

FORMA CONTRACTUAL Y “DESARMONIZACIÓN” COMUNITARIA

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN

*Catedrática de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 08.06.2010 / Aceptado: 23.06.2010

Resumen: Una de las características del Derecho comunitario es la imposición de numerosas exigencias formales en los contratos celebrados con consumidores. El efecto armonizador obtenido en este ámbito por medio de las Directivas es, sin embargo, bastante escaso, ya que las sanciones previstas para el incumplimiento de estos requisitos de forma son muy diferentes en cada país. Aunque habría sido conveniente una regulación general de la consecuencia aplicable en caso de inobservancia de la forma requerida por las normas comunitarias, ni los ACQP ni el DCFR regulan esta cuestión. Por otra parte, la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores introduce nuevos requisitos formales para el contrato fuera de establecimiento mercantil que merecen ser criticados. Partiendo de esta situación, el objetivo de este trabajo es concretar una regla adecuada para sancionar el incumplimiento de los requisitos formales exigidos en los contratos con consumidores, haciendo una propuesta de armonización.

Palabras clave: Requisitos formales; forma escrita; protección del consumidor; deber contractual de información; incumplimiento de exigencias formales; diversidad de sanciones; derecho de desistimiento

Abstract: The EC consumer contract law establishes numerous provisions relating to form. Nevertheless, in this area the Directives haven't caused a real harmonization. The sanctions established for non-compliance with formal requirements in each State are very different. Although developing a general rule with regard to remedies applicable in case of breach of contract form would have been suitable, neither the ACQP nor the DCFR contain any rule about it. On the other hand, the Proposal for a directive on Consumer Rights introduces new formal requirements regarding to off-premises contracts, which should be criticized. This paper aims to provide a sanction that may be applied in all cases of breach of formal requirements in the attempt of making a proposal for future harmonization.

Key words: Formal requirements, written form, consumer protection; contractual information duty, non-compliance with formal requirements, diversity of sanctions, right to withdrawal

Sumario: I. Introducción. II. La falta de armonización en el ámbito de los requisitos formales exigidos en los contratos con consumidores. III. La finalidad de la forma exigida en las normas comunitarias de protección del consumidor y el concepto de “forma contractual”. IV. El incumplimiento de los requisitos formales exigidos en los contratos celebrados con consumidores: Una propuesta de armonización.

I. Introducción

1. La reciente Decisión de la Comisión, de 26 de abril de 2010, *por la que se crea un Grupo de Expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo*¹ supone

¹ DO, L 105/190 de 27-4-2010

un nuevo impulso a las labores de unificación del Derecho privado en Europa. Aunque ciertamente las instituciones comunitarias parecen haber abandonado la idea de redactar un Código europeo², inclinándose por la elaboración de un cuerpo de principios o reglas comunes carente de efectos vinculantes³, no puede negarse la importancia de la mencionada resolución. Mediante ella se pretende crear un “Grupo de expertos” que asesore a la Comisión en la preparación de una *Propuesta sobre un Marco común de Referencia* para cuya elaboración debe tomarse como base el Proyecto académico de Marco común de referencia (DCFR)⁴ confeccionado, como es sabido, por el *Study Group*. La Propuesta, según se indica en el Considerando 5, debe consistir en “un conjunto no vinculante de principios fundamentales, definiciones y normas modelo que deben ser utilizadas por los legisladores a escala de la Unión *para garantizar mayor coherencia y calidad en el proceso legislativo*”.

2. Con independencia de que la finalidad de esta *Propuesta de Marco Común de Referencia* sea, no solo la revisión de la legislación existente en la Unión, sino también la creación de un instrumento normativo de carácter opcional⁵, la frase subrayada pone de manifiesto que las instituciones europeas son conscientes de la falta de coherencia interna que caracteriza la legislación comunitaria actual. Esta falta de coherencia se ve agravada por el escaso efecto armonizador que cabe predicar de la mayoría de las Directivas comunitarias, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que las mismas, más que un Derecho *uniforme*, han provocado un Derecho *deforme*⁶.

3. De hecho, la insuficiencia de las Directivas como medio para obtener la unificación del Derecho privado en Europa ha sido uno de los principales argumentos empleados por los que han defendido la necesidad de unificarlo por medio de un Código común⁷. La ineficacia de las Directivas para armoni-

² Este fue el propósito inicialmente manifestado por el Parlamento europeo en las Resoluciones de 26 de mayo de 1989 “Sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros” (DOCE 158 de 26-6-89); y 6 de mayo de 1994, sobre “La armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros” (DOCE 205 de 25-7-94).

³ Se plasma esta postura en la Comunicación de 12 de febrero de 2003 de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo: *Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción*, [COM (2003) 68 final], la cual ha dado lugar, como se sabe, a la elaboración del borrador académico de Marco Común de Referencia (Common Reference Frame o CFR) cuya edición completa (6 vols.) fue publicada en 2009 (en la ed. Sellier).

Dicha Comunicación tiene su antecedente en la *Comunicación de 11 de julio de 2001 sobre Derecho contractual europeo* [COM (2001) 398 final] que planteaba distintas vías de acción en relación con el Derecho contractual europeo: a) la no actuación de la Comunidad; b) fomentar la elaboración de principios comunes no vinculantes dirigidos a facilitar la aproximación de los ordenamientos jurídicos; c) mejorar la legislación existente; d) elaborar un cuerpo de normas completas a nivel comunitario. Con base en las reacciones suscitadas por dicha Comunicación se opta, en la de 2003, por las alternativas segunda y tercera. Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho Privado o un Código Civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquívono) desenlace”, en *Derecho Privado europeo*, Madrid, 2003, pp. 60, 61; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: *Soft Law versus Hard Law* o *Comisión contra Parlamento*”, en *Derecho Privado europeo: Estado actual y Perspectivas de futuro. Jornadas en la UAM*, Pamplona, 2008, p. 389; E. ARROYO AMAYUELAS/A. VAQUER ALOY, “Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo”, *La Ley*, 2002-2. D-50, pp. 1789, 1790.

⁴ Así lo indican tanto el Considerando 8 como el art. 2 de la referida Decisión, que establece que será función del Grupo “Seleccionar las partes del proyecto de marco común de referencia que sean pertinentes, directa o indirectamente, para el Derecho contractual”, y “reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados del proyecto de marco común de referencia, teniendo también en cuenta otros trabajos de investigación realizados en este ámbito, así como el acervo de la Unión”.

⁵ Así parece desprenderse del Considerando 6, que alude a la Comunicación “*Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*” en cuya virtud debe avanzarse “hacia una legislación europea sobre contratos que sería opcional”.

Se acepta, en este sentido, la propuesta de la doctrina, que ha venido abogando por la configuración del CFR como instrumento opcional, al que los contratantes puedan someterse voluntariamente. Vid. entre otros, A. VAQUER ALOY, “El Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo: Problemática, Propuestas y Directivas*, Barcelona, 2009, pp. 244, 262; S. SÁNCHEZ LORENZO, p. 390; F.J. INFANTE RUIZ, “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo”, *InDret*, 2/2008, pp. 30 y ss. Insiste en particular en esta cuestión S. LEIBLE, “¿Qué hacemos con Marco Común de Referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional”, en *Derecho privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro*, cit. pp. 233 y ss., que plantea la posibilidad de que las partes puedan elegir el CFR como derecho aplicable incluso cuando se trata de contratos puramente internos (p. 241), y no sólo cuando se trata de contratos celebrados entre empresarios sino también cuando se trata de contratos entre empresarios y consumidores y contratos entre particulares (pp. 243, 244).

⁶ S. SÁNCHEZ LORENZO, ob. cit., p. 400

⁷ Por todos, vid. S. CÁMARA LAPUENTE, ob. cit., p. 69; L. Díez-PICAZO/E. ROCA TRÍAS/A.M. MORALES, *Los principios del Derecho europeo de Contratos*, Madrid, 2002, pp. 99, 100, 110.

zar adecuadamente los Derechos internos se debe, entre otros factores, a su carácter de normas de mínimos, su carácter fragmentario y parcial y a las frecuentes contradicciones existentes entre ellas⁸. Ante tal situación, el legislador comunitario ha dictado últimamente Directivas que pretenden la “armonización total”⁹, aunque admiten excepciones –así la Directiva 2008/48 relativa a los contratos de crédito al consumo¹⁰ y la Directiva 2008/122 sobre determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio¹¹– sustituyéndose, en la Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores [COM (2008) 614 final], el principio de armonización mínima por el de plena armonización¹².

4. En cualquier caso, y aunque el principio de plena armonización del que parte la mencionada Propuesta de Directiva no está exento de críticas¹³, conviene hacer notar que un claro ejemplo de “desarmonización” se aprecia en el ámbito de los requisitos formales exigidos en los contratos celebrados con consumidores. Las normas comunitarias dirigidas a la protección de consumidores se caracterizan por la imposición de numerosas exigencias formales, lo que ha dado lugar a que se hable de un cierto “renacimiento o retorno al formalismo”¹⁴. Pero, si se analizan los requisitos formales impuestos en algunos

⁸ S. CÁMARA LAPUENTE, ob. cit., pp. 54, 55.

⁹ Respecto de la expresión utilizada, señala L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “La nueva Directiva sobre el crédito al consumo o el decreto encanto de una armonización total (con muchas excepciones)”, *ReDeco*, nº 20, 2009, pp. 25, 26 que, si bien existe cierto consenso para calificar de *armonización mínima* la que permite a los Estados miembros mantener o promulgar disposiciones más estrictas o que supongan un mayor nivel de protección, la terminología usada para designar la que no lo permite es menos unánime. En su opinión la expresión preferible es “armonización total” o “plena”, aunque, en el caso de la Directiva de crédito al consumo, la califica como “*armonización total con excepciones*”.

¹⁰ De acuerdo con el Considerando 9 “Una armonización total es necesaria para garantizar que todos los consumidores de la Comunidad se beneficien en un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para crear un auténtico mercado interior. En este sentido, Los Estados miembros no deben poder mantener o introducir disposiciones nacionales distintas a las previstas por la presente Directiva, pero *tal restricción solo debe aplicarse cuando en la Directiva haya disposiciones armonizadas...*”.

¹¹ Según el Considerando 3, “...es preciso armonizar totalmente determinados aspectos de la comercialización, venta y reventa de los productos vacacionales de larga duración y de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, así como el intercambio de estos últimos: No se debe permitir que los Estados miembros mantengan o introduzcan en su Derecho interno disposiciones divergentes de las que recoge la presente Directiva. *En los casos en que no existan dichas disposiciones armonizadas*, los Estados miembros deben tener libertad para mantener o introducir normas de Derecho interno acordes con el Derecho comunitario...”.

¹² Vid. Considerandos 4 a 8.

¹³ En la Propuesta se justifica el enfoque de armonización plena en ella adoptado con base en que el principio de armonización mínima es la razón del insuficiente comercio transfronterizo entre los países de la Unión. Se aduce que la existencia de regulaciones todavía diferentes provoca costes de transacción y una escasa confianza del consumidor en que el nivel de protección que puede obtener en otro país sea tan alto como en el suyo propio.

