

# Revista CESCO de Derecho de Consumo

[www.revista.uclm.es/index.php/cesco/](http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/)

Núm. 1/2012 | ISSN: XXXX

## Directiva 2011/83

### Estudios y consultas

Primeros comentarios jurídicos a la Directiva 2011/83, de consumidores. Incluye útil cuadro comparativo sobre la regulación del derecho de desistimiento.

### Novedades normativas

Juguetes. Información alimentaria.  
Publicidad televisiva

### Noticias de Jurisprudencia

Aparcamientos. Contratos bancarios.  
Viajes: Cargo por emisión de billete por aerolínea.  
Compensación por cancelación de vuelo



Revista trimestral: enero-marzo 2012

## Consejo de Redacción

**Dirección:** Ana I. Mendoza Losana  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Comisión permanente:** Ángel Carrasco Perera  
Catedrático de Derecho Civil  
Director del Centro de Estudios de Consumo  
Universidad de Castilla-La Mancha

Encarnación Cordero Lobato  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Manuel Jesús Marín López  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Consejeros:** M<sup>a</sup> Ángeles Zurrilla Cariñana  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Pascual Martínez Espín  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Carmen González Carrasco  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Magdalena Ureña Martínez  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Ana Carretero García  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Colaboradora de redacción:** Karolina Lyczkowska  
Investigadora del Departamento de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Secretaria:** Iuliana Raluca Stroie  
Centro de Estudios de Consumo  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Edita:** Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha  
**Dirección:** Palacio del Cardenal Lorenzana  
C/ Cardenal Lorenzana, 1  
45071 Toledo  
**Teléfono:** 925 268 800, extensión 5018  
**Teléfono/Fax:** 925 251 586  
**E-mail:** consumo@uclm.es

**Diseño y maquetación:** Centro de Investigaciones y Desarrollo de la Imagen (CIDI-UCLM)

Mención a proyecto y entidad financiadora

Financiada 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).

# Revista CESCO de Derecho de Consumo

Núm. 1/2012

## Presentación

Tras más de diez años de trayectoria dedicada al Derecho de Consumo, el Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha (CESCO) se ha convertido en una referencia en la protección de los consumidores. Su web ([www.uclm.es/centro/cesco/](http://www.uclm.es/centro/cesco/)) publica abiertamente las numerosas consultas planteadas por los agentes aplicadores del Derecho de Consumo (servicios autonómicos, OMICS y asociaciones), constituyendo una valiosa herramienta para los profesionales del sector. Esta relevante labor de información y formación de los consumidores y de mejora de las técnicas jurídicas para su protección, ha sido premiada por el Gobierno de Castilla-La Mancha (marzo 2011) y ha merecido la concesión de una ayuda del Ministerio de Economía y Competitividad para la realización de proyectos de investigación.

El CESCO asume ahora un nuevo reto: la publicación de la Revista CESCO de Derecho de Consumo. Aunque no soplan vientos favorables para emprender nuevas empresas, los investigadores del CESCO nos hemos empeñado en afrontar la situación que atravesamos trabajando con mayor intensidad y rigor de lo que ya lo veníamos haciendo.

La Revista CESCO de Derecho de Consumo es una revista electrónica que se publicará trimestralmente en la dirección <http://cesco.revista.uclm.es>. A través de números monográficos o de números de actualidad, la Revista pretende exponer y analizar las cuestiones más trascendentes relativas al Derecho de Consumo, sin abandonar las consignas que han caracterizado la trayectoria del CESCO: su proximidad a la práctica diaria de los profesionales del Derecho de Consumo y su rigor científico y académico.

Se compone de tres secciones: I. Estudios y consultas, II. Novedades normativas y III. Notas de Jurisprudencia. La primera recoge estudios realizados por los investigadores o la respuesta a las consultas de mayor interés relacionadas con la práctica del Derecho de Consumo y planteadas por entidades públicas o privadas. Tanto la sección dedicada a las novedades normativas como la sección relativa a jurisprudencia pretenden ofrecer valor añadido en relación a otras publicaciones ya existentes. Por ello, no incluirán un listado completo de todas las normas o resoluciones consumeristas aparecidas en el período de referencia, sino sólo una selección de las más significativas anotadas por los investigadores del CESCO y clasificadas por sectores o etiquetas temáticas (no por órganos judiciales que las emiten).

La Revista CESCO de Derecho del Consumo se dirige principalmente a profesionales (abogados, personal de las asociaciones de consumidores, técnicos e inspectores de consumo, árbitros de consumo...), investigadores y estudiantes avanzados especialmente interesados en el Derecho de Consumo.

El CESCO y su Revista están abiertos a todos aquellos interesados en el Derecho de Consumo, procedentes del mundo académico o de la práctica profesional, que quieran colaborar en esta empresa. Por ello, desde la dirección se invita a participar en el consejo de redacción y se ofrece este soporte para la publicación de trabajos que encajen en el perfil de la Revista, enviándolos a la dirección [consumo@uclm.es](mailto:consumo@uclm.es).

### **Ángel Francisco Carrasco Perera**

Catedrático de Derecho Civil

Director del Centro de Estudios de Consumo

### **Ana I. Mendoza Losana**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Directora de la Revista CESCO de Derecho de Consumo

## Presentación del primer número

El primer número de la Revista CESCO de Derecho de Consumo se dedica monográficamente a la Directiva 83/2011/UE, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores. Pretende analizar las novedades introducidas por la citada Directiva, su relación con las Directivas preexistentes, su impacto sobre el Derecho español de consumo y las medidas necesarias para su transposición. En la sección de novedades normativas, se incluyen los comentarios a tres normas recientes: el nuevo reglamento sobre seguridad de los juguetes, el reglamento comunitario sobre información alimentaria y el reglamento de desarrollo de la Ley Audiovisual que pretende limitar la publicidad televisiva. La sección de jurisprudencia contiene una selección de resoluciones judiciales dictadas por diversos tribunales y clasificadas alfabéticamente por sectores o etiquetas temáticas (aparcamientos, viajes, contratos bancarios...).



## I. ESTUDIOS

<b>La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial De La Unión Europea</b> Iuliana Raluca Stroie .....	8
<b>La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados Miembros</b> Manuel Jesús Marín López .....	10
<b>Información precontractual en la Directiva 2011/83: novedades, exigencias y carencias</b> Ana I. Mendoza Losana .....	15
<b>Incidencia en el derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores</b> M <sup>a</sup> . Carmen González Carrasco .....	17
<b>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 servicios</b> Ana I. Mendoza Losana .....	22
<b>El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores. Incluye un útil cuadro comparativo sobre la regulación del derecho de desistimiento</b> M <sup>a</sup> del Sagrario Bermúdez Ballesteros .....	28
<b>Un mapa de situación: directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de “derechos” de los consumidores</b> Ángel Carrasco Perera .....	35
<b>Incidencia de la Directiva 83/2011 en otras directivas de contratos con consumidores no armonizadas ni derogadas</b> Pascual Martínez Espín .....	40
<b>¿Cómo transponer la directiva de consumidores al derecho español?</b> Encarna Cordero Lobato .....	45

## II. NOVEDADES NORMATIVAS

<b>Nuevo reglamento sobre seguridad de los juguetes. Real Decreto 1205/2011, de 26 de Agosto</b> Iuliana Raluca Stroie .....	50
<b>Información alimentaria facilitada al consumidor. Reglamento (UE) núm. 1169/2011 del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011</b> Ángel García Vidal .....	50
<b>Medidas contra el bombardeo publicitario. Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual</b> Ana I. Mendoza Losana .....	51

## III. NOTICIAS DE JURISPRUDENCIA

<b>Aparcamientos</b> <b>No se puede cobrar el importe de un día entero al usuario que perdió su ticket de aparcamiento</b> <b>SAP La Rioja, de 2 de Noviembre de 2011 (JUR 2011\397812)</b> Iuliana Raluca Stroie .....	54
<b>Contratos bancarios</b> <b>La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 octubre 2011, estima el recurso de apelación de BBVA, NovaCaixaGalicia (NCG) y Cajamar contra la nulidad de la cláusula suelo declarada por la Sentencia de 30 de septiembre del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla SAP de Sevilla, de 7 octubre 2011</b> M <sup>a</sup> . Carmen González Carrasco .....	54
<b>La responsabilidad de Caja Madrid por el Caso GESCARTERA: una decisión salomónica.</b> <b>Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 9 de enero de 2012.</b> Blanca Lozano Cutanda .....	55
<b>Viajes: cargo por emisión de billete por aerolínea</b> <b>Es abusivo el “cargo por emisión” del billete impuesto por Spanair STS de 12 de diciembre de 2011</b> Iuliana Raluca Stroie .....	56
<b>Viajes: compensación por cancelación de vuelo</b> <b>La compensación al pasajero de un vuelo cancelado puede concederse de oficio, sin que sea precisa su invocación expresa</b> <b>STJUE de 13 de octubre 2011</b> Karolina Lyczkowska .....	56



ESTUDIOS Y CONSULTAS

# La Directiva 2011/83/UE, sobre los Derechos de los Consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea<sup>1</sup>

Iuliana Raluca Stroie | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**Resumen:** El presente trabajo, se propone seguir la trayectoria de la Directiva 2011/83/UE desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Trata de analizar las diferencias esenciales entre la Propuesta original de 8 de octubre de 2008 y el texto final.

**Palabras clave:** Propuesta de Directiva, Directiva 2011/83/UE, Novedades introducidas en el texto final, análisis comparativo.

**Title:** The Directive 2011/83/UE, on the rights of consumers, from its origins to the publication in the Official Journal of the European Union.

**Abstract:** This paper, aims to follow the trajectory of the Directive 2011/83/EU from its origins to the publication in the Official Journal of the European Union, analyzing the essential differences between the original proposal of October 8, 2008 and the final text.

**Keywords:** Proposal for a directive, Directive 2011/83/EU, innovations introduced in the final text, comparative analysis.

<sup>1</sup> 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).

## 1. Algunos aspectos históricos de la Directiva

Los orígenes de la nueva Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, se remontan al año 2001, cuando la Comisión de la Unión Europea lanzó un proceso de consulta pública sobre los problemas derivados de las diferencias entre el Derecho contractual de los Estados miembros.

Posteriormente, y como consecuencia de las respuestas recibidas a la mencionada consulta, la Comisión publicó en el 2003, un Plan de Acción en el que proponía la creación de un Marco Común de Referencia (MCR) para el Derecho Contractual y la revisión del *acervo* en materia de Derecho contractual de consumidores.

En el año 2004, la Comisión inició la revisión del *acervo* en materia de consumo que tuvo como objetivo "simplificar y completar el marco normativo existente", mediante la instauración de un mercado interior para empresas y consumidores. El objeto de revisión lo constituyen concretamente ocho directivas y no toda la legislación europea en materia de consumo ya que se queda fuera la relativa a sectores específicos.

En febrero de 2007, la Comisión presentó el Libro Verde sobre la revisión del *acervo* en materia de consumo, mediante el cual concluyó la fase de diagnóstico de la revisión y en octubre de 2008 se presentó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores.

Finalmente, el 11 de noviembre de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el texto final de la DIRECTIVA 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

## 2. Diferencias entre la Propuesta de 2008 y el texto final de 2011

Inicialmente se preveía la "sustitución" de las cuatro Directivas que formaron el objetivo de revisión de la Propuesta - la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, y finalmente, la Directiva 85/577/CEE del Consejo, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales - por el nuevo cuerpo legal, obteniéndose de esta forma una armonización de máximos en los aspectos principales que afectan los contratos con los consumidores, pero finalmente sólo se sustituyen las que regulan los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.

Queda claro que el objetivo de la nueva Directiva, expuesto tanto en la Propuesta inicial como en el texto final, es la creación de un auténtico mercado interior para consumidores y empresas, de modo que se consiga un equilibrio entre el alto nivel de protección de los consumidores y la competitividad real de las empresas.

La eliminación de las disparidades legislativas servirá, conforme a los considerandos de la nueva norma, para fomentar la confianza de los consumidores en el mercado único y eliminar el aumento de costes para los comerciantes que quieran realizar ventas transfronterizas. Estas disparidades se refieren, conforme a la Propuesta de 2008, a las diferencias entre las leyes de los Estados miembros y en la legislación comunitaria vigente en materia de contratos celebrados con consumidores a distancia o fuera de los establecimientos comerciales, bienes de consumo y garantías, así como de cláusulas contractuales abusivas, que establecen normas mínimas de armonización de la legislación, que permiten a los Estados miembros mantener o introducir medidas más estrictas que garanticen un mayor nivel de protección de los consumidores en sus territorios. Pero, en el texto de 2011, cambió radicalmente este aspecto, en cuanto quedaron

fuera de la armonización la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

### 2.1. Objeto, definiciones y ámbito de aplicación

En el objeto coinciden los dos textos, al referirse a la mejora del funcionamiento del mercado interior, pero en el artículo dedicado a las definiciones se puede constatar alguna diferencia, como por ejemplo las exclusiones del texto final de términos como «diligencia profesional», «subasta», «productor», «intermediario» o modificaciones como en el caso de los "bienes" en el que la Propuesta excluye la electricidad, mientras que la Directiva establece que se considerará como tal, junto al agua y el gas, "en el sentido de la presente Directiva cuando estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas", del "contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil" al que le añade el apartado d), que se refiere al "celebrado durante una excursión organizada por el comerciante con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor", del "establecimiento mercantil" en el que restringe su ámbito al excluir las instalaciones de venta al por menor estacionales y los puestos de mercado y los «stands» de ferias, para que culmine con el ámbito de aplicación y sobre todo con el **nivel de armonización que deja de estar totalmente garantizado al admitirse la aplicación de disposiciones más estrictas por parte de los Estados miembros en el ámbito normativo de las cláusulas abusivas y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, conforme a los artículos 32 y 33 de la Directiva.**

El ámbito de aplicación cambia radicalmente, sobre todo por haberse quedado fuera de la armonización determinados aspectos que abarcaba la Propuesta, y que más adelante trataremos, y al incluirse expresamente en el apartado primero del artículo 3 de la Directiva, "los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual". Otra diferencia se refiere a la prevalencia de la normativa sectorial en caso de producirse un conflicto entre alguna disposición

prevista en la misma y otra de la presente Directiva, si bien se prevé en el mismo artículo 3, un detallado listado de contratos pertenecientes a un diverso ámbito de sectores.

## 2.2. Información al consumidor y Derecho de desistimiento

Se queda la Directiva con la misma estructura formal en cuanto a la regulación de la información al consumidor y al derecho de desistimiento, a los que, cada uno de los textos les dedicó el Capítulo II, respectivamente, Capítulo III. En el primero se regula en el único artículo que contiene - el número 5 - el derecho de información a los consumidores en los contratos distintos de los contratos a distancia o los contratos celebrados fuera del establecimiento, pero ya sin mencionar el deber del comerciante de informar sobre “*la existencia, cuando proceda, de un derecho de desistimiento*” y quizás lo más importante, **eliminando la obligación de información a los intermediarios**, que incluía la Propuesta de 2008.

El capítulo III, regula de forma conjunta el derecho a información al consumidor y el derecho de desistimiento en los contratos a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento. En relación a los requisitos de la información que se ha de facilitar al consumidor, cabe mencionar que en texto final, artículo 6.2, se dispone que los mismos serán de aplicación “*a los contratos para el 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 contenido digital que no se preste en un soporte material*” y se prevé además la posibilidad que asiste a los estados miembros “*de mantener o introducir, en su legislación nacional, requisitos de carácter lingüístico en relación con la información contractual a fin de garantizar que dicha información pueda ser comprendida fácilmente por los consumidores*”.

En relación al derecho de desistimiento se pueden observar varios cambios que afectan sobre todo los plazos que en un principio se habían estipulado en la Propuesta, de modo que, en caso de omisión de información sobre el derecho de desistimiento por parte del comerciante, el plazo de prescripción será de 12 meses y no de 3, como inicialmente se propuso, además, se reduce de 30 a 14 días el plazo en el que el comerciante tiene la obligación de reembolsar la cantidad pagada si el consumidor ejerce su derecho de desistimiento y se amplía el listado de excepciones, introduciéndose:

- el suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez;
- el suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega;
- el suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisoluble con otros bienes;

- el suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un período de ejecución específicos;
- el suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento.

Tampoco se reconoce el derecho de desistimiento en los contratos de suministro de bebidas alcohólicas (en la Propuesta sólo se mencionaba el suministro de vino), “*cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el comerciante no pueda controlar*”, y en los contratos en los que el consumidor *haya solicitado específicamente al comerciante que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente*, sólo se aplicará el derecho de desistimiento si “*el comerciante presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación*”. Se reconoce el derecho de desistimiento en los contratos de suministro de agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos y de contenido digital.

## 2.3. Otros derechos de los consumidores

En el Capítulo IV se prevén disposiciones generales en relación al cumplimiento, transmisión de riesgos y sanciones en caso de incumplimiento contractual. Se mantiene el plazo de entrega de 30 días de la Propuesta, pero se renuncia al plazo de 7 días previsto para el reembolso de las cantidades abonadas por parte del comerciante, en caso de no cumplir con el plazo de entrega, apostándose por el reembolso «sin ninguna demora indebida». En cambio, se prevé la posibilidad de llegar a un nuevo acuerdo para fijar un plazo adicional, si este *no es esencial a la vista de todas las circunstancias que concurren en el contrato*. En caso contrario, o cuando el comerciante rechace entregar los bienes, el consumidor tendrá derecho a la resolución inmediata del contrato.

La transmisión de riesgos al consumidor se producía, conforme al a la Propuesta, cuando el consumidor o un tercero designado por él, a excepción del transportista, adquiriría la posesión material de los bienes, pero en el texto final se dispone que el consumidor también asumirá los riesgos de la entrega si ha encargado el transporte al transportista o éste no estuviera entre los propuestos por el comerciante.

## 2.4. Desaparición de la regulación de las cláusulas abusivas en el texto final de la Directiva

Se pensaba en un principio en una armonización que tenía que englobar no solo normas relativas a la información que es preciso facilitar a los consumidores en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento, u otros distintos, al derecho de desistimiento o determinadas disposiciones que tratan de la ejecución y otros aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores, sino, también las normas relativas a las cláusulas contractuales abusivas. La **desaparición de la regulación en el texto final de este último aspecto, relativo a las cláusulas abusivas**, es una de las novedades más impactantes en comparación a la Propuesta de 2008 que le dedicaba el Capítulo V, en el Anexo II de la misma, había plasmado un listado de cláusulas abusivas en cualquier circunstancia y en el Anexo III un listado de cláusulas presuntamente abusivas.

Queda por consiguiente en vigor la Directiva 93/13/CEE, modificada por la introducción del **Artículo 8 bis** (artículo 32 la Directiva 2011/83/UE), que impone a los estados miembros, en su primer apartado, la obligación de informar a la Comisión, si:

- «— hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración, o
- contienen listas de cláusulas contractuales que se consideren abusivas»

En los apartados 2 y 3 del citado artículo se prevé el deber de la Comisión de asegurar “*que la información a que se refiere el apartado 1 sea fácilmente accesible para los consumidores y los comerciantes, entre otros medios, a través de un sitio web específico*”, y respectivamente de transmitir dicha información a los demás Estados miembros y al Parlamento Europeo, así como de consultar a las partes interesadas por lo que respecta a dicha información.

Cabe mencionar que en las modificaciones propuestas por el Grupo de Trabajo del Consejo de la Unión Europea, de 30 de junio de 2010, todavía figuraba en el texto de la Propuesta, la regulación de las cláusulas abusivas.

## 2.5. Modificación de la Directiva 1999/44/CE

También queda excluida la derogación de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo y por tanto, fuera del ámbito de regulación de la Directiva de 2011, que en la Propuesta tenía designado el Capítulo IV. Sin embargo, mediante el artículo 33 del texto final se introduce el **artículo 8 bis**, relativo a los **requisitos de información** en el caso de que “*un Estado miembro adopte disposiciones más estrictas en materia de protección de los consumidores que aquellas previstas con arreglo al artículo 5, apartados 1 a 3, y al artículo 7, apartado 1,*” similares a los del artículo 32 que modifica la Directiva 93/13/CEE.

# La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados Miembros<sup>1</sup>

Manuel J. Marín López | Catedrático de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**Resumen:** La Directiva 2011/83/UE constituye una importante contribución normativa de la Unión Europea a la protección de los consumidores. En este trabajo se examina la finalidad de la Directiva, su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo, y cuál es la materia objeto de armonización. Se estudia el alcance del principio de armonización plena que acoge la Directiva, y el papel que se concede a los Estados miembros para, a la hora de incorporarla, decidir separarse de las reglas de la Directiva o establecer el alcance de algunas previsiones comunitarias.

**Palabras clave:** Directiva 2011/83/UE; materias armonizadas; ámbito de aplicación; contratos excluidos; principio de armonización plena; papel del Estado Miembro en la transposición al derecho nacional.

**Title:** The Directive 2011/83/UE: overview, field of application, harmonization level and role of the Member States.

**Abstract:** The Directive 2011/83/UE is an important normative contribution of the European Union to the protection of consumers. This paper examines the purpose of the Directive, its subjective and objective field of application, and which is the subject proposed of harmonization. It examines the extent of the principle of full harmonization that the Directive admits, and the role that is granted to the Member States, to opt out from the rules of the Directive or to establish the scope of some community regulatory provisions, when transposing the Directive.

**Keywords:** Directive 2011/83/UE; harmonized matters; field of application; excluded contracts; principle of full harmonization; role of the Member State in the transposition to the national law.

<sup>1</sup> 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).

## 1. Objeto

Este trabajo tiene por fin exponer el esquema general diseñado por la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, y analizar, en particular, el ámbito de aplicación de la Directiva, el nivel de armonización establecido en la misma y el papel que se concede a los Estados miembros a la hora de incorporarla a su derecho interno.

## 2. Finalidad de la Directiva 2011/83/UE

Durante la primera década del siglo XXI numerosos documentos de las instituciones comunitarias han puesto de manifiesto la necesidad de reexaminar la normativa comunitaria sobre protección de los consumidores, tras constatar que el modelo seguido hasta la fecha ha dado resultados infructuosos. Ese modelo se caracterizaba por la existencia de multitud de Directivas sectoriales, que se ocupan de concretos ámbitos de regulación (ventas a distancia, viajes combinados, cláusulas abusivas, prestación de servicios financieros a distancia, etc.), y que acogen el principio de armonización mínima, lo que significa que los Estados miembros pueden mantener o adoptar normas más estrictas de protección de los consumidores. Los Estados miembros han hecho amplio uso de esta posibilidad de introducir normas más protectoras en su derecho nacional.

El resultado es un marco normativo fragmentado a través de la Comunidad, con regulaciones propias en cada Estado, que ocasiona unos costes significativos de cumplimiento a las empresas que desean realizar transacciones transfronterizas. En ocasiones, además, los remedios contractuales difieren de unas Directivas a otras, lo que es poco razonable. Todo ello supone un freno importante a las transferencias transfronterizas, y por tanto, a la consecución de un verdadero mercado interior. Además, si los consumidores no pueden acceder a ofertas transfronterizas competitivas,

no aprovechan plenamente los beneficios del mercado interior en términos de mayor oferta y mejores precios.

Todo ello ha obligado a rediseñar las políticas europeas de protección de los consumidores. En esta línea, el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, de 8 de febrero de 2007, que pretende la revisión de ocho Directivas sobre protección de los consumidores, expone las distintas opciones de intervención futura (insistir en el enfoque vertical, pero modificando y mejorando las Directivas existentes; instaurar un instrumento horizontal general, manteniendo las Directivas verticales sectoriales sin es necesario). La Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de julio de 2007, recomendó adoptar medidas legislativas y expresó su preferencia por un instrumento que adopte la forma de una Directiva horizontal basada en una armonización plena específica.

Si bien se han dictado ya otras Directivas basadas en el principio de armonización plena (por ejemplo, la Directiva 2008/48/CE, de contratos de crédito al consumo, o la Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales desleales), la Directiva 2011/83/UE constituye la primera Directiva de carácter horizontal, en la medida en que se aplica a todos los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, sin perjuicio de que contenga disposiciones que sólo afectan a determinados contratos (contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento).

La Propuesta de Directiva era más ambiciosa que el texto finalmente aprobado, pues pretendía revisar y armonizar cuatro Directivas: la Directiva 85/577/CEE, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la Directiva 97/7/CE, sobre contratos a distancia, y la Directiva 1999/44/CE, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo. Finalmente, la Directiva 2011/83/

UE sólo revisa las Directivas 85/577/CEE y 97/7/CE, manteniendo, sin embargo, las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE, aunque se introduce en ella alguna modificación.

## 3. Esquema general de la Directiva

La Directiva se divide en seis Capítulos.

El Capítulo I (arts. 1 a 4) contiene definiciones comunes, como las de “consumidor” y “comerciante”, regula el ámbito de aplicación, excluyendo de ellos determinados contratos, y consagra el principio de plena armonización.

El Capítulo II (art. 5) contiene un conjunto de informaciones que los comerciantes deben facilitar antes de celebrar un contrato con consumidores en contratos distintos de los contratos a distancia o los celebrados fuera del establecimiento.

El Capítulo III (arts. 6 a 16), que sólo se aplica a los contratos a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento, establece requisitos de información específicos y regula de forma coherente el derecho de desistimiento (duración, ejercicio y efectos). También hace referencia a un modelo de documento de información al consumidor sobre el desistimiento, y a un formulario normalizado de desistimiento, reproducidos ambos en el anexo I.

El Capítulo IV (arts. 17 a 22) contempla otros derechos de los consumidores, relacionados con la fase de ejecución del contrato. Todos estos preceptos se aplican a los contratos de venta, pero sólo algunos de ellos a los contratos de servicios (en concreto, los arts. 19, 21 y 22). El art. 18 regula cuándo ha de producirse la entrega de la cosa vendida, los remedios del comprador ante la falta de entrega (petición de cumplimiento y resolución), y los efectos de la resolución. El art. 20 trata de cuándo se transmite el riesgo de pérdida de la

cosa del vendedor al consumidor. Los demás preceptos se refieren al coste de utilización de medios de pago (art. 19), el coste de la tarifa telefónica que el consumidor debe abonar para comunicarse con el vendedor (art. 21), y la imposibilidad de cobrar al consumidor cantidades distintas a la remuneración por el bien o servicio salvo que exista consentimiento expreso de éste (art. 22).

El Capítulo V (arts. 23 a 30) contiene normas técnicas: remisión a los Estados miembros de la fijación de las sanciones, y de los organismos nacionales encargados de que se apliquen las normas nacionales de transposición, fecha de transposición, previsión de un informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva, etc. Con dos excepciones: el art. 25, que establece el carácter imperativo de la Directiva; y el art. 27, que prohíbe el envío no solicitado de bienes o la prestación no solicitada de servicios.

Por último, el Capítulo VI (arts. 31 a 35) incluye unas disposiciones finales, que contienen una cláusula derogatoria, la fecha de entrada en vigor de la Directiva, y la modificación de las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE.

La Directiva concluye con dos Anexos, uno relativo a la información sobre el ejercicio del derecho de desistimiento (que incluye un modelo de documento de información al consumidor sobre el desistimiento, y un modelo de formulario de desistimiento), y otro que contiene una tabla de correspondencias entre la presente Directiva y las Directivas 85/577/CEE y 97/7/CE.

#### 4. Ámbito de aplicación subjetivo

La Directiva se aplica a los contratos celebrados entre consumidores y comerciantes (arts. 1 y 3.1 Dir.).

Es consumidor “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión” (art. 2.1 Dir.). Las personas jurídicas quedan excluidas. Se trata de una definición similar a la establecida en otras normas comunitarias (por ejemplo, en la Directiva 2005/29/CE). El Considerando nº 17 aclara que en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. Por otra parte, hay que destacar que la Directiva no acoge el concepto de consumidor “medio” que sí se contiene, en cambio, en la Directiva 2005/29/CE [en su art. 5.2.b)].

Es comerciante “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus ins-

trucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente” (art. 2.2 Dir.). Se aplica, por tanto, a todos los comerciantes, ya sean públicos o privados.

#### 5. Ámbito de aplicación objetivo

La Directiva se aplica, en principio, a todos los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor (art. 3.1). Pero el art. 3.3 contiene una extensa enumeración de contratos que están excluidos del ámbito de aplicación. Dentro de los que están incluidos, no todos los preceptos de la Directiva se aplican a todos los contratos con consumidores. Como ya se ha apuntado, el Capítulo III sólo entra en juego para los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento, mientras que los demás Capítulos se aplican a todos los contratos con consumidores. En cualquier caso, en el Capítulo IV existe una nueva distinción, pues todos sus preceptos se aplican al contrato de venta, mientras que al contrato de servicios sólo les resulta de aplicación los arts. 19, 21 y 22.

La delimitación del ámbito objetivo de aplicación se completa con las definiciones contenidas en el art. 2.

Se considera “contrato de venta” todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios (art. 2.5). Se trata de una definición muy amplia, que abarca los contratos mixtos. El contrato de venta ha de recaer sobre “bienes”. Se reputa bien todo bien mueble tangible, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento. El agua, el gas y la electricidad se considerarán «bienes» en el sentido de la presente Directiva cuando estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas (art. 2.3).

Se considera “contrato de servicio” todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio (art. 2.6).

