

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ON-LINE CON CONSUMIDORES

Ana Isabel Mendoza Losana

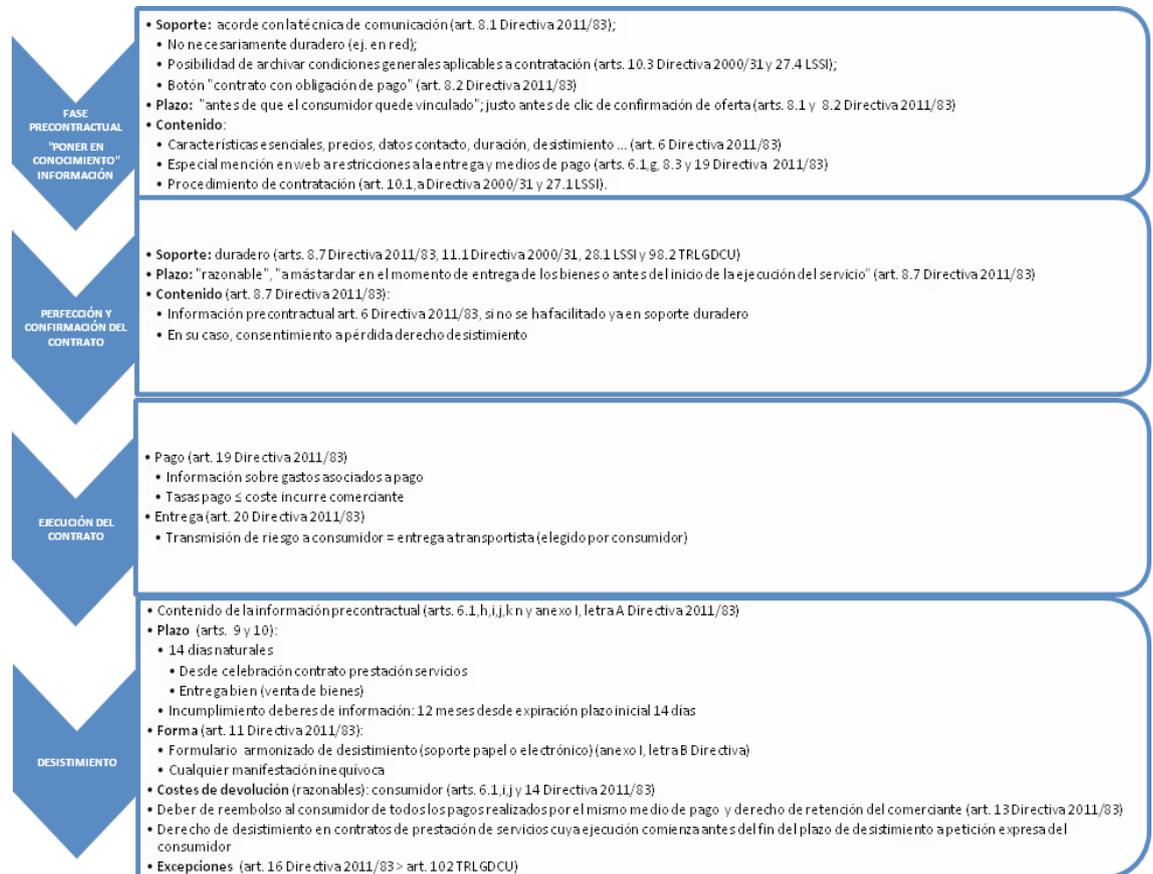
*Profesora contratada doctora de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha
Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo*

La Directiva 2011/83, sobre los derechos de los consumidores, modifica el régimen de la contratación on-line.

Se armonizan en el ámbito de la UE los deberes de información precontractual y confirmación del contrato, se amplía a catorce días el plazo para desistir y se permite desplazar al usuario los gastos de devolución del bien.