La doctrina observa, sin embargo, que es dudoso que la plena armonización vaya a incrementar el tráfico comercial pues se trata ésta de una afirmación que no ha sido contrastada. Además los presuntos costes de transacción a que alude la Propuesta no han sido nunca calculados; tampoco existe ninguna evidencia respecto del argumento relativo a la confianza del consumidor, que, por otra parte, no tiene en cuenta que, según el Reglamento Roma I, cuando el denominado “consumidor pasivo” contrata con un comerciante extranjero es aplicable la legislación del Estado en que está domiciliado. Afirmar que la decisión de comprar productos extranjeros viene determinada por la ley aplicable, es, por lo demás, cuestionable, ya que no siempre los consumidores son conscientes de sus derechos. Se concluye, en síntesis, que no es la existencia de legislación divergente lo que dificulta el comercio transnacional, sino otros factores no tenidos en cuenta por el legislador comunitario, como las diferencias lingüísticas, los hábitos de consumo, los mayores costes de transporte, la dificultad de acceder a un servicio postventa posterior, o las mayores dificultades a la hora de presentar reclamaciones o devolver el producto adquirido en otro estado miembro. Vid. P. ROTT /E. TERRY, “The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No single Set of Rules”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2009-3, pp. 459-462; H. MICKLITZ/N. REICH, “Crónica de una muerte anunciada: The comisión proposal for a Directive on Consumer Rights”, *Common Market Law Review*, 2009, nº 46, pp. 474-478.

Por otra parte, dado que la Propuesta incide en cuestiones centrales del derecho contractual –e incluso afecta a la transferencia del derecho de propiedad– se advierte que puede ser particularmente complicado insertar las reglas de ella derivadas en los sistemas jurídicos de los distintos países miembros. G. HOWELLS/R. SCHULZE, “Overview of the Proposed Consumer Rights Directive”, en *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier, 2009, p. 7. Asimismo P. ROTT/E. TERRY, ob. cit., p. 463; M. EBERS, “De la armonización mínima a la armonización plena”, (trad. por E. ARROYO AMAYUELAS), *InDret*, 2/2010, pp. 12 y 13, quienes señalan además que la Propuesta de Directiva, no solo no mejora la protección otorgada al consumidor en algunos países europeos, sino que en algunos casos la empeora, al tiempo que advierten sobre las dificultades que tendrán los Estados miembros a la hora de modificar la regulación para adaptarla a las cambiantes circunstancias.

¹⁴ En España utilizan esta o similar expresión, por ejemplo: G. GARCÍA CANTERO, “Integración del Derecho de consumo en

países comunitarios –concretamente España, Francia, Italia y Alemania– en aplicación de ciertas Directivas –Compraventa fuera de establecimiento mercantil, Viajes combinados, Crédito al consumo y Aprovechamiento por turno¹⁵– se comprueba que las regulaciones internas dictadas en transposición de dichas Directivas son notablemente diversas, lo que pone de manifiesto la escasa armonización a la que antes se ha hecho referencia. A continuación se expone una breve síntesis de la normativa aplicable en cada uno de los países expresados que refleja claramente la heterogeneidad de las soluciones adoptadas¹⁶.

II. La falta de armonización en el ámbito de los requisitos formales exigidos en los contratos con consumidores

5. La diversidad de regulaciones que, en el campo de la forma contractual, han originado las Directivas examinadas se concreta en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, las exigencias formales impuestas en las normas comunitarias no han sido siempre interpretadas de la misma manera por el legislador interno:

- Así por ejemplo, si la *Directiva 85/77 sobre venta fuera de establecimiento mercantil* dispone en su art. 4 que el comerciante está obligado a informar por escrito al consumidor sobre su derecho de desistimiento¹⁷, tal disposición ha llevado a España¹⁸ y a Francia¹⁹ a imponer la obligación de redactar el contrato por escrito, mientras que en Italia y en Alemania sólo se obliga al empresario a informar por escrito al consumidor de la existencia del mencionado derecho de desistimiento²⁰.

- El art. 4 de la *Directiva 87/102 de crédito al consumo* (sustituida por la Directiva 2008/48²¹) exigía que los contratos de crédito se hicieran por escrito. En aplicación de dicha norma comunitaria, se estableció, en España, Italia y Alemania, que los contratos de crédito al consumo deben redactarse por escrito²². En Francia, en cambio, sólo se exige que se redacte por escrito la *oferta*, que es vinculante

el Derecho de obligaciones” *RJN*, 1992, p. 50; R. CASAS VALLÉS, “Defensa de los consumidores y Derecho civil”, *RJC*, 1992, p. 100; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Transcendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones”, *ADC*, 1994-I, pp. 82, 83; T. ECHEVARRÍA DE RADA, “El formalismo como característica del derecho del consumo”, *BIMJ*, 2000, n° 1863, p. 619.

¹⁵ Las Directivas señaladas son, más exactamente, las siguientes: Directiva 85/77 sobre contratos negociados fuera de establecimiento mercantil; Directiva 90/314 sobre viajes combinados; Directiva 87/102 sobre crédito al consumo y Directiva 94/47 sobre contratos de adquisición de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Las dos últimas Directivas han quedado sustituidas por la Directiva de crédito al Consumo 2008/48 y la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, adquisición de productos vacacionales de larga duración, reventa e intercambio. No obstante, los ordenamientos examinados (salvo por lo que respecta a Alemania, donde y ya se ha transpuesto la Directiva 2008/48, y a Francia, que ha realizado la transposición de la Directiva 2008/122) tomaron como punto de partida para establecer la regulación vigente las anteriores Directivas.

¹⁶ Para un análisis más detenido de las prescripciones formales establecidas en los países mencionados en aplicación de las citadas Directivas, puede verse M.J. SANTOS MORÓN, “La exigencia de forma en los contratos con consumidores. Una propuesta de *lege ferenda*”, *R.D.Patrimonial*, 2009-2, pp. 231 y ss.

¹⁷ En la traducción española de la Directiva se habla de “derecho a rescindir el contrato”. No obstante, en la Ley 26/91 se empleó el término “desistimiento”, expresión ésta que es la utilizada con carácter general en el nuevo Texto Refundido de la Ley de Consumidores (RDL 1/2007 de 16 de noviembre). El citado derecho de desistimiento equivale al denominado, en Alemania “derecho de revocación” (*Widerrufsrecht*), en Francia “renuncia” (*renonciation*) y en Italia “receso” (*recesso*).

¹⁸ Según el art. 111 TRLC, que viene a reproducir lo establecido en el anterior art. 3 Ley 26/91, este contrato debe redactarse por escrito, debiendo entregarse un ejemplar al consumidor. En el documento contractual debe informarse al consumidor sobre la existencia del derecho de desistimiento.

¹⁹ Según el art. L. 121-23 del *Code de la Consommation* el contrato de “demarchage a domicile” debe ser redactado por escrito, incluyendo ciertas menciones preceptivas entre las que se encuentra la relativa al derecho de desistimiento. Además debe entregarse al consumidor un ejemplar del contrato.

²⁰ Art. 47.1 del *Codice del Consumo* y § 355.2 S. 1 BGB. Este último precepto aclara que el empresario debe informar al consumidor en “forma de texto” (*Textform*). Sobre el concepto de “forma de texto” (§ 126 b BGB) que debe diferenciarse del concepto de “forma escrita” (*Schriftform*, § 126 GBG), se hablará más adelante (vid. epígrafe tercero)

²¹ Esta Directiva ha sido ya transpuesta al Derecho alemán mediante la Ley de 29 de julio 2009, que abarca también los “aspectos civiles” de la Directiva de servicios de pago: *Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht*. Puede consultarse en <http://www.bmj.bund.de/enid/Verbraucherschutz>.

²² El art. 6.1 de la Ley española de crédito al consumo (Ley 7/95) exige que el contrato conste por escrito, con un contenido obligatorio preceptivo, debiendo entregarse al consumidor un ejemplar del mismo. Una regla similar establece en Italia el art.

durante 15 días y ha de entregarse al consumidor en doble ejemplar²³.

- Por lo que respecta al contrato de *viajes combinados*, el art. 4.2.b) de la Directiva 90/314, dispone que “todas las cláusulas del contrato se enunciarán por escrito o en cualquier otra forma comprensible y accesible al consumidor y deberán serle comunicadas previamente a la celebración del contrato; el consumidor recibirá una copia”. La ley alemana exige solamente, de acuerdo con el precepto citado, que se entregue al consumidor un documento (“Urkunde”) en el que se enuncien las condiciones contractuales (“Reisebestätigung”) (§ 651 a BGB)²⁴. Sin embargo en España (art. 145 TRLC, que reproduce el anterior art. 4.1 LVC), Francia (art. 17 ley 13 julio 1992) e Italia (art. 85 C. consumo) se ha considerado necesario imponer la obligación de redactar el contrato por escrito, debiendo entregarse al consumidor una copia del mismo.

- La regulación más uniforme es, quizás, la dictada en aplicación de la *Directiva 94/47 sobre contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno* (derogada por la nueva Directiva 2008/122). En Italia, Alemania y España se exige que este tipo de contrato se redacte por escrito, incluyendo un contenido preceptivo mínimo²⁵. En Francia, donde ya se ha transpuesto la Directiva 2008/122, se exigía igualmente la forma escrita pero presuponiéndose la emisión separada de la oferta y la aceptación²⁶. En la actualidad, el nuevo art. L.121-66 *Code de la Consommation*, exige que el profesional entregue al consumidor un ejemplar del contrato escrito²⁷.

6. En segundo lugar, las sanciones previstas para el incumplimiento de requisitos de forma derivados de una misma Directiva varían de un país a otro. La razón de esta diversidad no es la diferente interpretación de las Directivas realizadas por cada Estado sino la falta de regulación, en las normas comunitarias, de las consecuencias de la inobservancia de los requisitos formales en ellas exigidas²⁸. El

117. D. leg. 385/93.

En cuanto al Derecho alemán, hasta la reciente reforma del BGB llevada a cabo por la mencionada Ley de 29 de julio de 2009, el § 492.1 BGB exigía que el contrato se celebrara por escrito, aunque permitía la emisión separada de la oferta y la aceptación, debiendo estar firmada únicamente la aceptación del prestatario (§ 492.1 S.3). Quedaba excluida, sin embargo, la conclusión electrónica del contrato (§ 492.1, S.2) En el inciso quinto del citado § 492.1 se enunciaba la información obligatoria que debía incluir el contrato. Por último el § 492.3 disponía que prestamista debía entregar al prestatario una copia del contrato.

La versión actual del § 492.1 BGB, tras las modificaciones llevadas a cabo por la citada ley de trasposición de la Directiva 2008/48, no difiere mucho de la anterior. Se ha suprimido la prohibición de concluir electrónicamente el contrato, así como el inciso quinto del § 492.1, pero, por lo demás, la regulación vigente es igual a la anterior. El señalado inciso quinto (ahora suprimido) enunciaba las menciones informativas que debían hacerse constar el contrato. En lugar de este último inciso se ha incluido un apartado (§ 492.2) en el que se dice que el contrato debe contener las menciones expresadas en el art. 247§§ 6 bis 13 de la denominada *Einführungsgesetz* –que podría traducirse como “Ley de Introducción al BGB”–. Por otra parte, el nuevo § 492.3 reitera la obligación de poner a disposición del prestatario una copia (*Abschrift*) del contrato.

²³ Así lo establece el art. 311-8 del *Code de la Consommation*. En dicha oferta debe incluirse la información especificada en el art. 311-10 *Code de la Consommation*. La aceptación de la oferta no está sujeta a ninguna forma específica.