La Directiva se aplica también a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual (art. 3.1). La calefacción mediante sistemas urbanos consiste en el suministro de calor, por ejemplo en forma de vapor o agua caliente, a partir de una fuente central de producción a través de un sistema de transmisión y distribución a múltiples edificios, a efectos de calefacción. A efectos de esta Directiva, estos contratos no deben ser clasificados

como contratos de venta ni como contratos de servicios (Considerando nº 19). Este matiz es importante, pues supone la inaplicación a estos contratos de las reglas del Capítulo IV (arts. 17 a 22), que sólo entran en juego para los contratos de venta o/y de servicios.

El art. 2 también define lo que es un contrato a distancia (art. 2.7) y un contrato celebrado fuera de establecimiento (art. 2.8 y 2.9). Únicamente los contratos que se adecúen a estas definiciones les será de aplicación el Capítulo III (arts. 6 a 16). Tanto el contrato a distancia como el celebrado fuera del establecimiento pueden ser un contrato de venta o de servicios.

La Directiva también regula el conflicto entre una disposición de la Directiva y otra disposición de otro acto normativo de la Unión que regule sectores específicos (por ejemplo, los productos alimenticios, los productos sanitarios, el mercado interior de la electricidad y el gas natural, o los medicamentos para uso humano). Según el art. 3.2, “prevalecerá y será de aplicación a dichos sectores específicos” la disposición contenida en la normativa específica de ese sector.

Los Estados miembros pueden decidir no aplicar la presente Directiva cuando se trate de la venta de bienes o servicios de menor cuantía fuera del establecimiento. El art. 3.4 fija esta cuantía en los 50 €, aunque los Estados miembros podrán establecer un valor inferior en su legislación nacional. Se estima que, dada la cuantía de la transacción, la aplicación de la Directiva puede suponer una carga excesiva para los comerciantes. El Considerando nº 28 aclara que cuando se celebren simultáneamente con el consumidor varios contratos con objetos similares, el coste total de los mismos debe tenerse en cuenta para la aplicación del umbral monetario.

#### 6. Contratos excluidos del ámbito de aplicación

De la delimitación positiva del ámbito de aplicación contenida en los arts. 2 y 3.1 se deduce que la Directiva no se aplica a la venta de bienes inmuebles, ni a la venta de bienes muebles intangibles (venta de créditos). Tampoco a la venta de bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento.

El art. 3.3 contiene un elenco de supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. Se excluyen los siguientes contratos:

- a) Contratos de servicios sociales, incluidos la vivienda social, el cuidado de los niños y el apoyo, a familias y personas necesitadas temporal o permanentemente, incluida la atención a largo plazo.
- b) Contratos de asistencia sanitaria, con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias. La asistencia sanitaria se define como “los servicios rela-

- cionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios” (art. 3, letra a), de la Directiva 2011/24/UE).
- c) Contratos de actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas.
- d) Contratos de servicios financieros. Se entienden por tales todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión personal, de inversión o de pago (art. 2.12). Por lo tanto, están excluidos los contratos de crédito al consumo y de préstamos hipotecarios.
- e) Contratos de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos.
- f) Contratos para la construcción de edificios nuevos, la transformación sustancial de edificios existentes y el alquiler de alojamientos para su uso como vivienda. Una transformación sustancial es una transformación comparable a la construcción de un nuevo edificio, por ejemplo, cuando solo se conserva la fachada del viejo edificio. Los contratos de servicios relativos, en particular, a la construcción de anexos de edificios (por ejemplo, un garaje o una veranda) y los relativos a la reparación y renovación de edificios distintas de la transformación sustancial están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. También lo están los contratos relativos a los servicios de un agente inmobiliario y los contratos de alquiler de locales que no vayan a ser utilizados como vivienda.
- g) Contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/314/CEE (viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados).
- h) Contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/122/CE (aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio).
- i) Contratos que, con arreglo a la legislación de los Estados miembros, sean celebrados ante un funcionario público obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico.
- j) Contratos para el suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar, suministrados físicamente por un comerciante mediante entregas frecuentes y regulares en el hogar o lugar de

- residencia o de trabajo del consumidor.
- k) Contratos de servicios de transporte de pasajeros, a excepción del artículo 8, apartado 2, y de los artículos 19 y 22. Sí están sometidos a la Directiva, en cambio, los contratos de transporte de mercancías, y de alquiler de vehículos.
- l) Contratos celebrados mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas.
- m) Contratos celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos para la utilización de esos teléfonos, o celebrados para el establecimiento de una única conexión de teléfono, Internet o fax por parte de un consumidor.

Conforme a lo expuesto, la Directiva se aplica a los contratos de venta de bienes muebles tangibles (con la excepción del suministro de productos alimenticios, bebidas y otros bienes de consumo corriente en el hogar; de los vendidos mediante distribuidores automáticos; y de los vendidos por la autoridad judicial). No se aplica, sin embargo, a la venta de bienes inmuebles, ni a la venta de derechos sobre los mismos. Tampoco se aplica al arrendamiento sobre inmuebles que sirven de vivienda; sí, en cambio, si sirven como locales comerciales.

## 7. Materia armonizada

La Directiva regula los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores. En consecuencia, la Directiva no va a afectar a la legislación nacional en materia de contratos de trabajo, contratos relativos a los derechos de sucesión, al derecho de familia y a la constitución y a los estatutos de sociedades o acuerdos de asociación (Considerando nº 8).

Señala el art. 1 que la Directiva tiene por objetivo conseguir la aproximación de “determinados” aspectos de las disposiciones de los Estados miembros sobre contratos celebrados entre consumidores y comerciantes. En consecuencia, no se pretenden regular todos los aspectos de los contratos con consumidores, ni siquiera aquellos que un operador imparcial pudiera considerar más importantes. Sólo son objeto de regulación aquellos aspectos que, por una y otra razón, son tratados en la Directiva. Se trata, en todos los casos, de materias de derecho de contratos.

No son objeto de regulación de la Directiva, y por tanto no son materia armonizada, las normas relativas a la celebración o a la validez de un contrato. Como expone el art. 3.5, la Directiva “no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual nacional, por ejemplo a las normas sobre validez, formalización o efectos de los contratos, en la medida en que esos aspectos generales del Derecho contractual no estén regulados en la presente Directiva”. Igualmente, la Directiva tampoco debe afectar a la legislación nacional en lo que respecta a las vías de recurso generales en materia

contractual. Adviértase, en todo caso, que la Directiva sí regula la acción de cumplimiento y/o resolución del contrato de venta en caso de falta de entrega del bien en el plazo acordado o, en su defecto, en el plazo de 30 días a partir de la celebración del contrato (art. 18). Fuera de esta hipótesis, la regulación de los remedios por incumplimiento del contrato se encuentra en el derecho nacional. Por otra parte, la Directiva no afecta a las disposiciones de orden público económico, por ejemplo, normas sobre precios excesivos o exorbitantes, ni a las disposiciones sobre transacciones jurídicas poco éticas (Considerando nº 14).

La presente Directiva no debe armonizar los requisitos lingüísticos aplicables a los contratos celebrados con consumidores. Por tanto, los Estados miembros podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, requisitos de carácter lingüístico respecto a la información de los contratos y las cláusulas contractuales (Considerando nº 15). El texto de la Directiva recoge esta previsión en el art. 6.7, que faculta a los Estados miembros para mantener o introducir requisitos de carácter lingüístico en relación con la información precontractual.

La presente Directiva no debe afectar al Derecho nacional en materia de representación legal, por ejemplo a las disposiciones sobre la persona que actúa en nombre del comerciante o por cuenta de este (tales como un agente). Los Estados miembros deben seguir siendo competentes en esta materia (Considerando nº 16).

La Directiva, que define a la “garantía comercial” en el art. 2.14, no concibe las garantías comerciales como una materia armonizada. Sobre este particular, en los contratos a distancia y en los celebrados fuera del establecimiento, se impone al comerciante, antes de que el consumidor celebre el contrato, el deber de facilitar al consumidor información sobre “la existencia y las condiciones de servicios posventa y las garantías comerciales, cuando proceda” [art. 5.1.e)].

Por otra parte, se establece que “la presente Directiva no impedirá a los comerciantes ofrecer a los consumidores condiciones contractuales que garanticen mayor protección que la otorgada por la presente Directiva” (art. 3.6). Que exista una materia armonizada, además conforme al principio de armonización plena, no impide que los concretos comerciantes que celebren contratos con consumidores no pueda ofrecer mejores condiciones contractuales que las establecidas en la Directiva (o más exactamente, en la normativa nacional de incorporación). Y no sólo porque con ello no se devalúa la protección del consumidor (más bien al contrario), sino porque el principio de autonomía de la voluntad así lo exige.

Por último, conviene reparar que los aspectos no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva no son materia armonizada. Por ello, la aplicación de las disposiciones de la Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros. De este modo, un Estado miembro podrá mantener o introducir

normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma respecto de contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean “onsumidores” en el sentido de la Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas. De modo similar, los Estados miembros podrán aplicar las disposiciones de la Directiva a los contratos distintos de los “contratos a distancia” en el sentido de la presente Directiva, por ejemplo porque no se han celebrado en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia. Además, los Estados miembros pueden también mantener o adoptar disposiciones nacionales sobre cuestiones que la presente Directiva no regule específicamente, tales como normas adicionales sobre contratos de venta, también en relación con la entrega de bienes o requisitos para el suministro de información durante la vigencia de un contrato (Considerando nº 13

## 8. La regla de la armonización plena

Las directivas tradicionales sobre protección de los consumidores están basadas en la armonización mínima, es decir, contienen cláusulas con arreglo a las cuales los Estados miembros pueden prever mayores niveles de protección que los establecidos en las directivas. Muchos Estados miembros han recurrido a esta posibilidad, y han introducido mejoras para el consumidor en sus normas nacionales. Este hecho fragmenta la normativa entre los distintos Estados, atribuye al consumidor un diferente nivel de protección en cada Estado miembro, y disuade a las empresas de comercializar sus bienes y servicios fuera de su país, al no cumplir las diferentes normas que rigen en cada Estado miembro.

La propuesta se aleja del enfoque de armonización mínima de las dos Directivas existentes (que permite a los Estados miembros mantener o adoptar normas nacionales más estrictas que las establecidas en la Directiva) para adoptar un enfoque de armonización plena (que prohíbe a los Estados miembros mantener o adoptar disposiciones divergentes de las establecidas en la Directiva).

Para solucionar este problema, la Directiva 2011/83/UE, al igual que han hecho algunas otras Directivas (la Directiva 2008/48/CE, de contratos de crédito al consumo, o la Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales desleales), adopta el modelo de la armonización plena.

Según el art. 4, “los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores,

salvo disposición en contrario de la presente Directiva”. Como explica la Exposición de Motivos de la Directiva, “una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes. Los consumidores y los comerciantes deben poder contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores en la Unión. Como consecuencia de dicha armonización, deben desaparecer los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas y será posible la consecución del mercado interior en este ámbito. Esos obstáculos solo podrán eliminarse estableciendo normas uniformes a escala de la Unión”.

La armonización plena significa que, en aquellas materias que son reguladas en la Directiva (“materias armonizadas”), la legislación de los Estados miembros no puede ser distinta a la fija en la Directiva. No puede instaurar un nivel de protección inferior al establecido en la Directiva (que funciona, por tanto, como una Directiva de mínimos), pero tampoco un nivel de protección superior al concedido en la Directiva (que funciona, en este caso, como una Directiva de máximos). Por ejemplo, si el consumidor dispone de un plazo para desistir de 14 días (art. 9.1), el legislador nacional no podrá fijar un plazo inferior, pero tampoco superior. Por eso se afirma en el art. 4 que la norma nacional de incorporación no puede ser contraria a norma de la Directiva. Y es contraria cuando la modifica, sea para reducir el nivel de protección del consumidor, sea para aumentarlo.

La regla de la armonización plena tiene la ventaja de que, como se ha señalado, implica la instauración de unas mismas normas en todos los Estados miembros, evitando así la fragmentación jurídica que se denunciaba. Pero no cabe desconocer que puede suponer una reducción del nivel de protección del consumidor en un concreto Estado, si en ese Estado el legislador nacional había introducido una concreta norma que aumentaba la protección del consumidor en ese concreto sector normativo.

La armonización plena supone que los Estados miembros no podrán introducir normas nacionales contrarias a los postulados de la Directiva. Y que en los Estados donde existen normas de esta naturaleza, que por definición son normas nacionales que aumentan la tutela del consumidor, concediéndole más derechos, no podrán mantenerse.

## 9. El papel de los Estados Miembros en la transposición de la Directiva

Sobre todas las materias armonizadas rige el principio de armonización plena. Pero la Directiva contiene excepciones a esta regla. El propio art. 4 aclara, en su parte final, que los Estados miembros no podrán mantener o introducir en

su legislación nacional disposiciones contrarias a las fijadas en la Directiva “salvo disposición en contrario de la presente Directiva”.

En consecuencia, la Directiva deja libertad a los Estados miembros para, a la hora de transponer el texto comunitario a su derecho interno, decidir si determinada disposición de la Directiva debe incorporarse o no, y si se incorpora, con qué alcance. Los Estados miembros tiene, en este punto, un papel importante.

Adviértase que esta posibilidad de los Estados de utilizar esta cláusula de opting out, o de modular el alcance de la disposición comunitaria, provoca de nuevo una fragmentación jurídica entre los distintos Estados, fragmentación que es precisamente lo que se pretende evitar con la regla de la armonización plena.

Son varias las ocasiones en las que la Directiva da libertad al Estado miembro en relación con la transposición de la Directiva:

Los Estados miembros pueden optar por no aplicar la Directiva, o no mantener o introducir disposiciones nacionales equivalentes, a los contratos celebrados fuera del establecimiento para los que el pago que deba efectuar el consumidor no supere los 50 euros (art. 3.4). Los Estados podrán establecer un valor inferior en su legislación nacional por debajo del cual no sea de aplicación la normativa nacional de transposición.

En los contratos distintos a los contratos a distancia o los celebrados fuera del establecimiento, el comerciante debe facilitar al consumidor, antes de que se perfeccione el contrato, la información que se indica en el art. 5.1. En este ámbito el papel del Estado miembro es doble. En primer lugar, el art. 5.3 dispone que “los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el apartado 1 a los contratos que conlleven transacciones cotidianas y que sean ejecutados inmediatamente en el momento de su celebración”. Aunque la redacción de la norma no es muy clara (no se usa la expresión “los Estados miembros podrán optar por no aplicar...”, que es la habitualmente empleada), hay que entender que, para los contratos con las características que predica esa norma –contratos que supongan “transacciones cotidianas que se ejecutan inmediatamente–, los Estados miembros pueden excluir en sus derechos nacionales la aplicación del art. 5.1.

Una segunda posibilidad de intervención del Estado viene dada por el art. 5.4, según el cual “los Estados miembros podrán adoptar o mantener requisitos adicionales de información precontractual para los contratos a los que se aplica el presente artículo”. En consecuencia, el deber precontractual de información en los contratos de consumo (salvo en los contratos a distancia y en los celebrados fuera del establecimiento) funciona como derecho mínimo, que en todo caso debe ser respetado por los legisladores nacionales, quienes, sin embargo, podrán introducir o mantener en sus leyes nacionales requisitos adicionales de información precontractual.

El art. 6 regula los requisitos precontractuales de

información en contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento, estableciendo el art. 6.1 las menciones obligatorias que debe contener esa información precontractual. El art. 6.8 sanciona que, además de la información contractual prevista en el art. 6.1, si al contrato le resulta de aplicación la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, o la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, de comercio electrónico, también le serán de aplicación los requisitos de información que figuran en estas Directivas (en los arts. 22, y 5 y 10, respectivamente). Además, si estas dos últimas Directivas facultan a los Estados miembros para imponer requisitos adicionales de información, los Estados podrán hacerlo, pues a ello no empece el hecho de que también sea de aplicación a ese contrato la Directiva 2011/83/UE y esta Directiva acoja el principio de armonización plena. La posibilidad de establecer requisitos precontractuales de información suplementarios se contempla en el art. 22.5 de la 2006/123/CE. El art. 6.8 establece también que si una disposición de la Directiva 2006/123/CE o de la Directiva 2000/31/CE relativa al contenido o al modo en que debe proporcionarse la información entra en conflicto con alguna disposición de la Directiva 2011/83/UE, prevalecerá la disposición de la Directiva 2011/83/UE.

Como no constituye normativa armonizada, cada Estado miembro puede mantener o introducir en su legislación nacional los requisitos de carácter lingüístico en relación con la información precontractual que debe suministrar el comerciante conforme al art. 6.1 (art. 6.7).

El art. 7.1 exige en los contratos celebrados fuera del establecimiento que toda la información precontractual se facilite al consumidor en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en un soporte duradero diferente. El art. 7.2

obliga al comerciante a facilitar al consumidor una copia del contrato firmado o la confirmación del contrato en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en un soporte duradero diferente. El art. 7.4 constituye una excepción al art. 7.1, pues exige al comerciante de tener que informar en papel o en otro soporte duradero de todas las menciones obligatorias del art. 6.1, bastando con que sólo informe de algunas de ellas, siempre que se trate de contratos celebrados fuera del establecimiento en los que el consumidor haya solicitado específicamente los servicios del comerciante para que efectúe operaciones de reparación o mantenimiento con respecto a los cuales el comerciante y el consumidor realicen de inmediato sus obligaciones contractuales y el pago que ha de realizar el consumidor no sea superior a 200 EUR. En todo caso, los Estados miembros podrán decidir no aplicar la excepción prevista en este art. 7.4 (así lo prevé el art. 7.4.II), de modo que, incluso aunque concurra el supuesto de hecho en ella contemplado, el comerciante tendrá que informar en papel o en otro soporte duradero de todos los requisitos precontractuales de información.

En relación con la forma en que ha de suministrarse la información precontractual en los contratos a distancia, el art. 8.1 sanciona que esa información el comerciante la pondrá a disposición del consumidor de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas. En caso de que un contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono, los Estados miembros podrán establecer que el comerciante ha de confirmar la oferta al consumidor, que sólo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito. Los Estados miembros podrán establecer asimismo que dichas confirmaciones han

de realizarse en un soporte duradero (art. 8.6). Constituye ésta una nueva posibilidad de actuación de los legisladores nacionales.

En materia de desistimiento, la Directiva no prohíbe (y en consecuencia, tampoco pueden prohibirlo los legisladores nacionales) a las partes contratantes que cumplan sus obligaciones contractuales durante el período de desistimiento de 14 días. Ahora bien, “en los contratos celebrados fuera del establecimiento, los Estados miembros podrán mantener la legislación nacional vigente que prohíba al comerciante percibir el pago del consumidor durante un período determinado tras la celebración del contrato” (art. 9.3). Como se observa, la posibilidad de actuación del legislador nacional se ciñe exclusivamente a los contratos celebrados fuera de establecimiento, y no a los contratos a distancia. Pero la intervención del legislador nacional tiene una segunda limitación: la ley nacional no puede introducir una prohibición de ese tipo (prohibir que el comerciante reciba el pago del precio), sino que sólo se admite que si esa prohibición ya existía, se mantenga (la Directiva no se refiere, como en otras ocasiones, a que los Estados miembros “podrán mantener o introducir”, sino que sólo alude a que “podrán mantener”).

El art. 18 autoriza al consumidor a resolver el contrato de venta cuando el vendedor no entrega el bien en la fecha establecida. Además de resolver el contrato, “el consumidor podrá recurrir a otras soluciones contempladas en la legislación nacional” (art. 18.4). Esas otras soluciones (por ejemplo, la indemnización de daños y perjuicios) no son materia armonizada, por lo que la legislación nacional es directamente aplicable, sin que la Directiva 2011/83/CE constituya límite alguno.

# Información precontractual en la Directiva 2011/83: novedades, exigencias y carencias<sup>1</sup>

Ana I. Mendoza Losana | Profesora Contrata Doctora de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**Resumen:** Este trabajo expone algunos de los contenidos sobre los que los comerciantes han de facilitar información a los consumidores conforme a la Directiva 2011/83. Se destacan aquellos que introducen alguna novedad en relación a los deberes preexistentes.

**Palabras clave:** contratos; información precontractual; consumidores.

**Title:** Pre-contractual information directive 2011/83: news, requirements and deficits.

**Abstract:** This paper exposes some of the information that traders have to provide the consumer under Directive 2011/83. It highlights those what introduce something new in relation to existing information requirements.

**Keywords:** contracts, contractual information, consumers.

<sup>1</sup> 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).

## 1. Objeto

Pretende este trabajo examinar algunos de los contenidos sobre los que los comerciantes han de facilitar información conforme a la Directiva 2011/83 y que se destacan aquí bien porque introducen alguna novedad en relación a los deberes preexistentes o bien porque modifican (al alza o a la baja) el nivel de protección de los consumidores.

## 2. Contenido de la información precontractual

### 2.1. Breve síntesis

Antes de que el consumidor quede vinculado por la celebración de un contrato ya sea a distancia, fuera del establecimiento o de otro tipo o por la aceptación de una oferta de cualquiera de estos contratos, el comerciante le deberá facilitar, “de forma clara y comprensible” (arts. 5.1, 6.1, 7.1 y 8.1), la información que detallan los artículos 5 y 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 (art. 5.a,g,h y 6.a, r y s); información detallada sobre el **precio** con impuestos incluidos y referencia expresa a gastos asociados (arts. 5.c y 6.e, f, r y s); **identidad del comerciante** (arts. 5.b y 6.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** (art. 5.d y 6.g); información sobre la **garantía y servicios postventa** (arts. 5.e y 6.l,m); **la duración del contrato y condiciones de resolución** (art. 5.f y 6.o y p); **depósitos o garantías** financieras exigidas (art. 6, q); información relativa a la existencia y ejercicio del **derecho de desistimiento**, incluyendo los costes asumidos por el consumidor (art. 6, 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** (art. 6.n). Se destacan aquí algunos de estos contenidos bien porque introducen alguna novedad en relación a los deberes preexistentes o bien porque modifican (al alza o a la baja) el nivel de protección de los consumidores.

### 2.2. Medios de comunicación con el comerciante

Es de especial interés lo dispuesto respecto a los medios de comunicación en los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil. Se exige facilitar información sobre una *dirección geográfica* bien del establecimiento (art. 6,b) o bien de la sede del comerciante que actúa en nombre propio o de aquel por cuenta del que se actúa (art. 6,c), así como del número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico, cuando proceda (art. 6.1,c). Lo que se pretende es que el consumidor pueda ponerse en contacto y comunicarse con el comerciante “de forma rápida y eficaz” (art. 6.1,c). Tratándose de subastas públicas, esta información relativa al comerciante podrá sustituirse por los datos equivalentes relativos al subastador (art. 6.2). Conforme a la Directiva de servicios, las empresas que ofrezcan bienes o servicios en el mercado, dirigidos o no a consumidores finales, han de disponer al menos de tres puntos de contacto: un número de teléfono, una dirección postal, número de fax o dirección de correo electrónico, para facilitar la comunicación rápida y directa (arts. 22.1 y 27). En el mismo sentido, la Directiva de comercio electrónico obliga a facilitar las señas que permitan ponerse en contacto rápidamente con el prestador de servicios y establecer una comunicación directa y efectiva con él, incluyendo su dirección de correo electrónico (art. 5.1,c). Como tiene declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la exigencia de comunicación “rápida y eficaz” obliga al empresario a articular mecanismos de interlocución que faciliten la comunicación tanto con sus clientes como con cualquier eventual destinatario de los bienes o servicios sin intermediarios y de forma que la respuesta no implique un tratamiento diferido de datos transmitidos, sino un tratamiento casi inmediato (STJCE de 16 de octubre de 2008, TJCE 2008,240). En resumen, ya en la información precontractual se han de incluir los datos de los medios de interlocución que permitan esa comunicación rápida y eficaz (ej. número de teléfono) y que no pueden reducirse a medios electrónicos (ej. formulario de contacto electrónico que se responde a través de correo electrónico), pues en ciertas situaciones, en las que el usuario carece de acceso a la red (ej. viaje), no permiten una toma de contacto rápida y una comunicación directa y efectiva. Las tres Directivas comentadas utilizan indistintamente el término “dirección geográfica” (arts. 5.1,b Directiva 2000/31, 22.1,a Directiva

2006/123, 5.1,b y 6.1,c Directiva 2011/83) o “dirección postal” (art. 27.1 Directiva 2006/123). La Directiva 2011 se refiere a “dirección geográfica”. La novedad es casi de matiz y probablemente no ha sido intencionada, pero puede alcanzar cierta relevancia práctica. Y es que en virtud de la prevalencia de la Directiva 2011 sobre la Directiva de servicios y de comercio electrónico (art. 6.8.II), ha de quedar excluida la práctica frecuente consistente en facilitar únicamente un código postal al que dirigir consultas, quejas o reclamaciones. Correlativamente, en el ordenamiento español será preciso modificar los artículos 21.3 del TRLGDCU y 23 de la Ley 17/2009 (Ley Ómnibus) que también se refieren a “dirección postal”. No así el artículo 60.1 del TRLGDCU que exige informar antes de la contratación del “domicilio completo” del responsable de la oferta contractual. No se ha aprovechado la ocasión para atender una pretensión reiterada de los consumidores, como es la gratuidad de los servicios telefónicos de atención al público en general y al cliente en particular. Aunque se advierte que la reivindicación no es totalmente ajena al legislador comunitario (cfr. cdo. 36), nada se estipula respecto al coste del servicio telefónico de atención al público en general (antes de celebrar el contrato) y tímidamente, el artículo 21 encomienda a los Estados velar por que “en caso de que el comerciante opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación al contrato celebrado, el consumidor [...] no esté obligado a pagar más de la tarifa básica”. No hay ninguna duda de que queda prohibida la utilización de números de tarificación adicional que incrementan la cuenta de resultados del empresario a cargo de la formulación de consultas, quejas o reclamaciones por los usuarios, pero, ¿qué se entiende por “tarifa básica”? ¿es el coste de un servicio de llamada local, nacional, internacional o de tarificación especial, como el 902? La Directiva no lo especifica, limitándose a constatar el derecho de los operadores de telecomunicaciones a “cobrar por este tipo de llamadas” (art. 21.II). A pesar de la aspiración de armonización plena (art. 4), tendrán que ser los Estados los que determinen cuál es la tarifa básica o en su caso, exigir un número gratuito para el consumidor. Si la transposición nacional de la norma no concreta este extremo, el comerciante podrá optar por cualquier alternativa, siempre que ello no suponga la eliminación u obstaculización del ejercicio de derechos por los consumidores (arts. 21.1 y 86.1 y 7 TR LGDCU). Y es que esta discrecionalidad podría utilizarse de forma fraudulenta no para obtener ingresos adicionales a cuenta de las

reclamaciones y solicitudes de información de los usuarios, -lo que está claramente prohibido- sino para disuadir de la presentación de las mismas, mediante la habilitación de servicios de atención al cliente a través de números de coste prohibitivo (ej. *call center* a través de un número de llamada internacional).

## 2.3. Precios

En la información previa al contrato se ha de indicar el precio total, incluidos impuestos y “todos los gastos adicionales” (transporte, entrega o postales y cualquier otro gasto). En caso de no poder determinar de antemano el precio o los gastos adicionales, la forma de determinación y la indicación expresa de que puede ser necesario abonar tales gastos (arts. 5,c y 6,e). En los contratos de duración indeterminada o de suscripción, el precio reflejará el total de los costes por período de facturación. De cobrarse con arreglo a una tarifa fija, el precio total especificará los costes mensuales. De no poder determinar de antemano el coste total (ej. precio en función del uso o consumo), se indicará la forma en la que se determina el precio (ej. céntimos de euro por segundo).

Por otra parte, al exigir información sobre los medios de pago, ni el artículo 5.1,f ni el artículo 6.1,g exigen expresamente información acerca de posibles tasas o comisiones que puedan gravar la utilización de alguno de los medios de pago, cuya cuantía no podrá exceder del coste en que incurra el comerciante (art. 19). Este es un dato importante que el consumidor puede sopesar a la hora de contratar. Su ocultación en fase precontractual impide al consumidor valorar todas las circunstancias significativas y determinantes de su voluntad de contratar (ej. el usuario piensa que pagar con tarjeta visa que implica un aplazamiento del pago no le va a suponer coste alguno y al celebrar el contrato comprueba que no es así).

En los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil, el deber de facilitar información precontractual sobre los gastos asociados al medio de pago deriva del artículo 6.1.e que obliga a informar sobre los gastos de transporte, entrega o postales y “cualquier otro gasto”. Correlativamente, si el comerciante no ha cumplido los requisitos de información precontractual, el consumidor no deberá abonar los gastos o tasas asociadas al medio de pago utilizado (art. 6.6).

Por el contrario, no se contempla una previsión similar en el artículo 5.1,d para otros contratos, limitándose a requerir información sobre “los gastos de transporte, entrega o postales”. ¿Significa esta omisión que un contrato presencial, el comerciante no debe informar sobre los gastos o tasas asociadas al medio de pago empleado (ej. tasa por pago con tarjeta)? Si las normas nacionales de transposición no lo remedian ex art. 5.4, habrá que responder afirmativamente.

