

LA DIRECTIVA 2011/83/UE: ESQUEMA GENERAL, ÁMBITO DE APLICACIÓN, NIVEL DE ARMONIZACIÓN Y PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS¹

Manuel J. Marín López

Catedrático de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

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.

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

Keywords: 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.

Sumario: 1. OBJETO; 2. FINALIDAD DE LA DIRECTIVA 2011/83/UE; 3. ESQUEMA GENERAL DE LA DIRECTIVA; 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO; 5. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO; 6. CONTRATOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN; 7. MATERIA ARMONIZADA; 8. LA REGLA DE LA ARMONIZACIÓN PLENA; 9. EL PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA.

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 instrucciones, 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 deber 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 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” (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 entiende 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 “consumidores” 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 presenta 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:

- a) 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.
- b) 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.
- c) 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.
- d) 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 entrara en conflicto con alguna disposición de la Directiva 2011/83/UE, prevalecerá la disposición de la Directiva 2011/83/UE.

- e) 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).
- f) 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.
- g) 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.

- h) 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 legislado 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”).
- i) 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.