²⁴ Conviene señalar que el contrato (entendiendo por tal las declaraciones de voluntad de las partes) no está sujeto a una forma específica. La reserva puede realizarla el consumidor de cualquier modo, y lo mismo ocurre con la aceptación por parte del organizador. Sobre ello vid. J. ECKERT, § 651 a, Rn 72, en *Staudingers Kommentar*, t. II, Berlín, 2003; H. MICKLITZ, “Reiserecht”, en N. REICH/H. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 4ª ed., Baden-Baden, 2003, p. 684. En relación con ello, hay que advertir que en el Derecho alemán se entiende que la oferta de viaje consiste en la reserva del cliente, quedando perfeccionado el contrato cuando el organizador la acepta. Por todos, K. TONNER, § 651 a Rn 64, en *Münchener Kommentar*, t. 4, 4ª ed., München, 2005). Lo que exige el Código alemán es que se proporcione al consumidor la información contractual preceptiva en “forma de texto” (*Textform*), lo que significa que dicha información no tiene que constar necesariamente en papel, basta con que quede plasmada en un “soporte duradero” como puede ser un CD-ROM (sobre el concepto y significado de la denominada *Textform* vid. infra, epígrafe III).

²⁵ Vid. art. 9.1 Ley 14/98 sobre derechos de aprovechamiento por turno; art. 71 *Codice di consumo*; § 484.1 BGB.

²⁶ De acuerdo con la versión anterior del art. L. 121-61 C. *Consommation* “la oferta de contrato se establece por escrito”. Dicha oferta debía incluir todas las menciones informativas establecidas en la ley y debe ser firmada por el profesional. Éste debía entregar o enviar al consumidor la oferta en dos ejemplares, y éste último debía devolverla firmada (arts. L. 121-63 y L. 121-64).

²⁷ El art. L. 121-61 C. *Consommation* –modificado por la Loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 (puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr>)– dispone que “El profesional debe entregar al consumidor un contrato escrito en soporte papel o en otro soporte duradero. Debe estar redactado, a elección del consumidor, en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en el que resida o de su nacionalidad, siempre que se trate de un alengua oficial de la Comunidad europea...”.

²⁸ Así lo pone de relieve E. ARROYO AMAYUELAS, “Qué es forma en el Derecho contractual comunitario de consumo”, *ADC*, 2008-II, p. 537, quien señala que es difícil “encontrar en el *acquis* suficientes evidencias que permitan a los Estados miembros introducir mecanismos coherentes de sanciones”.

silencio del legislador comunitario sobre esta cuestión ha ocasionado, de un lado, que cada país prevea distintas sanciones para la falta de forma derivada de una misma Directiva y, de otro, que las sanciones previstas para el incumplimiento de la exigencia de forma establecida en los contratos celebrados con consumidores varíen en función del tipo de contrato de que se trate:

- Así, por ejemplo, si en Francia se entiende que la falta de forma escrita en el *contrato fuera de establecimiento mercantil* –al igual que la omisión de las menciones informativas obligatorias en el contrato escrito– determina la nulidad del convenio²⁹, en España la sanción legalmente prevista para la falta de forma es la anulabilidad (art. 112 TRLC, similar al anterior art.3 Ley 26/91)³⁰

- En relación con el contrato de crédito al consumo, que debe constar por escrito, como se ha dicho antes, tanto en España, Italia como en Alemania, la falta de forma determina en España la nulidad absoluta³¹ en Italia su nulidad relativa³², y en Alemania (donde la regulación ha permanecido en este punto inalterada tras la transposición de la Directiva 2008/48), también la nulidad (§ 494.1 BGB)³³, pero con posibilidad de subsanación por medio de la entrega del préstamo al prestatario (§ 494.2)³⁴.

- Respecto del contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno, que en todos los países aludidos debe redactarse por escrito, la inobservancia de dicha forma da lugar a la nulidad en Italia (art. 71.1 *Codice del Consumo*) y Alemania³⁵. Esta era también la sanción establecida en Francia antes de la transposición de la Directiva 2008/122³⁶. En España en cambio, la LDAT no prevé ninguna sanción, si bien, suele considerarse, por aplicación *a fortiori* del art. 10.2 de la Ley 42/93, que el incumplimiento de la forma escrita determina la posibilidad de resolver el contrato en el plazo de 3 meses desde su firma³⁷.

- Por último y en relación con el contrato de viajes combinados, la particularidad reside en que en ninguno de los ordenamientos examinados se prevé consecuencia alguna para el supuesto en que el contrato no se redacta por escrito³⁸.

²⁹ Según el art. L.121-23 *C. Consommation* la omisión de las menciones informativas preceptivas determina la nulidad del contrato, entendiendo la doctrina que la falta de forma escrita (que conlleva un total incumplimiento de las obligaciones de información establecidas) acarrea igualmente la nulidad. P. MALAURIE/L. AYNES, *Cours de Droit civil*, t.VI, *Les obligations*, vol. 2º, 11ª ed., 2001, p. 210; C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. III, 5ª ed., 2003, p. 517; J. FLOUR/J.L. AUBERT/F. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, vol. 1º, 12ª ed., París 2006, p. 253.

³⁰ Recuérdese que en Italia y Alemania, no se exige que el contrato se redacte por escrito, siendo suficiente que se informe por escrito al consumidor de la existencia del derecho de desistimiento. El incumplimiento de esta obligación trae consigo, en Italia, la ampliación del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento que pasa de ser, de 10 días, a 60 (art. 65 *Codice del Consumo*). En Alemania la consecuencia aplicable es la ampliación indefinida del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, ya que no comienza a correr hasta que no se cumpla tal obligación (§ 355.2 S.1 BGB).

³¹ Esta es la consecuencia establecida en el art. 7 de la Ley 7/95 de crédito al consumo, aunque algunos autores prescinden del tenor legal y tienden a realizar una interpretación correctora del precepto a fin de paliar los posibles efectos perjudiciales para el consumidor. Vid. M.J. SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 240.

³² Art. 117,3 en relación con el art. 127.2 (“La nulidad prevista en el presente título puede ser hecha valer sólo por el cliente”) del D.leg. 385/93 (al cual se remite el *Codice del Consumo*).

³³ La versión actual de este precepto –que como se dijo fue modificado por la Ley de 20-7-09 dirigida a la transposición de la nueva Directiva de crédito al consumo– establece, al igual que la anterior, que, tanto la no documentación del contrato por escrito como la no inclusión en el mismo de las menciones obligatorias preceptivas, ocasionan la nulidad del negocio.

³⁴ La regla señalada no ha sido modificada, tras la Directiva 2008/48, por la Ley de 20-7-09.

³⁵ Aunque el § 484 BGB, según el cual el contrato de “vivienda en tiempo compartido” precisa la forma escrita, no prevé ninguna sanción para la falta de forma, la inobservancia de la misma determina, por aplicación del § 125 BGB (que regula con carácter general la “forma escrita” o *Schriftform*) la nulidad del contrato, sin que exista en este supuesto, a diferencia de lo que sucede con el crédito al consumo, la posibilidad de subsanación (*Heilung*).

³⁶ El art. 121-76 del *Code de la Consommation*, disponible, en su versión anterior, que la no emisión por escrito de la oferta, la omisión de alguna de las menciones obligatorias, o el incumplimiento de las condiciones de aceptación de la oferta (v. gr. firma y mención manuscrita de la fecha y el lugar por parte del consumidor) ocasionaban la nulidad del contrato.

El nuevo art. 121-76 *C. Consommation*, modificado por la mencionada Ley nº 2009-288 de 22-7-09, tiene ahora un contenido absolutamente diverso, pues se refiere a los contratos de productos vacacionales de larga duración. Las consecuencias del incumplimiento, por parte del empresario, de la obligación de entregar un ejemplar del contrato escrito al consumidor (art. L 121-66 en su versión actual) han quedado sin regulación.

³⁷ En realidad esta consecuencia está prevista para el supuesto en que el contrato no contiene la información preceptiva, pero si éste no se redacta por escrito es evidente que se da esta situación, por lo que cabe aplicar igual consecuencia. Vid. M.J. SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 241, texto y nota 109.

³⁸ Tampoco en el BGB se expresa la consecuencia aplicable en el supuesto en que la agencia de viajes no entrega al consu-

7. Como puede apreciarse, las sanciones previstas para el incumplimiento de las exigencias formales derivadas de las Directivas examinadas presentan una considerable falta de coherencia, lo cual resulta, en mi opinión, claramente criticable. Como ahora se verá, la finalidad perseguida por las normas comunitarias que imponen requisitos formales es proteger al consumidor proporcionándole una adecuada información acerca del contenido del contrato que suscribe. Siendo esto así, carece de justificación que la sanción prevista para la falta de forma sea diferente dependiendo del tipo de contrato de que se trate³⁹. Pero más injustificado, si cabe, resulta que la falta de forma de *un mismo contrato* merezca sanciones diferentes en cada Estado miembro. No tiene ningún sentido que en un país un contrato sea nulo cuando carece de forma escrita, pero en otro sea válido y, por ejemplo, susceptible de resolución⁴⁰, cuando la exigencia de forma deriva de la misma Directiva⁴¹. Y, conviene poner de relieve que esta situación no parece que conduzca a un satisfactorio nivel de protección del consumidor en el seno del mercado interno⁴². De ahí que se observe que el legislador comunitario debería pronunciarse sobre las consecuencias aplicables en caso de inobservancia de la forma exigida⁴³.

8. Pese a lo dicho, las nuevas Directivas sobre crédito al consumo (Dir. 2008/48) y sobre contratos de aprovechamiento por turno, adquisición de productos vacacionales de larga duración, reventa e intercambio (Dir. 2008/122) omiten referirse expresamente a las consecuencias del incumplimiento de la exigencia de forma en ellas establecida⁴⁴, lo que ha permitido, por ejemplo al legislador alemán, llevar a cabo la transposición de la primera de ellas (Ley 29-7-09, anteriormente citada), manteniendo incólume la sanción de nulidad anteriormente prevista para la falta de forma escrita del contrato de crédito al consumo (§ 492 BGB)⁴⁵, al tiempo que en Francia se ha realizado la transposición de la Directiva 2009/122, dejándose sin regular las consecuencias de la infracción de los requisitos de forma en ella establecida⁴⁶.

9. Tampoco se ha corregido la situación descrita en los trabajos de armonización del Derecho comunitario realizados por el *Acquis Group*. Los “Principios del Derecho contractual comunitario” (ACQP) se limitan a consagrar el principio de libertad de forma⁴⁷ a pesar de que, como sabemos, en las normas comunitarias existen numerosas excepciones a dicho principio. De acuerdo con tal premisa, omiten toda referencia a las consecuencias de la infracción de requisitos formales en el supuesto en que vengan establecidos.

midor el documento con las condiciones contractuales (*Reisebestätigung*).

³⁹ Por ejemplo en España la falta de forma escrita se sanciona con la anulabilidad en el contrato de venta fuera de establecimiento mercantil, con la nulidad en el de crédito al consumo, siendo posible la resolución en el de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno. Para la hipótesis de no documentación del contrato de viajes combinados no se prevé consecuencia alguna.

⁴⁰ Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso del contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno. La falta de forma escrita determina su nulidad en Francia, Italia y Alemania. En España, sin embargo, como se ha visto, se entiende que la consecuencia es la posibilidad de resolución en el plazo de 3 meses.

⁴¹ En este sentido P. BYDLINSKI, “Formgebote für Rechtsgeschäfte und die folgen ihrer Verletzung”, en R. SCHULZE/M. EBERS/H.C. GRIGOLEIT, *Informationspflichten und Vertragschluss im Acquis communautaire* Tübingen, 2003, p. 146.

⁴² Así lo pone de relieve E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, París, 2006, pp. 108, 113.

⁴³ P. BYDLINSKI, ob. cit., p. 152.