## 2.4. Duración del contrato

La información exigida respecto a la duración del contrato es excesivamente parca. Se exige informar sobre la duración del contrato y las cláusulas de permanencia (duración mínima de las obligaciones del consumidor), así como sobre las condi-

ciones de resolución en los contratos de duración indeterminada o que se prorrogan de forma automática (arts. 5.1,f y 6.1, letras o y p). Sin embargo, conocida la experiencia en sectores especialmente problemáticos (ej. telecomunicaciones), independientemente de la forma de celebración (presencial, a distancia o fuera del establecimiento mercantil), se echa en falta una mención expresa en la información precontractual a las cláusulas de penalización en caso de baja anticipada en los contratos de duración determinada, así como información sobre el procedimiento para causar baja.

Esta carencia se supera si acudimos a la Directiva de servicios, que impone el deber general de informar sobre “condiciones y cláusulas generales, en su caso, utilizadas por el prestador” (art. 22.1,f), deber que incluye obviamente las cláusulas de penalización. Entiendo que esta diferencia entre la nueva Directiva y la Directiva de servicios no incurrir en un conflicto entre disposiciones que conlleva la prevalencia de la nueva Directiva ex art. 6.8.II, por lo que el comerciante deberá facilitar información precontractual no sólo sobre la duración de los contratos (determinada o indeterminada), sino también sobre las condiciones de resolución, procedimiento para causar baja y cláusulas de penalización en los términos establecidos por la Directiva de servicios o las normas nacionales de transposición (art. 6.8 Directiva 2011).

## 2.5. Coste de la técnica de contratación a distancia utilizada

En los contratos a distancia, el comerciante debe facilitar información sobre el coste de la técnica de comunicación utilizada para celebrar el contrato pero esto solo se requiere en caso “de que dicho coste se calcule sobre una base diferente a la tarifa básica” (art. 6,f). Se desaprovecha la oportunidad de mejorar el nivel de protección de los consumidores y no se actúa de conformidad con el objetivo perseguido de incentivar la contratación a distancia. Como ya dispone el artículo 97.1,a del TRLGDCU, el comerciante sólo tendrá que informar del precio de la técnica de comunicación a distancia utilizada si emplea números de tarificación adicional u otros números de tarificación distinta a la básica. De nuevo, se suscita la duda sobre qué es “tarifa básica”. Si la norma trata de potenciar la contratación a distancia debería determinar este extremo. ¿Es la “tarifa básica” de una llamada local, provincial, interprovincial o internacional? En cualquier caso, si la tarifa aplicada al medio de comunicación es “la básica” (entiéndase en cualquiera de sus modalidades), el comerciante no tiene el deber de informar. Ni se protege adecuadamente el derecho del usuario a la información, ni se incentiva adecuadamente la contratación a distancia por la inseguridad del usuario y su temor a incurrir en gastos desproporcionados asociados al medio de comunicación a distancia empleado.

## 2.6. Garantías y servicios postventa

La información precontractual deberá incluir un recordatorio de la existencia de una garantía jurídica de conformidad para los bienes y de la existencia y condiciones del servicio postventa y

garantías comerciales (arts. 5.1,e y 6.1,1 y m). A estos efectos, conviene poner de manifiesto que la información falsa o engañosa sobre la asistencia postventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones se reputará acto de competencia desleal cuando induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico [art. 5.1,c Ley 3/1991 en redacción dada por art. 1.Cinco Ley 29/2009]. En particular, constituyen actos de competencia desleal comprometerse a proporcionar un servicio postventa a los consumidores o usuarios sin advertirlos claramente antes de contratar de que el idioma en el que este servicio estará disponible no es el utilizado en la operación comercial, así como crear la impresión falsa de que el servicio postventa del bien promocionado está disponible en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha contratado su suministro (art. 23, apdos. 5 y 6, respectivamente Ley 3/1991 en redacción dada por art. 1. Once Ley 29/2009).

## 2.7. Funcionalidad e interoperatividad de contenidos digitales

Tratándose de contenidos digitales (programas, juegos, música...), independientemente del soporte en el que se suministran (material o en red, ya sea a través de descarga o de acceso en tiempo real), el deber de información precontractual se extiende a la funcionalidad de los contenidos y a su interoperatividad (arts. 5.1,g,h y 6.1,r,s). Se ha de facilitar información sobre las diversas formas de utilizar el contenido digital, incluyendo posibles restricciones o medidas técnicas de protección (funcionalidad), y sobre la compatibilidad del contenido con programas y aparatos conocidos por el comerciante o que razonablemente quepa esperar que debe conocerlos (interoperatividad).

## 3. Integración contractual de la información y pacto de las partes

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.

# Incidencia en el Derecho Contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores<sup>1</sup>

M<sup>a</sup> Carmen González Carrasco | Profesora Titular de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**Resumen:** El presente trabajo analiza la influencia de la directiva 2011/83/UE en los derechos contractuales de los consumidores, tanto desde el punto de vista de los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación como desde los aspectos contractuales regulados en la norma. La Directiva tiene como principal objetivo la armonización máxima de la información precontractual y el derecho de desistimiento en contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento. De este modo, las condiciones de validez y eficacia de los contratos quedan fuera de su regulación, y los aspectos contractuales que la misma regula son decepcionantes en comparación con su omnicompreensivo título: Cuánto debe esperar el consumidor a fin de poder considerar que un retraso en la entrega es un incumplimiento esencial (a los efectos que los ordenamientos internos determinen), cuándo tiene lugar la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro de la cosa ocurridos durante la entrega, las consecuencias del incumplimiento de la prestación principal del comerciante en los contratos complementarios, así como el régimen contractual de los cobros por servicios adicionales o no solicitados y costes ocultos.

**Palabras clave:** Contratos excluidos, derechos contractuales de los consumidores, retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega, transmisión del riesgo, costes ocultos.

**Title:** Incidence in the contractual law of the Directive 2011/83/EU on consumer rights.

**Abstract:** The present work analyzes the influent of the Directive 2011/83/UE in the contractual rights of the consumers, both from the point of view of the contracts understood inside his area of application and from the contractual aspects regulated in the norm. The Directive has as the principal main a full harmonisation of consumer information and the right of withdrawal in distance and off-premises contracts. In this way, the conditions of validity and efficiency of the contracts stay out of its regulation and the contractual aspects regulated by the norm are disappointing in comparison with its all-inclusive title: How much must the consumer wait in order to consider a delay in the delivery as essential breach of the contract (to the effects that the internal Law determine), the moment at which the transfer of risk takes place, the effects of the exercise of the right of withdrawal on ancillary contracts, as well as the contractual regime of the additional or no requested services and secret costs.

**Keywords:** Excluded contracts, contractual rights of the consumers, ancillary contracts, delay in the delivery, transfer of risk, secret costs.

<sup>1</sup> 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).

## 1. Regulación de carácter contractual y contratos excluidos

### 1.1 El alcance de la regulación de carácter contractual

La Directiva 2011/83 se declara aplicable, "en las condiciones y en la medida fijadas en sus disposiciones", a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor. Se aplica igualmente a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual. Si bien la Directiva afecta a contratos celebrados entre comerciantes y consumidores, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la misma a las personas jurídicas o físicas que no sean consumidores en el sentido de la presente Directiva, como empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas y organizaciones no gubernamentales. Esta ampliación contrasta con las "condiciones y fijadas en sus disposiciones" que significan dejar fuera de su regulación la mayoría de las grandes cuestiones del régimen contractual de la protección de los consumidores. La Directiva no entra a regular las cláusulas abusivas (cada país sigue teniendo sus listas) ni deja en manos de los comerciantes la elección de los remedios (sustitución, reparación o reembolso) en el ámbito de las garantías. Los Estados miembros pueden mantener o adoptar disposiciones nacionales sobre cuestiones que la presente Directiva no regule

específicamente, tales como normas adicionales sobre contratos de venta, también en relación con la entrega de bienes o requisitos para el suministro de información durante la vigencia de un contrato. Como también señala el Considerando 14, a presente Directiva no ha sido dictada para afectar a la legislación nacional en el ámbito del Derecho contractual respecto a aquellos aspectos del mismo que la Directiva no regula. Por consiguiente, la Directiva se debe entender sin perjuicio de las disposiciones nacionales que regulan, entre otros, la celebración o la validez de un contrato, por ejemplo en caso de vicio del consentimiento. Igualmente, la presente Directiva tampoco debe afectar a la legislación nacional en lo que respecta a las vías de recurso generales en materia contractual, ni a las disposiciones de orden público económico, por ejemplo, normas sobre precios excesivos o exorbitantes, ni a las disposiciones sobre transacciones jurídicas poco éticas. Pese a los minuciosos deberes de información que regula, la Directiva 2011 no armoniza la regulación contractual nacional (art. 3.5), en especial lo referido a la validez del contrato ni "a las vías de recurso generales en materia contractual" (Considerando 14). La Directiva no prevé ni concede remedios de naturaleza contractual a los consumidores afectados por la información inveraz o inexistente. Pero tampoco para los remedios contractuales privados para la nueva serie de deberes contractuales materiales que, fuera del aspecto de la información precontractual, se contienen en el Capítulo IV de la nueva Directiva (y que ni siquiera podrán constituir la base de un derecho sancionador hasta que no sean tipificados como infracción por el De-

recho interno). En alguna ocasión, sin embargo, se prevé una consecuencia material específica en el orden contractual, generalmente en forma de excepción al pago o reembolso (arts. 19-22).

### 1.2. Contratos excluidos

En coherencia con el objetivo principal de la Directiva (fijar normas estándar para los aspectos comunes de los contratos a distancia y fuera del establecimiento para aprovechar plenamente el potencial de las ventas a distancia transfronterizas, que debería constituir uno de los principales resultados tangibles del mercado interior), en el apartado 3.3 se realiza una larga enumeración de contratos excluidos de su ámbito de aplicación. Es el caso de los servicios sociales, asistencia sanitaria<sup>2</sup>, actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas, servicios financieros, creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos, construcción de edificios nuevos, la transformación sustancial de edificios existentes y el alquiler de alojamientos para su uso como vivienda; viajes, vacaciones y circuitos combinados contemplados en la Directiva 90/314/CEE, aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio contemplados en la Directiva 2008/122/CE, suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar, suministrados físicamente por un comerciante mediante entregas

<sup>2</sup> Tal como se define en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2011/24/UE con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias; Dicha Directiva ya es suficiente para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza y la cooperación en la asistencia sanitaria entre Estados miembros, con pleno respeto a las competencias nacionales en la organización y la prestación de asistencia sanitaria, entendida como los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios. La definición excluye (e indirectamente incluye en la prestación de servicios regulada en la Directiva 83/2011) las prestaciones ajenas a la cartera de servicios de los sistemas públicos de salud de los países miembros, entre ellas las consideradas como medicina estética o satisfactiva.

frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor; servicios de transporte de pasajeros<sup>3</sup>, los celebrados mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas; los celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos para la utilización de esos teléfonos, o celebrados para el establecimiento de una única conexión de teléfono, Internet o fax por parte de un consumidor. En unos casos (viajes combinados, aprovechamiento por turno) la exclusión viene motivada por la existencia de una profusa regulación sectorial en el seno de la Unión. En otros, como la asistencia sanitaria y los servicios sociales, es su importancia como servicio de interés general (aunque se trate de servicios privados) y su importante financiación pública la que aconseja la exclusión. Los juegos por dinero requieren una regulación más estricta y de carácter nacional. Los transportes de viajeros ya eran objeto de regulación comunitaria y los de carácter público o privado interurbano ya está suficientemente regulados por la normativa nacional, pese a lo cual se les aplican algunas normas de la Directiva contra honorarios excesivos por el uso de medios de pago o contra los costes ocultos.

Las exclusiones relacionadas en los apartados f) e i) requieren algún comentario adicional. Se refieren a los contratos que tengan por objeto la reforma **sustancial** de edificios y los contratos en los que conforme a la legislación de los Estados, intervenga un funcionario público que garantice que el consumidor adopta su decisión previa la información suficiente y la necesaria reflexión.

### 1.3. En especial, contratos de obras de reforma y rehabilitación de edificaciones

La Directiva excluye de su ámbito de aplicación los contratos relacionados con la transferencia de bienes inmuebles, de derechos sobre bienes inmuebles o con la creación o adquisición de tales bienes inmuebles o derechos, los contratos para la construcción de nuevos edificios, para la transformación sustancial de edificios existentes, así como los contratos de alquiler de locales para su uso como vivienda son objeto de una serie de requisitos específicos en la legislación nacional. Pero los contratos de servicios relativos, en particular, a la construcción de anexos de edificios (por ejemplo, un garaje o una veranda) y los relativos a la reparación y renovación de edificios distintas de la transformación sustancial deben estar incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, al igual que los contratos relativos a los servicios de un agente inmobiliario y los contratos de alquiler de locales

que no vayan a ser utilizados como vivienda. Debido a la disparidad de criterios con los que determinar si una transformación edificatoria es sustancial<sup>4</sup>, el criterio a seguir ha de ser el de la amplitud de los contratos de obra incluidos en la Directiva, tal y como se desprende del ejemplo proporcionado por el Considerando 26: será transformación sustancial la obra que acomete la edificación de un edificio dejando subsistente sólo la fachada. No lo será, y por lo tanto estará incluido en la Directiva el contrato de obra de edificación (v. art. 2 Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación) consistente en la ejecución de nueva planta de elementos accesorios de edificaciones sencillas no destinadas a vivienda (garajes, trasteros...), así como todas las obras en edificios preexistentes que no alteren la configuración arquitectónica de los edificios, ni formen parte de una intervención total consistente en una rehabilitación integral, ni tengan por objeto un cambio en el uso característico del edificio, ni supongan por sí mismas, como intervención parcial, variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el sistema estructural, ni afecten a elementos constructivos afectados por una especial protección de carácter histórico cultural o ambiental (cfr. art. 2 LOE).

### 1.4. Contratos intervenidos por fedatario público

La letra i) excluye del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos que, con arreglo a la legislación de los Estados miembros, sean celebrados ante un funcionario público obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico. Dicha exclusión sólo se entiende desde la afirmación de que el principal, sino único, objetivo de la Directiva 83/2011 es la de reactivar las ventas transfronterizas a distancia a través de las obligaciones de información precontractual y de la armonización del derecho de desistimiento. Porque, en efecto, sólo con respecto a la adecuada formación de la voluntad previa reflexión suficiente es efectivo el control previo de la intervención por fedatario público. Sin embargo, el resto de las cuestiones que la Directiva contempla – en general, las previsiones de carácter contractual que, aunque en su mayoría huérfanas de remedios contractuales civiles, se contienen en el capítulo IV- nada tienen que ver con su intervención, pese a lo cual la Directiva excluye la aplicación de la Directiva en bloque a todos los contratos intervenidos por fedatario público.

### 1.5. Venta de bienes o servicios de menor cuantía

Junto con las anteriores exclusiones, que incluyen los servicios de compra doméstica habitual servida a domicilio cualquiera que sea su cuantía total, la Directiva contiene una exclusión opcional de carácter general: los Estados miembros pueden decidir no aplicar la presente Directiva cuando se trate de la venta de bienes o servicios de menor cuantía fuera del establecimiento. El umbral monetario debe fijarse en un nivel lo suficientemente bajo como para que solo queden excluidas compras de poca importancia. Los Estados miembros deben poder determinar este valor mediante disposiciones nacionales, siempre que no sea superior a 50 EUR. Cuando se celebren simultáneamente con el consumidor varios contratos con objetos similares, el coste total de los mismos debe tenerse en cuenta para la aplicación del umbral monetario.

## 2. Efectos del ejercicio del Derecho de Desistimiento en los contratos complementarios

Según el artículo 15 de la Directiva, *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, el ejercicio, por parte del consumidor, de su derecho de desistimiento en relación con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento conforme a los artículos 9 a 14 de la presente Directiva, tendrá por efecto la resolución automática y sin gastos para el consumidor, excepto los contemplados en el artículo 13, apartado 2 (costes adicionales de una modalidad de entrega más costosa que la ofrecida por el comerciante), y en el artículo 14 (gastos de devolución de la cosa al comerciante en caso de desistimiento) de la presente Directiva, de todo contrato complementario. Los Estados miembros establecerán normas detalladas sobre la resolución de tales contratos.*

A diferencia de las detalladas normas que la Directiva ordena establecer al legislador nacional en cuanto a la resolución de los contratos complementarios sometidos a al derecho de desistimiento (art. 15.2), en el TRLCU nada se dice sobre el efecto del ejercicio del derecho de desistimiento sobre los contratos “complementarios” distintos de los de financiación del bien o servicio adquirido (Artículo 77: Desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario). Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15º de

<sup>3</sup> No obstante, a éstos les serán aplicables el artículo 8, apartado 2, y los artículos 19 y 22.

<sup>4</sup> El ámbito de intervenciones de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación que la LOE considera acto de edificación sometido a la misma no coincide con las intervenciones en edificios preexistentes que el CTE considera comprendido en su ámbito de aplicación. De lo dispuesto en los arts. 2.3 y 2.4 CTE se deduce que en dicha norma –como tampoco el art. 106.7 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público- no se precisa que las obras alteren la configuración arquitectónica de los edificios, ni formen parte de una intervención total consistente en una rehabilitación integral, ni tengan por objeto un cambio en el uso característico del edificio, ni supongan por sí mismas, como intervención parcial, variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el sistema estructural, ni afecten a elementos constructivos afectados por una especial protección de carácter histórico cultural o ambiental (cfr. art. 2 LOE), puesto que también se incluyen en el mismo las de reparación tanto “gran reparación” como la simple, conservación, rehabilitación y restauración, con independencia de que se requieran intervenciones totales o parciales.

la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, la Directiva establece que el ejercicio, por parte del consumidor, de su derecho de desistimiento en relación con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento conforme a los artículos 9 a 14 de la presente Directiva, tendrá por efecto la resolución automática y sin gastos para el consumidor, excepto los contemplados en el artículo 13, apartado 2 (costes adicionales de una modalidad de entrega más costosa que la ofrecida por el comerciante), y en el artículo 14 (gastos de devolución de la cosa al comerciante en caso de desistimiento) de la presente Directiva, de todo contrato complementario. Nuestro TRLCU, en aplicación de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, se limita a establecer que, en los casos en que precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario. Esto es, hace referencia a la existencia de un contrato de crédito vinculado a un contrato de consumo y detalla la incidencia del desistimiento del contrato de consumo en el de crédito vinculado. La presente Directiva va más allá, puesto que sin perjuicio de lo ya dicho en relación con los contratos de financiación vinculados a un contrato de consumo, pretende que el desistimiento del contrato principal implique la resolución automática de todo contrato complementario.

Ignoramos porqué el legislador comunitario evita ahora el término “contrato vinculado” para referirse a cualesquiera casos de conexión funcional entre contratos. Seguramente por la usucapción de ese término por los supuestos de conexión funcional regulados en la Ley de Crédito al consumo. Pero la Directiva pretende en suma regular la incidencia del desistimiento en la eficacia del TODO contrato que pueda considerarse vinculado a uno principal, y como en todo supuesto de conexión funcional, se exige la presencia de dos presupuestos: la pluralidad de contratos (los celebre el consumidor con una única parte o como es habitual, con dos contratantes) y el nexo funcional entre ellos. Con carácter general, existe nexo funcional cuando a través de los dos contratos las partes pretendan alcanzar un único resultado económico.

El Considerando 14 nos da la definición de «contrato complementario» a los efectos de la Directiva: un contrato por el cual el consumi-

dor adquiere bienes o servicios relacionados con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y dichos bienes o servicios son proporcionados por el comerciante o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el comerciante.

La regulación de este aspecto sugiere varias preguntas sin respuesta en la Directiva.

Una de ellas se refiere a por qué el Legislador comunitario no ha extendido esta penetración de acciones en contratos vinculados a todos los supuestos de ineficacia del contrato principal, tal y como lo hace la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008. Esto es, a la penetración de remedios contractuales contra el contratante vinculado, hoy regulada para los contratos de consumo vinculados en los artículos en la Ley 16/2011 de 24 de junio, cuando los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato. La respuesta es clara: a diferencia de los supuestos regulados en la Ley de Contrato del Crédito al Consumo, existe acuerdo y conexión funcional, pero no interdependencia tal que suponga exclusividad de la utilidad de la prestación complementaria al contrato principal. Ambas prestaciones son complementarias, y existe un acuerdo de prestación de servicios por ambos contratos no constituyen necesariamente (se podrá argumentar una penetración de excepciones con base en aplicación de principios generales del Derecho de obligaciones en determinados casos en el caso de que así sea) una unidad comercial desde un punto de vista objetivo.

También se plantea la cuestión del alcance que la Directiva permita a esa detallada regulación nacional sobre la resolución del contrato complementario a la que se refiere la Directiva. Entendemos que la detallada regulación que la Directiva encomienda al Legislador nacional sobre la resolución de estos contratos complementarios ha de partir del régimen de armonización prevista para el desistimiento del contrato principal. No olvidemos que nos encontramos ante una norma prevista para los contratos celebrados a distancia y para los contratos fuera de establecimiento mercantil, casos ambos en los que la armonización es plena.

En dicha regulación interna detallada, será presupuesto de la resolución “automática” de los contratos complementarios el previo ejercicio del derecho de desistimiento. Este se considera “en todo caso” válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos, y en general, cuando se acredite de cualquier forma admitida en dere-

cho que ha sido ejercitado (art. 70) “conforme a las prescripciones legales”, que en el TRLCU se limitan, por lo anteriormente dicho, al cumplimiento de los plazos de ejercicio regulados en el art. 71 y 110 TRLCU.

El sistema también se endurece respecto de los gastos derivados del ejercicio del derecho. En el régimen previsto por el artículo 73 TRLCU, el ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario. A estos efectos se considerará lugar de cumplimiento el lugar donde el consumidor y usuario haya recibido la prestación. En el régimen diseñado por el art. 15 de la Directiva, el derecho de desistimiento ya no será gratuita: la directiva impone los costes directos de devolución al consumidor, salvo si el comerciante ha optado por asumir dicho coste o si el consumidor no ha sido informado de que debía pagar esos costes.

Además, en el art. 74 TRLCU, una vez ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil y el consumidor y usuario no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio, teniendo derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien. Ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil.

En el régimen establecido por la Directiva, el consumidor deberá responder por la disminución del valor del bien si quiere devolverlo, aunque sea por el uso normal de lo que compre, si dicho uso es distinto del necesario para establecer la naturaleza, las características o el funcionamiento de los bienes (art. 14). Además, hasta ahora, si se devolvían las compras, el comerciante debía reembolsar el precio al consumidor en un plazo de 30 días, y si no debía devolverlas duplicadas (art. 76). Con la nueva Directiva, nada se dice de estos derechos.

La presente Directiva no debe afectar a la legislación nacional en el ámbito del Derecho contractual respecto a aquellos aspectos del mismo que la Directiva no regula (14). Por lo tanto, partiendo de las anteriores premisas y respetando el carácter automático de la resolución del contrato complementario, el Legislador interno puede regular la forma en la que deberán ser devueltas las contraprestaciones e imponer sanciones para el caso de incumplimiento del deber de devolución de la contraprestación por parte del comerciante complementario.

<sup>5</sup> 1. Si el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento conforme al Derecho comunitario respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios, dejará de estar obligado por un contrato de crédito vinculado.

2. Si los bienes o servicios estipulados en un contrato de crédito vinculado no son entregados, o lo son solo en parte, o no son conformes con el contrato de suministro de bienes o servicios, el consumidor tendrá derecho de recurso contra el prestamista siempre que haya recurrido contra el proveedor y no haya obtenido de él la satisfacción a que tiene derecho con arreglo a lo dispuesto por la ley o por el contrato de suministro de bienes o servicios. Los Estados miembros establecerán en qué medida y bajo qué condiciones se podrá ejercer dicho derecho.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones nacionales que asignen al prestamista una responsabilidad solidaria respecto de cualquier reclamación del consumidor contra el proveedor cuando la adquisición a este de bienes o servicios se haya financiado mediante un contrato de crédito.

Huelga añadir que el contrato complementario no puede ser resultado de una imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.4 TRLCU).

### 3. Otros derechos de los consumidores

Ya hemos dicho en otro lugar que la Directiva 2011/83 no armoniza la regulación contractual nacional (art. 3.5), en especial lo referido a la validez del contrato ni “a las vías de recurso generales en materia contractual” (Considerando 14). Pero el capítulo IV, arts. 17 a 27, contiene bajo el título “Otros derechos de los consumidores” algunos de los escasos motivos de preocupación verdaderamente “contractual” de la Directiva.

#### 3.1. Entrega y transmisión del riesgo

Los artículos 18 y 20 de la Directiva (referidos a la entrega y a la transmisión del riesgo) contienen preceptos aplicables a los contratos de venta. A diferencia de los requisitos de información ya vistos, las reglas contenidas en los mismos no se aplicarán a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, de calefacción mediante sistemas urbanos o el suministro de contenido digital que no se proporcione en un soporte material (art. 17).

En el arts. 18 y 19, la Directiva 83/2011 se propone aclarar y armonizar las normas nacionales sobre cuándo debe producirse la entrega, a fin de unificar el régimen contractual de las entregas tardías y de los defectos existentes en la cosa en el momento de la misma. El lugar y las modalidades de entrega así como las normas relativas a la determinación de las condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en que dicha transmisión siguen sometidos a la legislación nacional.

En relación con el tiempo en la obligación de entrega, es de subrayar la influencia de las soluciones adoptadas en Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (a la que se adhirió España por instrumento de 17 de julio de 1.990), en su mayoría recopiladas como reglas, usos y prácticas del comercio internacional en los Principios sobre los contratos comerciales internacionales por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en la regulación de la entrega. El artículo recoge la mayor aportación de la doctrina alemana al derecho de contratos incorporada a los textos internacionales: la conversión de un mero retraso no esencial en la obligación de entrega en incumplimiento esencial a través de un plazo extrajudicial concedido por el acreedor

(Nachfrist). Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1 (30 días), el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.

La anterior regla suscita la duda sobre la compatibilidad de dicho plazo adicional con la posibilidad de que el Juez vuelva a conceder un plazo de gracia ante la demanda de resolución del contrato instada por el consumidor tras la concesión de un plazo adicional extraprocésal que convierta el retraso en incumplimiento esencial (art. 1.124 CC). Dicha posibilidad está vedada en los textos internacionales y una interpretación de nuestro ordenamiento jurídico y de las normas que regulan nuestro proceso de ejecución han de llevarnos a la misma conclusión.

La concesión del plazo adicional no será necesaria para convertir el incumplimiento de la obligación de entrega en incumplimiento esencial y, por lo tanto, resolutorio, cuando el vendedor haya declarado de forma inequívoca que se niega a entregar los bienes. Ello, en consonancia con la doctrina anglosajona del “anticipatory breach” también importada de los textos internacionales, podrá ocurrir incluso antes de que expire el plazo contractualmente previsto para la entrega o, en caso de que éste no se hubiera fijado, el de treinta días del apartado primero.

En una clara plasmación de los principios generales del Derecho de contratos plasmados en los textos internacionales antedichos, tampoco será necesaria la concesión del plazo adicional para la entrega en determinadas circunstancias en las que el plazo sea esencial en virtud de la finalidad del objeto del contrato sea razonablemente conocida para ambas partes (por derivarse de la naturaleza de las cosas o porque el consumidor haya informado al comerciante que la entrega en una fecha determinada es esencial).

La facultad del consumidor de resolver el contrato según el artículo 18 de la Directiva debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones nacionales sobre la forma en que el consumidor debe notificar al comerciante su voluntad de resolver el contrato. Ello plantea de nuevo la duda de si la resolución, de acuerdo con el artículo 1.124 CC ha de ser judicial. En los casos en que se trate de un término objetiva o consensualmente esencial o de un término no esencial en que el consumidor haya concedido un plazo adicional razonable para el cumplimiento y en su caso, para dar por resuelto el contrato (nachfrist), la resolución se habrá

producido con la comunicación extrajudicial dándolo por resuelto o fijando el día en que ello ocurrirá. En dichos casos, la resolución judicial tendrá la función de declarar resuelto el contrato desde la fecha señalada por el consumidor, y se dictará generalmente a consecuencia del acogimiento de una excepción de incumplimiento contractual opuesta por el consumidor ante la demanda del vendedor para que éste pague el precio y acepte el cumplimiento tardío. Sólo en los casos en que el consumidor no haya otorgado el plazo adicional regulado en el artículo 18 de la Directiva o éste resulte irrazonable, será la sentencia la que deberá fijar un plazo para el cumplimiento acompañando la condena al cumplimiento de la declaración de resolución para el caso de que aquél no se verifique en el plazo impuesto (Título V del Libro III, arts. 699<sup>6</sup> a 720 LEC), puesto que lo contrario “hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación para el cumplimiento [art. 7.3.1.(2) P. Unidroit].

A diferencia de lo que acontece en los contratos mercantiles de compraventa internacional de mercaderías (art. 67), el consumidor está protegido de todo riesgo de pérdida o deterioro de los bienes que se produzca antes de que haya adquirido posesión material o el control de los mismos. A dicho momento ha de entenderse referido, además, el artículo 114 TRLCU, cuando se refiere a la responsabilidad del vendedor por las faltas de conformidad existentes en el momento de la entrega.

