

El art. 98 TRLCU, ¿requisitos formales de los contratos a distancia?

Marta Pérez Escolar

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Abstract

El presente trabajo tiene por objeto el formalismo en la contratación a distancia con consumidores, instrumento jurídico dirigido a su protección que en la actualidad reviste una importancia añadida ante la generalización de la contratación electrónica. A estos efectos, se pretende contribuir al análisis del art. 98 TRLCU, resultado de la transposición del art. 8 de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, que, bajo la rúbrica de "requisitos formales de los contratos a distancia", regula de forma conjunta cuestiones que no atañen propiamente al formalismo contractual con otras que sí afectan a la formalización del contrato. Entre estas últimas hay que situar las que afectan a la contratación telefónica (art. 98.6 TRLCU) y a la obligación del empresario de realizar la confirmación de cualquier contrato a distancia celebrado con consumidores (art. 98.7 TRLCU), cuyo incumplimiento determina que sea inválido (art. 100 TRLCU). Todo ello permite realizar un estudio dirigido no sólo a delimitar los requisitos formales que afectan a la contratación a distancia con consumidores sino también a buscar su encaje en los fundamentos de la teoría general del contrato relativos a la forma contractual.

The purpose of this paper is the formalization of distance contracting with consumers, a legal instrument aimed at protecting them, which is currently of added importance in view of the generalization of electronic contracting. For these purposes, it's intended to contribute to the analysis of art. 98 TRLCU, result of the transposition of art. 8 of Directive 2011/83/EU, on consumer rights, which, under the rubric of "formal requirements for distance contracts", jointly regulates issues that not pertain properly to contractual formalism with others that affect the formalization of the contract. The latter include those that affect telephone contracting (art. 98.6 TRLCU) and the employer's obligation to confirm any distance contract entered into with consumers (art. 98.7 TRLCU), whose non-compliance determines their invalidity (art. 100 TRLCU). All this makes possible to carry out a study aimed not only at defining the formal requirements that affect distance contracting with consumers, but also at seeking to fit them into the foundations of the general theory of contract regarding the contractual form.

Title: Art. 98 TRLCU, formal requirements for distance contracts?

Keywords: consumers, distance contracts, contractual formalism, pre-contractual information, "control of incorporation", telephone contracting, electronic contracting, contract confirmation.

Palabras clave: consumidores, contratos a distancia, formalismo contractual, información precontractual, "control de incorporación", contratación telefónica, contratación electrónica, confirmación del contrato.

Sumario

1. Introducción: formalismo contractual, contratación a distancia y protección del consumidor
2. Caracterización legal de los contratos a distancia celebrados con consumidores
3. El formalismo en los contratos celebrados a distancia con consumidores. Cuestiones previas
 - 3.1. El cambio de paradigma: consagración del principio de equivalencia funcional entre documento escrito y soporte electrónico
 - 3.2. Antecedentes de Derecho interno: la *"justificación"* del contrato
 - 3.3. El art. 8 de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores
4. El art. 98 TRLCU, *"requisitos formales de los contratos a distancia"*
 - 4.1. Introducción: información precontractual y *"control de incorporación"* al contrato de su contenido
 - 4.2. Art. 98.6 TRLCU: especialidades de la contratación telefónica con consumidores
 - 4.3. Art. 98.7 TRLCU: *"confirmación"* del contrato de consumo celebrado a distancia, invalidez y forma contractual
 - 4.4. Especialidades de la contratación electrónica con consumidores
5. Conclusiones: a modo de recapitulación
6. Bibliografía

1. Introducción: formalismo contractual, contratación a distancia y protección del consumidor

Realizar un estudio sobre formalismo contractual requiere partir de un concepto claro, estrictamente jurídico, técnico, de forma contractual. En palabras del profesor Luis DíEZ-PICAZO, la forma del contrato alude a “un conjunto de solemnidades exteriores que son consideradas como un necesario vehículo de expresión de la voluntad contractual, la cual debe quedar exteriormente revestida con ellas con el fin de que alcance plena validez y eficacia jurídica”. Así, mientras el formalismo negocial primitivo obedeció a “la necesidad de apreciar las cosas con los sentidos”, atribuyéndosele una eficacia “casi mágica” que dejaba a la voluntad de las partes en un segundo plano, la primacía alcanzada por el voluntarismo en un momento posterior determinó que la forma en su caso exigida por la ley pasara a ser el “medio necesario de expresión y de revestimiento de la voluntad”¹.