⁴⁴ La Directiva 2008/48 dispone en su art. 10 que “Los contratos de crédito se establecerán en papel o en otro soporte duradero. Todas las partes contratantes recibirán un ejemplar del contrato de crédito. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier norma nacional relativa a la validez de la celebración de contratos de crédito que sean conformes con el Derecho comunitario”.

La Directiva 2008/122 establece, por su parte, en el art. 5 que “los Estados miembros velarán por que el contrato se extienda por escrito, en papel o en otro soporte duradero, y se redacte en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el consumidor, o del que este sea nacional, a elección del consumidor, siempre que se trate de una lengua oficial de la Comunidad [...]”.

⁴⁵ De hecho el art. 10.1 de la Directiva 2008/48, tras exigir que el contrato se establezca “en papel o en otro soporte duradero” debiendo recibir una copia “todas las partes contratantes”, añade que dicho artículo “se entenderá *sin perjuicio de cualquier norma nacional relativa a la validez de la celebración de contratos de crédito* que sean conformes con el Derecho comunitario”.

⁴⁶ Vid. lo indicado en nota 36.

⁴⁷ Art. 1: 303: “Salvo que se disponga de otro modo, no es preciso observar forma alguna en el tráfico jurídico”. Se transcribe la traducción española realizada por E. ARROYO AMAYUELAS (“Los principios de Derecho contractual comunitario”, *ADC*, 2008-I, p. 222).

Los Principios reconocen, sin embargo, la existencia de numerosas prescripciones formales en el *Acquis*, pero las toman en consideración, solamente, a fin de establecer una serie de reglas supuestamente dirigidas a sistematizar la terminología empleada por las distintas Directivas. Se establecen así en los arts. 1:304 a 1:306 distintos “niveles” formales (que serían, de menor a mayor, “forma textual” o “de texto”; “soporte duradero”; “por escrito” y “firma”⁴⁸) sobre los que se volverá en un momento posterior (*infra* epígrafe III)

10. Por lo que respecta al borrador académico de Marco Común de Referencia (DCFR), en él se consagra, igualmente, el principio de libertad de forma (art. 1:106, libro II,⁴⁹ si bien, en las reglas generales del libro I, se incluye un artículo dirigido a aclarar el significado de la expresión “por escrito”, que presenta ciertas divergencias respecto del que se le atribuye en los ACQP⁵⁰.

11. Por último hay que aludir a la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores de 2008, que, como se sabe, revisa cuatro Directivas⁵¹, adoptando un enfoque de armonización plena. Pues bien, esta Propuesta, que parece haberse elaborado al margen de los mencionados trabajos de armonización del Derecho privado europeo⁵², no sólo no contiene reglas que mejoren la asistemática

⁴⁸ En los “Principios del Derecho contractual comunitario” se propone utilizar la expresión “*forma textual*” o “*de texto*” (“Textual form”) (art. 1:304) para aludir a los supuestos en que basta con expresar una declaración o información “en signos alfabéticos o cualquier otro signo inteligible” en cualquier soporte que permita su reproducción material (por ejemplo una página web que permita su descarga). La denominada “forma de texto” no requiere que la información esté disponible siempre de forma permanente e inalterada.

La inalterabilidad de la información supone un “nivel” añadido. Para este segundo nivel se propone la expresión “*soporte duradero*” (art. 1:305), definido como “cualquier instrumento que permita a su destinatario almacenar información para su consulta en cualquier momento a lo largo de un periodo de tiempo adecuado a la finalidad que persiga la información y que consienta la reproducción inalterada de tal información” –por ej. un CD– (E. ARROYO/B. PASA/A. VAQUER, “Comentario a los arts. 1:303 a 1:306”, en *Principles of the Existing EC Contract Law*, ed. Sellier, 2007, pp. 46, 48, 41).

El tercer nivel sería el resultante de exigir que una declaración se plasme “por escrito”. Se propone que se restrinja la expresión “por escrito” (“in writing”) al supuesto en que una declaración “es directamente legible”, lo que significa que ha de plasmarse en papel. Así E. ARROYO/B. PASA/A. VAQUER, *ob. cit.* pp. 46, 55, 56

La exigencia de firma –que debería imponerse expresamente– sería el último nivel “formal” (E. ARROYO/B. PASA/A. VAQUER, *ob. cit.*, p. 55).

Sobre todo ello vid. también E. ARROYO AMAYUELAS, “La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario” en *Derecho privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la UAM*, Pamplona, 2008, pp. 107-112.

⁴⁹ Este precepto (que equivale al art. 1.107 de la edición provisional del DCFR publicada en 2008) dispone en su apartado primero: “Un contrato u otro acto jurídico no tiene que ser concluido, realizado o manifestado por escrito ni está sujeto a ninguna otra exigencia de forma”.

El apartado segundo del citado art. 1:106 está destinado a regular, para el supuesto en que un contrato resulte ser inválido por incumplir un particular requisito de forma, cuándo la parte que confió en la validez del contrato puede exigir responsabilidad al otro contratante.

⁵⁰ Según el art. 1:106 “una declaración es *por escrito* si se encuentra en *forma de texto*, y en caracteres que son directamente legibles a partir del papel o de otro soporte material duradero”

El concepto de “forma textual” o “de texto” (*Textual form*) es equivalente al utilizado en los ACQP. De acuerdo con el apartado 2º del artículo citado “forma textual” significa “un texto que es expresado en caracteres alfabéticos o cualesquiera otros inteligibles por medio de cualquier soporte que permita la lectura, la grabación de la información contenida en el texto y su reproducción en forma tangible”.

La noción de “soporte duradero” (*durable médium*) viene definida como “cualquier material en el cual pueda almacenarse información que sea accesible para futuras consultas durante un periodo de tiempo adecuado a la finalidad de la información y que permita la reproducción inalterada de dicha información” (art. 1:105.2). Como se ve, esta definición es igualmente muy similar a la recogida en los ACQP.

La diferencia entre las reglas recogidas en los ACQP, anteriormente enunciadas, y lo establecido en el art. 1:105 DCFR, radica, fundamentalmente, en el significado del término “por escrito”. Mientras que en los ACQP este término está reservado para el supuesto en que se plasma información escrita en papel, en el DCFR la expresión “por escrito” abarca tanto el supuesto en que se plasma información escrita *en papel*, como el que se plasma *en otro soporte duradero*.

⁵¹ La Directiva 85/577 sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia y la Directiva 1999/44 sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo.

⁵² Otra de las críticas que se hacen a esta Propuesta, además de la relativa al principio de plena armonización en ella establecido, es su ignorancia de las reglas sentadas tanto en los Principios del *Acquis* comunitario (ACQP) como en el borrador de Marco Común de Referencia (DCFR).

Así, P. ROTT/E. TERRY, *ob. cit.*, p. 458. H. MICKLITZ/N. REICH, *ob. cit.*, p. 473 señalan que es sorprendente que la Directiva omita toda referencia a los ACQP y a borrador académico del Marco Común de Referencia. Recuerdan estos autores que los

situación actual, sino que introduce algunas innovaciones, en relación con la forma del contrato fuera de establecimiento mercantil⁵³, que resultan inconsistentes y no obedecen a ninguna justificación clara. Según el art. 10.2 “Un contrato celebrado fuera de establecimiento sólo será válido *si el consumidor firma un formulario de pedido*” Este formulario de pedido debe contener, de acuerdo con el art. 10.1, la información exigida en el art. 9 e incluir el formulario normalizado de desistimiento reproducido en el anexo I.B. No obstante lo expresado, el precepto admite la posibilidad de que el “formulario de pedido” no se plasme en papel sino en otro soporte “duradero”. En este caso el contrato sólo será válido si el consumidor recibe una copia del mismo. Sobre el contenido de este precepto y las críticas que merece se volverá con posterioridad (*infra*, apartado IV)

III. La finalidad de la forma exigida en las normas comunitarias de protección del consumidor y el concepto de “forma contractual”

12. Como ahora se verá, la finalidad perseguida por las normas comunitarias que imponen exigencias formales es siempre la misma, esto es, informar al consumidor. Por consiguiente, la inobservancia de la forma exigida debería ser sancionada siempre del mismo modo y atendiendo a la finalidad perseguida con la imposición de requisitos formales. A continuación vamos a desarrollar esta cuestión, aludiendo asimismo al concepto de “forma” que se utiliza en el Derecho comunitario, ya que este extremo está estrechamente ligado con el anterior.

13. En primer lugar hay que señalar que la finalidad perseguida por la exigencia de forma en los contratos celebrados con consumidores no encaja con ninguna de las funciones tradicionalmente atribuidas a la forma escrita, que son, entre otras, la protección de los contratantes contra la precipitación, la fijación del momento de perfección del contrato o la preconstitución de una prueba de mismo⁵⁴. De las Directivas comunitarias se desprende que el objetivo de los requisitos formales en ellas impuestas es, fundamentalmente, informar al consumidor.

14. Uno de los principales mecanismos utilizados en el Derecho comunitario para compensar la situación de desequilibrio contractual de las partes es el establecimiento de numerosas obligaciones de información⁵⁵. La mayoría de las Directivas que regulan contratos con consumidores imponen a los empresarios obligaciones de información de carácter *precontractual*, a través de las cuales se pretende garantizar la libertad de decisión del consumidor y su capacidad de elección de las distintas ofertas⁵⁶. No obstante, en los casos en que a pesar de la información subsiste el desequilibrio, se otorga al consumidor el derecho a desligarse del contrato celebrado⁵⁷. Así, cuando las agresivas técnicas de contratación impiden que el modelo de información funcione, como sucede en la compraventa fuera de establecimiento mercantil, se concede

ACQP constituyen un conjunto de reglas dirigidas a eliminar las inconsistencias del “acquis” y mejorar la legislación comunitaria futura, de forma que una consulta a este documento, así como al DCFR, habría sido bienvenida. Similares críticas, pero centrándose en la escasa (o nula) influencia del DCFR sobre la Propuesta, realizan G. HOWELLS/R. SCHULZE, *ob. cit.*, p. 5, y A. NORDHAUSEN SCHOLEN, “Information Requirements”, en *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, *cit.*, p. 215.

⁵³ La Propuesta, tras imponer una serie de obligaciones *precontractuales* de información aplicables con carácter general a los contratos de venta o servicios (arts. 5 a 7), se refiere a ciertas obligaciones de información aplicables a los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento mercantil, para regular a continuación los “requisitos formales” de estos contratos (arts. 10 y 11). Conviene advertir, sin embargo, que en el caso del contrato a distancia la regulación es similar a la establecida en la Directiva 97/7. Así, el art. 11 de la Propuesta exige, en su apartado 1, que se facilite al consumidor, antes de la celebración del contrato, la información expresada en el art 9.a. En el apartado 4 dispone que “el consumidor deberá recibir *confirmación* de toda la información que figura en el art. 9, letras a) a f), en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración de todo contrato a distancia.

⁵⁴ Por todos vid. L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, t. I, *Introducción, Teoría del contrato*, Madrid, 6ª ed., 2007, pp. 288, 289.

⁵⁵ Sobre el denominado “modelo informativo” que impera en el Derecho comunitario vid. B. HEIDERHOFF, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchertagsrechts*, München, 2004, pp. 266 y ss.

⁵⁶ K. RIESENHUBER, *Europäisches Vertragsrecht*, Berlín, 2003, p. 121; F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005; E. POILLON, *ob. cit.*, pp. 223, 224.