En los contratos en que el comerciante haya de enviar los bienes al consumidor, la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera en su nombre la posesión material o el control de los bienes. En el primer caso, debe considerarse que un consumidor ha adquirido la posesión material de los bienes cuando los ha recibido. Por ello, cuando el consumidor puede elegir entre recoger él mismo los bienes o pedir a un transportista contratado por él que lo haga, e incluso cuando el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, con la entrega a dicho transportista se produce la transmisión del riesgo sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista. En el segundo caso, debe considerarse que el consumidor tiene el control de los bienes cuando un tercero indicado por el consumidor tiene acceso a ellos para utilizarlos como propietario, o posee la capacidad de revenderlos (por ejemplo, cuando ha recibido las llaves o está en posesión de los documentos de propiedad, Considerando 51).

<sup>6</sup> el art. 699 LEC se establece como contenido obligatorio del auto por el que se despache ejecución, el requerimiento al ejecutado para que en el plazo que el Tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo, así como, de forma potestativa, los apremios personales o multas pecuniarias que el Tribunal estime apropiadas. Durante el tiempo necesario para realizar esta ejecución en sus propios términos, se prevé la adopción, a instancia del ejecutante, de las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena. Por así decirlo, la obligación primera será sustituida por la que se contiene en la sentencia, si bien la obligación antecedente sigue existiendo para determinar el día a quo de los daños moratorios, que no se computan desde la fecha en que se despacha ejecución, sino desde el día en que se produjo el incumplimiento material anterior al proceso. En realidad habrá gozado de tres plazos de cumplimiento: el establecido en el título contractual, el plazo que comienza para el cumplimiento espontáneo a partir de la sentencia y el plazo que ahora se concede.

### 3.2. Costes ocultos y prestaciones no solicitadas

Los artículos 19, 21 y 22 (tasas por la utilización de medios de pago, comunicaciones telefónicas y pagos adicionales) se aplican en toda la extensión del artículo 5, esto es, a los contratos de venta y también a los contratos para el suministro de agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital. También a los contratos de transporte de pasajeros, aunque el régimen de éstos esté excluido en general y sometido a otras normas comunitarias. Responden a la interdicción de cobros por servicios accesorios que no respondan a una prestación real, mientras que el artículo 27 responde a la interdicción de solicitar el cobro de contraprestaciones reales pero no solicitadas), práctica prohibida por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), que no contiene remedio específicamente contractual para el caso de contravención.

En ambos casos, se trata de prácticas abusivas según los artículos 89 4) y 5) del TRLCU (imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados e incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación).

Procedemos al estudio detallado de dichos artículos.

Art. 19: Tasas por la utilización de medios de pago. Los Estados miembros prohibirán 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.

De conformidad con el artículo 52, apartado 3, de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, los Estados miembros pueden prohibir o limitar el derecho de los comerciantes al cobro de gastos teniendo en cuenta la necesidad de fomentar la competencia y promover el uso de instrumentos de pago eficientes. En concreto, Normativa estatal sobre sistemas de pago (art. 24.3 Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago)... Será nula toda cláusula que impida al beneficiario de una orden de pago exigir al ordenante el pago de una cuota

adicional u ofrecer una reducción por la utilización de un instrumento de pago específico. 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. Reglamentariamente podrán establecerse 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.

Cuando, en la utilización de un determinado instrumento de pago se exija el pago de una cuota adicional u ofrezca una reducción por su uso, se informará de ello al usuario de servicios de pago antes de llevarse a cabo la operación.

La Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio (BOE de 18), regula las condiciones de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

#### Artículo 21.

##### Comunicaciones telefónicas.

Los Estados miembros velarán por que, en caso de que el comerciante opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el consumidor —cuando se comunique con el comerciante— no esté obligado a pagar más de la tarifa básica.

Lo dispuesto en el primer párrafo se entenderá sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas.

Es difícil imaginar de qué forma deberá velar el Estado para que dicha repercusión de tarifas adicionales no se produzca si se parte de la base de que los proveedores de estos servicios conservan su derecho a cobrar por este tipo de llamadas, a pesar de que en muchos casos la interdependencia funcional entre ambos contratos podría llegarse a considerar la base de un contrato vinculado. Tampoco articula la Directiva un remedio contractual como el derecho de reembolso contra el comerciante que sin embargo sí contempla en el artículo siguiente, eso sí, para un caso en que ambas prestaciones contractuales provienen del comerciante.

#### Artículo 22. Pagos adicionales

Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta, el comerciante deberá buscar el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del comerciante. Si el comerciante no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que el consumidor debe rechazar

para evitar el pago adicional, el consumidor tendrá derecho al reembolso de dicho pago.

Ya se hacía la salvedad en el art. 87.5 II TRL-CUE de que en aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado. Lo que añade ahora el art. 22 de la Directiva un derecho de reembolso del pago realizado por dichos costes derivados de servicios prestados y facturados por separado y por lo tanto, no repercutidos en el precio de la obligación contractual principal si no ha existido consentimiento expreso del consumidor, no pudiéndose entender como tal la falta de rechazo de las opciones conducentes por defecto a dicho pago adicional. Es de hacer notar aquí que los contratos de transporte de pasajeros están excluidos de la Directiva salvo en lo dispuesto en los artículos 8 y 22, que es el que nos ocupa, luego deberá buscarse el consentimiento expreso del usuario sobre la tarifa adicional derivada de salida, entrada o recogida, o porte de maletas y bultos.

#### Artículo 27. Suministro no solicitado

Se eximirá al consumidor de toda obligación de entregar contraprestación alguna en caso de suministro no solicitado de bienes, agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitada, prohibido por el artículo 5, apartado 5, y el anexo I, punto 29, de la Directiva 2005/29/CE. En dicho caso, la falta de respuesta del consumidor a dicho suministro o prestación no solicitada no se considerará consentimiento.

El suministro no solicitado, que consiste en suministrar a los consumidores bienes o prestarles servicios que no han solicitado, además de constituir una práctica abusiva según el art. 89 TRLCU, está prohibido por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). Habida cuenta de que no se prevé en la misma ninguna vía de recurso contractual, la Directiva 83/2011 establece, por vía de excepción, la dispensa al consumidor de la obligación de efectuar pago alguno por dicho suministro o prestación no solicitados. El silencio del consumidor, a diferencia de lo que establece la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (art. 52.II), no se entiende como consentimiento.

# 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 Servicios<sup>1</sup>

Ana I. Mendoza Losana | Profesora Contrata Doctora de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**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).

**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.

<sup>1</sup> 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).

## 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, centrandó 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)<sup>2</sup> 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)<sup>3</sup>.

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 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).

<sup>2</sup> DO L 178 de 17.7.2000.

<sup>3</sup> DO L 376, de 27.12.2006.

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 TRLGDCU<sup>4</sup>) (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), entendiendo por tal, cualquier soporte que permita al consumidor o al comerciante guardar la información durante 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, cum-

pliendo 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 LSSI<sup>5</sup>); 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).

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 apli-

<sup>4</sup> 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).

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

cables 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 con-

trato; 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.I), 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?**

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 diver-

sas 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.

**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.

**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).

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).

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).

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 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).

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).

# El Derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Octubre de 2011, sobre Derechos de los Consumidores<sup>1</sup>

M<sup>a</sup> del Sagrario Bermúdez Ballesteros | Profesora Asociada Doctora de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**Resumen:** La Directiva 2011/83/UE establece el régimen de ejercicio del derecho de desistimiento en los arts. 9 a 16, aplicables conjuntamente a los contratos a distancia y a los celebrados fuera del establecimiento. En dichos preceptos se contemplan aspectos relativos a las condiciones de ejercicio del mencionado derecho: plazo, forma, efectos, obligaciones del consumidor y del comerciante y excepciones al ejercicio del mismo. Muchos de esos aspectos difieren de los previstos actualmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 (TRLGDCU), de manera que la transposición de la Directiva a nuestro derecho interno, exigirá la reforma de los mismos. El objeto de este trabajo es resaltar, en primer lugar, las novedades que la nueva Directiva introduce respecto al ejercicio del derecho de desistimiento con relación al previsto en el TRLGDCU. En segundo lugar, se expone el régimen de ejercicio del desistimiento que establece la Directiva. Por último, se incorpora un anexo comparativo de la regulación del derecho de desistimiento en la nueva Directiva y en el TRLGDCU.

**Palabras clave:** Derecho de desistimiento, consumidor, comerciante, derecho a la información del consumidor, plazo de ejercicio, obligaciones de las partes, gastos repercutibles, excepciones.

**Title:** The right of withdrawal in the Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights.

**Abstract:** Articles 9 to 16 of the new Directive 2011/83/UE contain the rules for exercising the right of withdrawal, which are applicable to distance contracts and contracts negotiated away from business premises. The articles deal with the following aspects that are related to the right mentioned: terms, forms, purpose, obligations of the consumer and the trader as well as exceptions to be exercised. Many of these aspects differ from current provisions of the Revised General Act for the Protection of Consumers and Users, 2007 (TRLGDCU). The transformation of the Directive into our national law requires a process of adaptation and reform. The aim of this paper is first, to highlight the new aspects that are introduced by the Directive referring the exercise of right of withdrawal compared to the rights that form part of the TRLGDCU. Second, we shall discuss the exercise of the right of withdrawal established by the Directive. Finally, a comparative annex on the regulation of the right of withdrawal in the new Directive and the TRLGDCU will be included.

**Keywords:** Right of withdrawal, distance contracts, contracts negotiated away from business premises, consumer, trader, retailer, priority right, liabilities.

<sup>1</sup> 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).

## 1. ¿Qué novedades introduce la Directiva con relación al régimen previsto en el TRLGDCU?

Se establece un **régimen unitario** para ambas modalidades de contratación: contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento.

El TRLGDCU recoge, junto al régimen general de ejercicio del derecho de desistimiento (art. 68 a 79), algunas especialidades para los contratos a distancia y fuera de establecimiento, que se apartan de dicho régimen general.

Se establece un **período de desistimiento de 14 días naturales**, aplicable conjuntamente a ambas modalidades contractuales.

El TRLGDCU fija un plazo para ejercer el desistimiento distinto para cada una de ellas:

- En los contratos celebrados a distancia, el plazo es de 7 días hábiles (art. 71).
- En los contratos celebrados fuera de establecimiento, el plazo es de 7 días naturales (art. 110).

**Cuando el comerciante no haya informado adecuadamente al consumidor** sobre las condiciones, plazo y procedimiento de ejercicio del mismo y **no le haya facilitado el documento de desistimiento**, se establece que **el período de desistimiento expira a los 14 días de la fecha en que el consumidor reciba la información y documentación** preceptiva. No obstante, para garantizar la seguridad jurídica la Directiva introduce un **plazo de prescripción de 12 meses** para el ejercicio del desistimiento, contados desde la fecha de expiración del período de desistimiento inicial.

En el TRLGDCU, para los supuestos en que el empresario infringe los deberes de información y

documentación, las consecuencias son distintas en cada modalidad contractual:

- En los contratos celebrados a distancia, el plazo se prolonga a 3 meses.
- En los contratos celebrados fuera de establecimiento, contamos con dos posibilidades:

1. Se entiende prolongado ilimitadamente el plazo para desistir, postergándose el *dies a quo* del cómputo al de la recepción del documento de desistimiento por parte del consumidor.
2. Se reconoce al consumidor la posibilidad de instar la anulabilidad del contrato (art. 112).

**Se reconoce el derecho de desistimiento en los siguientes contratos: los de suministro de agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos y de contenido digital.**

**Respecto a los contratos de suministro de agua, gas y electricidad**, se incluyen a efectos de desistimiento en el ámbito de aplicación de la Directiva siempre que se hayan negociado a distancia o fuera de establecimiento. Además hay que distinguir, a efectos de desistimiento, según que el suministro se haga o no en un volumen delimitado o en cantidades determinadas. Así:

- a) Si el suministro se hace de esa forma, el agua, gas y electricidad tendrán la consideración de bienes a efectos de la Directiva [art. 2. 3)]. Estaríamos ante un contrato de venta y no de suministro, aplicándose, por tanto, las pautas que para esta modalidad contractual fija la Directiva (inicio del cómputo del plazo de 14 días en el de la entrega del bien, repercusión en el consumidor de costes de devolución, responsabilidad por disminución de valor del bien debido a un mal uso, etc).
- b) Si el suministro no se lleva a cabo en un volu-

men delimitado o en cantidades determinadas, el contrato no encajará ni en la modalidad de contrato de venta ni de servicios, se trataría de un contrato de suministro. El desistimiento en estos casos se regiría por lo establecido al respecto por la Directiva (inicio del cómputo del plazo de 14 días en el de celebración del contrato, imposición al consumidor del régimen de compensación por el suministro efectivamente consumido durante el período de desistimiento, etc).

**Con relación a los de suministro de contenido digital**, el régimen de ejercicio del desistimiento varía en función de que el suministro se haga a través de un soporte material o no material. Se trataría de la distinción entre *comercio electrónico directo*, que comprende aquellos supuestos en los que el objeto del negocio jurídico son bienes inmateriales (programas informáticos, música, vídeos, fotografías, revistas electrónicas, bases de datos, etc.) que se descargan por la red -on line-, es decir, por el mismo medio por que se contrata el suministro y *comercio electrónico indirecto*, cuando el objeto del negocio son bienes materiales que se entregan off line o por medios tradicionales de transporte (correo o servicio de mensajería) en el domicilio del consumidor o en el lugar señalado al efecto. Así:

- a) Si el contenido digital se suministra en soporte material, como lo sería un CD o DVD, tal soporte encaja, a efectos de la Directiva en el concepto de "bien". En estos casos, estaríamos ante un contrato de venta y el desistimiento se regiría por las líneas marcadas al efecto en la Directiva.
- b) Si el contenido digital se suministra en soporte no material, es decir a través de descarga o emisión en tiempo real, el contrato no encaja ni en la categoría de contrato de venta ni en la de servicios. Se trataría de un contrato de suministro,

al que se aplicarían a efectos de desistimiento las correspondientes directrices.

En lo referente a los contratos de suministro de agua, luz, electricidad y calefacción, el art. 62 TRLGDCU regula el derecho del consumidor a poner fin a las relaciones contractuales duraderas o de tracto sucesivo. No obstante el derecho que en dicha norma se reconoce no es equiparable al derecho de desistimiento *ad nutum* regulado en los art. 68 y ss., en la medida en que si el consumidor pone fin a la relación, ello puede conllevar específicas consecuencias (imposición de un plazo de preaviso razonable, pago de una prima y extinción de la relación obligatoria para lo sucesivo, esto es, sin efectos retroactivos) no identificables con las esenciales del desistimiento *ad nutum* (no requiere preaviso, no conlleva penalización alguna y tiene eficacia *ex tunc*).

Los contratos de contenido digital no suministrados en soporte digital, se excluyen del derecho de desistimiento, salvo pacto en contrario, en el art. 102. c) TRLGDCU.

Se introduce un **modelo armonizado de formulario de desistimiento**.

El TRLGDCU (arts. 69 y 111) obliga al empresario a entregar al consumidor, junto con el documento contractual, un documento de desistimiento identificado claramente como tal y que contenga determinadas menciones (nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y datos identificativos del contrato y de los contratantes), pero no incorpora un modelo uniforme de formulario de desistimiento.

Se contempla la posibilidad de **cumplimentar y enviar electrónicamente el documento de desistimiento o cualquier otra declaración inequívoca** a través del sitio web del comerciante.

Tal posibilidad no se recoge en el TRLGDCU.

Se establece un **plazo máximo de 14 días para que el comerciante, en caso de desistimiento, reembolse al consumidor los pagos recibidos**. Sin embargo, **no contempla la Directiva el derecho del consumidor a reclamar por duplicado el importe adeudado en caso de que el empresario no proceda al reembolso en el plazo estipulado**.

El art. 76 del TRLGDCU impone al empresario la obligación de devolver las sumas abonadas por el consumidor en un plazo máximo de 30 días desde el desistimiento. Además se prevé que si el empresario no procede a la restitución de las sumas satisfechas por el consumidor en dicho plazo, el consumidor podrá exigirle el importe duplicado, lo que no excluye, incluso, una indemnización de daños y perjuicios en lo que supere tal cuantía.

Se establece el **derecho del comerciante a retener el reembolso** hasta la devolución efectiva de los bienes o prueba de devolución de los mismos por parte del consumidor, salvo que el propio comerciante se haya ofrecido a recogerlos. Tal derecho no se reconoce en el TRLGDCU.

Se establece el mismo **plazo de 14 días para que el consumidor, en caso de desistimiento, restituya al comerciante los bienes recibidos**.

Pese a que el art. 74 TRLGDCU ordena la restitución recíproca de las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1303 y 1308 CC, no se establece plazo alguno para que el consumidor proceda a la devolución de los bienes al empresario, lo que no se ajusta al principio general de reciprocidad y simultaneidad que ha de presidir la restitución de ambas prestaciones.

**La devolución ya no será gratuita para el consumidor:** el consumidor soportará los costes directos de la devolución de los bienes, salvo que el comerciante los haya asumido expresamente o que el consumidor no haya sido informado de que debía pagarlos.

Como regla general, el art. 73 TRLGDCU libera al consumidor de cualquier gasto que se produzca como consecuencia del desistimiento del contrato y, por tanto, también de los costes directos de restitución y envío (transporte, embalaje, etc.) de los bienes.

No obstante lo anterior, en la modalidad de contratos a distancia, el art. 101 TRLGDCU prevé que el empresario pueda exigir al consumidor que se haga cargo de los gastos directos de devolución, esto es, los costes de reexpedición o recogida del producto

Se reconoce el **derecho de desistimiento del consumidor en los contratos de prestación de servicios y suministro (incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva), cuando la ejecución del contrato haya comenzado, a solicitud expresa del consumidor, antes de que finalice el período de desistimiento**.

El art. 102, e) TRLGDCU excluye del derecho de desistimiento, salvo pacto en contrario, a los contratos de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor y usuario, antes de finalizar el plazo de 7 días hábiles.

Se establece, para los supuestos contemplados en el punto anterior, un **régimen de compensación: el consumidor abonará al comerciante el importe proporcional a la parte ya prestada del servicio**, siempre que el comerciante haya informado oportunamente de ello al consumidor.

En el caso de desistimiento en los contratos de prestación de servicios, el art. 74. 2 TRLGDCU libera al consumidor de tener que reembolsar cantidad alguna por el uso de los mismos.

Se contemplan **nuevas excepciones al derecho de desistimiento** no previstas expresamente en el TRLGDCU. Entre ellas:

El suministro de bienes que, después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza, se hayan mezclado de forma indisoluble con otros bienes. El suministro de bebidas alcohólicas, cuyo precio

haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el comerciante no pueda controlar.

Los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante que le visite para realizar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el comerciante presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento deberá aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales.

## 2. Régimen de ejercicio del Derecho de Desistimiento en la Directiva 2011/83/UE

### 2.1. ¿Quién debe informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento?

Es esencial para la efectividad del derecho de desistimiento la información y documentación que el consumidor reciba al respecto. Es fundamental que, antes de la celebración del contrato, el consumidor conozca si le asiste o no el derecho de desistimiento, las condiciones, plazo y procedimiento para ejercerlo, así como los costes o gastos adicionales que, en su caso, tendrá que asumir. Resulta capital, asimismo, que el consumidor disponga de un documento de desistimiento.

**El obligado** a cumplir las obligaciones de información y documentación respecto al derecho de desistimiento **es el comerciante** (art. 6).

En términos generales, dicha información podrá proporcionarse a través del Modelo de documento de información al consumidor sobre el desistimiento, establecido en el anexo I, letra A. Y se facilitará en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en otro soporte duradero diferente [contratos celebrados fuera del establecimiento (art. 7)] o de cualquier otra forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas [contratos a distancia (art. 8)]. En todo caso, la información deberá estar redactada en términos claros y comprensibles. En caso de que el comerciante incumpla sus obligaciones de información y documentación, además de ampliarse el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento (de 14 días a 12 meses más), se exonera al consumidor de correr con los costes y gastos que, en caso contrario, debería asumir (art. 6.6).

### 2.2. ¿De qué plazo dispone el consumidor para ejercer el derecho de desistimiento?

Uno de los aspectos novedosos, de mayor relevancia e interés, es el establecimiento de un **plazo común de 14 días naturales** para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento.

La determinación del día de inicio del cómputo de dicho plazo varía en función de la modalidad contractual en que nos encontremos: contratos de servicios, contratos de venta y contratos de suministro. En el cómputo del plazo de desistimiento no se incluye el día en que se produzca el suceso o se realice el acto a partir del cual debe contarse el plazo.

La Directiva distingue, de cara a la duración del período de desistimiento, según que el comerciante haya cumplido o no con sus obligaciones de informar sobre tal derecho.

### A) En caso de cumplimiento de la obligación de información y documentación sobre el derecho de desistimiento (art. 9)

El consumidor dispondrá de un período de **14 días** para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, **contados a partir de:**

*En el caso de los contratos de servicios, el día de la celebración del contrato.*

*En el caso de los contratos de venta, el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados.* Además, el consumidor debe poder desistir antes de entrar en la posesión material de los bienes.

*En caso de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido y entregados por separado, el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último de los bienes.*

*En caso de entrega de un bien compuesto por múltiples componentes o piezas, el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último componente o pieza.*

*En el caso de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del primero de esos bienes.*

*En el caso de contratos para el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material, el día en que se celebre el contrato.*

### B) En caso de incumplimiento de la obligación de información y documentación sobre el derecho de desistimiento (art. 10).

El período de desistimiento expira **a los 14 días de la fecha en que el consumidor reciba la información y documentación** sobre el derecho de desistimiento. No obstante, para garantizar la seguridad jurídica la Directiva introduce un **plazo de prescripción de 12 meses** para el ejercicio del desistimiento, contados desde la fecha de expiración del período de desistimiento inicial.

## 2.3. ¿De qué forma puede ejercer el consumidor el derecho de desistimiento? (art 11)

En este apartado, dos de las novedades más significativas introducidas por la Directiva son: el establecimiento de un formulario normalizado de desistimiento y la posibilidad de cumplimentar y enviar dicho formulario o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del comerciante. Establece al respecto el art. 11:

- Durante el plazo de desistimiento, el consumidor podrá comunicar al comerciante su decisión de desistir a través de las siguientes modalidades:

a) Utilizando el **modelo de formulario de desistimiento** que se recoge en el **anexo I, letra B**.

b) Realizando **otro tipo de declaración inequívoca** en tal sentido (una carta, una llamada telefónica o la devolución de los bienes acompañada de una declaración clara podrían satisfacer este requisito).

- Además, el comerciante podrá ofrecer al consumidor la **opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento** (anexo I, letra B), o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del comerciante. En tales casos, el comerciante comunicará sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento.

## 2.4. ¿Quién ha de probar el ejercicio del derecho de desistimiento? (art. 11.4)

Recae en el consumidor. Por este motivo, redundará en su interés la utilización de un soporte duradero al comunicar su desistimiento al comerciante.

2.5. ¿Qué obligaciones tiene el comerciante en caso de desistimiento? (art. 13)

Las innovaciones que aporta la Directiva son: **obligación del comerciante de reembolsar todo pago recibido del consumidor en un plazo máximo de 14 días desde la notificación del desistimiento y derecho del comerciante a retener el reembolso hasta la devolución efectiva de los bienes o prueba de devolución de los mismos por parte del consumidor, salvo que él mismo se haya ofrecido a recogerlos.**

- Respecto a la **obligación de reembolsar**, se establece:

a) *Contenido:*

- Abarcará todo pago recibido del consumidor, incluidos, en su caso, los costes de entrega.

Si la modalidad de entrega elegida expresamente por el consumidor fuese más costosa (por ejemplo, entrega urgente en 24 horas) que la forma de entrega ordinaria ofrecida por el comerciante, éste no está obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven. Dichos costes adicionales correrán por cuenta del consumidor, que deberá abonar la diferencia de costes entre los dos tipos de entrega.

b) *Plazo:* Sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes del transcurso de 14 días desde que haya sido informado de la decisión de desistimiento.

c) *Forma:* Utilizará el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, salvo que éste expresamente haya dispuesto lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso.

- Con relación al **derecho de retención del reembolso:** salvo que el comerciante se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que el consumidor presente una prueba de la devolución de los mismos, según qué condición se cumpla primero.

## 2.6. ¿Qué obligaciones tiene el consumidor en caso de desistimiento? (art. 14)

Por un lado, los **apartados 1 y 2 del art. 14** establecen unas reglas, aplicables a los **contratos de venta**, en cuanto a la obligación del consumidor de devolver los bienes recibidos y relativas a: el plazo en que el consumidor deberá proceder a la restitución, los costes que la devolución le supondrá y la responsabilidad por la disminución del valor de los mismos.

Por otro, los **apartados 3 y 4** del mismo precepto recogen una serie de directrices referidas a las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en los **contratos de servicios y suministros**.

A) Respecto a los **contratos de venta** se establece:

- **Obligación de devolver o entregar** los bienes al comerciante o a persona autorizada por éste para recibirlos, salvo en el caso de que el propio comerciante se ofrezca a recogerlos.

a) *Plazo:* Sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes del transcurso de 14 días desde que haya comunicado al comerciante su decisión de desistimiento.

b) *Repercusión de los costes de devolución:* El consumidor correrá con los costes directos de devolución de los bienes, salvo que el comerciante haya aceptado asumirlos o no haya informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes [tal deber de información se recoge en el art. 6.1,i)].

c) *Responsabilidad del consumidor por la disminución del valor del bien:* 1. Sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer la naturaleza, las características o el funcionamiento de ellos.

No será en ningún caso responsable de la disminución del valor de los bienes si el comerciante ha incumplido su deber de información sobre el derecho de desistimiento [tal deber de información se recoge en el art. 6.1, h)].

**B) En cuanto a los *contratos de servicios y suministros* se establecen dos reglas:**

1ª. Cuando el consumidor ejerza el derecho de desistimiento en los casos en que haya solicitado expresamente al comerciante que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas-, o calefacción mediante sistemas urbanos, dé comienzo durante el plazo de desistimiento:

1. Abonará al comerciante un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio hasta el momento en que el consumidor informe al comerciante del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato.
2. El importe proporcional que habrá de abonar el consumidor al comerciante se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato.
3. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio.

2ª. El consumidor no asumirá ningún coste por:

1. La prestación de servicios o el suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas-, o calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, cuando: El comerciante haya incumplido su deber de información sobre el derecho de desistimiento en estos casos [art. 6.1 h) o j)], o

El consumidor no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento.

2. El suministro, en su totalidad o en parte, de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando:

El consumidor no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el período de desistimiento.

El consumidor no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento.

El comerciante no haya dado la confirmación documental posterior del contrato, en la que se incluya la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y el conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento (el deber de confirmación documental posterior se recoge en los arts. 7.2 y 8.7).

**2.7. ¿Qué gastos supondrá al consumidor el ejercicio del derecho de desistimiento?**

*A) Respecto a los contratos de venta:*

1. Aunque el comerciante ha de reembolsar al

consumidor todo pago recibido de éste, incluidos, en su caso, los costes de entrega, cuando el consumidor haya seleccionado expresamente una **modalidad de entrega de los bienes más costosa** que la forma de entrega ordinaria ofrecida por el comerciante, correrá con los **gastos adicionales** que de ello se deriven (art. 13.2).

2. Correrá con los **costes directos de devolución de los bienes**, salvo que el comerciante haya aceptado asumirlos o no haya informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes.

*B) Respecto a los contratos de servicios y suministros:*

Cuando el consumidor ejerza el derecho de desistimiento **en los casos en que haya solicitado expresamente al comerciante que la prestación de servicios o el suministro** de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas-, o calefacción mediante sistemas urbanos, **dé comienzo durante el plazo de desistimiento, abonará al comerciante un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio** hasta el momento en que el consumidor informe al comerciante del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato.

En el supuesto anterior, el consumidor no asumirá ningún coste si el comerciante no le ha facilitado la información preceptiva al respecto o no ha dado su consentimiento expreso para que comience la prestación del servicio durante el plazo de desistimiento.

**2.8. ¿Qué efectos tiene el ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios? (art. 15)**

El ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor en un contrato a distancia o fuera del establecimiento tendrá como efecto la **resolución automática y sin gastos para el consumidor de todo contrato complementario**, salvo los contemplados en los arts. 13. 2 y 14 de la Directiva.

**2.9. ¿Cuáles son las excepciones al derecho de desistimiento? (art.16)**

- a) Contratos de servicios, una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y con el reconocimiento por su parte de que es consciente que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el comerciante, habrá perdido su derecho de desistimiento.

- b) El suministro de bienes o la prestación de servicios, cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el comer-

ciante no pueda controlar y que puedan producirse durante el período de desistimiento.

- c) El suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados.

- d) El suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez.

- e) El suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección a la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega.

- f) El suministro de bienes que, después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza, se hayan mezclado de forma indisoluble con otros bienes.

- g) El suministro de bebidas alcohólicas, cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el comerciante no pueda controlar.

- h) Los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante que le visite para realizar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el comerciante presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento deberá aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales.

- i) El suministro de grabaciones sonoras o de video precintadas o de programas informáticos precintados, que hayan sido desprecintados por el consumidor después de la entrega.

- j) El suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones.

- K) Los contratos celebrados mediante subastas públicas.

- l) El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un período de ejecución específicos.

- m) El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por su parte de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento.

