

INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA DIRECTIVA 2011/83: NOVEDADES, EXIGENCIAS Y CARENCIAS¹

Ana I. Mendoza Losana

Profesora Contrata Doctora de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

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

Palabras clave: contratos, información precontractual, consumidores.

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

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

Keywords: contracts, contractual information, consumers.

Sumario. 1. OBJETO; 2. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL; 2.1. Breve síntesis; 2.2. Medios de comunicación con el comerciante; 2.3. Precios; 2.4. Duración del contrato; 2.5. Coste de la técnica de contratación a distancia utilizada; 2.6. Garantías y servicios postventa; 2.7. Funcionalidad e interoperatividad de contenidos digitales;

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).

3. INTEGRACIÓN CONTRACTUAL DE LA INFORMACIÓN Y PACTO DE LAS PARTE

1. OBJETO

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

2. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

2.1. Breve síntesis

Antes de que el consumidor quede vinculado por la celebración de un contrato ya sea a distancia, fuera del establecimiento o de otro tipo o por la aceptación de una oferta de cualquiera de estos contratos, el comerciante le deberá facilitar, "de forma clara y comprensible" (arts. 5.1, 6.1, 7.1 y 8.1), la información que detallan los artículo 5 y 6 de la Directiva y que resumidamente se refiere a los siguientes extremos: las **características principales de los bienes o servicios**, en la medida adecuada no solo al bien o servicio, sino también al soporte utilizado en la contratación (art. 5,a,g,h y 6.a, r y s); información detallada sobre el **precio** con impuestos incluidos y referencia expresa a gastos asociados (arts. 5,c y 6,e, f, r y s); **identidad del comerciante** (arts. 5,b y 6,b) y formas de ponerse en contacto con él y en su caso, formular reclamaciones (letras c, d, g y t); **procedimientos y fechas de pago y entrega** (art. 5.d y 6.g); información sobre la **garantía y servicios postventa** (arts. 5,e y 6,l,m); **la duración del contrato y condiciones de resolución** (art 5,f y 6,o y p); **depósitos o garantías** financieras exigidas (art. 6, q); información relativa a la existencia y ejercicio del **derecho de desistimiento**, incluyendo los costes asumidos por el consumidor (art. 6, letras h,i,j), si bien este deber de información puede cumplirse proporcionando el formulario de desistimiento previsto en el anexo I, letra A de la Directiva (art. 6.4) y la información sobre la adhesión a **códigos de conducta** (art. 6.n).

Se destacan aquí algunos de estos contenidos bien porque introducen alguna novedad en relación a los deberes preexistentes o bien porque modifican (al alza o a la baja) el nivel de protección de los consumidores.

2.2. Medios de comunicación con el comerciante

Es de especial interés lo dispuesto respecto a los medios de comunicación en los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil. Se exige facilitar información sobre una *dirección geográfica* bien del establecimiento (art. 6,b) o bien de la sede del comerciante que actúa en nombre propio o de aquel por cuenta del que se actúa (art. 6,c), así como del número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico, cuando proceda (art. 6.1,c). Lo que se pretende es que el consumidor pueda ponerse en contacto y comunicarse con el comerciante "de forma rápida y eficaz" (art.

6.1,c). Tratándose de subastas públicas, esta información relativa al comerciante podrá sustituirse por los datos equivalentes relativos al subastador (art. 6.2).

Conforme a la Directiva de servicios, las empresas que ofrezcan bienes o servicios en el mercado, dirigidos o no consumidores finales, han de disponer al menos de tres puntos de contacto: un número de teléfono, una dirección postal, número de fax o dirección de correo electrónico, para facilitar la comunicación rápida y directa (arts. 22.1 y 27). En el mismo sentido, la Directiva de comercio electrónico obliga a facilitar las señas que permitan ponerse en contacto rápidamente con el prestador de servicios y establecer una comunicación directa y efectiva con él, incluyendo su dirección de correo electrónico (art. 5.1,c). Como tiene declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la exigencia de comunicación "rápida y eficaz" obliga al empresario a articular mecanismos de interlocución que faciliten la comunicación tanto con sus clientes como con cualquier eventual destinatario de los bienes o servicios sin intermediarios y de forma que la respuesta no implique un tratamiento diferido de datos transmitidos, sino un tratamiento casi inmediato (STJCE de 16 de octubre de 2008, TJCE 2008,240). En resumen, ya en la información precontractual se han de incluir los datos de los medios de interlocución que permitan esa comunicación rápida y eficaz (ej. número de teléfono) y que no pueden reducirse a medios electrónicos (ej. formulario de contacto electrónico que se responde a través de correo electrónico), pues en ciertas situaciones, en las que el usuario carece de acceso a la red (ej. viaje), no permiten una toma de contacto rápida y una comunicación directa y efectiva.

Las tres Directivas comentadas utilizan indistintamente el término "dirección geográfica" (arts. 5.1,b Directiva 2000/31, 22.1,a Directiva 2006/123, 5.1,b y 6.1,c Directiva 2011/83) o "dirección postal" (art. 27.1 Directiva 2006/123). La Directiva 2011 se refiere a "dirección geográfica". La novedad es casi de matiz y probablemente no ha sido intencionada, pero puede alcanzar cierta relevancia práctica. Y es que en virtud de la prevalencia de la Directiva 2011 sobre la Directiva de servicios y de comercio electrónico (art. 6.8.II), ha de quedar excluida la práctica frecuente consistente en facilitar únicamente un código postal al que dirigir consultas, quejas o reclamaciones. Correlativamente, en el ordenamiento español será preciso modificar los artículos 21.3 del TRLGDCU y 23 de la Ley 17/2009 (Ley Ómnibus) que también se refieren a "dirección postal". No así el artículo 60.1 del TRLGDCU que exige informar antes de la contratación del "domicilio completo" del responsable de la oferta contractual.