Tras una larga tramitación, el pasado 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, 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. Esta nueva Directiva pretende incentivar la contratación a distancia y eliminar las restricciones a las transacciones transfronterizas dentro del mercado único. Por ello, aspira a la armonización plena y en su nombre y 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 o a la confirmación de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil o a distancia para garantizar mayor nivel de protección a los consumidores, sin perjuicio de los deberes impuestos de conformidad con la Directiva de Comercio Electrónico y la Directiva de Servicios (art. 6.8). Sin pretender aquí abordar las complejas relaciones entre la nueva Directiva y sus predecesoras (v. Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 1, <http://revista.uclm.es/index.php/index/index>), se realiza una síntesis de aquellas nuevas exigencias a tener en cuenta por quienes comercian on-line con consumidores. El siguiente gráfico expone tales novedades:



1. Refuerzo de los deberes de información precontractual

Se adoptan medidas tendentes a dar mayor seguridad a la contratación a distancia (electrónica o telefónica). Se limita este documento a las novedades relativas a la contratación electrónica.

a. Contenido de la información precontractual. 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, pero en ningún caso alterará los deberes de información impuestos al vendedor o prestador de servicios.

Además de poner a disposición del consumidor la información precontractual a la que se refiere el artículo 6 de la Directiva 2011/83, el comerciante por vía electrónica deberá facilitar el procedimiento para la identificación y subsanación de errores antes de realizar el pedido (art. 11.2 Directiva 2000/31). Obsérvese que los mayores requerimientos informativos de la Directiva 2011 sólo son aplicables a la información sobre las condiciones sustantivas del contrato (art. 6.1, letras a,e,o y p), pero no se introducen modificaciones respecto al deber de poner a disposición del destinatario la información sobre el procedimiento contractual (art. 10.1 Directiva 2000/31 y 27.1 Ley de Servicios de la Sociedad de la Información o LSSI). Y es que los Estados podrán imponer o mantener 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), siempre que no entren en conflicto con los deberes derivados de la Directiva 2011/83, en cuyo caso prevalecerá ésta (art. 6.8.I Directiva 2011/83).

- b. Medios informativos.** La información se ha de facilitar en forma acorde a la técnica de comunicación a distancia utilizada y en términos claros y comprensibles (arts. 6.1 y 8.1 Directiva 2011/83). El soporte no ha de ser necesariamente duradero, pero si así fuera, debe ser legible. En los contratos celebrados 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 y reproducir las condiciones generales aplicables a la contratación (arts. 10.3 Directiva 2000/31 y 27.4 LSSI), ya que 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).

Si el contrato electrónico no es gratuito, 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 2000/31). 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). El legislador español habrá de modificar la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información para introducir esta exigencia.

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).

- c. **Lengua de la información.** Conforme a la Directiva 2011/83, los Estados miembros podrán mantener o introducir en la normativa nacional requisitos de carácter lingüístico a fin de garantizar que la información precontractual pueda ser comprendida fácilmente por los consumidores (art. 6.7).

2. Confirmación del contrato

La confirmación del contrato **siempre requiere soporte duradero** en un “plazo razonable” desde su celebración y “a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio” (art. 8.7 Directiva 2011/83). 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).

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) que ya está contemplado por la legislación española vigente (arts. 11.1 Directiva 2000/31, 28.1 LSSI y 98.2 TRLGDCU).

3. En resumen, deberes del comerciante on-line en el nuevo contexto normativo

Sería conveniente que el legislador unificara los diversos deberes aplicables a la contratación electrónica procedentes de las diversas Directivas (Directiva 2011/83; Directiva 2000/31 y Directiva 2006/123). 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 propia Directiva 2011. Esto implica que en el nuevo marco normativo, el comerciante por vía electrónica deberá:

- ✓ Poner a disposición del consumidor la información precontractual a la que se refiere el artículo 6 de la Directiva 2011/83,
- ✓ 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 Directiva 2011/83),
- ✓ Acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica (art. 11.1 Directiva 2000/31)
- ✓ 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).

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 Directiva 2011/83).

4. 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 normativa sobre servicios de pago (Directiva 2007/64/CE, Ley 16/2009, RD 712/2010 y Ordenes EHA/1608/2010 y EHA/2899/2011) ya permite cargar al consumidor costes asociados a los medios de pago, siempre que se informe sobre ello y el coste no exceda del importe en el que incurre el comerciante por aceptar tal medio de pago.