**3. Anexo comparativo: regulación del Derecho de Desistimiento en la Directiva 2011/83/UE y en el TRLGDCU 2007**

DIRECTIVA 2011/83/UE	TRLGDCU 2007
<p><b>Plazo:</b> a) <u>En caso de cumplimiento de los deberes de información y documentación</u> (art. 9): 14 días naturales contados a partir de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- En los <u>contratos de servicios</u>: el día de la celebración del contrato.</li> <li>- En los <u>contratos de venta</u>: el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados, o bien: <ul style="list-style-type: none"> <li>• En caso de entrega de múltiples bienes encargados en el mismo pedido y entregados por separado, el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último de los bienes.</li> <li>• En caso de entrega de un bien compuesto por múltiples componentes o piezas, el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último componente o pieza.</li> <li>• En caso de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del primero de esos bienes.</li> </ul> </li> <li>- En los <u>contratos de suministro</u> para el agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o en cantidades determinadas-, o de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material: el día en que se celebre el contrato.</li> </ul> <p>b) <u>En caso de incumplimiento de los deberes de información y documentación</u> (art. 10): 12 meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial. Si el comerciante facilita al consumidor la información preceptiva dentro de esos 12 meses, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días de ser recibida dicha información por el consumidor.</p> <p><b>Forma:</b> Antes de que venza el plazo de desistimiento el consumidor comunicará al comerciante su decisión de desistir de las siguientes maneras (art. 11):</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) utilizando el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo I, letra B, o</li> <li>b) realizando otro tipo de declaración inequívoca en ese sentido.</li> </ol> <p>Además, el comerciante podrá ofrecer al consumidor, la opción de cumplir y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento (anexo I, letra B), o cualquier otra declaración inequívoca, a través del sitio web del comerciante. En tales casos, el comerciante comunicará sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento.</p> <p><b>Prueba:</b> Recae en el consumidor (art. 11.4)</p> <p><b>Gastos:</b> A) <u>En los contratos de venta</u>: 1. En caso de que el consumidor haya elegido expresamente una modalidad de entrega más costosa que la forma de entrega ordinaria ofrecida por el comerciante, deberá correr con los costes adicionales que de ello se deriven. Esto es, el comerciante no estará obligado a reembolsarlos en caso de desistimiento (art. 13.2). 2. El consumidor soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el comerciante ha aceptado asumirlos o no ha informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes. En el caso de contratos celebrados fuera del establecimiento en los que los bienes se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor en el momento de celebrarse el contrato, el comerciante correrá con la recogida de los bienes cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo (art. 14.1). B) En los contratos de servicios o suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas-, o de calefacción mediante sistemas urbanos, en los que el consumidor haya solicitado expresamente que dé comienzo la prestación del servicio o suministro durante el plazo de desistimiento (art. 14.3 y 4): El consumidor abonará al comerciante un importe proporcional a la parte proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que el consumidor haya informado al comerciante del ejercicio del derecho de desistimiento.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El consumidor no asumirá ningún coste en los siguientes supuestos: <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Prestación de servicios o suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas-, o de calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, cuando:</li> </ol> </li> </ul>	<p><b>Plazo:</b> A) <u>En los contratos celebrados a distancia</u>:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) <u>En caso de cumplimiento de los deberes de información y documentación</u>: 7 días hábiles, contados desde la recepción del bien o la celebración del contrato de prestación de servicios. Será la ley del lugar donde se haya entregado el bien o donde haya de prestarse el servicio la que determine los días que han de considerarse hábiles (art. 71.1 y 2).</li> <li>b) <u>En caso de incumplimiento de los deberes de información y documentación</u>: 3 meses, contados desde la entrega del bien o la celebración del contrato de prestación de servicios. Si los anteriores deberes se cumplen durante el citado plazo de 3 meses, el plazo legalmente previsto de 7 días hábiles comenzará a contarse desde ese momento (art. 71.3).</li> </ol> <p>B) <u>En los contratos celebrados fuera de establecimiento</u>:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) <u>En caso de cumplimiento de los deberes de información y documentación</u>: 7 días naturales contados desde la recepción del documento de desistimiento, si éste es posterior a la entrega del producto contratado o a la celebración del contrato si su objeto es la prestación de servicios (art. 110).</li> <li>b) <u>En caso de incumplimiento de los deberes de información y documentación</u>: el contrato podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario. Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento (art. 112).</li> </ol> <p><b>Forma:</b> No está sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. No obstante, se entenderá válidamente ejercitado el desistimiento mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos (art. 70).</p> <p><b>Prueba:</b> Recae en el consumidor y usuario (art. 72).</p> <p><b>Gastos:</b> No implicará gasto alguno para el consumidor y usuario (art. 73). No obstante en la modalidad de <i>contratos a distancia</i>, el empresario podrá exigir al consumidor y usuario que se haga cargo del coste directo de devolución del bien o servicio (art. 101.1).</p> <p><b>Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento:</b> Las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1303 y 1308 CC (art.74.1)</p> <p><b>A) Obligaciones del empresario en caso de desistimiento:</b> El empresario estará <u>obligado a devolver</u> las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos (art. 76).</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) <u>Contenido:</u> Abarcará las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos.</li> <li>b) <u>Plazo:</u> Se hará lo antes posible y, en todo caso, en el plazo máximo de 30 días desde el desistimiento.</li> <li>c) <u>Consecuencias del incumplimiento en la devolución:</u> Si transcurre dicho plazo sin procederse a la devolución, el consumidor tendrá derecho a reclamar la suma por duplicado y a que se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad.</li> </ol> <p><b>B) Obligaciones del consumidor y usuario en caso de desistimiento:</b> El consumidor y usuario <u>tendrá que restituir la prestación</u> (art. 74.1).</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) <u>Plazo:</u> No se establece.</li> <li>b) <u>Repercusión de los costes de devolución:</u> No implicará gasto alguno para el consumidor y usuario (art. 73). No obstante, en la modalidad de <i>contratos a distancia</i>, el empresario podrá exigir al consumidor y usuario que se haga cargo del coste directo de devolución del bien o servicio (art. 101.1).</li> <li>c) <u>Responsabilidad del consumidor por la disminución del valor del bien:</u> No tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio (art. 74.2). Tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien (art. 74.3).</li> </ol>

DIRECTIVA 2011/83/UE	TRLGDCU 2007
<p>- El comerciante no le haya informado previamente a la celebración del contrato sobre la existencia del derecho de desistimiento, condiciones, plazo y procedimiento de ejercicio del mismo (art. 6.1.h) o sobre el hecho de que deberá abonar unos gastos razonables en caso de que solicite expresamente la prestación del servicio o suministro durante el plazo de desistimiento (art. 6.1.j).</p> <p>- El consumidor no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio o suministro se inicie durante el plazo de desistimiento.</p> <p>b) Suministro, en su totalidad o en parte, de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando:</p> <p>- El consumidor no haya consentido expresamente que dé comienzo a la ejecución antes de que finalice el período de desistimiento.</p> <p>- El consumidor no sea consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento.</p> <p>- El comerciante no haya dado la confirmación documental posterior del contrato en la que se incluya la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y el conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento (arts. 7.2 y 8.7).</p> <p><b>Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento:</b></p> <p><b>A) Obligaciones del comerciante en caso de desistimiento:</b> El comerciante deberá reembolsar todo pago recibido del consumidor. Respecto a dicha obligación de reembolso, se establece (art. 13):</p> <p>a) Contenido: Abarcará todo pago recibido del consumidor, incluidos, en su caso, los costes de entrega. Si la modalidad de entrega elegida expresamente por el consumidor fuese más costosa que la forma de entrega ordinaria, el comerciante no está obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven.</p> <p>b) Plazo: Sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes del transcurso de 14 días desde que haya sido informado de la decisión de desistimiento.</p> <p>c) Forma: Utilizará el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, salvo que éste expresamente haya dispuesto lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso.</p> <p>- Derecho de retención del reembolso: salvo que el comerciante se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que el consumidor presente una prueba de la devolución de los mismos, según qué condición se cumpla primero.</p> <p><b>B) Obligaciones del consumidor en caso de desistimiento:</b></p> <p>a) Respecto a los <u>contratos de venta</u> (art. 14.1 y 2): <u>Obligación de devolver o entregar</u> los bienes al comerciante o a persona autorizada por éste para recibirlos, salvo en el caso de que el propio comerciante se ofrezca a recogerlos.</p> <p>a) Plazo: Sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes del transcurso de 14 días desde que haya comunicado al comerciante su decisión de desistimiento.</p> <p>b) <i>Repercusión de los costes de devolución:</i> El consumidor correrá con los costes directos de devolución de los bienes, salvo que el comerciante haya aceptado asumirlos o no haya informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes.</p> <p>c) <i>Responsabilidad del consumidor por la disminución del valor del bien:</i> 1. Sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer la naturaleza, las características o el funcionamiento de ellos. 2. No será en ningún caso responsable de la disminución del valor de los bienes si el comerciante ha incumplido su deber de información sobre el derecho de desistimiento.</p> <p>b) Para los contratos de servicios y suministros se establecen dos reglas (art. 14.2 y 3):</p> <p><b>1ª.</b> Cuando el consumidor ejerza el derecho de desistimiento en los casos en que haya solicitado expresamente al comerciante que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o calefacción mediante sistemas urbanos, dé comienzo durante el plazo de desistimiento:</p> <p>1. Abonará al comerciante un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio hasta el momento en que el consumidor informe al comerciante del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato.</p> <p>2. El importe proporcional que habrá de abonar el consumidor al comerciante se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato.</p>	<p>d) <i>Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor y usuario</i> (art. 75): 1. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción y otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento. En estos casos, cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable al consumidor y usuario, éste responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste.</p> <p>2. Cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos.</p> <p><b>Efectos del desistimiento en los contratos vinculados:</b> Cuando en el contrato para el que se ejercite el derecho de desistimiento el precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del de crédito, sin penalización alguna para el consumidor y usuario (art. 77).</p>

3. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio.

2ª. El consumidor no asumirá ningún coste por:

1. La prestación de servicios o el suministro de agua, gas, electricidad – cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas-, o calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, cuando:

- El comerciante haya incumplido su deber de información sobre el derecho de desistimiento en estos casos, o
- El consumidor no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento.

2. El suministro, en su totalidad o en parte, de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando:

- El consumidor no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el período de desistimiento.
- El consumidor no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento.
- El comerciante no haya dado la confirmación documental posterior del contrato, en la que se incluya la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y el conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento.

**Efectos del desistimiento en los contratos complementarios:** Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, el ejercicio del derecho de desistimiento tendrá por efecto la resolución automática y sin gastos para el consumidor, excepto los contemplados en el art. 13.2 y en el art. 14 de la presente Directiva, de todo contrato complementario (art. 15).

# Un mapa de situación: Directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de “Derechos” de los Consumidores<sup>1</sup>

Ángel Carrasco Perera | Catedrático de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**Resumen:** Este trabajo pretende poner en relación el régimen de la Directiva 83/2011 con el régimen consolidado de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales y de la Directiva de cláusulas abusivas. De un lado, se imponen nuevos deberes de información en contratos con consumidores y se causa con ello una incongruencia regulatoria con la Directiva 29/2005. De otro, no se vinculan especiales remedios contractuales al nuevo estatuto contractual de la Directiva de 2011, con lo que se retorna al Derecho de la competencia desleal y al Derecho administrativo sancionador. Finalmente, no existe coordinación entre la imposición directa de obligaciones contractuales imperativas en los contratos con consumidores y el *acquis* comunitario en el sector de la cláusulas no negociadas en contratos con consumidores.

**Palabras clave:** Prácticas comerciales desleales, deber de información, contratos de consumo, cláusulas abusivas

**Title:** A map of location: unfair contractual clauses, unfair commercial practices and consumers rights Directives

**Abstract:** This paper aims to link the regime of Directive 83/2011 with the consolidated regime of the Unfair Commercial Practices Directive and the Unfair Terms Directive. On the one hand, new information duties in consumer contracts are imposed that cause a regulatory inconsistency with Directive 29/2005. On the other hand, there are no special contractual remedies linked to the new contractual status of the Directive of 2011, which is returned to the unfair competition law and administrative penalty law. Finally, there is no coordination between the direct imposition of imperative contractual obligations in consumer contracts and the *acquis communautaire* in the field of non-negotiated clauses in consumer contracts.

**Keywords:** Unfair commercial practices, duty to inform, consumer contracts, unfair contractual clauses.

<sup>1</sup> 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).

## 1. Objeto

El propósito de este trabajo es exponer el mapa de Derecho comunitario derivado una vez aprobada la Directiva 83/2011, de derechos de consumidores y usuarios, en especial, la relación que resulta del contenido con el régimen de prácticas comerciales desleales (Directiva 29/2005) y el de cláusulas abusivas en contratos con consumidores (Directiva 13/1993).

## 2. La información precontractual y la deslealtad comercial en la Directiva 29/2005

*Cláusula general de deslealtad frente a normas nacionales consumeristas*

La Directiva 29/2005 se caracteriza por establecer una única prohibición general de aquellas prácticas comerciales que distorsionan o pueden distorsionar el comportamiento económico de los consumidores. La cláusula general principal es la de deslealtad respecto de los consumidores, que la Directiva luego concreta utilizando algunos índices normativos. La prohibición se formula por medio de cláusulas generales o sub-generales, no enteramente concretadas, que contendrán prohibiciones en función de la naturaleza singular de cada práctica o de las circunstancias concurrentes.

Aunque no está claro cómo entiende la Directiva esta distinción, las normas de la Directiva se limitan a regular las “prácticas comerciales”, pero no afectan al Derecho contractual. Se considera práctica comercial “todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionados con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores” [art. 2 d)].

La Directiva no contiene una armonización de mínimos, sino plena; no cabe un desarrollo “al alza” por parte de los Estados. A efectos de lo que se considera como “sustancial” para ser objeto de una obligación de informar, únicamente son imperativas las exigencias que se contienen en el propio Derecho de consumo comunitario, pero no en el Derecho estatal de desarrollo de estas Directivas. No hay engaño “sustancial” si los operadores económicos omiten informar sobre los extremos impuestos por la legislación estatal de desarrollo de las Directivas, pero que no se haya expresamente impuesto por estas Directivas. Con más razón [aunque hay que reconocer que la Directiva en este punto es todo menos claro], cuando se trate de normativa estatal relativa a la información suministrable a consumidores, cuando no tenga apoyo ni sea desarrollo de una normativa comunitaria.

Los Estados miembros sólo podrán mantener o añadir requisitos de información relacionada con el Derecho contractual y con las repercusiones en el ámbito del Derecho contractual si así lo autorizan las cláusulas mínimas del Derecho comunitario vigente. Por lo que toca a las exigencias de información suplementariamente exigidas por los Estados miembros a la información impuesta por las Directivas consumeristas, sobre la base de cláusulas mínimas, no se considerará una omisión engañosa a efectos de esta Directiva la omisión de dicha información. “En cambio, los Estados miembros podrán, cuando así lo permitan las cláusulas mínimas del Derecho comunitario, mantener o introducir disposiciones más estrictas para garantizar un mayor nivel de protección de los derechos contractuales individuales de los consumidores”. (Considerando 15).

Cierto que los Estados miembros pueden regular más allá de la Directiva las prácticas comerciales, e incluso prohibir modalidades determinadas, sin cobertura en la Directiva. Pero siempre que no se trate con dicha norma de

proteger a los consumidores, sino, por ejemplo, regular la competencia desleal (específicamente para la publicidad engañosa, el nuevo art. 7.1 de la Directiva 84/450, introducido por la Directiva 29/2005). Siguiendo con el ejemplo, el Estado puede mantener la ordenación temporal de los períodos de rebajas. Pero no puede hacerlo una Comunidad Autónoma que no tenga para ello más título competencial que el de defensa de los consumidores.

Hasta el 2013, los Estados miembros podrán seguir aplicando disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que se las que se contengan en las Directivas que contienen cláusulas mínimas de armonización, siempre que sean “indispensables” para que los consumidores estén adecuadamente protegidos.

### *Los estándares de deslealtad*

Conforme a lo dicho, la Directiva prescinde de las prohibiciones cerradas de conductas formuladas en términos generales, para proceder a establecer un sistema articulado de cláusulas generales, que se desarrolla de la forma siguiente:

- Quedan prohibidas las prácticas comerciales desleales
- Para que una práctica comercial sea desleal es preciso que sea contraria a la diligencia profesional.
- Para que una práctica comercial sea desleal es preciso también que distorsione o pueda distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor.
- Se considera que una práctica comercial reúne los anteriores requisitos siempre que sea engañosa. Pero sólo es engañosa:
  - Si contiene información falsa
  - O información verdadera que induzca o pueda inducir a error sobre alguno de los ele-

mentos o extremos a que se refiere la Directiva en el art. 6.1

- O es una práctica que, en consideración a todas las circunstancias, cree confusión
- Y, en cualquiera de los casos anteriores, haga o pueda hacer tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no habría tomado.
- Una omisión sólo en engañosa si a tenor de todas las circunstancias, omite información sustancial. Se considera sustancial sólo la información relativa a los extremos del art. 7.4.
- Los extremos que deben considerarse para apreciar si una información es engañosa están exhaustivamente listados en el art. 6.

En consecuencia, la concurrencia de un supuesto de hecho de conducta prohibida requerirá en todo caso – salvo los que luego se mencionan- que se realice una ponderación por la que se determine.

Si una práctica distorsiona o no el comportamiento del consumidor de modo sustancial

Si una práctica induce o puede inducir al consumidor a error sobre alguno de los extremos predeterminados, hasta el punto de hacerle tomar una decisión económica que de otra forma no hubiera tomado.

Si la omisión de información es sobre un extremo sustancial y ha influido de modo decisivo en la decisión de compra.

Si del contexto fáctico se desprende que la conducta del agente puede mermar de forma importante la libertad de elección del consumidor y ello ha influido de modo decisivo en la decisión de compra.

Los Estados Miembros no pueden concretar estas cláusulas mediante nuevas subcláusulas.

En especial, la imposición de deberes obligatorios de información al consumidor

En la legislación estatal y autonómica de consumo es común encontrar muchas normas que pretenden proteger al consumidor mediante el expediente de exigir del profesional que ofrezca al consumidor antes de contratar determinada información relativa a los bienes o servicios que ofrece.

El aspecto más original de la Directiva es que hace incompatible con ella no poca parte de esta regulación consumerista. Para la Directiva sólo está prohibida la conducta desleal. Una forma de conducta desleal es la engañosa. Pero la omisión de información al consumidor no es por principio una conducta comercial engañosa, salvo que se den las circunstancias que establece el art. 7.

Sólo es engañosa una práctica comercial que omita u oculta información cuando:

- esta información es sustancial.
- de acuerdo con el contexto fáctico y teniendo en cuenta todas las circunstancias y características del medio de comunicación,
- y que haya producido o podido producir que el consumidor haya tomado una decisión comercial que no hubiera tomado de haberse dado aquella información.

Igualmente hay deslealtad cuando esta información sustancial es ofrecida de manera poco clara, ininteligible, ambigua, en momento inadecuado, o sin dar a conocer el propósito comercial.

Cuando hay una invitación a contratar, se considera sustancial la información relativa a las (a) características principales del producto, (b) el precio y los gastos adicionales, así como (c) la forma en que se determinan y (d) la existencia eventual de un derecho de revocación. Ninguna otra información (omitida) se considerará sustancial.

Cuando una de las Directivas consumeristas haya impuesto un deber específico relativo a la información a suministrar, esta información se considera sustancial.

En consecuencia, son contrarias a la Directiva:

- La imposición absoluta e incondicional de deberes de información por parte de una norma protectora de los consumidores, salvo que pueda reducirse a alguna de las informaciones sustanciales- cuya omisión es engaño- y se den el resto de los requisitos establecidos por el art. 7 (especialmente, que la omisión de la información sustancial haya sido la determinante del acto de compra).
- La imposición absoluta e incondicional de deberes de información por parte de una norma estatal que transpone una Directiva de mínimos, en tanto el contenido de la obligación exceda del amparado por la Directiva transpuesta.

Con todo, la cuestión puede no llegar a tener trascendencia práctica alguna, si examinamos el bloque de información impuesta por las normas que se acaban de citar. Quiero decir, lo que la Directiva impide es que se impongan incondicional y absolutamente una determinada información al empresario, pero la Directiva no limita la competencia del regulador para imponer deberes contractuales específicos. Lo que no puede hacer el regulador es imponer como obligatoria la información relativa a estos deberes y derechos contractuales, fuera del caso de que se trate de una información sustancial y causalmente decisiva, en el sentido de la Directiva.

Un ejemplo: es materia de práctica promocional y publicitaria ofertar como rebajas productos deteriorados. La norma que lo prohíbe es una norma que entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Pero es un extremo propio del Derecho contractual prohibir que se vendan en rebajas productos deteriorados.

*La transposición interna de la Directiva 29/2005*

La Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores, transpone la Directiva comunitaria 29/2005 y modifica con ello cuatro importantes leyes del sistema jurídico español: la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991), la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (TR de la LGDCU aprobado por Real Decreto Legisla-

tivo 1/2007), la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988) y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996). En la presente entrega se revisa el impacto de la nueva regulación sobre el régimen jurídico vigente en materia de protección de consumidores y usuarios.

El artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal delimita la cláusula general de deslealtad «en las relaciones con consumidores y usuarios». Mas, al mismo tiempo, por remisión de la LGDCU, constituye la cláusula general de conductas administrativamente prohibidas por desleales en las prácticas comerciales con consumidores. De esta forma constituye un comportamiento «contrario a la buena fe» aquel en el que concurren los rasgos siguientes: 1) que sea contrario a la diligencia profesional y 2) que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio. Se entiende por distorsión significativa el uso de una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, «haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no habría tomado».

Las prácticas comerciales con consumidores, siempre que reúnan las condiciones de la cláusula general (contrariedad a la diligencia profesional y poder de distorsión del comportamiento del consumidor), son básica, pero no necesariamente, de dos tipos. En primer lugar, *actos de engaño*, considerándose tales «cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aún siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error en los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico». En segundo lugar, las *prácticas agresivas*, y serán tales las que mermen de forma significativa, mediante acoso, coacción o «influencia indebida» la libertad de elección o conducta del destinatario y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.

Por lo que respecta a los *actos de engaño* hay que tener en cuenta lo siguiente. La información falsa o susceptible de inducir a error será desleal cuando afecte a alguno de los extremos mencionados en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal y no a otros. Si se trata de *omisiones*, el silencio constituirá un acto de engaño cuando se oculte la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa, o bien cuando se trate de una información poco clara, ininteligible o ambigua, o no se ofrezca en el momento adecuado, o no se dé a conocer el propósito comercial de esta práctica, si ello no resulta evidente por el contexto. Aunque el nuevo artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal no contiene la lista exclusiva de los extremos cuya omisión constituye omisión engañosa según la Directiva, sí lo hace el artículo 20 LGDCU. La consecuencia de este trasvase es que en artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal hay una lista abierta de omisiones potencialmente engañosas, mientras que en las relaciones con los consumidores —pero a efectos exclusivos de tipi-

ficación administrativa sancionadora— existe una lista cerrada, como quiere la Directiva.

Como establece el artículo 19 de la Ley de Competencia Desleal, y fuera del caso del artículo 20 LGDCU (al que luego nos referimos), «únicamente» tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores las previstas en los artículos 4, 5, 7 y 8 de la Ley de Competencia Desleal como tipos básicos y sus modalidades de desarrollo contenidas en los artículos 20 (prácticas engañosas por confusión con los consumidores), 21 (prácticas engañosas sobre códigos de conducta o distintivos de calidad), 22 (prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas), 23 (prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes y servicios, su disponibilidad y servicios postventa), 24 (prácticas de venta piramidal), 25 (prácticas engañosas por confusión), 26 (prácticas comerciales encubiertas), 27 (otras prácticas engañosas), 28 (prácticas agresivas por coacción), 29 (prácticas agresivas por acoso), 30 (prácticas agresivas en relación con los menores) y 31 (otras prácticas agresivas).

Deben tenerse en cuenta tres cosas al respecto:

- 1) Como ya ocurría con el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal antes de la reforma, la cláusula general de deslealtad «en las relaciones con consumidores» que se contiene en el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal contiene un tipo residual capaz de prohibir conductas que no estuviesen especificadas en los artículos siguientes (tipos especiales de deslealtad). La cláusula general del artículo 4 «en las relaciones con consumidores» no queda agotada con los supuestos de los artículos 5 a 8 y los contenidos en los artículos 20 a 31 de la ley. Por tanto, *existe un espacio posible para una prohibición residual de conductas desleales específicamente no consideradas por las normas de desarrollo*. Esto resulta claro del tenor del artículo 2.4 de la directiva («en particular»).
- 2) Sólo constituyen conductas comerciales *tipificadas como infracción de consumo* por el artículo 49 LGDCU aquellas que conforme a la Ley de Competencia Desleal sean prácticas comerciales desleales y, además, el supuesto específico de información comercial insuficiente contenida en el artículo 20 LGDCU, en la medida en que su supuesto no quede ya englobado en la cláusula general de engaño del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal (más propiamente, en la cláusula del artículo 7, omisiones engañosas).
- 3) Aunque la Ley 29/2009 modifica también la Ley de Ordenación del Comercio Minorista e introduce prohibiciones específicas en las ventas multinivel y en las ventas en pirámide, este régimen no está armonizado como conductas catalogables como prácticas comerciales desleales salvo en lo referido a la venta piramidal (art. 24 de la Ley de Competencia Desleal).

Como la regulación de las prácticas comerciales desleales con consumidores ha sido efectuada desde el doble frente del régimen mercantil de la competencia desleal y del régimen administrativo de la protección de los consumidores, también las consecuencias de las conductas infractoras son dobles. Las conductas o prácticas desleales con los consumidores constituyen ilícitos civiles de competencia desleal sujetos al régimen correspondiente y a la competencia de los juzgados de lo mercantil, pero también conforman actos tipificados como infracción administrativa de consumo.

El nuevo artículo 20 LGDCU unifica y armoniza el régimen de la información comercial positiva de las prácticas comerciales que *incluyen información sobre las características del bien o servicio*. En este caso deberá informarse «al menos» de los siguientes extremos: nombre comercial; características esenciales del bien o servicio; precio final completo o, al menos, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio y el importe estimado de los gastos adicionales; procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato, sistema de tratamiento de las reclamaciones; existencia, en su caso, del derecho de desistimiento. El incumplimiento de estas exigencias convertirá a la práctica comercial en conducta desleal por engaño.

Existe una asimetría entre el contenido mínimo necesario de la información comercial en los términos expuestos y los extremos de la información respecto de los cuales la información engañosa constituye actos de competencia desleal conforme al artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal. Como ya se ha explicado, el «incumplimiento» (es decir, la omisión de la información requerida) de lo dispuesto en el artículo 20 LGDCU constituye competencia desleal por engaño. Conforme al artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, la información engañosa será competencia desleal cuando «incida» sobre los «aspectos» que allí se mencionan, que son adicionales a los extremos sobre los que debe suministrarse la información a los consumidores. Esto es importante, porque tales «aspectos», en la medida que excedan del artículo 20 LGDCU, no tienen que figurar necesariamente en la información que se suministre al consumidor, pero, si se suministran, constituirán actos de competencia desleal si son engañosos.

Conforme al esquema remisorio que hemos explicado, la tipificación de la conducta infractora la lleva a cabo el Estado al modificar en este sentido el artículo 49 de la LGDCU. Y la efectúa por remisión. En general, se declara infracción administrativa de consumo «el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores» y su tipificación se realiza de hecho mediante una remisión a una ley de derecho privado. Este procedimiento es muy peligroso porque los ilícitos civiles pueden describirse mediante cláusulas generales amplias cuya concreción se remite a la discreción del juzgador. Pero la tipificación de infracciones de consumo está sujeta al principio y exigencia de tipicidad del artículo 25 de

la Constitución. El resultado previsible es que las autoridades administrativas de consumo carezcan de la misma competencia que tienen los jueces de la jurisdicción civil para concretar y aplicar cláusulas generales y que, por ende, las sanciones administrativas correspondientes acaben siendo cuestionadas, como consecuencia de déficits notables de tipificación normativa de la conducta prohibida.

En conclusión, la Directiva y el contenido de deberes de información

Es muy probable que el espíritu selectivo que llevó a la Directiva 29/2005 no haya sido respetado en la transposición española. Primero, porque el art. 20 LGDCU está lejos de presentarse como la norma primordial del sistema de de práctica desleales por omisión de información sustancial de tal forma que se determinen por ella los elementos máximos sobre los que cabe imponer una información obligatoria, a efectos de considerar una práctica comercial como desleal. Segundo, porque no hay coordinación entre lo que pretenden los arts. 19 y 20 LGDCU y las subcláusulas de deslealtad por engaño omisivo contenidas en la nueva LCD.

El sistema de enforcement del régimen de prácticas comerciales desleales ha sido finalmente diseñado de una manera que es tributaria del modo en que la Directiva se traspuso al Derecho español. De un lado, las prácticas comerciales desleales por engaño omisivo constituyen supuestos de competencia desleal, sujetos a la competencia jurisdiccional y al tipo de remedio específico que provee la LCD. Remedios que en ningún caso son contractuales. De otro, las prácticas comerciales desleales - ¿tipificadas por medio de cláusulas generales abiertas!- constituyen supuestos de hecho de infracción administrativa de consumo en el art. 49 LGDCU.