Pero la configuración jurídica de un contrato determinado como formal no es algo arbitrario sino que obedece lógicamente a la necesidad de conseguir unos objetivos que fueron bien reconducidos a la expresión de “función social de las formas”, a saber, el “efecto psicológico”, dirigido a conseguir la reflexión del contratante, y la “función de certidumbre”, dirigida a determinar el contenido del contrato y consecuente protección de terceros, la identidad y capacidad de los contratantes, y las circunstancias de tiempo y lugar de celebración².

Efectivamente, si bien es cierto que los principios generales que presiden en este ámbito nuestro sistema contractual, consensualismo (art. 1258 CC) y espiritualismo (arts. 1278 CC), representan, genéricamente considerados, la consagración de un progreso jurídico en la medida en que permiten la libertad de las partes para contratar de la forma que estimen conveniente, también es una realidad que la consideración específica de determinados sectores de la contratación, como, particularmente, la contratación con consumidores, desmiente la afirmación anterior³. En los denominados contratos de consumo, que se celebran entre empresario y consumidor, la libertad de forma en determinados tipos o modalidades contractuales no podría considerarse un progreso en la evolución normativa sino lo contrario, pues desconocería la existencia de una relación jurídica desigual que el legislador está obligado a equilibrar en la medida de lo posible a través de la articulación de remedios jurídicos diversos (art. 51 CE)⁴, siendo uno de ellos el modo en que haya de llevarse a cabo la formalización del contrato con las finalidades expuestas.

¹ DíEZ-PICAZO, 2007, págs. 287 y 288. En palabras de OSSORIO MORALES, 1996, pág. 222, “son formales o solemnes aquellos contratos para cuya perfección y obligatoriedad exige el legislador algún requisito especial de forma”.

² DíEZ-PICAZO, 2007, págs. 288 y ss.

Así, por ejemplo, ambas finalidades concurren en la configuración de la donación de bienes inmuebles como contrato formal (art. 633 CC), pues con ello se persigue tanto propiciar la reflexión del disponente como dotar de certidumbre a la transmisión (SANTOS MORÓN, 1996, págs. 119 y ss).

³ DíEZ-PICAZO, 2007, pág. 291.

⁴ Sobre el tema, así como sobre la extrapolación que ya se ha producido de las normas protectoras del consumidor a otros “contextos asimétricos”, GRAMUNT FOMBUENA, 2017, págs. 89 y ss, especialmente, págs. 95 y ss.

Y es que el formalismo en la contratación con consumidores persigue claramente los dos objetivos anteriores, atribuidos tradicionalmente a la forma contractual, fomentar la reflexión del contratante consumidor y dotar de certidumbre al contenido del contrato, razón esta última por la que se ha hablado de un formalismo *ad luciditatem*, es decir, destinado a informar y, por tanto, a garantizar la autonomía de la voluntad del consumidor o, en otras palabras, la integridad de su consentimiento⁵. Este objetivo informativo de la forma contractual no constituye sin embargo un obstáculo, como veremos, para que el legislador la configure como forma sustancial o *ad solemnitatem*, es decir, como requisito de validez del contrato.

Con estos fundamentos, la forma contractual se ha convertido en una de las particularidades más notables que presenta la contratación con consumidores, en contradicción tanto con la teoría general del contrato como con las exigencias de celeridad del tráfico propias de los contratos de consumo, lo cual dio lugar hace ya tiempo a que se hablara de un “retorno” al formalismo o “renacimiento” del mismo en el Derecho contractual⁶. Ello se ha producido en realidad, más que por aplicación del mandato constitucional, al dictado de las sucesivas Directivas comunitarias surgidas en materia de consumo, que han dado lugar a la consagración normativa de supuestos muy diversos de contratos con consumidores para cuya válida celebración y consecuente eficacia jurídica es necesaria la observancia de unos requisitos de forma determinados.

Así, sin ánimo exhaustivo, son reseñables los arts. 6.1 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, LVPBM) (BOE nº 167, de 14.7.1998); art. 16.1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCC) (BOE nº 151, de 25.6.2011); art. 11.1 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (en adelante, LCAT) (BOE nº 162, de 7.7.2012); art. 98 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLCU) (BOE nº 287, de 30.11.2007), para los contratos a distancia; art. 99 TRLCU, para los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, y art. 154.1 TRLCU, para el contrato de viaje combinado.

Pues bien, la materialización legislativa de estos objetivos ha tenido que evolucionar necesariamente, y de forma muy notable, con relación a una modalidad contractual concreta, la contratación a distancia, respecto de la que se ha producido un fenómeno de generalización extraordinario. Como es sabido, esta forma de contratar no ha sido nunca desconocida para el CC, que desde su redacción originaria reguló el momento y lugar de perfección del contrato celebrado a distancia (art. 1262, párrafos segundo y tercero, CC), pero tomando por fundamento un contexto ajeno a la sociedad de consumo y a la utilización de *internet* como vía para llevar a cabo contratos a distancia⁷.