⁵⁷ En este sentido, C. MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, Tübingen, 2005, p. 70; P. BÜLOW/M. ARTZ, *Handbuch Verbraucherprivatrecht*, Berlín, 2005, pp. 9 y 10.

al consumidor un derecho de desistimiento (arts. 4 y 5 Directiva 85/577). Lo mismo ocurre cuando la complejidad del contrato, como en el caso de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno, requiere un tiempo de reflexión posterior que permita conocer el alcance del mismo (art. 5.1 Directiva 94/47).

15. Este derecho de desistimiento debe diferenciarse del tradicional “desistimiento unilateral” propio de las relaciones obligatorias constituidas con carácter indefinido, que permite a cualquiera de las partes extinguir la relación con efectos “ex nunc”⁵⁸. El derecho de desistimiento otorgado al consumidor constituye una figura jurídica “sui generis”, que permite, exclusivamente al consumidor, desvincularse discrecionalmente, con efectos retroactivos y de forma gratuita, de un contrato durante un breve periodo de tiempo posterior a la perfección del mismo⁵⁹.

16. Ahora bien, la imposición de obligaciones de información con carácter previo a la celebración del contrato y la consagración de un derecho de desistimiento no son suficientes para proteger adecuadamente al consumidor. La información es necesaria no sólo en la fase anterior a la celebración del contrato, sino también con posterioridad al mismo. Sólo si el consumidor cuenta con información sobre el exacto contenido de sus derechos y obligaciones puede reaccionar en caso de que el empresario intente modificar los términos del contrato, evitando el posible abuso de su posición contractual⁶⁰. Además, en aquellos casos en que se otorga al consumidor un derecho de desistimiento –por ejemplo en el caso de la adquisición de derechos de aprovechamiento por turno– el adecuado conocimiento del contenido contractual permite al consumidor valorar exactamente sus ventajas y desventajas para decidir si le conviene o no desistir del mismo⁶¹.

17. Esta es la razón de que las Directivas relativas a contratos con consumidores exijan, no sólo que el contrato se documente por escrito, sino también que en él se haga constar cierta información obligatoria y que se entregue al consumidor una copia del mismo⁶². La exigencia de forma escrita y la consiguiente obligación de entrega de un ejemplar del contrato constituyen el mecanismo técnico que se utiliza para informar al consumidor del conjunto de derechos y obligaciones dimanantes del contrato suscrito. Es decir, la documentación del contrato se utiliza con una finalidad instrumental, como “soporte” de la información obligatoria que ha de proporcionarse al consumidor⁶³.

⁵⁸ Esta es la denominación finalmente adoptada en el TRLC (arts. 68 y ss.) aunque, como se sabe, en la versión española de algunas Directivas se han utilizado los términos “rescisión” (Directiva 85/577 sobre venta fuera de establecimiento mercantil; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros) o “resolución” (Directiva 94/47 sobre aprovechamiento por turno, Directiva 97/7 sobre contratos a distancia) siendo también muy variada la terminología empleada en otros países para aludir a este derecho concedido al consumidor (*Widerruf, déces, renonciation, recesso*, etc.).

⁵⁹ Sobre la naturaleza y caracteres del derecho de desistimiento del consumidor y sus diferencias con el tradicional “desistimiento unilateral”, o con la facultad de “poner fin al contrato” que consagró la Ley 44/2006 de Mejora de la protección de los consumidores y usuarios, vid. I. BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, Valencia, 2009, pp. 23 y ss.

⁶⁰ S.T. MASUCCI, “La forma del contratto”, en N. LIPARI, *Trattato di Diritto privato europeo*, vol. 3º, Padova, 2003, pp. 209, 212, 234; V. ROPPO, *Il contratto del duemile*, Torino 2002, p. 30; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, Padova, 2005, p. 271; F. GRECCO, ob. cit., p. 152.

⁶¹ Los autores alemanes hacen esta observación en relación con el contrato de aprovechamiento por turno (H. HEISS, *Formmängel und ihre Sanktionen*, Tübingen 1999, p. 140) pero también respecto del de crédito al consumo, ya que en el Derecho alemán, incluso antes de la transposición de la Directiva 2008/48, se otorgaba al prestatario un derecho de “revocación” (*Widerruf*). Así C. MELLER-HANNICH, ob. cit., p. 190, 195; P. BULOW, “Finanz-insbesondere Kreditgeschäfte und ähnliche Geschäfte sowie Versicherungsgeschäfte”, en P. BULOW/M. ARTZ, *Handbuch Verbraucherprivatrecht*, cit., p. 240.

⁶² La Directiva 87/102 sobre crédito al consumo dispone en su art. 4.1 que “los contratos de crédito se harán por escrito” y añade que “El consumidor recibirá una copia del contrato escrito”. En el art. 4.2 se especifica la información que obligatoriamente debe incluirse en dicho contrato.

La Directiva 94/47 sobre Aprovechamiento por turno establece (art. 4) que “los Estados miembros dispondrán en su legislación que el contrato, que se hará obligatoriamente por escrito, deberá contener al menos los datos que se mencionan en el Anexo...”. El precepto regula la lengua en que debe redactarse el contrato y obliga a facilitar al consumidor la correspondiente “traducción”.

La Directiva de Viajes combinados (90/314) dispone en su art. 4.2 b, que “todas las cláusulas del contrato” deben enunciarse “por escrito o en cualquier otra forma comprensible y accesible al consumidor”, debiendo entregarse una copia al consumidor. Como mínimo el contrato debe incluir las cláusulas informativas que figuran en el Anexo de esta Directiva.

Por lo que respecta a la Directiva de VFEM (85/577), esta última, como ya se indicó, no exige que el contrato se documente por escrito, simplemente exige que el comerciante informe por escrito al consumidor sobre su derecho de desistimiento (art. 4).

⁶³ P. MANKOWSKI, “Information and Formal Requirements in EC Private Law”, *European Review of Private Law*, 6-2005,

18. Puede decirse, en definitiva, que el legislador comunitario se vale de la imposición de exigencias formales con el fin de garantizar que el consumidor esté adecuadamente informado sobre el contenido del contrato que celebra⁶⁴. Esta finalidad explica que las exigencias formales establecidas en las normas comunitarias difieran de lo que tradicionalmente se ha considerado como “forma contractual”. Habitualmente se entiende por forma del contrato el modo o manera en que los contratantes exteriorizan su declaración de voluntad⁶⁵, por lo que, cuando se habla de “forma escrita”, se alude a la emisión por escrito –en documento público o privado– de las declaraciones de voluntad de los contratantes.

19. De las Directivas comunitarias examinadas se desprende, sin embargo, que cuando se exige que el contrato conste por escrito, lo fundamental no es que las declaraciones contractuales se emitan en dicha forma. Lo fundamental es que quede constancia documental de los derechos y obligaciones que conforman el contenido contractual⁶⁶, o de algún derecho en particular atribuido al consumidor⁶⁷, se haya o no emitido por escrito la voluntad de los contratantes. Pero además, como consecuencia de los avances técnicos, en el Derecho comunitario se aprecia un proceso de evolución dirigido a equiparar la “forma escrita”, tradicionalmente concebida como la plasmación de ciertos contenidos en un documento en papel, con el almacenamiento de información escrita en cualquier soporte que permita su reproducción posterior por el consumidor.

20. Muestra de ello son las nuevas Directivas sobre crédito al consumo (2008/48) y contratos de aprovechamiento por turno (2008/122). En la primera de ellas se dispone (art. 10.1) que “los contratos de crédito, en los que debe incluirse cierta información obligatoria, se *establecerán en papel o en otro soporte duradero*, debiendo todas las partes recibir un ejemplar”. La Directiva sobre contratos de aprovechamiento por turno (que se refiere también a otros contratos como los de adquisición de productos vacacionales de larga duración...) exige igualmente que estos contratos “se extiendan por escrito” y aclara que ello puede ser *en papel u otro soporte duradero* (art. 5.1)⁶⁸.

21. La noción de “soporte duradero” que viene definida en ambas Directivas⁶⁹, se identifica con cualquier instrumento que permita al consumidor conservar información de forma que pueda ser consultada en el futuro repetidamente y pueda ser reproducida sin alteración. Por consiguiente, tienen el carácter de soporte duradero el fax, el correo electrónico, los CD, los pendrives, etc.⁷⁰.

22. En la misma línea se encuentra la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores que, al regular los “requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento” (art. 10)

pp. 781, 782; S.T. MASUCCI, ob. cit., p. 302; E. POILLOT, ob. cit., p. 105.

⁶⁴ Ello ha llevado a la doctrina francesa a utilizar la expresión “formalismo informativo” para aludir a este nuevo “formalismo” desarrollado en el ámbito del consumo. J. FLOUR/J.L. AUBERT/F. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, vol. 1, cit., pp. 252, 253; P. MALAURIE/L. AYNES, *Cours de Droit civil*, t. VI, *Les obligations*, vol. II, cit, p. 109; Y. PICOD/H. DAVOD, *Droit de la consommation*, París, 2005, p. 123.

También los autores italianos utilizan expresiones similares como forma *ad informationem* (B. SIRGIOVANNI, “Comentario a los arts. 85-88 del Codice de Consumo”, en *Codice del Consumo, Commentario a cura di VETTORI*, Padova, 2007, p. 717) o forma “informativa” (R. CALVO, *I contratti del consumatore*, Padova, 2005, p. 272).

⁶⁵ Por todos, L. DIEZ-PICAZO, ob. cit., pp. 287, 288.

⁶⁶ Esta idea se aprecia en particular en aquellas Directivas, como la de Viajes combinados, que no imponen la obligación de redactar por escrito “el contrato” sino la de enunciar por escrito “*las cláusulas del contrato*”. Una opción similar es la adoptada por la Directiva 2002/65 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros, a la que hasta ahora no se ha hecho referencia, que dispone en su art. 5 que “El proveedor *comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales...* en soporte papel u otro soporte duradero...”.

⁶⁷ Así sucede en la Directiva sobre contratos fuera de establecimiento mercantil (Dir. 85/577) que sólo exige que el comerciante informe por escrito al consumidor de su “derecho a rescindir el contrato” (art. 4)

⁶⁸ En consonancia con ello, en Francia la mencionada Ley nº 2009-888 ha modificado el art. L.121-66 *Code de la Consommation* estableciendo que “el profesional debe entregar al consumidor un *contrato escrito en soporte papel o en otro soporte duradero*”.

⁶⁹ Vid. el art. 3, letra m) de la Directiva 2008/48 y el art. 2,1, letra h) de la Directiva 2008/122.

⁷⁰ Ya en la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia se aludía a la posibilidad de “confirmar” “*por escrito o sobre cualquier otro soporte duradero*” (art. 5.1) la información que, ex art. 4 de la misma, debe facilitarse al consumidor antes de celebrar el contrato.

Un paso más dio la Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros –cuyo art. 4 dispone que “el proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales... *en soporte papel u otro soporte duradero accesible al consumidor...*”– en la que se define ya la noción de “soporte duradero” (art. 2, letra f).

dispone que el formulario de pedido (que, como ya se indicó, debe firmar el consumidor) puede constar en papel o en *otro soporte duradero*⁷¹. En este último caso no es necesario que el consumidor firme tal formulario, exigiéndose, simplemente, que reciba una copia del mismo.

23. El hecho de que se permita que el contenido contractual se plasme por escrito, bien en soporte papel, bien en otro “soporte duradero” se explica porque, si lo que se pretende con la exigencia de forma es informar al consumidor, *no es indispensable que dicha información se encuentre plasmada en papel*. Basta con que esté almacenada en un instrumento que permita al consumidor consultarla y reproducirla sin cambios en cualquier momento.

