

¿CÓMO TRANSPONER LA DIRECTIVA DE CONSUMIDORES AL DERECHO ESPAÑOL?¹

Encarna Cordero

Catedrática de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

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

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

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

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

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

SUMARIO: 1. MATERIAS Y DISPOSICIONES AFECTADAS POR LA DIRECTIVA Y OBJETO DE ESTAS PÁGINAS; 2. ¿PUEDE TRASPONER LA DIRECTIVA EL LEGISLADOR AUTONÓMICO? 3. PRIMERA OPCIÓN DE TRASPOSICIÓN: EL VOLCADO DE LA DIRECTIVA EN UNA LEY DE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES; 4. SEGUNDA OPCIÓN: REFORMA DEL TRLCU; 5. TERCERA OPCIÓN DE TRASPOSICIÓN: ELABORACIÓN DE UN CÓDIGO ESTATAL DE CONSUMO; 6. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL; 7. A MODO DE CONCLUSIÓN Y PRONÓSTICO

1. MATERIAS Y DISPOSICIONES AFECTADAS POR LA DIRECTIVA Y OBJETO DE ESTAS PÁGINAS

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

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

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

- El derecho de información de los consumidores en contratos distintos de los contratos a distancia y fuera de establecimiento. Este nuevo régimen de la Directiva afecta de modo inmediato al régimen general de información

precontractual establecido en los artículos 20 y 60 TRLCU, preceptos que no superan los mínimos exigidos en el artículo 5 de la Directiva, pues el TRLCU omite algunas indicaciones que son obligatorias en esta norma [por ejemplo, las contenidas en letras g) y h) del art. 5.1 de la Directiva].

- Régimen de los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento. Esta nueva regulación afecta al ámbito de aplicación del régimen propio de contratos a distancia y fuera de establecimiento, ya que el ámbito de aplicación de la Directiva no coincide con el establecido en el TRLCU para aquellos contratos (comparar arts. 93 y 108 TRLCU con el art. 3.3 de la Directiva), a las obligaciones de información en estos contratos, a los requisitos formales de los mismos y, finalmente, al derecho de desistimiento regulado en la Directiva para estos contratos, que también presenta novedades con respecto al TRCLU.
- La Directiva regula también los efectos que el ejercicio del derecho de desistimiento en un contrato a distancia o fuera de establecimiento ha de tener en los contratos complementarios (art. 15 de la Directiva), efecto que en nuestro Derecho interno sólo estaría ya regulado con respecto a los contratos complementarios de financiación vinculada (art. 77 TRLCU).
- Régimen relativo a la obligación de entregar la cosa vendida, así como el régimen de la acción resolutoria por incumplimiento de esta obligación (art. 18 de la Directiva). Las reglas de la Directiva sólo estarían parcialmente contenidas en el régimen de los contratos a distancia (art. 104 TRLCU).
- Régimen de transmisión del riesgo de los bienes vendidos a los consumidores (art. 20 de la Directiva).
- El régimen sobre los efectos que la falta de consentimiento expreso ha de tener sobre la obligación del consumidor de pagar costes adicionales al precio acordado para la obligación contractual principal del comerciante (art. 22 de la Directiva), así como sobre los suministros no solicitados (art. 27 de la Directiva). Tan sólo esta segunda disposición estaría ya comprendida en el Derecho español en los artículos 62.1 TRLCU y 42 de la LOCM.
- También establece la Directiva la prohibición de cargar a los consumidores tasas por utilización de medios de pago que superen el coste asumido por el comerciante por el uso de tales medios (art. 19 de la Directiva), así como la prohibición de que el consumidor esté obligado a pagar un coste superior al de la tarifa básica cuando se comunique con el empresario en relación con el contrato celebrado (art. 21 de la Directiva).

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

- Promulgar una Ley de Derechos de los Consumidores que no tenga por objeto modificar otras disposiciones (el TRLCU, por ejemplo), sino reproducir

para el Derecho español, como norma independiente, lo establecido en la Directiva.