No se ha aprovechado la ocasión para atender una pretensión reiterada de los consumidores, como es la gratuidad de los servicios telefónicos de atención al público en general y al cliente en particular. Aunque se advierte que la reivindicación no es totalmente ajena al legislador comunitario (cfr. cdo. 36), nada se estipula respecto al coste del servicio telefónico de atención al público en general (antes de celebrar el contrato) y tímidamente, el artículo 21 encomienda a los Estados velar por que "en caso de que el comerciante opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en

relación al contrato celebrado, el consumidor [...] no esté obligado a pagar más de la tarifa básica". No hay ninguna duda de que queda prohibida la utilización de números de tarificación adicional que incrementan la cuenta de resultados del empresario a cargo de la formulación de consultas, quejas o reclamaciones por los usuarios, pero, ¿qué se entiende por "tarifa básica"?, ¿es el coste de un servicio de llamada local, nacional, internacional o de tarificación especial, como el 902? La Directiva no lo especifica, limitándose a constatar el derecho de los operadores de telecomunicaciones a "cobrar por este tipo de llamadas" (art. 21.II). A pesar de la aspiración de armonización plena (art. 4), tendrán que ser los Estados los que determinen cuál es la tarifa básica o en su caso, exigir un número gratuito para el consumidor. Si la transposición nacional de la norma no concreta este extremo, el comerciante podrá optar por cualquier alternativa, siempre que ello no suponga la eliminación u obstaculización del ejercicio de derechos por los consumidores (arts. 21.1 y 86.1 y 7 TR LGDCU). Y es que esta discrecionalidad podría utilizarse de forma fraudulenta no para obtener ingresos adicionales a cuenta de las reclamaciones y solicitudes de información de los usuarios, -lo que está claramente prohibido- sino para disuadir de la presentación de las mismas, mediante la habilitación de servicios de atención al cliente a través de números de coste prohibitivo (ej. *call center* a través de un número de llamada internacional).

2.3. Precios

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

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

En los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil, el deber de facilitar información precontractual sobre los gastos asociados al medio de pago deriva del artículo 6.1.e que obliga a informar sobre los gastos de

transporte, entrega o postales y "cualquier otro gasto". Correlativamente, si el comerciante no ha cumplido los requisitos de información precontractual, el consumidor no deberá abonar los gastos o tasas asociadas al medio de pago utilizado (art. 6.6).

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

2.4. Duración del contrato

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

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

2.5. Coste de la técnica de contratación a distancia utilizada

En los contratos a distancia, el comerciante debe facilitar información sobre el coste de la técnica de comunicación utilizada para celebrar el contrato pero esto solo se requiere en caso "de que dicho coste se calcule sobre una base diferente a la tarifa básica" (art. 6,f). Se desaprovecha la oportunidad de mejorar el nivel de protección de los consumidores y no se actúa de conformidad con el objetivo perseguido de incentivar la contratación a distancia. Como ya dispone el artículo 97.1,a del TRLGDCU, el comerciante sólo tendrá que informar del precio de la técnica de comunicación a distancia

utilizada si emplea números de tarificación adicional u otros números de tarificación distinta a la básica. De nuevo, se suscita la duda sobre qué es "tarifa básica". Si la norma trata de potenciar la contratación a distancia debería determinar este extremo. ¿Es la "tarifa básica" de una llamada local, provincial, interprovincial o internacional? En cualquier caso, si la tarifa aplicada al medio de comunicación es "la básica" (entiéndase en cualquiera de sus modalidades), el comerciante no tiene el deber de informar. Ni se protege adecuadamente el derecho del usuario a la información, ni se incentiva adecuadamente la contratación a distancia por la inseguridad del usuario y su temor a incurrir en gastos desproporcionados asociados al medio de comunicación a distancia empleado.

2.6. Garantías y servicios postventa

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

2.7. Funcionalidad e interoperatividad de contenidos digitales

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

3. INTEGRACIÓN CONTRACTUAL DE LA INFORMACIÓN Y PACTO DE LAS PARTES

La información precontractual se incorpora al contrato y no puede ser alterada, salvo que ambas partes "dispongan expresamente lo contrario"

(art. 6.5), correspondiendo al comerciante probar el correcto cumplimiento de sus deberes informativos (art. 6.9) y en su caso, el pacto expreso de apartamiento del contenido de la información facilitada antes de la celebración del contrato.

Se ha de destacar que el pacto de las partes sólo puede modificar el contenido de la información (ej. modificación pactada de los precios ofrecidos en la fase precontractual, pacto sobre los procedimientos de entrega), pero en ningún caso puede alterar los deberes de información impuestos al prestador de servicios. A diferencia de otras Directivas (cfr. arts. 10.1 y 11.2 Directiva de comercio electrónico), la Directiva 2011/83 no se pronuncia expresamente en este sentido, pero en virtud de los principios básicos del Derecho de consumo, no se han de admitir pactos modificativos de los deberes de información o confirmación del contrato en los contratos con consumidores.