24. Esta idea ha sido incorporada al ordenamiento jurídico alemán en la reforma del BGB que, como se sabe, ha incluido la dispersa regulación de los contratos celebrados con consumidores a este cuerpo legal. Una de las innovaciones introducidas en esta reforma consiste que en los preceptos que regulan con carácter general la forma del contrato se distingue entre la *forma escrita*, que es concebida como el documento público o privado a través del cual se exterioriza la voluntad de las partes y que requiere la firma de éstas⁷², y la denominada *forma de texto*. Esta última, que es tributaria de lo establecido en el Derecho comunitario, hace referencia a la plasmación de determinada información, bien en un documento en papel (*Urkunde*), bien “en otra forma adecuada para su reproducción duradera en signos escritos”⁷³. Cuando la ley exige la “forma de texto” para ciertos contratos no es necesaria la firma de las partes ya que dicha forma se exige en aquellos casos en que no se persigue ninguna de las funciones tradicionales de la forma escrita, sino que, simplemente, se considera insuficiente la manifestación oral de cierta información⁷⁴.

25. Por consiguiente cabe concluir que, mientras que la forma del contrato, entendida en su acepción tradicional, hace referencia al *modo en que se expresa el consentimiento*, la forma escrita, tal y como viene a ser concebida en el Derecho comunitario, atañe al *modo en que se cumplen determinadas obligaciones legales de información en el momento de celebración del contrato*. Además, si tradicionalmente se identifica la forma escrita con la redacción de un documento público o privado, equiparándose la “escritura” y la propia noción de “documento” con el soporte papel, en el Derecho comunitario la noción de “forma escrita” se desvincula de éste, siendo suficiente el empleo de cualquier instrumento que permita reproducir, de manera inalterada, el contenido del contrato.

26. Desde este punto de vista, la clasificación realizada en los *Acquis Principles*, en torno a los distintos niveles formales (“forma de texto”, “soporte duradero” “por escrito” y “firma”) no introduce mucha claridad. En las Directivas examinadas se exige que la información contractual preceptiva se suministre al consumidor *por escrito* –en unos casos se indica que deben hacerse constar por escrito

⁷¹ El concepto de “soporte duradero” es definido en el art. 2.10 como “todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante conservar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adaptado a los fines de dicha información y que permita la reproducción idéntica de la información almacenada”.

⁷² La forma escrita o *Schriftform* está regulada en el § 126 BGB: “(1) Si la ley prescribe la forma escrita, el documento debe ser firmado por el emitente mediante firma manuscrita o ser legalizado notarialmente. (2) En un contrato la firma de las partes debe constar en el mismo documento. Si el contrato se plasma en varios documentos equivalentes, basta con que cada parte firme el documento que le corresponde. (3) La forma escrita puede ser sustituida por la forma electrónica si de la ley no resulta otra cosa. (4) La forma escrita puede ser sustituida por la documentación notarial”. Su inobservancia, en el supuesto que la ley la prescriba, determina la nulidad del contrato en virtud del § 125 BGB: “Un negocio que carece de la forma prescrita en la ley es nulo. La falta de forma establecida negocialmente trae asimismo como consecuencia, en caso de duda, la nulidad”.

⁷³ Según el § 126 b: “Si la ley prescribe la *forma de texto*, la declaración debe emitirse en un documento o de otra forma adecuada para su reproducción duradera en signos escritos, debe mencionarse la persona del declarante y debe hacerse reconocible la emisión de la declaración por medio de la reproducción de la firma o de otra forma”.

La doctrina advierte que la “forma de texto” exige que la declaración no pueda ser modificada por el emisor y que pueda ser almacenada por el receptor para reproducirla, si lo desea, en un momento posterior. Por tal motivo no cumplen la “forma de texto” las declaraciones emitidas en una página web o mediante un chat on-line. S. LORENZ/T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, p. 11.

⁷⁴ P. Lutz-Ingo, *Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts*, Aachen, 2003, pp. 178, 183; H. Heinrichs, § 126 b, Rn. 1, en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 65º ed., 2006. En la edición de 2010, Ellenberger (§ 126 b Rn.1) señala que la “forma de texto” garantiza que los interesados puedan informarse de modo fiable acerca del contenido de una declaración.

todas⁷⁵ o algunas⁷⁶ de las cláusulas contractuales y en otros se alude al contrato mismo como “objeto” que debe constar por escrito⁷⁷— pudiendo reflejarse esos signos escritos, de acuerdo con las Directivas más recientes, bien *en papel* (lo que tradicionalmente se ha considerado un “documento”), bien en otro *soporte duradero*⁷⁸. La idea de soporte duradero requiere la inalterabilidad de la información, de manera que no revisten tal carácter, por ej. las páginas webs. Ello es lógico porque de otro modo se posibilitaría al empresario la modificación de los términos del contrato. Por otra parte, ninguna Directiva exige que las partes firmen el contrato escrito⁷⁹, entre otras razones porque, como se ha dicho, la forma escrita no se exige como medio de expresión de la declaración de voluntad, sino con una mera finalidad informativa.

27. Así las cosas, no se ve por qué razón en los ACQP se limita la expresión “por escrito” (“in writing”) a aquellos supuestos en que la información se plasma en papel⁸⁰. Aunque ciertamente en un “soporte duradero” como un CD o un DVD, podría almacenarse información *oral*⁸¹, lo habitual es que dicha información (téngase en cuenta que nos referimos a la relativa al contenido del contrato) tenga carácter “escrito”, es decir, sea expresada en el sistema de símbolos usado para escribir (escritura alfabética en la sociedad occidental actual). En este sentido, me parece preferible la regla establecida en el art. 1:106 (libro II) del DCFR, que, al describir el significado de la expresión “por escrito”, no la identifica con el soporte papel, disponiendo que “una declaración es por escrito si se plasma en forma de texto y en caracteres que son directamente legibles a partir (“from”) del *papel u otro soporte material duradero*”.

28. Por otra parte, el término “forma de texto”, según los ACQP, alude a la información expresada “en signos alfabéticos o cualquier otro signo inteligible” (v. gr. grafías chinas o japonesas) en un soporte que no tiene porqué garantizar la inalterabilidad de dicha información⁸². Sin embargo, es claro que cuando se exige que se suministre al consumidor información escrita sobre el contenido del contrato, la finalidad perseguida sólo puede cumplirse si esa información puede ser reproducida por el consumidor de manera inalterada⁸³. Por consiguiente, no parece que este “nivel formal” sea de mucha utilidad, al menos cuando nos referimos a la información precontractual o contractual que deba suministrarse al consumidor⁸⁴.

⁷⁵ Art. 4.2.b Directiva 90/314 sobre viajes combinados; Art. 5.1 Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros.

⁷⁶ Art. 4 Directiva 85/577 sobre venta fuera de establecimiento mercantil.

⁷⁷ Art. 4.1. Directiva 87/102 sobre crédito al consumo; art. 4 Directiva 94/47 sobre aprovechamiento por turno.

⁷⁸ Art. art. 4.1 Directiva 2002/64 sobre comercialización a distancia de servicios financieros; art 1 Directiva 2008/48 relativa a contratos de crédito al consumo; art. 5.1 Directiva 2008/122 sobre aprovechamiento por turno, productos vacacionales, reventa e intercambio.

⁷⁹ La afirmación señalada se refiere a las Directivas ya aprobadas. Queda al margen la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores, que incorpora en su art. 10 una regulación absolutamente contradictoria (sobre ello vid. epígrafe siguiente).

⁸⁰ La Directiva 97/7 sobre contratos a distancia dispone en su art. 5 que “el consumidor deberá recibir conformación *por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero* a su disposición...” de lo que parece inferirse que identifica la expresión “por escrito” con el papel. Sin embargo, en otras Directivas más recientes, como la 2008/122, se indica que el contrato debe extenderse “*por escrito, en papel o en otro soporte duradero*” (art. 10.1).

Alguna otra Directiva emplea como términos disyuntivos, el “soporte papel” y el “soporte duradero” distinto del papel, sin aludir al carácter “escrito” de la información contractual, aunque éste resulta implícito. Así, la Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros (art. 5: El proveedor comunicará todas las condiciones contractuales... *en soporte de papel u otro soporte duradero*...) y la nueva Directiva, 2008/48, de crédito al consumo (art. 10.1: Los contratos de crédito se establecerán *en papel o en otro soporte duradero*”).

⁸¹ En este sentido E. ARROYO AMAYUELAS, “La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario”, cit., p. 110.

⁸² El art. 1:106, apartado 2º, DCFR, sigue en este punto el criterio establecido en los ACQP, no exigiendo que la información contenida en el texto se encuentre disponible de manera permanente e inalterada. Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, full edition, vol. 1º, Munich, 2009, pp. 105, 106

Adviértase, por otra parte, que el concepto de “forma de texto” consagrado tanto en los ACQP como en el DCFR no coincide con el alemán. Como ya se indicó (nota 73) en este ordenamiento se entiende que la denominada *Textform* (§ 126 b) implica que la declaración no pueda ser modificada por el emisor.

⁸³ Y lo mismo cabe decir cuando se trata de información *precontractual* y no contractual.

⁸⁴ En los ACQP, lo mismo que en el DCFR, los ejemplos de “forma textual” se refieren a las condiciones generales empleadas por una empresa, que pueden estar disponibles en la web de la misma y ser descargadas desde ahí por el consumidor, lo cual se considera suficiente cuando se trata de contratos concluidos electrónicamente (art. 6:201. 3º ACQP; art. 3:105.2 –libro

29. Por último, tampoco parece necesario instaurar como un “nivel formal” la exigencia de firma, cuando hasta ahora (y salvo por lo que respecta a la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores a la que a continuación se hará referencia) no aparece requerida por las normas comunitarias⁸⁵. No obstante, el art. 1:307 de los ACQP (lo mismo que el art. 1:106 del DCFR, que es casi idéntico a aquél), puede ser útil a la hora de interpretar qué debe entenderse por “firma electrónica” y “firma electrónica avanzada”⁸⁶.

IV. El incumplimiento de los requisitos formales exigidos en los contratos celebrados con consumidores: una propuesta de desarmonización

30. Se echa en falta en el Derecho comunitario y en los recientes trabajos de unificación del Derecho privado europeo una regulación coherente de la forma contractual y, en particular, de las consecuencias que han de aplicarse al incumplimiento de los requisitos formales que, en su caso, deba revestir el contrato.

31. Como ya se ha indicado, ni los ACQP⁸⁷ ni el DCFR tratan esta cuestión –se limitan a proporcionar una serie de definiciones relativas a los requisitos formales usualmente exigidos en el Derecho comunitario– y tampoco las Directivas 2008/48 y 2008/122 se pronuncian sobre las consecuencias de la inobservancia de la forma en ellas exigida.

32. Por lo que respecta a la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores, en mi opinión complica aún más la situación, pues, no sólo no contribuye a eliminar las incoherencias existentes, sino que introduce nuevos “requisitos formales” en el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil que aumentan la confusión. Como se sabe, el art. 10.2 configura como “requisitos formales”, necesarios para la validez de tal contrato, indistintamente: a) la firma de un documento –el formulario de pedido– por parte del consumidor, y b) la recepción por el consumidor de una copia del formulario de pedido en “soporte duradero”.

33. De acuerdo con el inciso primero del art. 10.2 parece que la “forma escrita”, entendida en su acepción tradicional (emisión por escrito de la declaración de voluntad de las partes), es presupuesto de validez del contrato. Téngase en cuenta que se exige que tanto la oferta de contrato (el formulario de pedido) como la aceptación (como tal hay que considerar la “firma” del formulario por parte del consumidor) consten “por escrito”⁸⁸. Partiendo de tal premisa parece que un contrato fuera de establecimiento mercantil

II- DCFR) (*Principles of the Existing EC Contract Law*, cit., p. 48; *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, vol. 1º, cit., p. 106).

