Además de la limitación derivada del artículo 19 de la Directiva 2011/83 (la tasa por uso de cierto medio de pago no superará el coste asumido por el comerciante por tal concepto) y de las obligaciones de transparencia derivadas de las disposiciones sobre medios de pago, se ha de tener en consideración una tercera restricción y es el efecto de estos cargos sobre el derecho del usuario a optar por uno de los medios de pago de los comúnmente utilizados en el tráfico que reconocen algunas normas sectoriales (ej. arts. 38.2,k Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y 25 RD 899/2009, que aprueba la Carta de Derechos de los Usuarios de Servicios de Telecomunicaciones). Si la cantidad exigida por este concepto es desproporcionada estaríamos ante una práctica abusiva (arts. 86.7 y 87.6 TR LGDCU).

4.2. Entrega, transporte y transmisión del riesgo de pérdida de bienes

La entrega de los bienes es una fuente constante de conflictos. La Directiva armoniza las normas nacionales referidas a la entrega (art. 18). Nos centramos aquí en los problemas asociados a la entrega y la transmisión del riesgo por pérdida o deterioro del bien objeto del contrato. Y es que la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte y las entregas tardías o incompletas están en el origen de numerosas reclamaciones de consumo.

No se alteran las reglas nacionales relativas a la transmisión de la propiedad y formas de entrega (arts. 609 y 1462 a 1465 CC). El consumidor queda protegido de los riesgos de pérdida o deterioro de los bienes hasta que él o persona por él autorizada adquiera la posesión material de los mismos. “No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista” (art. 20). Son dos los supuestos en los que se agrava el riesgo para el consumidor: a) cuando él haya asumido la realización del transporte por sí mismo o a través de un transportista; b) cuando el transportista elegido sea uno distinto a los propuestos por el comerciante. Cuando el consumidor elige a uno de los transportistas ofrecidos por el comerciante pero opta por una forma de transporte más costosa que la ofrecida por el comerciante (ej. entrega 24 horas), parece razonable aplicar la regla general que hace recaer el riesgo de pérdida sobre el comerciante que organiza o realiza el transporte, a pesar de que corresponda al consumidor abonar la diferencia entre la forma de entrega ofrecida y la elegida (cdo. 47).