### 3. Deberes de información al consumidor en la Directiva 2011/83

La primera impresión que se lleva el intérprete cuando aborda la Directiva de consumidores de 2011, con su omnicompreensivo título, y considerando el tiempo tan prolongado que ha llevado su gestación, es que se tratará de una Directiva ómnibus derogatoria del paquete de normativa consumerista preexistente de la UE, que integraría y superaría en un cuerpo normativo único. No es así, como ya se ha explicado en otro documento de la presente serie. Por lo que respecta a la Directiva 25/2009, se trata de una norma no absorbida ni afectada por la Directiva de 2011. Es sorprendente que ni siquiera sea mencionada en el Considerando 12, junto a las Directivas de servicios en el mercado interior y a la de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Y esto crea un problema sistemático de primer orden, porque, como ya se ha expuesto, la Directiva de prácticas desleales está configurada de tal forma que fracasaría su propósito si se la

pretendiera completar por otra norma, o si otra norma relativizara su alcance.

La Directiva 2011 es también una armonización máxima (art. 4). Pretende, como la de 2005, fortalecer el mercado interior mediante la supresión de diferencias regulatorias que operan como barreras a los intercambios comerciales con consumidores. Junto a otros extremos relevantes, la norma de 2011 opera sobre todo mediante una armonización al alza de los derechos de información en los contratos con consumidores, y no sólo en contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil (Considerando 5). Que no es ciertamente una armonización total, pues el enigmático final del Considerando 12, y parece que en referencia exclusiva a la Directiva de servicios de la sociedad de la información, explica que “Los Estados miembros deben seguir teniendo la posibilidad de imponer requisitos de información adicionales aplicables a los prestadores de servicios establecidos en su territorio”, lo que adquiere cuerpo en el texto articulado sólo si se entiende que la regulación de los servicios de la sociedad de la información es un “sector específico” en el sentido del art. 3.2. Además, la Directiva 2011 no armoniza la regulación contractual nacional (art. 3.5), en especial lo referido a la validez del contrato ni “a las vías de recurso generales en materia contractual” (Considerando 14).

“Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato” distinto de un contrato a distancia o fuera de establecimiento comercial, el art. 5.1 Directiva 2011 impone al vendedor un deber de información precontractual con el alcance listado en el precepto. Básicamente se trata de los extremos contenidos en las letras a), b) y c), ya que los otros son potestativos o eventuales. Si no se suministra información sobre estos extremos, se producirá el incumplimiento de un deber precontractual cuya transcendencia en el orden de los remedios civiles o sancionatorios queda sin aclarar. La Directiva no pretende en ningún caso que la omisión de esta información comporte que el comprador “no quede vinculado” por el contrato. En los contratos distintos de los contratos a distancia y fuera de establecimiento, este listado de extremos de información precontractual obligatoria no constituye una armonización máxima (art. 5.4).

Si se trata de un contrato a distancia o fuera de establecimiento, la información precontractual exigible máxima se contiene en el art. 6. Más allá de éstos, son admisibles otros deberes que puedan resultar de las Directivas de servicios del mercado interior y de servicios de la sociedad de la información (art. 6.8). Algunos de los extremos obligatorios versan específicamente sobre el derecho de desistimiento que corresponde al comprador [letras g), h), i), j), k)], otros son eventuales [letras m) a t)]. En el resto, la información exigida coincide de modo sustancial con la requerida para el resto

de los contratos en el art. 5.

Si el empresario emite declaraciones engañosas sobre algunos de los extremos contenidos en el art. 6 de la Directiva 29/2005, incurrirá en práctica comercial desleal, pero no habrá incumplido los requisitos de información precontractual de la Directiva 2011 salvo que la información (i) que se haya suministrado sobre algunos de los extremos obligados (ii) haga que aquélla no resulte “clara y comprensible”. Mas si la información mentirosa resulta clara y comprensible, la deslealtad comercial no comporta incumplimiento de la Directiva 83/2011, como tampoco ocurrirá si el engaño versa sobre algún extremo no listado en los arts. 5 y 6 de la Directiva 2011.

Por ejemplo, en alguno de los siguientes extremos mencionados en el art. 6 de la Directiva 29/2005, en la medida que no sean reconducibles a los arts. 5 y 6 de la Directiva de 2011: las características principales del producto, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al producto; o c) el alcance de los compromisos del comerciante, los motivos de la práctica comercial y la naturaleza del proceso de venta, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el comerciante o el producto son objeto de un patrocinio o una aprobación directos o indirectos; o g) los derechos del consumidor, incluidos los derechos de sustitución o de reembolso previstos por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, o los riesgos que pueda correr.

Vamos ahora a las omisiones engañosas en ambas Directivas.

Conforme al art. 7 de la Directiva 29/2005, se considera práctica comercial engañosa por omisión toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. O también cuando la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de

estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Siempre que haya existido una “invitación a contratar” se considera sustancial sólo la información listada en el precepto que glozamos, y que ya ha sido expuesta. Por lo tanto, la omisión de información sobre otros extremos distintos no constituirá práctica comercial desleal. Básicamente, estos extremos son los mismos que los que se contienen en la lista de información precontractual obligatoria en la Directiva de 83/2011, si entendemos que los aspectos relativos al derecho de desistimiento en las letras h) a k) del art. 6.1 de la Directiva de 2011 tienen cómodo encaje en la letra e) del art. 7.4 de la Directiva de 2005. Por lo demás, el art. 7.5 de esta Directiva considera también sustanciales otros extremos en materia de información relacionados con las comunicaciones comerciales que se contienen en la lista no exhaustiva del Anexo II y que provienen en exclusiva de normas comunitarias, no estatales (cfr. Considerando 15).

Aceptemos, pues, que no existe desarmonía sustancial entre los extremos informativos relevantes a efectos de ambos bloques normativos, al menos cuando se trata de engaño por omisión. Es decir, que no existe desarmonía entre el bloque de información precontractual que debe ser suministrado al consumidor para excluir que el silencio constituya una práctica desleal y el bloque de información que debe ser suministrado para cumplir con la Directiva de 2011.

## 4. Remedios en las Directivas de 2005 y 2011

### 4.1. Descoordinación

La Directiva de 2005 deja imprejuizadas las acciones individuales ejercidas por quienes hayan resultado perjudicados por una práctica comercial desleal. La Directiva de 2005 tampoco afecta a las normas del Derecho nacional y comunitario en materia contractual (Considerando 9, art. 3.2). Las medidas de enforcement de esta Directiva, que se contienen en los arts. 11 a 13 de la misma, son remedios de naturaleza no contractual. Básicamente, acciones de cesación y de abstención en el ámbito del Derecho de la competencia, acciones indemnizatorias (supuesto difícil) y sanciones administrativas.

Por el contrario, el art. 23 de la Directiva de 2011 se limita a exigir que los Estados miembros dispongan de medios adecuados y eficaces para asegurar el cumplimiento de la Directiva., incluyendo disposiciones en las cuales se habilite a alguno de los entes y colectivos que enumera (organismo público, asociaciones de consumidores, organizaciones profesionales) “para que lleven a cabo las actuaciones necesarias ante los tribunales o ante los organismos administrativos para que se apliquen las dis-

posiciones nacionales de transposición” de la Directiva. En alguna ocasión, sin embargo, se prevé una consecuencia material específica en el orden contractual, como en aquellos casos en los que el vendedor o suministrador queda privado de un derecho de determinado si su existencia no ha sido debidamente comunicada al consumidor [vgr. arts. 6.1 h), i), j); 7.2, 8.7, 10, 14.1 II, 14.2, 14.4].

## 4.2. Solapamiento y lagunas

Es sorprendente que ninguna de las dos Directivas, que tratan básicamente de información precontractual, prevean ni concedan remedios de naturaleza contractual a los consumidores “engañados” por la información mentirosa o inexistente. Es todavía más sorprendente esta carencia en la Directiva de 2011, porque en la 2005 al menos quedaba garantizada la relevancia civil de la regulación mediante la aplicación del régimen de competencia desleal. Se trata de un remedio inapropiado, ciertamente, cuando el sujeto destinatario de protección es un consumidor, que jamás acudiría a un tribunal civil para solicitar acciones de cesación o indemnización por deslealtad. Pero al menos es un remedio, y en alguna manera congruente con el propósito de la Directiva de 2005.

A diferencia del formalismo jurídico de la información debida porque sí, la Directiva de 2005 tuvo el acierto de introducir en el seno del proceso de calificación de la deslealtad criterios de relevancia material. A saber, el extremo afectado por la conducta debía ser sustancial. Segundo, la conducta desleal tenía que ser susceptible de afectar a la decisión de compra del consumidor. Ninguno de estos factores de concreción material aparece en los listados de información precontractual exigible en la Directiva 2011. Ciertamente, se dirá, ¿y para qué se iba a hacer si en el fondo la Directiva de 2011 no ha incorporado ningún remedio contractual al incumplimiento de los deberes precontractuales o contractuales que en ella se imponen? Mas si algún día el juez nacional quisiera convertir este listado de extremos informativos en un listado de supuestos de hecho de conductas sancionables por dolo in contrahendo de los arts. 1269 y 1270 CC, no habría más remedio que incorporar los dos estándares de restricción material que se contienen en la Directiva de 2005.

Como el sistema de normas primarias consumeristas carece de anclaje en la Directiva de 2011 en un sistema de remedios contractuales, y como el único remedio comunitario específico es la acción de cesación, finalmente el Derecho contractual de consumo se reduce a la protección institucional de la competencia como tal. Es decir, se desliza hacia una protección institucional, pero no contractual. Si en este punto el Derecho comunitario ha prescindido de articular un sistema de remedios engranado en el Derecho de contratos, es plausible que los estados hagan lo mismo (cfr.,

certemente, GRIGOLEIT, *Der Verbraucherracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrecht*, AcP 210, 2010, págs. 385, 396, 418). Mas si este augurio es acertado, la Directiva de consumidores de 2011 no habrá dado ningún paso delante de donde se quedó la Directiva 2005, al menos por lo que se refiere a los deberes de información precontractual. Ni tan siquiera puede sospecharse que la Directiva actual haya pretendido ampliar los supuestos posibles de deslealtad comercial de la Directiva de 2005.

¿Para qué, entonces, la nueva Directiva? Obsérvese la paradoja de que mientras no se incorpore al Derecho nacional, ni siquiera las conductas prohibidas por la Directiva 83/2011 podrán recalificarse como supuestos de hecho de infracciones administrativas de consumo, salvo que las infracciones como tales merezcan también la calificación de prácticas comerciales desleales, a los efectos del art. 49 LGDCU.

## 5. Directiva de consumidores y Directiva de cláusulas abusivas

El art. 32 de la Directiva 83/2011 establece en su parte aquí relevante una modificación a la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas en contratos con consumidores), según la cual:

«Artículo 8 bis

1. Cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular si dichas disposiciones:

— hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración,

(...) “

La explicación de esta en apariencia extraña innovación se explica a tenor de los precedentes y las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio 2010 en el asunto C-484/08, por medio de la cual se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español. El origen del litigio principal deriva del enjuiciamiento de la llamada “cláusula de redondeo al alza” en los préstamos hipotecarios, en virtud de la cual el prestamista queda facultado para redondear el tipo de interés resultante de las fórmulas de cálculo aplicables al cuarto de punto porcentual superior. Desde el punto de vista del Ordenamiento español, esta práctica es abusiva por falta de reciprocidad (art. 87.5 TR LGDCU) y, en consecuencia, la cláusula debe ser declarada nula. No obstante, la entidad bancaria demandada argumenta que la legislación española no es conforme con la normativa comunitaria reguladora de esta materia. El núcleo del argumento estriba en la falta de incorporación al ordenamiento español de uno de los preceptos de la norma co-

munitaria. En concreto, se trata del art. 4.2 de la Directiva CE 93/13 que excluye del control de abusividad las cláusulas referidas al objeto del contrato, siempre que se hayan redactado de manera clara y comprensible. El Tribunal Supremo entiende que la cláusula de redondeo enjuiciada puede constituir un elemento esencial del contrato de préstamo. Por tanto, plantea la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia y pregunta por la validez del control de dicha cláusula. El Tribunal de Justicia confirma que se trata de una norma de mínimos que no puede impedir a los Estados miembros que adopten en el ámbito regulado por la Directiva normas más estrictas, siempre que pretendan garantizar un mayor nivel de protección. La falta de la inclusión en la legislación española de la regla consagrada en el art. 4.2 de la Directiva implica la extensión del control judicial también sobre las mencionadas cláusulas, independientemente de si se hayan redactado de forma inequívoca o no. Por tanto, no existe incompatibilidad entre la normativa comunitaria y la nacional española. En consecuencia, un órgano judicial nacional puede extender el control de abusividad también sobre las cláusulas no negociadas individualmente que se refieran al objeto del contrato, aunque fueran redactadas de forma clara y comprensible.

Con todo, es extraño que esta cuestión interpretativa sobre el alcance de la Directiva haya venido a convertirse en motivo para la modificación de dicha Directiva. Es muy probable que si un Estado miembro adopta esta interpretación extensiva respecto del alcance del control de abusividad lo haga por medio de su jurisprudencia, como ha ocurrido en España, y no mediante una previsión legal expresa. Es también extraña esta urgencia por reformar el tenor de la Directiva 13/93, porque, incluso sin aventurarse en un control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato, los tribunales de un Estado miembro pueden de hecho llegar a practicar un control similar, mediante el expediente de calificar aquellos elementos esenciales como simples cláusulas complementarias del contrato, susceptibles de control.

En consecuencia, es lo más seguro que la nueva norma acabe siendo también superflua. Lo no superfluo hubiera sido aprovechar esta preocupación “contractual” de la Directiva 83/2011 para haberse atrevido a construir con originalidad un escenario de remedios contractuales privados para la nueva serie de deberes contractuales materiales que, fuera del aspecto de la información precontractual, se contienen en el Capítulo IV de la nueva Directiva. Por ejemplo, podría habersele ocurrido al legislador comunitario ordenar que los jueces y operadores nacionales no dieran curso a reclamaciones fundadas en el incumplimiento por los empresarios de los deberes contractuales materiales (vgr., plazos de entrega, etc) impuestos por la Directiva.

# Incidencia de la Directiva 83/2011 en otras Directivas de contratos con consumidores no armonizadas ni derogadas<sup>1</sup>

Pascual Martínez Espín | Profesor Titular Doctor de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto identificar las Directivas afectadas por la Directiva 83/2011 y las incidencias en ellas de la Directiva 83/2011, en particular, en materia de información precontractual y de determinadas disposiciones que tratan de la ejecución y otros aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores.

**Palabras clave:** Directiva 83/2011, Directivas de contratos con consumidores, Directivas no armonizadas ni derogadas, información precontractual, ejecución de contratos con consumidores.

**Title:** Impact of the Directive 83/2011 in other directives on consumer contracts not harmonized or repealed.

**Abstract:** The present work aims to identify the Directives concerned by the Directive 83/2011 and the impact on them of Directive 83/2011, in particular in the matter of pre-contractual information and certain provisions that deal with the implementation and other aspects of contracts concluded between businesses and consumers.

**Keywords:** Directive 83/2011, directives on consumer contracts, non-harmonized or repealed directives, pre-contractual information, enforcement of contracts with consumers.

<sup>1</sup> 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).

## 1. Directiva afectadas por la Directiva 83/2011

La Directiva revisa la Directiva 85/577/CEE, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales y la Directiva 97/7/CE, sobre contratos a distancia.

En cambio, no procede a revisar las siguientes Directivas:

Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, salvo lo dispuesto en el artículo 32.

Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de servicios financieros.

Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales.

Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior.

Directiva 1999/44/CE, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, salvo artículo 33.

Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos sobre crédito al consumo.

De este modo, no se consigue la pretendida armonización de las cuatro Directivas que otorgan derechos contractuales a los consumidores.

Ahora bien, aunque la Directiva 83/2011 tiene por objeto la derogación de la Directiva 85/577, referente a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales y 97/7, relativa a los contratos a distancia, también afecta al resto de Directivas relativas a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor (contratos de venta y contratos de servicios). Así se deduce del ámbito de aplicación que contempla el art. 3, pues la misma es de aplicación "a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor. Se aplicará igualmente a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de

proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual". Por consiguiente, la presente Directiva no afecta a la legislación nacional en materia de contratos de trabajo, contratos relativos a los derechos de sucesión, al Derecho de familia y a la constitución y a los estatutos de sociedades o acuerdos de asociación.

### 1.1. Contratos excluidos

La Directiva no se aplicará a los contratos:

a) de servicios sociales, incluidos la vivienda social, el cuidado de los niños y el apoyo, a familias y personas necesitadas temporal o permanentemente, incluida la atención a largo plazo. Los servicios sociales poseen fundamentalmente unas características bien diferenciadas que se reflejan en la legislación específica del sector, de la cual, una parte se decide a nivel de la Unión y otra, a nivel nacional. Los servicios sociales comprenden, por un lado, los servicios a personas particularmente desfavorecidas o con muy bajos ingresos, así como los servicios a las personas o familias que requieren asistencia para la realización de tareas habituales y cotidianas y, por otro, los servicios para todos aquellos que precisan de manera especial asistencia, apoyo, protección o ánimo en una etapa concreta de sus vidas. Los servicios sociales incluyen, entre otros, los servicios a niños y jóvenes, los servicios de asistencia a familias, familias monoparentales y personas mayores y los servicios a inmigrantes. En ellos se incluyen tanto los servicios de asistencia a corto plazo como los de larga duración, por ejemplo, los prestados por servicios de atención a domicilio o en residencias de válidos, en residencias asistidas o en otros servicios de atención asistida. Los servicios sociales no incluyen únicamente aquellos prestados por el Estado a nivel nacional, regional o local, a través de prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia que este reconoce como tales, sino también los prestados por agentes privados. Las disposiciones de la Directiva no son adecuadas para los servicios sociales, por lo que deben excluirse de su ámbito de aplicación;

b) de asistencia sanitaria tal como se define en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2011/24/UE con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias. La asistencia sanitaria exige una regulación especial debido a su complejidad técnica, su importancia como servicio de interés general y su importante financiación pública. La asistencia sanitaria se define en la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, como «los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios». Profesional sanitario se define en dicha Directiva como todo doctor en medicina, enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, matrona o farmacéutico a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales ( 2 ), u otro profesional que ejerza actividades en el sector de la asistencia sanitaria que estén restringidas a una profesión regulada según se define en el artículo 3, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, o toda persona considerada profesional sanitario conforme a la legislación del Estado miembro de tratamiento. Las disposiciones de la Directiva no resultan adecuadas para la asistencia sanitaria, por lo que esta debe excluirse de su ámbito de aplicación;

c) de actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas. Los juegos por dinero deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Las actividades de juego por dinero son aquellas que implican apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, el juego en los casinos y las apuestas. En relación con dichas actividades, los Estados miembros deben poder adoptar medidas diferentes, incluso más estrictas,

- de protección de los consumidores;
- d) de servicios financieros. Se renuncia a armonizar los contratos relativos a servicios financieros, ni siquiera cuando se trate de contratos celebrados fuera del establecimiento. En su lugar, se anima a los Estados miembros a que se inspiren en la legislación de la Unión vigente cuando legislen en ámbitos no regulados a escala de la Unión, de tal forma que se garantice una igualdad de condiciones para todos los consumidores y todos los contratos relativos a servicios financieros;
- e) de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos;
- f) para la construcción de edificios nuevos, la transformación sustancial de edificios existentes y el alquiler de alojamientos para su uso como vivienda.
- Los contratos relacionados con la transferencia de bienes inmuebles, de derechos sobre bienes inmuebles o con la creación o adquisición de tales bienes inmuebles o derechos, los contratos para la construcción de nuevos edificios, para la transformación sustancial de edificios existentes, así como los contratos de alquiler de locales para su uso como vivienda son objeto de una serie de requisitos específicos en la legislación nacional. Estos contratos incluyen por ejemplo las ventas de bienes inmuebles que aún no se han realizado, y el alquiler con derecho a compra. Las disposiciones de la Directiva no son apropiadas para esos contratos que deben, por tanto, quedar excluidos de su ámbito de aplicación. Una transformación sustancial es una transformación comparable a la construcción de un nuevo edificio, por ejemplo, cuando solo se conserva la fachada del viejo edificio. Los contratos de servicios relativos, en particular, a la construcción de anexos de edificios (por ejemplo, un garaje) y los relativos a la reparación y renovación de edificios distintas de la transformación sustancial deben estar incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, al igual que los contratos relativos a los servicios de un agente inmobiliario y los contratos de alquiler de locales que no vayan a ser utilizados como vivienda.
- g) incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados;
- h) incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio;

La legislación de la Unión en vigor, por ejemplo la relativa a servicios financieros

o viajes combinados y de aprovechamiento por turnos incluye numerosas normas de protección de los consumidores. Sin embargo, la Directiva no se aplica a dichos contratos, ni siquiera en lo que respecta a las cláusulas contractuales abusivas.

- i) que, con arreglo a la legislación de los Estados miembros, sean celebrados ante un funcionario público obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico;
- j) para el suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar, suministrados físicamente por un comerciante mediante entregas frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor;
- k) de servicios de transporte de pasajeros, a excepción del artículo 8, apartado 2, y de los artículos 19 y 22. Los servicios de transporte abarcan el transporte de viajeros y el transporte de mercancías. El transporte de viajeros debe excluirse del ámbito de aplicación de la presente Directiva, pues ya es objeto de otra normativa de la Unión, o en el caso del transporte público o de los servicios de taxis, ya están regulados a escala nacional. No obstante, las disposiciones de la presente Directiva de protección de los consumidores contra honorarios excesivos por el uso de medios de pago o contra los costes ocultos deben aplicarse también a los contratos de transporte de pasajeros. En cuanto al transporte de mercancías y el alquiler de vehículos que son servicios, los consumidores deben poder acogerse a la protección que presta esta Directiva, salvo en lo que se refiere al derecho de desistimiento;
- l) celebrados mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas;
- m) celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos para la utilización de esos teléfonos, o celebrados para el establecimiento de una única conexión de teléfono, Internet o fax por parte de un consumidor.

## 1.2. Otras exclusiones

La Directiva no afecta a las disposiciones generales del Derecho contractual nacional, respecto a aquellos aspectos del mismo que la Directiva no regula. Por consiguiente, la Directiva se debe entender sin perjuicio de las disposiciones nacionales que regulan, entre otros, la celebración o la validez de un contrato (por ejemplo, capacidad para contratar, vicio del consentimiento, o indemnización

por daños y perjuicios).

Igualmente, la Directiva tampoco debe afectar a la legislación nacional en lo que respecta a las vías de recurso generales en materia contractual, ni a las disposiciones de orden público económico, por ejemplo, normas sobre precios excesivos o exorbitantes, ni a las disposiciones sobre transacciones jurídicas poco éticas.

Tampoco afecta a las disposiciones de la Unión relativas a sectores específicos, tales como los medicamentos para uso humano, los productos sanitarios, la intimidad y las comunicaciones electrónicas, los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, el etiquetado de los alimentos y el mercado interior de la electricidad y el gas natural.

La Directiva no armoniza los requisitos lingüísticos aplicables a los contratos celebrados con consumidores. Por tanto, los Estados miembros podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, requisitos de carácter lingüístico respecto a la información de los contratos y las cláusulas contractuales.

La Directiva ha renunciado a armonizar lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE, en relación a los derechos del consumidor relativos a cláusulas contractuales, salvo lo dispuesto en su artículo 32. Dicho precepto exige información a la Comisión cuando un Estado adopte disposiciones que:

Extiendan el carácter abusivo a cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración; Contengan listas de cláusulas contractuales que se consideren abusivas.

De este modo, ha quedado fuera de la Directiva el régimen de las cláusulas contractuales, redactadas previamente por el comerciante o por un tercero, que el consumidor acepta sin poder influir en su contenido, en particular si dichas cláusulas forman parte de un contrato de adhesión (vgr. requisitos de transparencia de las cláusulas contractuales, principios generales, carga de la prueba, etc.).

En cambio, el capítulo V de la Propuesta (8.10.2008-COM 2008 614 final) reflejaba ampliamente lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE. Para garantizar la seguridad jurídica, la Propuesta contenía dos listas de cláusulas abusivas:

El anexo II contenía una lista de cláusulas que se consideran abusivas en cualquier circunstancia. Entre estas se encuentran: a) excluir o limitar la responsabilidad del comerciante en caso de que una acción u omisión de dicho comerciante cause la muerte o daños físicos al consumidor; b) limitar la obligación del comerciante de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de una condición particular que dependa exclusivamente del comerciante; c) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos jurídicos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente

a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones legales; d) restringir los elementos de prueba disponibles para el consumidor o imponerle la carga de la prueba que, con arreglo a la legislación aplicable, incumbe al comerciante; e) conceder al comerciante el derecho a determinar si los bienes entregados o el servicio prestado se ajustan a lo estipulado en el contrato o conferirle el derecho exclusivo a interpretar cualquiera de las cláusulas del contrato.

El anexo III contenía una lista de cláusulas que se consideran abusivas a menos que el comerciante demuestre lo contrario. Entre ellas: a) excluir o limitar los derechos del consumidor en relación con el comercio o con otra parte en caso de no ejecución total o parcial o de ejecución inadecuada por parte del comerciante de cualquiera de sus obligaciones contractuales, incluido el derecho del consumidor a compensar una deuda con el comerciante por un crédito que tenga con él; b) permitir al comerciante retener una suma abonada por el consumidor si éste no celebra o ejecuta el contrato sin disponer que el consumidor tiene derecho a ser compensado con la misma suma si es el comerciante quien no lo celebra o ejecuta; c) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización significativamente superior al perjuicio sufrido por el comerciante; d) permitir al comerciante resolver el contrato por propia voluntad sin reconocer el mismo derecho al consumidor; e) autorizar al comerciante a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin preaviso razonable, salvo si el consumidor es responsable de un incumplimiento grave del contrato. Esta cláusula no se aplicaría a las cláusulas por las que el proveedor de servicios financieros se reserve el derecho de resolver unilateralmente, sin previo aviso, un contrato de duración indeterminada, si el proveedor está obligado a informar de ello inmediatamente a las demás partes contratantes; f) prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo al término de cada periodo de renovación; g) permitir al comerciante aumentar el precio acordado con el consumidor, si el contrato ha sido celebrado sin que el consumidor tenga derecho a su resolución. No se aplicará: a) las transacciones de valores mobiliarios, instrumentos financieros y otros productos o servicios cuyo precio esté vinculado a fluctuaciones de una cotización o de un índice bursátil, o de un tipo del mercado financiero que el comerciante no controle; b) los contratos de compraventa de divisas, de cheques de viaje o de giros postales internacionales expresados en divisas; c) las cláusulas de indexación de precios, siempre que sean lícitas y que en ellas se describa explícita-

mente el método de variación del precio; h) obligar al consumidor a cumplir todas sus obligaciones aun cuando el comerciante no haya cumplido todas las suyas; i) permitir al comerciante transferir sus obligaciones derivadas del contrato sin acuerdo del consumidor; j) restringir el derecho del consumidor a revender los bienes al limitar la transferibilidad de las garantías comerciales ofrecidas por el comerciante; k) autorizar al comerciante a modificar unilateralmente las cláusulas contractuales, incluidas las características del producto o servicio. No se aplicará a: a) las cláusulas por las que el proveedor de servicios financieros se reserve el derecho a modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor o el importe de cualquier otro gasto relativo a servicios financieros, si el proveedor está obligado a informar de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes y éstas tienen la facultad de resolver inmediatamente el contrato; b) las transacciones de valores mobiliarios, instrumentos financieros y otros productos o servicios cuyo precio esté vinculado a las fluctuaciones de una cotización o de un índice bursátil, o de un tipo del mercado financiero que el comerciante no controle; c) los contratos de compraventa de divisas, de cheques de viaje o de giros postales internacionales expresados en divisas; d) las cláusulas por las que el comerciante se reserve el derecho a modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, si está obligado a informar al consumidor con una antelación razonable y éste tiene la facultad de resolver el contrato; l) modificar unilateralmente las cláusulas contractuales comunicadas al consumidor en un soporte duradero por medio de cláusulas contractuales electrónicas sin acuerdo del consumidor.

Estas listas se aplicarían en todos los Estados miembros y sólo podían modificarse mediante el procedimiento de comitología previsto en la Directiva.

## 2. Incidencias de la Directiva 83/11 en otras Directivas

La Directiva establece normas relativas a la información que es preciso facilitar en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento, así como en los contratos distintos de estos (1), y armoniza determinadas disposiciones que tratan de la ejecución y otros aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores (2).

### 2.1. Información precontractual

El artículo 5 prevé los requisitos de información de los contratos distintos de los contratos a distancia o los celebrados fuera del establecimiento.

Se trata de información precontractual en contratos distintos de un contrato a distancia o uno celebrado fuera del establecimiento.

No es de aplicación a los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, antes mencionados (viajes combinados, aprovechamiento por turno, servicios financieros, etc.). No obstante, los Estados Miembros podrán decidir la aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación. Esto es, es posible que un Estado decida introducir disposiciones de la Directiva a contratos que queden fuera de su ámbito de aplicación. Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas. De modo similar, podrán aplicar las disposiciones de la presente Directiva a los contratos distintos de los «contratos a distancia». Además, es posible mantener o adoptar disposiciones nacionales sobre cuestiones que la presente Directiva no regule específicamente, tales como normas adicionales sobre contratos de venta, también en relación con la entrega de bienes o requisitos para el suministro de información durante la vigencia de un contrato.