⁸⁵ De hecho en los comentarios a los ACQP se indica que la firma manuscrita sólo ha sido expresamente requerida en el art. 2.2.d. de la Primera Directiva del Consejo 68/151, por lo que debe entenderse que, en tanto no se exija de manera expresa, la misma no es necesaria. (E. ARROYO/B. PASA/A. VAQUER, “Comentario a los arts. 1:303 a 1:306” en *Principles of the Existing EC Contract Law*, München, 2007, p. 56).

⁸⁶ El art. 1:307 ACQP, contiene la definición de “firma manuscrita”, “firma electrónica” y “firma electrónica avanzada”. Respecto de la segunda dispone que significa “datos en forma electrónica que están unidos o lógicamente asociados con otros datos electrónicos a los cuales sirven como método de autenticación”. En cuanto a la “firma electrónica avanzada” se califica como tal aquella firma electrónica que reúne una serie de requisitos, como, entre otros, permitir la identificación del firmante o la detección de cualquier cambio realizado en los datos a los que se refiere la firma. Lo mismo viene a establecer el art. 1:106 DCFR.

⁸⁷ En los Comentarios a los ACQP se dice que no es posible ni necesario desarrollar una regla general aplicable en los supuestos de incumplimiento de los requisitos de forma, ya que esta cuestión debe ser resuelta en cada caso atendiendo a la finalidad de la exigencia formal (E. ARROYO/B. PASA/A. VAQUER, ob. cit., p. 43).

En mi opinión, tal afirmación no puede ser compartida porque la situación actual –cada país regula las consecuencias de la falta de forma como estima conveniente– ni favorece la confianza en el seno del mercado interno, ni resulta congruente, ya que las sanciones establecidas en los distintos Estados miembros no guardan relación con la finalidad perseguida por el legislador comunitario al imponer requisitos de forma, finalidad que, como se ha dicho, es, con carácter general, informar adecuadamente al consumidor sobre el contenido de la relación contractual.

⁸⁸ Tal y como está redactado el art. 10, podría pensarse que la “oferta” de contrato –el “pedido”– proviene del consumidor. Esto no tiene mucho sentido dado que ese formulario de “pedido” debe haber sido redactado por el empresario, que ha de incluir en él el contenido obligatoriamente exigido. Por ello debe entenderse que el formulario de pedido equivale a la oferta del

no sería válido si se concluye verbalmente. Sin embargo, esta idea no compagina con lo que se establece a continuación. Dado que se admite que el “formulario de pedido” no se plasma en papel, siendo suficiente su constancia en cualquier “soporte duradero”, en tal supuesto sólo es necesario para la validez del contrato que el consumidor reciba una copia del mismo. La inconsistencia del art. 10.2 resulta patente: ¿Por qué razón, si el formulario de pedido se plasma en papel, el contrato no es válido si se concluye verbal o tácitamente pero en cambio sí lo es cuando el formulario de pedido se plasma en un soporte duradero⁸⁹? Además, la invalidez del contrato celebrado verbalmente —cuando el formulario de pedido se plasma en papel—, o la invalidez del contrato en que no se entrega al consumidor el “soporte duradero” que contiene el formulario, en nada beneficia a éste último. Piénsese en la posibilidad de que el consumidor haya pagado total o parcialmente el precio del bien o servicio objeto del contrato. Siendo el contrato inválido no podrá reclamar la ejecución de la prestación⁹⁰.

34. Por otra parte, el hecho de que se equiparen, como requisitos de validez del contrato, la “firma del formulario de pedido” y la recepción del “soporte duradero” que lo contiene, pone sobre la pista de que la finalidad de ese “formulario” es informar al consumidor sobre el contenido del contrato. Resulta extraño por ello que, cuando el formulario se plasma en papel, no se exija que se entregue una copia al consumidor, requiriéndose, sin embargo, que éste último lo firme. ¿Qué utilidad puede tener dicho formulario, en el que debe hacerse constar toda la información que se considera necesaria para el consumidor (art. 10.1), si éste no recibe una copia del mismo? ¿Qué sentido tiene la exigencia de “firma” del repetido formulario? No parece que se pretenda prevenir al consumidor contra la precipitación ni advertirle acerca de la vinculación que va a asumir. De ser así sería ilógica la posibilidad de concluir el contrato verbalmente, y sin necesidad de firma alguna, cuando el formulario de pedido no se plasma en papel.

35. Pero las inconsistencias de la regulación contenida en la Propuesta no terminan ahí. Si se pone en conexión el art 10 con el art. 12.2, tanto la firma del formulario de pedido como la recepción de una copia de éste cuando consta “en soporte duradero” constituyen el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento⁹¹. La justificación de esta regla, en particular cuando el contrato fuera de establecimiento tiene como objeto bienes y no servicios, no resulta nada clara. Como ha observado la doctrina, la regla comentada impide que se tenga en cuenta como momento inicial de cómputo del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento el de entrega del bien adquirido. Ello podría provocar la expiración del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento (que se fija en 14 días) antes de que al consumidor le haya sido entregado el bien objeto del contrato, y, por tanto, pueda examinarlo⁹². A menos que se entienda, claro está, que, si el consumidor no firma el formulario de pedido ni recibe la copia del mismo en “soporte duradero”, no corre el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, que se prolonga, de este modo, de manera indefinida.

36. Esta última opción, esto es, la prórroga del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento cuando no se entrega al consumidor el documento (en este caso el “soporte duradero” equivalente) que

empresario y que la firma de tal documento por parte del consumidor equivale a la aceptación.

⁸⁹ En sentido similar, A. NORDHAUSEN SCHOLLES, “Information Requirements, Withdrawal and Remedies”, en *Modernising and harmonising consumer contract law*, cit., p. 229, quien señala que no está claro por qué la provisión de información en papel requiere la firma del consumidor mientras que la provisión de tal información en otro soporte duradero no precisa ningún requisito formal.

⁹⁰ En este sentido G. HOWELLS/R. SCHULZE, ob. cit., p. 15; H. MICKITZ/N. REICH, ob. cit., p. 496. Tanto unos como otros consideran cuestionable que los “requisitos formales” exigidos y la sanción prevista para su incumplimiento (“invalidez”) pueda beneficiar al consumidor.

⁹¹ Art. 12: “En los contratos celebrados fuera del establecimiento, el periodo de desistimiento empezará el día que el consumidor firme el formulario de pedido o, si el formulario de pedido no es en papel, el día que el consumidor reciba una copia del formulario de pedido en otro soporte duradero”.

⁹² G. HOWELLS/R. SCHULZE, ob. cit., p. 16. Indican estos autores que, si el consumidor concluye el contrato fuera de establecimiento sin ver las cosas objeto del mismo, y las recibe después de finalizar el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, no resultará protegido. Critican que no se haya tenido en cuenta el criterio sentado en los ACQP Y DCFR que no distinguen, a estos efectos, según que se trate de contrato fuera de establecimiento mercantil o contratos a distancia. Asimismo, H. MICKLITZ/N. REICH, ob. cit., p. 498.

contiene la información contractual preceptiva, es en mi opinión la única que merece ser acogida positivamente.

37. Como ya argumenté en otro trabajo, si se parte de que la finalidad perseguida en el Derecho comunitario al imponer la obligación de redactar el contrato por escrito (en papel o en otro soporte duradero) y entregar una copia del mismo al consumidor, es informarle sobre sus derechos y obligaciones, la sanción más adecuada para el incumplimiento de cualquiera de ellas es permitir al consumidor desvincularse extrajudicialmente del contrato celebrado⁹³. Y a tal fin bastaría con prorrogar (bien durante un período de tiempo, bien indefinidamente) el ejercicio del derecho de desistimiento que se otorgue a este último.

38. Aunque en algunos ordenamientos, como el alemán, se prevén sanciones distintas para el incumplimiento de la obligación de redactar un contrato por escrito y para el incumplimiento de la obligación de entregar una copia del mismo⁹⁴, a mi juicio no hay razón para sancionar de distinta forma la no redacción del contrato por escrito y la no entrega al consumidor del documento contractual o del soporte duradero en que se haya plasmado el contrato⁹⁵. El incumplimiento de cualquiera de estas dos obligaciones trae consigo la misma consecuencia, esto es, la falta de información del consumidor acerca del contenido exacto de la relación contractual. Por consiguiente no hay ninguna razón convincente para tratar de diverso modo una y otra hipótesis.

39. En otras palabras, si se parte de que la función de la forma escrita (en sentido amplio) es puramente informativa, lo deseable sería prorrogar la facultad de desistir del contrato tanto en el supuesto en que no se entrega al consumidor el “documento” contractual o el “soporte duradero” con la información preceptiva, como en el supuesto en que el contenido del contrato no ha llegado a plasmarse por escrito, en papel u otro soporte duradero.

40. En apoyo de esta solución –prolongación del derecho de desistimiento– hay que decir que es la postura por la que se inclina el legislador comunitario en las Directivas más recientes, a pesar de que,

⁹³ Las sanciones articuladas en los ordenamientos anteriormente examinados (vid. epígrafe 2) para los supuestos en que se incumple la obligación de redactar por escrito los distintos contratos son, básicamente, la nulidad y la nulidad relativa o la anulabilidad. Aunque hay quien defiende como más adecuada la nulidad absoluta, no puede perderse de vista que la misma puede tener consecuencias perjudiciales para el consumidor, que es el sujeto a quien se pretende proteger. Paradigmático es el ejemplo del contrato de crédito al consumo, cuya declaración de nulidad, que teóricamente podría instar la propia entidad bancaria causante de la falta de forma, le obligaría a restituir inmediatamente el importe del préstamo recibido. No cabe duda de que la nulidad relativa es una sanción más acorde con la finalidad perseguida por la exigencia de forma. Sin embargo, en la medida que para hacer valer la anulabilidad sea necesario ejercitar judicialmente la correspondiente acción de impugnación, esta solución resulta poco práctica. Posiblemente no interesará al consumidor que carece de la información contractual preceptiva acudir a los Tribunales para desvincularse del contrato realizado, ya que ello le ocasionará gastos y molestias que pueden ser superiores a los eventuales perjuicios que pueda depararle la no posesión de dicha información. Para una argumentación más detenida vid. M.J. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 247 y ss.

⁹⁴ Según el § 355.2. S.3 BGB, en los casos en que la ley exige que el contrato conste por escrito y se otorga al consumidor un derecho de desistimiento (por ej. aprovechamiento por turno y crédito al consumo), el plazo de ejercicio de dicho derecho no comienza a correr en tanto no se cumpla la obligación de entregar una copia del documento contractual. No obstante, el derecho de desistimiento se extingue, a lo sumo, transcurridos 6 meses desde la conclusión del contrato.

Conviene resaltar que esta regla se refiere sólo a la obligación de entrega de la copia del contrato. Cuando éste no se otorga en forma escrita se prevén diversas consecuencias en función del tipo de contrato de que se trate (v. gr. nulidad en el caso del contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno –§ 484.1. S.1 en relación con el § 126 BGB– y nulidad, pero con posibilidad de subsanación mediante la entrega del préstamo al prestatario, en el caso del crédito al consumo –§ 494.1 y 494.2 BGB–).