⁵ GARCÍA RUBIO, 1994, pág. 278; TORRES GARCÍA, 2002, págs. 891 y 892; ÁLVAREZ MORENO, 2016, págs. 103 y 104.

⁶ GARCÍA RUBIO, 1994, pág. 278; TORRES GARCÍA, 2002, págs. 882 y ss.

⁷ Estas normas mantuvieron su redacción primitiva hasta la modificación llevada a cabo en las mismas por Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en adelante, LSSI) (BOE nº 166, de 12.7.2002), resultado de la transposición de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, conocida como Directiva sobre comercio electrónico (DOCE nº 178, de 17.7.2000), reforma a través de la que, entre otras cosas, se modernizó la cuestión clásica del momento de perfección del contrato celebrado “entre ausentes” o *ex intervallo temporis*, es decir, con falta de simultaneidad en

Cualquier contratación efectuada entre personas distantes conlleva riesgos de diversa índole para el adquirente de bienes o servicios que han sido sintetizados en los denominados riesgos de incumplimiento o decepción, de falta de información y de falta de reflexión⁸. Pero estos riesgos se intensifican cuando quien adquiere bienes o servicios a distancia tiene la condición de consumidor, cuya especial situación de vulnerabilidad frente al empresario deriva de la conocida existencia de una asimetría negocial que justifica la articulación de remedios jurídicos diversos dirigidos a garantizar la integridad de su consentimiento: entre ellos destaca, junto con los deberes de información precontractual del empresario y el derecho de desistimiento del consumidor, el modo en que ha llevarse a cabo la formalización del contrato.

Con estos fundamentos, la formalización del contrato celebrado a distancia con consumidores constituye el objeto de este trabajo a efectos de intentar clarificar, sobre todo desde el punto de vista conceptual, algunas cuestiones que plantea el art. 98 TRLCU, "*requisitos formales de los contratos a distancia*", procedente de la importante reforma realizada por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 76, de 28.3.2014), con la finalidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE nº 304, de 22.11.2011)⁹.

La transposición de la Directiva 2011/83/UE mediante dicha Ley 3/2014 supuso una importante modificación y simplificación de la regulación de la contratación a distancia, pues trajo consigo la derogación tanto de los arts. 39 a 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM) (BOE nº 15, de 17.1.1996), que contenían un régimen desfasado de las "*ventas a distancia*", de aplicación entonces ya únicamente a las celebradas entre empresarios o profesionales en el marco del comercio minorista (disposición derogatoria única.1), como del controvertido RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regulaba la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de la contratación en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (BOE nº 313, de 31.12.1999) (disposición derogatoria única.3)¹⁰.

la emisión de las declaraciones de voluntad de oferente y aceptante, acogiendo la teoría de la recepción frente a la tradicional teoría del conocimiento por el oferente (art. 1262 párrafo segundo CC) (DÍEZ-PICAZO, 2007, págs. 368 y ss). A efectos de este trabajo, es significativo recordar tal redacción originaria del art. 1262 párrafo segundo CC, referida únicamente a la contratación epistolar: "*La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento*".

⁸ MIRANDA SERRANO, 2012, págs. 146 y 147.

⁹ El enfoque del trabajo, eminentemente dogmático, determina la dificultad de encontrar jurisprudencia relativa al mismo.

¹⁰ Con relación a esta situación normativa previa, MIRANDA SERRANO, 2012, págs. 148 y ss.

2. Caracterización legal de los contratos a distancia celebrados con consumidores

Los contratos a distancia celebrados con consumidores son definidos por el art. 92.1 TRLCU, procedente de su reforma por Ley 3/2014, como aquellos que se celebran “en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario”, siempre que se utilicen “exclusivamente” “una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo” (párrafo primero), y teniendo la consideración de “técnicas de comunicación a distancia”, “entre otras”, “el correo postal, Internet, el teléfono o el fax” (párrafo segundo).

La norma, prácticamente idéntica a la contenida en el art. 2.7) de la Directiva 2011/83/UE, pretende abarcar todos los supuestos en que la contratación entre empresario y consumidor se realiza, en el marco de un sistema organizado de contratación, sin su “presencia física simultánea”, y habiéndose utilizado “exclusivamente” una o más técnicas de comunicación a distancia tanto en la negociación como en la celebración del contrato. Pasamos a ver, por tanto, estos 3 elementos fundamentales que configuran la contratación a distancia con consumidores, sin perjuicio de las exclusiones que se recogen en el art. 93 TRLCU por razón del objeto del contrato (con, en su caso, sometimiento a un régimen específico) o de las circunstancias en que se celebra.