#### 2.1.1. ¿A qué contratos es de aplicación?

En primer lugar, a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material (art. 5.2 Directiva).

En segundo lugar, no están obligados a aplicar esta norma los contratos que supongan transacciones cotidianas y que sean ejecutados inmediatamente en el momento de su celebración (art. 5.3).

#### 2.1.2. Forma de la información

El comerciante deberá facilitar de forma clara y comprensible al consumidor, salvo que dicha información resulte evidente por el contexto. Por ejemplo, en una transacción celebrada en un establecimiento, es posible que las principales características del producto, la identidad del comerciante y las modalidades de entrega resulten evidentes por el contexto. En las transacciones a distancia y fuera del establecimiento, el comerciante siempre debe facilitar información sobre las modalidades de pago, entrega, funcionamiento y tratamiento de reclamaciones, ya que pueden no resultar evidentes por el contexto. Al facilitar esa información, el comerciante debe tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente

vulnerables debido a su enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad de una forma que el comerciante pueda razonablemente prever. No obstante, la toma en consideración de estas necesidades específicas no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores.

La información que el comerciante debe facilitar al consumidor debe ser obligatoria y no debe modificarse. No obstante, las partes contratantes deben poder acordar expresamente un cambio en el contenido del contrato posteriormente celebrado, por ejemplo en lo relativo a los procedimientos de entrega.

### 2.1.3. Contenido de la información

La Directiva prevé una información precontractual mínima, siendo posible establecer requisitos adicionales para los contratos a los que se aplica (art. 5.4).

Los requisitos de información deben completar los requisitos de información de 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, y 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 sobre el comercio electrónico).

Es posible imponer requisitos de información precontractual adicionales aplicables a los prestadores de servicios establecidos en su territorio. Por ejemplo, no prevé la obligación del comerciante de informar por anticipado al consumidor de toda disposición que le imponga pagar un depósito al comerciante, incluso las disposiciones por las que se bloquee un importe en la tarjeta de crédito o débito del consumidor (que prevé, en cambio, el considerando 33 de la Directiva).

Dicha información mínima es la siguiente:

- a) las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios;
- b) la identidad del comerciante, por ejemplo su nombre comercial, la dirección geográfica en la que esté establecido y su número de teléfono;
- c) el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o servicios, la forma en que se determina el precio así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales;

d) cuando proceda, los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, la fecha en que el comerciante se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio, así como el sistema de tratamiento de las reclamaciones del comerciante;

e) además del recordatorio de la existencia de una garantía jurídica de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de servicios posventa y las garantías comerciales, cuando proceda;

f) la duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución;

g) cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables;

h) cuando proceda, toda interoperatividad pertinente del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el comerciante o que quepa esperar razonablemente que este pueda conocer.

### 2.1.4. Omisiones

Se advierten varias ausencias:

No se menciona la existencia del derecho de desistimiento lo que denota su inaplicación. Tampoco se hace referencia a los requisitos de información específicos para los intermediarios (indicación, antes de la celebración del contrato, de que actúa en nombre o por cuenta de otro consumidor y que el contrato celebrado no deberá ser considerado un contrato entre un consumidor y un comerciante).

Tampoco se menciona el incumplimiento de la obligación de informar. Las consecuencias de un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 se determinarán con arreglo a la legislación nacional aplicable. Si el comerciante no cumple con los requisitos de información sobre gastos adicionales, el consumidor no deberá abonar dichos gastos adicionales.

## 2.2. Armonización de otras disposiciones

El Capítulo IV de la Directiva bajo el título "Otros derechos de los consumidores" pretende armonizar determinadas disposiciones que tratan de la ejecución y otros aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores.

Como se ha dicho, se ha renunciado a aclarar las Disposiciones de la Directiva 99/44/CE (responsabilidad del vendedor, conformidad con el contrato, derechos del consumidor, plazos y carga de la prueba, garantías comerciales, etc.), salvo lo dispuesto en el art. 33. Este precepto inserta un artículo 8 bis en la Directiva 1999/44 que permite adoptar disposiciones más estrictas de las previstas en el art. 5, apartados 1 a 3 (información precontractual).

A pesar de esta renuncia, hay normas relativas a la entrega o a la transmisión del riesgo. Su ámbito de aplicación es el siguiente:

- a) Los artículos 18 y 20 se aplicarán a los contratos de venta. En cambio, dichos artículos no se aplicarán a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, de calefacción mediante sistemas urbanos o el suministro de contenido digital que no se proporcione en un soporte material.
- b) Los artículos 19, 21 y 22 se aplicarán a los contratos de venta o de servicios y a los contratos para el suministro de agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital.

Estas normas no se aplicarán a las piezas de recambio sustituidas por el comerciante para subsanar la falta de conformidad de los bienes mediante una reparación. Tampoco se aplicarán a la venta de bienes de segunda mano en subastas públicas.

### 2.2.1. Contratos de venta

Entrega: Salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el plazo de entrega, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato.

Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo legal, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato. Cuando se haya resuelto el contrato, el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud del mismo. Además de resolver el contrato, el consumidor podrá recurrir a otras soluciones contempladas en la legislación nacional.

Lo anterior no será aplicable a los contratos de venta cuando el comerciante haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor informe al comerciante, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo fijado legalmente, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato y a obtener el reembolso de las sumas abonadas sin demora (el art. 76 TRLCU fija un plazo de 30 días; la propuesta de Directiva contemplaba un plazo de reembolso de siete días a partir de la fecha de entrega-art. 22).

Transmisión del riesgo: En los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se

transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes. 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.

La norma introducida sobre transmisión del riesgo no debe aplicarse si el consumidor retarda indebidamente la toma de posesión de los bienes (por ejemplo, si el consumidor no los va a buscar a la oficina de correos en el plazo fijado por esta última). En esas circunstancias, el consumidor debe soportar el riesgo de pérdida o deterioro después del momento de la entrega acordado con el comerciante.

### **2.2.2. Contratos mixtos de bienes y servicios**

**Tasa por la utilización de medios de pago:** Se prohíbe 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.

**Comunicaciones telefónicas:** En caso de que el comerciante opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el consumidor —cuando se comunique con el comerciante— no estará obligado a pagar más de la tarifa básica. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas.

**Pagos adicionales:** Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta, el comerciante deberá buscar el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del

comerciante. Si el comerciante no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar el pago adicional (casillas ya marcadas en línea), el consumidor tendrá derecho al reembolso de dicho pago.

### **2.2.3. Contratos de crédito al consumo**

El ejercicio, por parte del consumidor, de su derecho de desistimiento en relación con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento (arts. 9 y 14 Directiva), tendrá por efecto la resolución automática y sin gastos para el consumidor, excepto los contemplados en el artículo 13, apartado 2, y en el artículo 14 de la presente Directiva, de todo contrato complementario. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2008/48.

## ¿Cómo trasponer la Directiva de consumidores al Derecho español?<sup>1</sup>

Encarna Cordero Lobato | Catedrática de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**Resumen:** El trabajo tiene por objeto valorar las ventajas e inconvenientes de las diversas opciones de trasposición de la Directiva 2011/83 al Derecho español. Tras exponer los efectos que la Directiva 2011/83 ha de tener en nuestro Derecho interno, tanto estatal como autonómico y, entre ellos, los efectos que la Directiva ha de tener sobre el régimen general de contratos con consumidores, se analizan las dificultades que conllevaría la modificación del TRLCU, como opción más probable de trasposición, derivadas de los diferentes ámbitos de aplicación de nuestra norma interna y de la Directiva.

**Palabras clave:** Consumo, contratos con consumidores, derecho de contratos, contratos a distancia, contratos celebrados fuera de establecimiento, distribución de competencias en materia de consumo.

**Title:** How to transpose the Directive on consumer rights to the Spanish law?

**Abstract:** The work aims to evaluate the advantages and disadvantages of various options for transposition of the Directive 2011/83 at the Spanish law. After exposing the effects that the Directive 2011/83 must have in our internal law, both state and autonomous and, among them, the effects that the Directive must have on the general system of contracts with consumers, it analyzes the difficulties which the modification of the TRLCU would entail the modification of the TRLCU, as most likely option of transposition, derived from the different fields of application of our internal standard and the Directive.

**Keywords:** Consumption, consumer contracts, contracts law, distance contracts, contracts celebrated outside of business premises, distribution of powers in consumer matters.

<sup>1</sup> 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).

### 1. Materias y disposiciones afectadas por la Directiva y objeto de estas páginas

Aunque la diversidad de regímenes contractuales entre los Estados miembros constituye un grave obstáculo en el mercado interior (considerando 1 a 7 de la Propuesta de Reglamento sobre Derecho Europeo de Compraventa [COM (2011) 635 final, de 11 octubre 2011]), no por ello el Legislador comunitario ha decidido acometer una armonización plena de los diversos regímenes nacionales de Derecho de contratos. No lo es, desde luego, la Directiva 2011/83, pues los diversos regímenes contractuales estatales sobreviven al margen de la Directiva en la medida en que no estén afectados por ella (art. 3.5 de la Directiva). Y parece que tampoco se intentará semejante armonización en el futuro, pues en la actualidad la Propuesta de Reglamento sobre Compraventa únicamente prevé el establecimiento de un Derecho europeo opcional para los contratantes.

Pese a la amplitud de su título, la Directiva 2011/83 no es tampoco una norma que establezca el régimen de derechos contractuales de los consumidores, ni siquiera lo era en su origen, ya que la versión final ha tenido un contenido todavía más modesto que la propuesta inicial (donde se contemplaba también una armonización plena del régimen de venta y garantías y de cláusulas contractuales).

Realmente la Directiva sólo regula unos cuantos aspectos de los procesos de contratación con consumidores que se consideran "fundamentales" para remover los obstáculos que impiden la consecución del mercado interior (considerando 7 de la Directiva). Estos aspectos fundamentales no tienen que ver sólo con los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento, pues la Directiva ha regulado también otros aspectos, también considerados fundamentales, que afectan con carácter gene-

ral a todos los contratos celebrados con consumidores. En concreto, la Directiva regula las siguientes materias:

El derecho de información de los consumidores en contratos distintos de los contratos a distancia y fuera de establecimiento. Este nuevo régimen de la Directiva afecta de modo inmediato al régimen general de información precontractual establecido en los artículos 20 y 60 TRLCU, preceptos que no superan los mínimos exigidos en el artículo 5 de la Directiva, pues el TRLCU omite algunas indicaciones que son obligatorias en esta norma [por ejemplo, las contenidas en letras g) y h) del art. 5.1 de la Directiva].

Régimen de los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento. Esta nueva regulación afecta al ámbito de aplicación del régimen propio de contratos a distancia y fuera de establecimiento, ya que el ámbito de aplicación de la Directiva no coincide con el establecido en el TRLCU para aquellos contratos (comparar arts. 93 y 108 TRLCU con el art. 3.3 de la Directiva), a las obligaciones de información en estos contratos, a los requisitos formales de los mismos y, finalmente, al derecho de desistimiento regulado en la Directiva para estos contratos, que también presenta novedades con respecto al TRLCU.

La Directiva regula también los efectos que el ejercicio del derecho de desistimiento en un contrato a distancia o fuera de establecimiento ha de tener en los contratos complementarios (art. 15 de la Directiva), efecto que en nuestro Derecho interno sólo estaría ya regulado con respecto a los contratos complementarios de financiación vinculada (art. 77 TRLCU).

Régimen relativo a la obligación de entregar la cosa vendida, así como el régimen de la acción resolutoria por incumplimiento de esta obligación (art. 18 de la Directiva). Las reglas de la Directiva sólo estarían parcialmente conteni-

das en el régimen de los contratos a distancia (art. 104 TRLCU).

Régimen de transmisión del riesgo de los bienes vendidos a los consumidores (art. 20 de la Directiva).

El régimen sobre los efectos que la falta de consentimiento expreso ha de tener sobre la obligación del consumidor de pagar costes adicionales al precio acordado para la obligación contractual principal del comerciante (art. 22 de la Directiva), así como sobre los suministros no solicitados (art. 27 de la Directiva). Tan sólo esta segunda disposición estaría ya comprendida en el Derecho español en los artículos 62.1 TRLCU y 42 de la LOCM.

También establece la Directiva la prohibición de cargar a los consumidores tasas por utilización de medios de pago que superen el coste asumido por el comerciante por el uso de tales medios (art. 19 de la Directiva), así como la prohibición de que el consumidor esté obligado a pagar un coste superior al de la tarifa básica cuando se comunique con el empresario en relación con el contrato celebrado (art. 21 de la Directiva).

El objeto de este trabajo es valorar las diversas opciones de trasposición de la Directiva 2011/83 al Derecho español. Organizadas de menor a mayor esfuerzo exigible al Legislador las formas posibles de trasposición son las siguientes:

Promulgar una Ley de Derechos de los Consumidores que no tenga por objeto modificar otras disposiciones (el TRLCU, por ejemplo), sino reproducir para el Derecho español, como norma independiente, lo establecido en la Directiva.

La segunda opción consistiría en incorporar la Directiva al TRLCU, modificándolo en aquello que sea incompatible con la nueva regulación e introduciendo las nuevas disposiciones que sean necesarias.

Más que componer la parcial y parcheada regulación de consumidores contenida en el TRLCU, la tercera opción sería afrontar la elaboración de un cuerpo ordenado de disposiciones estatales sobre consumo, al que llamaríamos Código de Consumo.

Por último, tanto si se opta por la opción segunda, como por la primera, sería posible plantearse la eventual modificación de ciertas normas del régimen general de obligaciones y contratos contenidas en el Código Civil.

## 2. ¿Puede trasponer la Directiva el legislador autonómico?

La finalidad de la Directiva 2011/83 es propiciar una regulación uniforme en los Estados miembros sobre diversos aspectos de la contratación con consumidores que se consideran fundamentales para la desaparición de barreras en el mercado interior. Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha propiciado que en España coexistan diversos regímenes contractuales en materia de consumo bajo el expediente de considerar legítimas las regulaciones autonómicas divergentes que sólo tienen efectos jurídico-públicos, reservando al Estado la competencia para regular las consecuencias jurídico-privadas. Esta situación es incompatible con el diseño de la Directiva 2011/83: el nivel de protección de los consumidores (en los aspectos fundamentales en ella regulados) establecido en la Directiva es el único aplicable (y exigible a los empresarios) en cualquiera de los ámbitos (público o privado) en que esta regulación deba tener eficacia, pues es indudable que también la existencia de un régimen público diversificado para la contratación con consumidores (en los aspectos fundamentales regulados) constituye una barrera al mercado que la Directiva 2011/83 se ha propuesto remover. En definitiva, el Estado es el único legitimado para establecer un régimen jurídico privado en aquellos aspectos en que los Estados miembros tienen libertad para decidir (como, por ejemplo, para establecer la no aplicación de los derechos que la directiva reconoce a los consumidores en contratos de precio inferior a 50€, art. 3.4 de la Directiva). Sin embargo, las CCAA serán las competentes para disponer el régimen jurídico-público aplicable a todos los aspectos regulados por la Directiva, sin que puedan imponer un nivel mayor (ni tampoco menor) de protección para los consumidores aunque su contravención llevase exclusivamente aparejada una sanción administrativa.

En las opciones de trasposición regulatoria que exponemos a continuación se expresan únicamente las opciones de trasposición de normas jurídico-privadas. En cualquiera de ellas será posible la concurrencia con normas de Derecho público de consumo promulgadas por las CCAA sobre los aspectos regulados en la Directiva.

## 3. Primera opción de trasposición: el volcado de la Directiva en una Ley de Derechos de los Consumidores

Se trata de un modo de trasposición fácil aunque tremendamente ineficiente. Consistiría en volcar el contenido de la Directiva en una Ley de Derechos de los Consumidores que sólo tuviera este objeto y no modificar expresamente el TRLCU, que quedaría sin más suprimido en aquello que fuera incompatible con la nueva regulación. Aunque en (demasiadas) ocasiones el Legislador ha optado por este modo de trasposición de directivas comunitarias sobre consumo, consideramos que no es un modo adecuado porque pese a su celeridad sería altamente ineficiente al imponer a los operadores jurídicos la carga de decidir cuál sería el Derecho vigente en el conjunto de normas del TRLCU que regulan aspectos afectados por la Directiva. El ahorro de costes para el Legislador sería contrarrestado con innumerables controversias jurídicas propiciadas por la inseguridad sobre el Derecho aplicable y la medida en que la Directiva habría afectado al TRLCU. Obsérvese, además, que de por sí la cuestión de qué Derecho de contratos puede seguir subsistiendo tras la Directiva ya es lo suficientemente tortuosa en los artículos 3.5 y 4 de la Directiva, donde si bien se pretende una armonización plena prohibiendo a los Estados un nivel diferente de protección de los consumidores, sin embargo, se permite que los Estados puedan establecer normas generales de Derecho contractual que regulen la validez, formalización o efectos de los contratos.

En definitiva, por todos estos inconvenientes, esta primera opción ha de ser descartada.

## 4. Segunda opción: reforma del TRLCU

La opción que probablemente elegirá el Legislador estatal será la de trasponer la Directiva mediante una Ley que reforme aquellos preceptos del TRLCU que son incompatibles con la nueva regulación. Es una labor asumible a un coste bajo, porque se trata únicamente de comparar ambos textos legales para ajustar el TRLCU a la Directiva, modificando sus normas y eliminando, además, aquellas reglas de protección de los consumidores que les confieran un nivel de protección superior al que les dispensa la Directiva.

De todos modos, también esta opción de trasposición plantea algunas dificultades:

La primera dificultad se produce al intentar coordinar los distintos ámbitos de aplicación. Y es que el ámbito de aplicación de la Directiva está establecido (en el art. 3) tanto para las regulaciones aplicables a los contratos a distancia y fuera de establecimiento como para los aspectos contractuales relativos a los restantes contratos. Por el contrario, el TRLCU tiene un ámbito de aplicación mucho más general (cfr. arts. 1 a 7) y sólo estaría limitado a ciertas clases de contratos

a la hora de reglamentar los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento (arts. 93 y 108 TRLCU). El problema no sería, ciertamente, que hubiera que ajustar los artículos 93 y 108 TRLCU a la Directiva. Por el contrario, el verdadero problema es que el artículo 3 de la Directiva no podría sustituir el ámbito actual del TRLCU sin que el Estado español incumpliese otras directivas comunitarias, pues, por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas (que finalmente no ha sido afectada en su conjunto por la Directiva 2011/83) regula toda clase de contratos con consumidores sin que sean aplicables las exclusiones contempladas en el artículo 3 de la Directiva 2011/83. Lo mismo sucede con la Directiva sobre venta y garantías, que sólo excluye de su ámbito ciertos bienes de consumo [cfr. el art. 1.2 b) de la Directiva 1999/44/CE, que tampoco ha sido afectada por la Directiva 2011/83].

Para solucionar este problema ha de tomarse en consideración el significado de las exclusiones contenidas en el artículo 3 de la Directiva en el contexto de la armonización que instaura el artículo 4 de la Directiva. Ciertamente, la interpretación conjunta de ambos preceptos significa que los Legisladores nacionales no pueden establecer una regulación divergente para los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, pues sólo son éstos los aspectos objeto de armonización. Pero la Directiva no impide que los Estados miembros regulen de la misma forma o de otra diferente (más o menos protectora de los consumidores) aquellos contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83. Por ejemplo, la Directiva 2011/83 no impediría a los Estados miembros establecer un régimen protector para los consumidores que celebren contratos de teleasistencia domiciliaria, ya que los contratos de servicios sociales están excluidos de la Directiva [v. su art. 3.3 a)], lo que significa que pueden ser regulados discrecionalmente por el Legislador nacional, salvadas siempre las disposiciones comunitarias transversales aplicables en general a los contratos celebrados con consumidores (como sucede con las directivas de cláusulas abusivas y de garantías de los bienes de consumo). Por esta razón el TRLCU podría mantener su ámbito actual general de aplicación (el de los arts. 1 a 7), así como también el tenor actual de los artículos 93 y 108 TRLCU. El resultado de ello sería que, junto a los contratos necesariamente sujetos al régimen de la Directiva 2011/83, existiría un nivel de protección equivalente para otros contratos excluidos de la Directiva que, hasta la fecha, en España estaban sujetos al régimen de contratos a distancia y fuera de establecimiento.

En cuanto al resto de disposiciones aplicables a cualesquiera contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva (arts. 5, 15, 17 a 22 y 27), el Legislador estatal tendrá que decidir si sólo dispone la aplicación de estas reglas a los contratos incluidos en el art. 3 de la Directiva o si, por el contrario, dispone su aplicación general a cualesquiera contratos de consumo sujetos al TRLCU de conformidad con lo dispuesto en sus

artículos 1 a 7. No vemos razones para no disponer una aplicación generalizada de este nuevo régimen a cualesquiera contratos celebrados con consumidores. La trasposición de estas reglas generales podría realizarse introduciéndolas entre las disposiciones generales aplicables a los contratos con consumidores y usuarios, en el Libro II del TRLCU, destinado a regular los contratos y las garantías (arts. 59 a 67 del TRLCU).

Finalmente, sería deseable que el régimen legal relativo al desistimiento que instaura la Directiva se convirtiese en el régimen general de desistimiento, de modo que no perviviese un régimen general (el de los arts. 68 y ss. del TRLCU) y un régimen especial para los contratos a distancia y fuera de establecimiento (el de la Directiva), aparte de otros regímenes especiales establecidos fuera del TRLCU (servicios financieros a distancia, aprovechamiento por turno, etc.).

### **5. Tercera opción de trasposición: elaboración de un código estatal de consumo**

Como correctamente se ha observado (CA-RRASCO, A.: “La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, [www.uclm.es/cesco/pdf/](http://www.uclm.es/cesco/pdf/)

comentarios/4.pdf), el alcance de la refundición que operó el TRLCU fue en gran parte arbitrario, con un resultado unificador insatisfactorio y que poco facilitó el manejo de las normas aplicables, pues ni siquiera sirvió para compendiar todo el Derecho estatal de consumo. Estos defectos pueden corregirse, y precisamente la regulación general que contiene la Directiva 2011/83, así como el instituto del desistimiento que es transversal a diversos contratos, nos brinda la oportunidad de elaborar un texto ordenado de normas que supere el carácter fragmentario de la refundición actual.

### **6. Modificación del Código Civil**

Con la trasposición de la Directiva 1999/44/CE se perdió la oportunidad de modernizar nuestro Derecho de responsabilidad contractual. Nos preguntamos ahora si, en la medida en que la Directiva regula aspectos generales de Derecho contractual (el consentimiento contractual, arts. 22 y 27 de la Directiva; la transmisión de los riesgos, art. 20; la obligación de entrega, art. 18) sería una buena oportunidad para reformar el Código Civil, complementándolo con la correspondiente norma imperativa que se dispusiera al trasponer la Directiva en el TRLCU o en el instrumento normativo que se determine.

Nos parece una actualización necesaria pero que ha de realizarse con una prudencia que es incompatible con los perentorios plazos de trasposición de directivas comunitarias (la Directiva 2011/83 ha de incorporarse a nuestro Ordenamiento antes del 13 de junio de 2013).

### **7. A modo de conclusión y pronóstico**

Si, como parece la opción más practicable, el Legislador estatal decide trasponer la Directiva mediante una modificación del TRLCU, en la medida en que la Directiva contiene normas aplicables con carácter general a los contratos de consumo (y, por tanto, también a contratos distintos de los celebrados a distancia y fuera de establecimiento), no bastará con modificar los artículos 93 y 108 TRLCU, sino que será necesario unificar los ámbitos de inclusión-exclusión de todos los regímenes sectoriales de consumo y, en la medida en que éstos no están limitados (tampoco en las correspondientes directivas) en los términos del artículo 4 de la Directiva, de hecho la trasposición de la Directiva a través de una modificación del TRLCU sólo puede tener lugar mediante la ampliación del ámbito material de aplicación de la Directiva, incluso a los supuestos contractuales excluidos en su cuarto artículo.



## NOVEDADES NORMATIVAS

## Nuevo reglamento sobre seguridad de los juguetes

Iuliana Raluca Stroie | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

### Real Decreto 1205/2011, de 26 de agosto

El 31 de Agosto de 2011 se publicó en el BOE el Real Decreto 1205/2011, de 26 de agosto, sobre la seguridad de los juguetes que deroga al anterior Real Decreto 880/1990, de 29 de junio, por el que se aprueban las normas de seguridad de los juguetes, excepto el artículo 2.1, y el anexo II, parte II, punto 3, que quedarán derogados a partir del 20 de julio de 2013. Esta norma tiene como objetivo incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009 sobre la seguridad de los juguetes, que llega a sustituir paulatinamente la Directiva 88/378/CEE.

En el artículo 1 se delimita el objeto y el ámbito de aplicación introduciendo como novedad destacada que el presente Real Decreto se aplicará no sólo a los productos diseñados o previstos, exclusivamente, para ser utilizados con fines de juego por niños menores de catorce años sino a aquellos que, aún no estando diseñados como juguetes, tienen valor de juego y el niño los puede usar para jugar.

Teniendo como objetivo fundamental el de establecer un mayor nivel de seguridad en la comercialización y puesta en el mercado de los juguetes, el RD 1205/2011 presta especial atención a las informaciones relativas a la trazabilidad de los juguetes, estableciendo obligaciones para todos los agentes económicos implicados (fabricantes, representantes autorizados, importadores y distribuidores), de suministrar información de los operadores anteriores y posteriores en la cadena de comercialización. Además de la obligación de los fabricantes de asegurarse que los juguetes se han diseñado y fabricado de conformidad con los requisitos legalmente establecidos, estos tienen

que elaborar el expediente del producto y una declaración CE de conformidad, que tienen que conservar durante 10 años desde la introducción al mercado del juguete. En el art. 17 de la presente norma se establece que antes de introducir un juguete en el mercado, “los fabricantes efectuarán un análisis de los peligros químicos, físicos, mecánicos, eléctricos, de inflamación, higiénicos y radiactivos que el juguete pueda presentar, así como una evaluación de la posible exposición a esos peligros”, dejando registro del mismo.

En relación a la conformidad de los juguetes, se impone a las autoridades competentes la obligación de velar por el cumplimiento de los requisitos esenciales de seguridad de los juguetes comercializados, estableciéndose la presunción de conformidad de los que lleven el marcado CE y vayan acompañados de la declaración CE de conformidad, dotada ésta de un contenido mínimo. El Instituto Nacional de Consumo será el encargado de notificar a la Comisión y a los demás Estados miembros de la Unión Europea los organismos autorizados a realizar tareas de evaluación de la conformidad para terceros así como de establecer los procedimientos necesarios para evaluar y notificar a los mismos, y, su supervisión.

El Real Decreto prevé una serie de medidas particulares como el deber de la autoridad competente de vigilancia del mercado de comunicar al Instituto Nacional de Consumo si una norma armonizada no cubre de manera totalmente satisfactoria los requisitos esenciales de salud y seguridad, o si comprueba que un juguete provisto del marcado CE y acompañado de la declaración CE de conformidad, “utilizado de acuerdo con su uso previsto o en condiciones razonablemente previsibles, puede poner en peligro la salud y la seguridad de las personas”, procediendo a retirar dicho juguete del mercado, prohibir su comercialización y/o limitar su libre circulación.

Para evaluar la eficacia de la presente norma y la seguridad de los juguetes, se dispone la obligación que acompaña a las autoridades de vigilancia del mercado de presentar al Instituto Nacional de Consumo un informe sobre la aplicación de este Real Decreto que además de la evaluación antes mencionada incluirá una presentación de las actividades de vigilancia del mercado. El informe deberá ser presentado ante el Instituto Nacional de Consumo con tres meses de anterioridad a 20 de julio de 2014 que a su vez tendrá que presentarlo a la Comisión antes de 20 de julio de 2014 y a continuación, cada 5 años para ambos Organismos.

Finalmente, en relación al régimen sancionador se prevé que será de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, así como las normas autonómicas de aplicación en la materia. Se considerarán infracciones leves los defectos formales de etiquetado que no tengan incidencia en las condiciones del uso seguro del juguete y los defectos formales del marcado CE; infracciones graves los defectos de etiquetado del juguete con incidencia en la seguridad, como los correspondientes a advertencias, instrucciones de uso o recomendaciones sobre la edad adecuada del niño, la falta de datos de identificación del responsable de poner en el mercado el juguete, el uso del marcado CE incorrectamente y la no disposición o presentación, a petición de las autoridades, de la documentación referida en los anexos III y IV del real decreto, e infracciones muy graves el incumplimiento de los requisitos de seguridad a que se refieren el artículo 11 y el anexo II del real decreto, es decir los requisitos esenciales y particulares de seguridad.

## Información alimentaria facilitada al consumidor

Ángel García Vidal | Profesor Titular de Derecho Mercantil | Universidad de Santiago de Compostela

### Reglamento (UE) núm. 1169/2011 del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011

El Diario Oficial de la Unión Europea L 304/18, de 22 de noviembre de 2011, ha publicado el Reglamento (UE) núm. 1169/2011 del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 1924/2006 y (CE) núm. 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se derogan la Directiva 87/250/CEE de la Comisión, la Directiva 90/496/CEE del Consejo, la Directiva 1999/10/CE de la Comisión, la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 2002/67/CE, y 2008/5/CE de la Comisión, y el Reglamento (CE) n o 608/2004 de la Comisión.