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

La entrega de los bienes es una fuente constante de conflictos en los contratos a distancia. 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.

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 adquiere 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. Si 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).

6. Derecho de desistimiento

a. Información y documentación. Ya en la fase precontractual, se ha de facilitar información relativa a la existencia y ejercicio del derecho de desistimiento, incluyendo los costes asumidos por el consumidor (letras h,i,j). Este deber puede cumplirse a través del modelo de documento de información al consumidor sobre el desistimiento, establecido en el anexo I, letra A. Se facilitará en forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizada.

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), el consumidor no deberá abonar los gastos asociados al desistimiento (art. 6.6).

b. Plazo. Una de las principales novedades de la Directiva es la prolongación del plazo de desistimiento de siete a catorce días naturales computados desde la fecha de celebración del contrato de prestación de servicios o suministro de agua, gas o electricidad, calefacción o de contenido digital en soporte no material o desde la recepción del bien, siempre que el consumidor reciba la información y documentación preceptiva (art. 9.2). En caso de incumplimiento de los deberes de información, desde el correcto cumplimiento de tales deberes, con un plazo de prescripción de 12 meses computados desde la fecha de expiración del período de desistimiento inicial (art. 10).

c. Modo de ejercicio, devolución y costes. El consumidor podrá ejercer su derecho de desistimiento mediante el formulario armonizado de desistimiento que figura en anexo I, letra B de la Directiva o a través de cualquier otra declaración inequívoca. Además, el comerciante podrá ofrecer la posibilidad de ejercer tal derecho por vía electrónica, cumplimentando y enviando el formulario armonizado de desistimiento o cualquier otra declaración inequívoca a través de la web del comerciante. En tales casos, el comerciante comunicará sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento (art. 11 Directiva 2011/83).

El consumidor que desiste ha de restituir los bienes al comerciante en el plazo de catorce días y corre con los costes directos de devolución (transporte,

embalaje, etc.), salvo que el comerciante los haya asumido expresamente o no haya informado al consumidor sobre tal obligación. La Directiva exige que estos "gastos sean razonables" (arts. 6.1,j y 14 Directiva 2011/83).

El comerciante deberá reembolsar los pagos recibidos del consumidor por el mismo medio de pago empleado en la contratación y en un plazo máximo de catorce días desde la notificación del desistimiento (art. 13 Directiva 2011/83). 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, que sí prevé el vigente artículo 76 del TRLGDCU. Se reconoce al comerciante el derecho de retención del 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.

El consumidor 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 [art. 6.1, h)].

- d. Desistimiento en los contratos de prestación de servicios.** La Directiva introduce una significativa novedad en relación al derecho de desistimiento en los contratos de prestación de servicios o suministros de agua, gas, electricidad no envasados o calefacción mediante sistemas urbanos celebrados por vía electrónica. A diferencia del régimen

resultante del vigente artículo 102,e del TRLGDCU, el consumidor podrá desistir incluso cuando a petición expresa suya haya comenzado la ejecución del contrato antes del transcurso del plazo de desistimiento (arts. 8.8 y 9.2,c Directiva 2011/83). En este caso, el consumidor abonará el importe proporcional a la parte ya prestada del servicio (art. 14.3 Directiva 2011/83). 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 (art. 14.4,a Directiva 2011/83).

En los contratos de suministro de contenido digital que no se prestan en soporte material (descargas de software, películas, música...), el inicio de la prestación del servicio antes de la finalización del plazo de desistimiento expresamente solicitada por el consumidor supone la pérdida del derecho de desistimiento (art. 16, m). El consumidor no asumirá coste alguno, cuando no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el período de desistimiento; no sea consciente de que, al dar su consentimiento, renuncia al derecho de desistimiento o bien el comerciante no haya facilitado 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 (art. 14.4,b Directiva 2011/83).

- e. Excepciones.** El artículo 16 de la Directiva contempla excepciones al derecho de desistimiento no previstas en el vigente artículo 102 del TRLGDCU (cfr. arts. 16,d,e,f,g,h,k,l).