- La segunda opción consistiría en incorporar la Directiva al TRLCU, modificándolo en aquello que sea incompatible con la nueva regulación e introduciendo las nuevas disposiciones que sean necesarias.
- Más que componer la parcial y parcheada regulación de consumidores contenida en el TRLCU, la tercera opción sería afrontar la elaboración de un cuerpo ordenado de disposiciones estatales sobre consumo, al que llamaremos Código de Consumo.
- Por último, tanto si se opta por la opción segunda, como por la primera, sería posible plantearse la eventual modificación de ciertas normas del régimen general de obligaciones y contratos contenidas en el Código Civil.

2. **¿PUEDE TRASPONER LA DIRECTIVA EL LEGISLADOR AUTONÓMICO?**

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

En las opciones de trasposición regulatoria que exponemos a continuación se expresan únicamente las opciones de trasposición de normas jurídico-privadas. En cualquiera de ellas será posible la concurrencia con normas de

Derecho público de consumo promulgadas por las CCAA sobre los aspectos regulados en la Directiva.

3. PRIMERA OPCIÓN DE TRASPOSICIÓN: EL VOLCADO DE LA DIRECTIVA EN UNA LEY DE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

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

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

4. SEGUNDA OPCIÓN: REFORMA DEL TRLCU

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

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

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

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

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

En cuanto al resto de disposiciones aplicables a cualesquiera contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva (arts. 5, 15, 17 a 22 y 27), el Legislador estatal tendrá que decidir si sólo dispone la aplicación de estas reglas a los contratos incluidos en el art. 3 de la Directiva o si, por el contrario, dispone su aplicación general a cualesquiera contratos de consumo sujetos al TRLCU de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 1 a 7. No vemos razones para no disponer una aplicación generalizada de este nuevo régimen a cualesquiera contratos celebrados con consumidores. La trasposición de estas reglas generales podría realizarse introduciéndolas

entre las disposiciones generales aplicables a los contratos con consumidores y usuarios, en el Libro II del TRLCU, destinado a regular los contratos y las garantías (arts. 59 a 67 del TRLCU).

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

5. TERCERA OPCIÓN DE TRASPOSICIÓN: ELABORACIÓN DE UN CÓDIGO ESTATAL DE CONSUMO

Como correctamente se ha observado (CARRASCO, A.: "La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición", www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/4.pdf), el alcance de la refundición que operó el TRLCU fue en gran parte arbitrario, con un resultado unificador insatisfactorio y que poco facilitó el manejo de las normas aplicables, pues ni siquiera sirvió para compendiar todo el Derecho estatal de consumo. Estos defectos pueden corregirse, y precisamente la regulación general que contiene la Directiva 2011/83, así como el instituto del desistimiento que es transversal a diversos contratos, nos brinda la oportunidad de elaborar un texto ordenado de normas que supere el carácter fragmentario de la refundición actual.

6. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

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

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

7. A MODO DE CONCLUSIÓN Y PRONÓSTICO

Si, como parece la opción más practicable, el Legislador estatal decide trasponer la Directiva mediante una modificación del TRLCU, en la medida en que la Directiva contiene normas aplicables con carácter general a los contratos de consumo (y, por tanto, también a contratos distintos de los

celebrados a distancia y fuera de establecimiento), no bastará con modificar los artículos 93 y 108 TRLCU, sino que será necesario unificar los ámbitos de inclusión-exclusión de todos los regímenes sectoriales de consumo y, en la medida en que éstos no están limitados (tampoco en las correspondientes directivas) en los términos del artículo 4 de la Directiva, de hecho la transposición de la Directiva a través de una modificación del TRLCU sólo puede tener lugar mediante la ampliación del ámbito material de aplicación de la Directiva, incluso a los supuestos contractuales excluidos en su cuarto artículo.