Como dispone su artículo 1, el Reglamento establece la base para garantizar un alto nivel de protección de los consumidores en relación con la información alimentaria, teniendo en cuenta las diferencias en la percepción de los consumidores y sus necesidades de información, al mismo tiempo que asegura un funcionamiento correcto del mercado interior.

En este sentido, el Reglamento establece los principios generales, los requisitos y las responsabilidades que rigen la información alimentaria y, en particular, el etiquetado de los alimentos. Asimismo, establece los medios para garantizar el derecho de los consumidores a la información, así como los procedimientos para facilitar información alimentaria, teniendo en cuenta la necesidad de dar la flexibilidad suficiente para responder a los futuros avances y los nuevos requisitos de información.

El ámbito de aplicación subjetiva son los operadores de empresas alimentarias en todas las fases de la cadena alimentaria, en caso de que sus actividades conciernen a la información alimentaria facilitada al consumidor. También e aplicará a todos los alimentos destinados al consumidor final, incluidos los entregados por las colectividades y los destinados al suministro de las colectividades. Finalmente, el Reglamento se aplicará a los servicios de restauración que ofrecen las empresas de transporte cuando la salida se produzca desde los territorios de los Estados miembros a los que se aplican los Tratados.

Por lo demás, el Reglamento tiene carácter general, de modo que será aplicable sin perjuicio de los requisitos de etiquetado previstos en las disposiciones de la Unión aplicables a alimentos concretos.

# Medidas contra el “bombardeo” de publicidad en la televisión

Ana I. Mendoza Losana | Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

Comentario de urgencia al Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en

lo relativo a la comunicación comercial televisiva a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de noviembre de 2011, asunto C-281/09, Comisión Europea contra España.

El pasado 24 de noviembre de 2011, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea condenó a España por incumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Directiva 89/552/CE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por la Directiva 97/36/CE (Directiva de “Televisión sin Fronteras”), al permitir que determinados tipos de publicidad, como los publirreportajes, los anuncios de telepromoción, los anuncios publicitarios de patrocinio y los microespacios publicitarios, sean emitidos por las cadenas de televisión españolas durante un tiempo que excede el límite máximo del 20% del tiempo de emisión por hora de reloj establecido en el artículo 18.2 de la citada Directiva, actualmente derogada por la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010 (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).

Pocos días más tarde, el 7 de diciembre, el BOE publica el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, que entró en vigor el 7 de enero de 2012.

Un comentario más extenso a estas dos resoluciones puede verse en [www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/7/2011/7-2011-12.pdf](http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/7/2011/7-2011-12.pdf)

## 1. Limitaciones a la emisión de publicidad televisiva

La Ley 7/2010, además de definir las distintas formas de publicidad, determinar los requisitos para su emisión (cfr. arts. 14 a 17) y prohibir ciertos contenidos publicitarios (cfr. art. 18), regula el **tiempo máximo dedicado a la publicidad en televisión** (art. 14.1), que será de **20 minutos por hora de reloj entre anuncios convencionales y televenta** (12 minutos), **autopromoción** (5 minutos) y **telepromoción** (3 minutos, aunque ésta tiene un régimen especial de cómputo, siempre que el conjunto de telepromociones no supere los 36 minutos al día) (art. 14.1). Se excluye del cómputo el patrocinio (cfr. art. 16) y el emplazamiento (cfr. art. 17). Salvo ciertas excepciones, como las series, seriales y documentales, para las que la Ley parece admitir interrupciones más frecuentes o las retransmisiones deportivas que sólo podrán interrumpirse cuando el acontecimiento se encuentre detenido, los cortes publicitarios podrán introducirse cada 30 minutos, incluso en programas infantiles, siempre que estos tengan una duración superior a los 30 minutos (art. 14.4 Ley).

El RD 1624/2011 desarrolla diversos contenidos del título II de la Ley 7/2010 a fin de delimitar el alcance de los derechos y obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual cuando emiten en su programación

autopromociones y determinadas formas de comunicación comercial, así como cuando realizan dichas comunicaciones durante la retransmisión de acontecimientos deportivos. Regula las distintas formas de publicidad o “comunicación comercial televisiva”: la autopromoción, la telepromoción y el patrocinio, cada una de las cuales está sometida a particulares limitaciones temporales y de cómputo, no computando en el límite general de 12 minutos por hora de reloj, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el propio reglamento. Se excluyen del cómputo de tiempo, tanto del límite de 5 minutos dedicado a la autopromoción como del límite de 12 minutos dedicado a mensajes publicitarios por hora de reloj los contenidos de carácter meramente informativo (cfr. art. 7).

El RD 1624/2011 se aplica únicamente a los prestadores de comunicación audiovisual de cobertura estatal.

## 2. Anuncios publicitarios vs. otras formas de publicidad

El origen del conflicto que se resuelve con la condena a España procede de la distinción contemplada en el artículo 18 de la Directiva 89/552 entre “anuncio publicitario” y “otras formas de publicidad”. La sentencia del TJUE que resuelve el recurso de la Comisión contra España pretende dilucidar si diversas formas de publicidad, tales como los publirreportajes, las telepromociones, el patrocinio o los microespacios publicitarios son o no “anuncios publicitarios” en el sentido del artículo 18 de la Directiva y por tanto no computan en el límite del 20% de tiempo dedicado a publicidad (“anuncios publicitarios” y “anuncios de televenta”) por hora de reloj. La Directiva no definía el concepto de “anuncio publicitario”, pero tampoco remitía su definición a los Estados miembros, por lo que la definición debía ser uniforme para toda la Unión Europea en atención al objetivo que la normativa pretende alcanzar (SSTJUE de 18 de octubre de 2007, Österreichischer Rundfunk, apdo. 24; de 20 de octubre de 2011, Interedil, C-396/09, apdo. 42 y 24 de noviembre de 2011, España, apdo. 42).

La sentencia declara que España vulnera los límites de la Directiva al aceptar como “telepromociones” anuncios de una duración breve, “de un minuto aproximadamente que no puede considerarse sensiblemente mayor que la de los anuncios publicitarios clásicos” (STJUE de 24 de noviembre, apdo. 27). El TJUE ha declarado que “cualquier tipo de publicidad televisiva emitida entre programas o durante los intermedios constituye, en principio, un ‘anuncio publicitario’ en el sentido de la Directiva 89/552, salvo que por el tipo de publicidad de que se trate encaje en alguna de las otras formas de publicidad expresamente reguladas por esa Directiva –como es el caso, en particular, de la ‘televenta’- o requiera, por sus modalidades de presentación, una duración superior a

la de los anuncios publicitarios...” (SSTJUE RTI y otros y de 24 de noviembre de 2011, apdos. 51 y 52). Por consiguiente, aunque un tipo de publicidad concreto tenga por su propia naturaleza, es decir, debido a su modalidad de presentación, una duración algo mayor que la que habitualmente tienen los anuncios publicitarios, tal circunstancia no basta por sí sola para calificar a ese tipo de publicidad como “otra forma de publicidad” en el sentido del artículo 18, apartado 2, de la Directiva 89/552” (STJUE de 24 de noviembre de 2011, apdo. 53). En concreto, respecto a las formas de publicidad controvertidas considera el Tribunal que han de considerarse anuncios publicitarios ordinarios pues su duración no excede de los dos minutos y por tanto, están sujetos a las limitaciones relativas al tiempo de emisión establecidas en el artículo 18.2 de la Directiva 89/552 (STJUE de 24 de noviembre de 2011, apdos 54-56).

Actualmente, en el marco de la Directiva 2010/13/UE y de la Ley 7/2010 y el RD 1624/2011, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva pueden emitir doce minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj, incluyendo los mensajes publicitarios convencionales y la televenta y excluyendo el patrocinio, el emplazamiento y la telepromoción, siempre que ésta cumpla los (discutibles) requisitos establecidos en el artículo 9 del reglamento.

## 3. Los telespectadores como consumidores

El TJUE ha declarado que la regulación de la publicidad televisiva y en particular el artículo 18 de la Directiva 89/552, tiene como objetivo prioritario lograr un justo equilibrio entre los intereses económicos de los organismos de radiodifusión televisiva, de los anunciantes y de los autores y creadores, por una parte, y por otra, la protección de los consumidores que son los telespectadores de una publicidad excesiva (STJUE de 23 de octubre de 2003, RTL Television, C-245/01, Rec. p. I-12489, apdo. 62). La protección de los consumidores que son los telespectadores de una publicidad excesiva constituye un aspecto esencial de la Directiva. Ello justifica la imposición de límites no sólo diarios, sino también horarios a la emisión de publicidad ya que es precisamente en las horas de mayor audiencia en las que se hace más necesario proteger a los telespectadores (SSTJU de 18 de octubre de 2007, Österreichischer Rundfunk, C- 195/06, Rec. p. I-8817, apdo. 26 y de 24 de noviembre de 2011, Comisión Europea contra Reino de España, C-281/09, apdos. 45-49).

De la jurisprudencia comunitaria se desprende la necesidad de **interpretar también la normativa nacional reguladora de la publicidad televisiva en atención al objetivo prioritario de proteger los derechos de los consumidores, entendiéndose por tales, los telespectadores.**



# NOTICIAS DE JURISPRUDENCIA

Aparcamientos

## No se puede cobrar el importe para un día entero al usuario que perdió su ticket de aparcamiento

Iuliana Raluca Stroie | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

### SAP La Rioja, de 2 de Noviembre de 2011 (JUR 2011\397812)

El contrato de aparcamiento de vehículos está regulado por la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, (modificada por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios), que entre las distintas modalidades de prestación del mencionado servicio, incluye el estacionamiento rotatorio. En el art. 3.1b) de la citada norma, se prevé la obligación del titular del aparcamiento de “entregar al usuario... un justificante o resguardo del aparcamiento” y en el art. 4 b), se prevé como un deber del usuario “exhibir el justificante o resguardo del aparcamiento o acreditar en caso de extravío su derecho sobre el vehículo para proceder a retirarlo”. Se trata en todo caso, de un justificante “con el fin de facilitar su acreditación como poseedor del vehículo en virtud de un título de legitimación aparente, ya que la misma norma también le permite acreditar de otra forma su derecho sobre el vehículo para proceder a retirarlo en caso de extravío”<sup>1</sup> y no de un documento justificante de la franja horaria en la que el vehículo haya permanecido dentro del establecimiento. Un supuesto similar trata de resolver la Audiencia Provincial de La Rioja, en la Sentencia de 2 de Noviembre de 2011, JUR 2011\397812. La empresa apelante alega en su defensa que la estipulación de la cláusula en cuya virtud “en caso de extravío del ticket o su no presentación se pagará una penalización de 22 euros “por día y/o horario comprobado”, tiene cobertura en el principio de autonomía de voluntad (art. 1255 CC) y está justificada por las diligencias que el titular del aparcamiento tendría que hacer para comprobar si quien

reclama el vehículo tiene derecho realmente sobre él, lo que supondría “un claro perjuicio para el titular del establecimiento”. La Audiencia niega la naturaleza penal de la mencionada cláusula, en cuanto considera no acreditados los perjuicios alegados por la apelante. Argumenta en este sentido que no se puede alegar la existencia de perjuicios relevantes por la empresa apelante ya que es suficiente comprobar informáticamente la hora en que el usuario entró al aparcamiento y que el mismo posee las llaves del vehículo para quedar acreditados su posesión y derecho de retirarlo. Como segundo argumento, aduce la Audiencia que “la cláusula penal solo puede existir como accesoria de una obligación principal y con la finalidad de garantizar su cumplimiento”, y en el contrato de aparcamiento la obligación principal del usuario es el pago del precio, como contrapartida del uso de una plaza de aparcamiento y no la conservación del ticket, por tanto, “solo podría ser una cláusula penal si estuviera aparejada al impago de dicho precio o tratase de alguna forma de garantizar el cumplimiento de esa obligación de pago del precio y tuviera por finalidad resarcir al titular del estacionamiento de los daños y perjuicios ante un eventual impago o retraso en el mismo”. La Audiencia recuerda que el art. 4.b) le ofrece al usuario dos opciones – “exhibir el justificante o resguardo del aparcamiento o acreditar en caso de extravío su derecho sobre el vehículo para proceder a retirarlo” – y al imponer una penalización de 22€ se priva al usuario de la segunda opción, de acreditar su derecho a retirar el vehículo, o se le sanciona por el hecho de optar por la misma.

También declara la Sala que se están vulnerando los preceptos del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumi-

dores y Usuarios en cuanto a las exigencias relativas a la buena fe, justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y exclusión de cláusulas abusivas que derivan del artículo 80.1.c) de la citada norma. Considera que “al imponerse la obligación de pago de una suma muy superior al tiempo real de uso de la plaza de aparcamiento, se vulnera el derecho que al usuario le confiere el art. 1 de la Ley 40/2002 en cuya virtud el precio ha de establecerse en función del tiempo real de prestación de servicio, sin posibilidad de redondeos a unidades de tiempo no consumidas o utilizadas... y por lo tanto, en la medida en que una cláusula o práctica como la que de forma unilateral impuso la entidad demandada apelante limita los derechos que la Ley 40/2002 atribuye al usuario, es evidente que atenta al justo equilibrio de las prestaciones, constituye un cobro al usuario por un servicio no efectivamente usado y vulnera en definitiva los arts. 82.1, 82,4 b), 86.7 y 87.5 del TRLGDCU”, por lo que declara abusiva y nula la controvertida cláusula.

Finalmente, la Audiencia rechaza la pretensión subsidiaria de la empresa apelante en relación a la deducción de los 4.80€ de los 22€ de penalización, en concepto de importe por el tiempo real de permanencia del vehículo en el aparcamiento. En este sentido, declara no acreditado que en la penalización esté incluido el precio de la estancia real del vehículo ya que el pago de la misma se impuso por la pérdida del ticket, así como resulta del justificante que se le entregó al usuario. Concluye la Audiencia señalando que ésta pretensión de la parte apelante “debió de alegarse como crédito compensable y previa notificación al demandante al menos cinco días antes de la vista, sin que pueda alegarse como excepción al contestar a la demanda en el Juicio Verbal”.

Contratos bancarios

## La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (secc. 5ª), de 7 octubre 2011 estima el recurso de apelación de BBVA, Novacaixagalicia (NCG) y Cajamar contra la nulidad de la cláusula suelo declarada por la Sentencia 246/2010 de 30 de septiembre del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla

Mª Carmen González Carrasco | Profesora Titular de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

Ausbanc fue la primera asociación que triunfó en una demanda colectiva de nulidad de las cláusulas-suelo en hipotecas a interés variable contra BBVA, NovaCaixaGalicia (NCG) y Cajamar. El Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla, en una resolución ampliamente comentada por este mismo centro de estudios de consumo (Sentencia 246/2010 de 30 de septiembre), las declaró abusivas en primera instancia, pero

la Audiencia Provincial de Sevilla (Secc. 5ª), en la Sentencia de 7 octubre 2011 estima el recurso de Apelación núm. 1604/2011, interpuesto por las entidades demandadas. Los argumentos de la sentencia de la Audiencia Provincial son los mismos que se habían plasmado en los comentarios realizados por este Centro de estudios: No existe un derecho del prestatario a la limitación de la variabilidad o a la proporcionalidad de los lími-

tes, los pactos sobre límites a la variabilidad del interés, no constituyen derechos u obligaciones recíprocas de las partes, sino que se incorporan al contrato como mecanismos de cobertura del riesgo, y en cuanto a la legitimación activa, Ausbanc carece de ella para sostener el ejercicio de acciones colectivas para la defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios por su pérdida sobrevenida- tras confirmarse su exclu-

<sup>1</sup> Mª Carmen González Carrasco: “Contrato de aparcamiento de vehículos: informe sobre el carácter abusivo de la cláusula que impone al usuario el pago del día completo en caso de pérdida del ticket” [www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/15/2010/15-2010-1.pdf](http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/15/2010/15-2010-1.pdf)

sión del Libro-Registro de Asociaciones de Consumo por sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2010, (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta)-, aunque sí la ostentara cuando formuló la demanda.

Desde el primer momento en que la cláusula fue cuestionada por las asociaciones de consumidores y usuarios (por cierto: no al comienzo de su inclusión en los contratos, sino sólo cuando, en septiembre de 2009, el 53% de los saldos de las operaciones con limitaciones a la bajada del tipo de interés se habían visto afectados por primera vez por la aplicación del tope al descenso de tipos) tuve la sensación, y así lo expresé en varios trabajos publicados en este mismo centro de investigación, de que los medios de comunicación se habían precipitado al echar las campanas al vuelo en virtud de una sentencia aún susceptible de recursos (uno de ellos, el de apelación, en curso), dictada en relación a un asunto sobre el que caben matizaciones fundadas y dignas, en todo caso, de una reflexión exenta de la pasión por la mayor y mejor defensa del consumidor a la que se deben las asociaciones de usuarios de la banca.

Desde aquel septiembre de 2009, la hasta entonces inocente y reiterada cláusula ha sido objeto de una Moción parlamentaria, un extenso

Informe del Banco de España recabado por el Senado y por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, 1.560.000 entradas en internet, y comentadísimas decisiones judiciales hoy en trámite de apelación – entre las últimas, las de 18 de octubre de 2011 del Juzgado Mercantil nº 1 Cáceres y 20 de diciembre de 2011, del Juzgado Mercantil número 2 de Málaga- a las que, en un sentido estimatorio de la nulidad pretendida todavía incierto, seguirán muchas otras.

Por nuestra parte, reiteramos nuestra opinión acorde en lo esencial con los argumentos de fondo de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla. Y recordamos algo más de lo ya dicho con anterioridad en relación con esta cuestión: no todas las cláusulas limitativas de la variación de tipos de interés afectan de igual forma al equilibrio de las posiciones contractuales de las partes. Antes de afirmar precipitadamente que las cláusulas de limitación de las variaciones de los tipos de interés en préstamos de interés variable son abusivas, hemos de preguntarnos si existe una causa razonable para la diferencia de distancia del suelo y del techo con respecto del tipo medio de interés fijo. Esto es, si es necesaria para mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las

entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

Fuese o no declarada unilateralmente impuesta y abusiva la cláusula en cuestión, las cantidades ya abonadas en aplicación de la limitación del tipo de interés nunca podrían considerarse daño resarcible causalmente vinculado con el desequilibrio entre el suelo y el techo del interés, porque no se derivan directamente de la falta de reciprocidad, sino de la bajada de los tipos de interés provocada por la situación económica actual, y habría operado igualmente en condiciones de equilibrio perfecto.

Y ya en términos más generales, sería conveniente cuestionarse si la superprotección de los consumidores hasta el punto de considerarnos contratantes incapaces de comprender los riesgos de las operaciones que suscribe y compararlos con las desventajas de un interés fijo (válido) superior, con plazos de amortización inferiores y un mayor coste en su eventual amortización anticipada nos compensa hasta el punto de asumir el encarecimiento de los préstamos o la desaparición de los préstamos a interés variable, lo que reconduce el problema a la exigencia de la transparencia exigida hoy por la Orden

## Contratos bancarios

# La responsabilidad de Caja Madrid por el caso Gescartera: una decisión salomónica

Blanca Lozano Cutanda | Catedrática de Derecho Administrativo | Universidad del País Vasco

**Resumen:** El Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 9 de enero de 2012, ha fijado la cuantía concreta de la indemnización que le corresponde pagar a Caja Madrid como responsable civil subsidiario por el fraude de Gescartera (un total, entre principal e intereses, de 15,89 millones de euros).

Se trata de una decisión que puede calificarse de salomónica porque (siguiendo el criterio marcado por el TS), si bien la cuantía indemnizatoria se limita en función de las inversiones que accedieron a la operativa de Caja Madrid, la cantidad que abone la entidad no irá a estos inversores sino que se repartirá de forma proporcional entre todos los perjudicados de Gescartera.

El Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 9 de enero de 2012 ha fijado la cuantía concreta de la indemnización que le corresponde pagar a Caja Madrid, como responsable civil subsidiaria del fraude de Gescartera. Los antecedentes del caso son los siguientes:

1. La Sentencia de la AN, Sala de lo Penal, de 25 de marzo de 2008, condenó a diversos responsables de Gescartera Agencia de Valores S.A. por apropiación indebida y delito continuado de falsedad y declaró la responsabilidad civil derivada de los delitos, de la que son responsables solidarios, que asciende a cerca de 88 millones de euros, más los intereses moratorios y procesales. La Audiencia Nacional declaró, además, la responsabilidad civil subsidiaria y conjunta de diversas entidades por esta cuantía, entre ellas Caja Madrid Bolsa, aplicando para ello diversos títulos de imputación y haciéndoles responder por el total de la cuantía indemnizatoria indicada.
2. La Sentencia fue recurrida en casación y el Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de octubre de 2009 confirmó la condena de los principales responsables penales pero declaró la absolución de cuatro condenados que eran empleados de La Caixa y a A.G.P. y dejó sin efecto, en consecuencia, la responsabilidad civil subsidiaria de estas entidades. En cuanto a Caja Madrid, mantuvo su responsabilidad civil subsidiaria, fundada en la existencia de

una situación irregular en la gestión de las cuentas de la que se prevaleció Gescartera en perjuicio de sus clientes, pero limitó su responsabilidad al importe de los valores de Gescartera gestionados por la entidad durante el tiempo en que actuó como depositaria.

- En consecuencia, para la fijación de las concretas responsabilidades civiles que debe satisfacer Caja Madrid Bolsa, la citada Sentencia fijó dos criterios: (i) cronológico, pues sólo responderá desde la fecha en que suscribió con Gescartera el denominado Contrato de subcustodia de valores que rigió sus relaciones hasta la intervención de esta última entidad; (ii) económico, en virtud del cual para determinar la indemnización ha de valorarse el importe de los saldos acreedores de los clientes de Gescartera pero no en su totalidad, sino sólo en la cuantía correspondiente a los fondos gestionados por Caja Madrid como depositaria para Gescartera durante ese periodo. Se condena, por consiguiente, a Caja Madrid, a pagar una cantidad global, pero limitada a su participación en los hechos, para su posterior reparto entre el los afectados relacionados en la sentencia en proporción al importe del perjuicio fijado en la misma.
3. Con estas pautas, los peritos (dos técnicos inspectores del Banco de España) procedieron a cuantificar la responsabilidad civil subsidiaria de Caja Madrid, que se determinó en una cantidad de 12.227.925,97 euros.

El Auto de la Audiencia Nacional confirma este resultado obtenido por los peritos, al que se añaden los intereses establecidos por la Sentencia, y acuerda que en el plazo de ocho días Caja Madrid consigne la cuantía del principal, más un 30% para satisfacer los intereses moratorios y procesales (un total de 15,89 millones de euros).

La Sentencia no admite la posibilidad de que en el futuro aparezcan nuevos acreedores, por considerar que a todos los posibles perjudicados se les ha permitido durante el proceso ejercer sus derechos y declara que FOGAIN, el Fondo de Garantía que abonó anticipadamente diversas cuantías a los inversores perjudicados, no es un acreedor privilegiado respecto de los demás afectados.

La Sentencia confirma también, por último, que si bien la responsabilidad de Caja Madrid se reduce a los fondos que gestionó esta entidad de crédito, la cantidad que resulte habrá de repartirse por igual entre todos los afectados (en proporción al perjuicio fijado en la Sentencia o en el trámite de ejecución de la misma) y no se limitará a aquéllos cuyas inversiones hayan accedido a su operativa, por considerar que ello sería injusto debido a que “en la mayor parte de los supuestos tal acceso no dependía de la voluntad de los inversores sino de las decisiones provenientes de los responsables de Gescartera condenados”.

Viajes: cargo por emisión de billete por aerolínea

## Es abusivo el “cargo por emisión” del billete impuesto por Spanair

Iuliana Raluca Stroie | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

La parte demandante en el juicio y ahora recurrida, solicitó en su demanda se declarase abusiva la condición general que incluía un recargo de trece euros por emisión del billete y que iban incorporados en las tasas de aeropuerto. Sostiene la consumidora demandante que los gastos de documentación del contrato los debía asumir la empresa demandada Spanair y que dicho recargo “no correspondía a ninguna prestación adicional, ya que la propia emisión del título que documentaba el contrato formaba parte del servicio”. El Tribunal Supremo desestima el recurso planteado por Spanair, argumentando que se trata de “una cláusula predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes contratantes siendo la otra un consumidor” y que “el ejercicio de la autonomía de voluntad está sometido a límites que pueden alcanzar a los elementos esenciales del contrato, como resulta del propio artículo 1255 CC”. El Tribunal rechaza el motivo alegado por la empresa recurrente basado en una equiparación, entre el cargo por

emisión y el precio del transporte, declarando que al distinguir como contraprestaciones diferentes y separables, el cargo por emisión del billete de la tarifa aérea propiamente dicha, “se advierte de inmediato que la condicionalidad recíproca, característica de las obligaciones sinalagmáticas, falta entre la prestación principal de la transportista y el repetido cargo por emisión”. En el segundo motivo del recurso la recurrente alega infracción del artículo 10 bis de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con el art. 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, al considerar que los elementos esenciales de los contratos - como es el precio en el de transporte - aunque estén establecidos en cláusulas que no hubieran sido negociadas individualmente, no admiten control de validez. El Tribunal argumenta que la mencionada limitación ha sido ya superada, recordando en este sentido que el TJUE en la sentencia de 3 de junio de 2010, C-484/08, ha

confirmado la posibilidad que tienen los estados miembros, de adoptar, “en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”. Finalmente, declara el Tribunal que los cargos de emisión que el empresario impone a su cliente por los servicios que le presta sin estar integrados en el objeto principal del contrato - «fees service» - , responden a la tramitación del mismo hasta su perfección y no a la contraprestación del transporte y, que la recurrente ha incumplido el deber de información precontractual contenido en la regla vigesimocuarta de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, en cuanto no queda acreditado que “la consumidora demandante hubiera aceptado contratar por el procedimiento elegido con el pleno conocimiento previo de que el mismo implicaba un aumento de lo que, como contraprestación total, debía abonar a la transportista”.

Viajes: compensación por cancelación de vuelo

## La compensación al pasajero de un vuelo cancelado puede concederse de oficio, sin que sea precisa su invocación expresa

Karolina Lyczkowska | Investigadora del Departamento de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

### STJUE de 13 de octubre 2011

El TJUE acaba de aclarar en su sentencia del 13 de octubre 2011 dos extremos importantes del Reglamento 261/2004 relativo a los derechos de los pasajeros en relación con la cancelación de vuelos. La sentencia constituye la respuesta a dos cuestiones prejudiciales planteadas por el juez del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra en el marco de un supuesto de cancelación de un vuelo entre París y Vigo. En primer lugar, el juez español pedía aclaración del concepto de la “cancelación del vuelo”, pues en el caso de los autos el avión había despegado, pero tuvo que volver al aeropuerto de origen a los pocos minutos después de la salida debido a los problemas técnicos. La pregunta estriba en si se puede calificar tal situación como cancelación del vuelo, pues el avión había conseguido salir del aeropuerto. La sentencia del TJUE comentada señala que la cancelación del vuelo equivale a la no realización del itinerario planeado en su totalidad, por lo cual aunque el avión hubiese empezado a realizarlo, el hecho de no haberlo completado conlleva la práctica cancelación del vuelo

(ap. 28). El TJUE subraya también que no es necesaria una expresa decisión de cancelación del vuelo por parte del transportista encargado para que se aplique el Reglamento 261/2004 y sus consecuencias jurídicas (ap. 29). La segunda duda del juez español consistía en el ámbito de la compensación suplementaria en base al Derecho nacional o el Convenio Montreal. Aunque el Reglamento 261/2004 en su art. 12 expresamente permite al juez nacional el otorgamiento de una compensación suplementaria a la prevista por la norma europea, el TJUE señala que los daños indemnizados en virtud de dicha compensación suplementaria (incluidos los daños morales) pueden derivar del incumplimiento del contrato de transporte con el pasajero, pero no del incumplimiento de los deberes de asistencia derivados del art. 8 y 9 del Reglamento 261/2004, por lo cual no pueden compensarse así los gastos en los que hayan incurrido los pasajeros para trasladarse a su destino después de la cancelación del vuelo (ap. 38 y 42). Con respecto a dichos gastos y daños derivados del incumplimiento de los deberes de asistencia por parte del transportista, los pasajeros pueden invocar

un derecho de compensación “sobre la base de los elementos enunciados en los artículos 8 y 9 del Reglamento 261/2004” (ap. 44), que difiere de la compensación suplementaria comprendida en el art. 12 del Reglamento 261/2004. Por tanto, parece que el TJUE quiere decir que este tipo de daños queda comprendido en la compensación fija prevista por el art. 7 del Reglamento 261/2004, aunque no lo dice de forma muy clara. En consecuencia, la compensación suplementaria cubrirá los daños basados en los elementos no comprendidos en el Reglamento 261/2004, incluidos los daños morales. Finalmente, es importante señalar que la sentencia aclara que el derecho de la compensación no está supeditado a que los pasajeros lo invoquen, pues “no hay nada en el Reglamento 261/2004 que impida conceder una compensación por un incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 8 y 9 de dicho Reglamento, si estas disposiciones no han sido invocadas por los pasajeros aéreos” (ap. 45). Por tanto, el TJUE confirma que la compensación del art. 7 del Reglamento 261/2004 puede ser concedida de oficio por el juez, aunque el demandante no la haya pedido.



[www.revista.uclm.es/index.php/cesco/](http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/)