⁹⁵ Lo dicho se refiere al incumplimiento de las exigencias, establecidas en el Derecho comunitario, de redacción del contrato por escrito y entrega de copia del mismo. Si el legislador nacional pretendiera atribuir una finalidad añadida a la informativa (por ej. protección contra la precipitación) a la forma escrita (en cuyo caso ésta debería entenderse en su acepción tradicional, esto es, como “emisión por escrito de las declaraciones de voluntad de las partes) tendría sentido que se previeran distintas sanciones para una y otra hipótesis.

En mi opinión, sin embargo, esto es lo que debiera evitarse. Es decir, si quiere dotarse de coherencia la regulación comunitaria en materia de forma contractual, debería determinarse la sanción aplicable al incumplimiento de las exigencias formales establecidas en las Directivas de protección de consumidores, pero además, debería impedirse al legislador interno prever sanciones diferentes a las dispuestas en el Derecho comunitario.

como se dijo, las mismas no se pronuncian expresamente sobre las consecuencias de la falta de forma en ellas requerida. La nueva Directiva sobre crédito al consumo (2008/48), dispone que tal contrato deberá plasmarse en papel u otro soporte duradero y que todas las partes deben recibir un ejemplar del mismo (art. 10). El incumplimiento de esta exigencia no afecta a la validez del contrato. En cambio, incide en la vigencia del derecho de desistimiento que esta Directiva otorga al consumidor ya que el art. 14.1 dispone que el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento (14 días “civiles”) se iniciará “en la fecha de suscripción del contrato” o “en la fecha en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información recogida en el art. 10”, si esa fecha fuera posterior a la suscripción del contrato. Es decir, en tanto el empresario no cumpla con su obligación de documentar el contrato y entregar un ejemplar del mismo al consumidor, no corre el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento.

41. Similar es la solución prevista en la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno y productos vacacionales de larga duración. Esta última también exige (art. 5.1) que el contrato se extienda por escrito en papel o en otro soporte duradero y que se facilite el correspondiente ejemplar al consumidor (en la lengua del Estado en que resida o en la de lugar en que se encuentre el bien). El art. 6 de la Directiva, dispone que el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento (14 días “naturales”), se calculará: a) “a partir del día de celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante” o b) “a partir del día en que el consumidor reciba el contrato o cualquier contrato preliminar vinculante”, si es posterior al anterior.

42. Como puede apreciarse, de ambas Directivas resulta que si el empresario no cumple con su obligación de redactar el contrato por escrito en papel u otro soporte duradero y además entregar una copia al consumidor, el derecho de desistimiento se prolonga de manera indefinida⁹⁶.

43. En los ACQP, el art. 2:207, que se refiere a los “remedios” disponibles en caso de incumplimiento de deberes de información, prevé, en el apartado primero, que, si el empresario incumple los deberes precontractuales de información que le corresponden y se trata de un contrato en el que se otorga al consumidor un derecho de desistimiento (*Withdrawal*)⁹⁷, el período de ejercicio de tal derecho no comienza hasta que se haya proporcionado a aquél toda la información preceptiva⁹⁸. No obstante, se limita la duración máxima del derecho de desistimiento a un año a partir de la conclusión del contrato.

44. Una regla casi idéntica ha sido incorporada al DCFR, en cuyo libro II dispone el art. 3:109, apartado 1º, que, en caso de incumplimiento de deberes precontractuales de información establecidos a favor de un consumidor⁹⁹, si se trata de un contrato en el que se otorga al consumidor un derecho de

⁹⁶ En la Directiva 2008/48 no se establece ningún límite máximo de duración del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, por lo que parece que si el consumidor no llega a recibir el documento o el soporte duradero “con las condiciones contractuales y la información recogida en el art. 10” el plazo de ejercicio del citado derecho queda en suspenso indefinidamente. En este sentido P. ROTT, “Consumer credit”, en H. MICKLITZ/N. REICH/P. ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, p. 203, quien indica que si el periodo de ejercicio del derecho de desistimiento no comienza, no puede finalizar.

En cuanto a la Directiva 208/122, el art. 6.3 limita el plazo máximo de duración del derecho de desistimiento en dos hipótesis:

a) cuando no se entrega el formulario normalizado de desistimiento, en cuyo caso el plazo de desistimiento vencerá transcurrido un año y 14 días a partir del día en que debería computarse de acuerdo con el art. 6.2 y

b) cuando no se hubiera facilitado al consumidor la información precontractual exigida en el art. 4, apartado 1 de la Directiva. En esta hipótesis el plazo vencerá transcurridos 3 meses y 14 días desde el día en que debería comenzar el cómputo del plazo conforme al art. 6.2.

Los límites temporales previstos en el art. 6.3 no se refieren, por tanto, al supuesto en que lo que se incumple es la obligación de redactar el contrato por escrito y entregar un ejemplar del mismo al consumidor. De ahí que pueda interpretarse que en tal caso se prorroga indefinidamente el derecho de desistimiento, a menos que se considere aplicable analógicamente a dicha hipótesis lo establecido en las letras a) o b) del art. 6.3.

⁹⁷ El derecho de desistimiento se regula, de manera general, en los arts. 5:101 y ss. ACQP.

⁹⁸ Como observan los comentaristas de este precepto, del “Acquis” se extrae el siguiente principio: “en los casos en que la ley prescribe tanto un periodo de desistimiento como determinadas exigencias de información, un incumplimiento (serio) de esas exigencias de información debería prolongar el periodo de desistimiento”. C. TWIGG-FLESNER/T. WILHEMSOM, en *Principles of the Existing EC Contract Law*, cit., p. 99.

⁹⁹ El art. 3:103 se refiere a los deberes de información que han de cumplirse cuando se concluye un contrato con un consu-

desistimiento (regulado en los arts. 5:101 y ss.), el plazo de ejercicio de éste no comienza a correr hasta que se proporcione al consumidor la información necesaria. Se prevé igualmente que, en cualquier caso, el derecho de desistimiento expira un año después de la conclusión del contrato.

45. Ambas reglas se refieren al incumplimiento de *obligaciones de información de carácter pre-contractual*. Dado que, como se ha venido reiterando, la exigencia de forma escrita y entrega de copia del contrato (en papel u otro soporte duradero) no es más que el instrumento del que se vale el legislador comunitario para constreñir al empresario a cumplir ciertas *obligaciones contractuales* de información, bien podría aplicarse el mismo “remedio” –prolongación del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento– a esta última hipótesis. Es decir, los redactores de los ACQP y del DCFR podrían haber aprovechado la ocasión para sistematizar las consecuencias aplicables en el supuesto de inobservancia de las exigencias formales derivadas del Derecho comunitario y, a tal efecto, habría bastado con extender la regla enunciada –prolongación del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, aunque por un plazo no superior a un año– al supuesto en que se incumplen *obligaciones contractuales* de información.

46. En relación con ello, es de esperar que no prospere la actual redacción de los artículos 10 y 12 de la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores. La configuración, como presupuestos de validez del contrato fuera de establecimiento, de la firma del formulario de pedido y la entrega de una copia del soporte duradero en que conste el formulario es absolutamente criticable. Pero también lo es el hecho de que se compute el ejercicio del derecho de desistimiento desde la firma del contrato cuando el formulario de pedido consta en papel y no en otro “soporte duradero”. Dada la finalidad informativa que persigue la obligación de redactar un “formulario de pedido” con un contenido preestablecido (art. 10.1 en relación con el art. 9), lo lógico y coherente sería exigir que se entregara al consumidor una copia del mismo, no sólo cuando éste consta en soporte duradero (art. 10.2 segundo inciso), sino también cuando se ha plasmado en papel¹⁰⁰. Y, si el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento comienza a correr cuando el consumidor recibe la copia “del formulario de pedido en soporte duradero”¹⁰¹ (art. 10.2, apartado 1º, segundo inciso), no se ve por qué razón la regla debe ser distinta cuando el material en que consta el formulario es el papel.

47. En definitiva, creo que el legislador comunitario debería regular la sanción a aplicar aplicable en los casos de infracción de las exigencias formales establecidas en la normativa de protección de consumidores, a fin de eliminar las incongruencias existentes en la actualidad. Y para ello lo más lógico y coherente sería, en mi opinión, ampliar el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento atribuido al consumidor, que no debería comenzar a computarse en tanto éste último no cuente con la necesaria información, documentada en papel o plasmada en otro soporte duradero, si bien podría preverse un plazo máximo de duración del derecho de desistimiento como se establece tanto en los ACQP como en el DCFR.

48. No puede olvidarse, por último, que hay casos en que se imponen ciertos requisitos de forma pero no se otorga al consumidor un derecho de desistimiento. Así ocurre en el contrato de viajes combinados, en relación con el cual la Directiva 90/314 no reconoció un derecho de desistimiento al consumidor. Ahora bien, el hecho de que la Directiva actualmente vigente no reconozca al usuario de viajes combinados un derecho de desistimiento equiparable al que ostentan otros consumidores¹⁰², no creo que

midor que se encuentre en “particular situación de desventaja”.

¹⁰⁰ A este fin (informar al consumidor acerca del contenido del contrato) no se ve cual es la función que la firma del formulario puede cumplir.

¹⁰¹ El art. 13 de la Propuesta proroga el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento *cuando no se ha cumplido con el deber de información relativo al derecho de desistimiento*, pero lo limita como máximo a 3 meses a partir de que el comerciante haya cumplido íntegramente sus demás obligaciones contractuales. No obstante, esta regla no parece aplicable al supuesto en que lo que se incumple es la obligación de entregar la copia del formulario de pedido en soporte duradero.

¹⁰² En el Derecho español, el art. 160 TRLC permite al consumidor, una vez realizada la reserva, “dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados”. Esta facultad, sin embargo, no es equiparable al derecho de desistimiento del que venimos hablando (definido, en el TRLC, en el art. 68.1) porque conlleva la obligación, para el consumidor, de abonar una indemnización que comprende los gastos de gestión, anulación y una penalización que varía en función del momento en que se lleva a cabo.

sea óbice para que pueda atribuírsele tal derecho en el futuro. Partiendo de que la mejor forma de proteger al consumidor, en caso de incumplimiento de los requisitos formales dirigidos a proporcionarle la información contractual adecuada, es permitirle desvincularse del contrato celebrado, podría plantearse la posibilidad de atribuir a éste último la facultad de desistir del negocio, en tanto que no se haya cumplido la obligación de redactar por escrito el contrato¹⁰³ de viajes combinados y se haya entregado la correspondiente copia al consumidor.

49. En cualquier caso, si, como dispone la Decisión de la Comisión de 26 de abril de 2010 a la que se aludió al principio, se crea un Grupo de Expertos con el cometido de seleccionar ciertas partes del DCFR y revisar y completar sus contenidos a fin de crear un conjunto de reglas a utilizar por el legislador comunitario “*para garantizar mayor coherencia y calidad en el proceso legislativo*” (cfr. Cdo. 5), sería deseable que se aprovechara esta ocasión para regular homogéneamente la consecuencia aplicable en el supuesto de incumplimiento de los requisitos formales exigidos en las normas comunitarias de protección del consumidor. Y, a tal efecto, espero sirvan las consideraciones realizadas como posible fuente de inspiración.

¹⁰³ Conviene recordar que lo que dice el art. 4.2,b) de la citada Directiva es que “todas las cláusulas del contrato se enunciarán por escrito”. Por tal motivo en el Derecho alemán no se exige que el contrato se redacte por escrito, limitándose a requerir, el § 651a BGB, que el organizador del viaje ponga a disposición del consumidor un documento (*Reisebestätigung*) que contenga la información establecida en la ley. En España, Francia e Italia sí se exige que el contrato se redacte en forma escrita y se entregue al consumidor una copia del mismo.