

INCIDENCIA EN EL DERECHO CONTRACTUAL DE LA DIRECTIVA 2011/83/UE SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES¹

M^a Carmen González Carrasco

Profesora Titular de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

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 omnicomprendivo 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*

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

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.

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

Sumario: 1. REGULACIÓN DE CARÁCTER CONTRACTUAL Y CONTRATOS EXCLUIDOS; 1.1 El alcance de la regulación de carácter contractual; 1.2. Contratos excluidos; 1.3. En especial, contratos de obras de reforma y rehabilitación de edificaciones; 1.4. Contratos intervenidos por fedatario público; 1.5. Venta de bienes o servicios de menor cuantía; 2. EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS; 3. OTROS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES; 3.1. Entrega y transmisión del riesgo; 3.2. Costes ocultos y prestaciones no solicitadas

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 Derecho 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 sanitaria², actividades de juego por

² 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

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 frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor; servicios de transporte de pasajeros³, 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

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.

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

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 sustancial⁴, 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

⁴ 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.

Las 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 15⁵ 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, 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 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

⁵ 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.

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 usucapión 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 consumidor 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 pero 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 derecho 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.

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 extraprocesal 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. 699⁶ 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.

⁶el 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 *dies 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.

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).

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 TRLCUE de que en aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleva 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.