En primer lugar, los contratos a distancia con consumidores se configuran en el marco de un sistema organizado de contratación, a través del que el empresario ofrece sus bienes o servicios, por lo que quedan excluidos los supuestos de contratación entre empresario y consumidor que, pese a negociarse y realizarse sin su presencia física simultánea, tienen carácter ocasional por no dedicarse el empresario habitualmente a la contratación a distancia ni tener, por ello, un sistema organizado con este fin. Conforme al Preámbulo, II, Ley 3/2014, que reproduce el Considerando (20) de la Directiva 2011/83/UE, “el concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia incluye los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del empresario pero utilizado por éste, como una plataforma en línea”, y, como es lógico, “no cubre los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el empresario, sus bienes o servicios y sus datos de contacto”, pues la contratación no se realiza a través de ellas¹¹.

En segundo lugar, la inexistencia de “presencia física simultánea” de las partes contratantes se refiere a la distancia geográfica que las separa durante la negociación y celebración del contrato, a la ausencia de contacto presencial entre empresario y consumidor, con independencia de que ello conlleve que el concurso de voluntades se produzca de forma instantánea, en el momento mismo en que se emite la aceptación, o transcurra un intervalo de tiempo hasta que la pueda conocer el oferente¹².

Frente a ello, como es sabido, el concepto tradicional de contratación “entre ausentes”, utilizado para la interpretación del art. 1262 párrafo segundo CC a efectos de determinar el momento de perfección del contrato, considera relevantes con este fin sólo los supuestos de contratación en que, existiendo distancia

¹¹ Sobre el tema, SÁNCHEZ GÓMEZ, 2015a, págs. 1406 y 1407.

¹² Así, SÁNCHEZ GÓMEZ, 2015a, págs. 1402 y 1403.

física entre las partes contratantes, falta además simultaneidad en la emisión de las declaraciones de voluntad contractual, razón por la que, por ejemplo, la contratación telefónica se ha considerado tradicionalmente a estos efectos como supuesto de contratación “entre presentes” (DÍEZ-PICAZO, 2007, pág. 368).

La redacción actual del art. 1262 CC, proveniente de la LSSI, conlleva la diferenciación de dos supuestos de contratación electrónica a efectos de determinar el momento de perfección del contrato: el más frecuente, que se realiza a través de la página *web* del empresario, en el que el contrato existe “desde que se manifiesta la aceptación” a través de la activación del correspondiente “click” (art. 1262 párrafo tercero CC), y el que se realiza a través de correo electrónico ordinario, en cuyo caso la ausencia de simultaneidad en la emisión de las declaraciones de voluntad lleva a la aplicación del art. 1262 párrafo segundo CC (CARRASCO PERERA, 2010, págs. 224 y 225).

Finalmente, la configuración legal de la contratación a distancia con consumidores requiere la utilización, “*exclusivamente*”, de una o más técnicas de comunicación a distancia, tanto con relación a la oferta y negociación o tratos preliminares (fase precontractual) como en la celebración del contrato¹³. Con relación a ello, el mismo Preámbulo, II, de la Ley 3/2014, clarificó el concepto diciendo que la contratación a distancia “*abarca también las situaciones en las que el consumidor y usuario únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia*”.

Con más detalle, el Considerando (20) de la Directiva 2011/83/UE: “*La definición de contrato a distancia debe abarcar todos los casos en que los contratos se celebran entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, Internet, teléfono o fax), hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento. Dicha definición debe cubrir también las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia*”. Pero, además, “*un contrato que se negocie en el establecimiento mercantil del comerciante y acabe celebrándose a través de un medio de telecomunicación no debe considerarse un contrato a distancia. Tampoco debe considerarse un contrato a distancia el contrato que se inicie utilizando un medio de comunicación a distancia pero acabe celebrándose en el establecimiento mercantil del comerciante. Asimismo, el concepto de contrato a distancia no debe incluir las reservas que el consumidor pueda realizar a través de una técnica de comunicación a distancia para solicitar a un profesional la prestación de un servicio, como puede ser el caso de un consumidor que llame por teléfono para pedir una cita en una peluquería*”¹⁴.

¹³ La ejemplificación no exhaustiva, “entre otras”, de las técnicas de comunicación a distancia que efectúa el art. 92.1 párrafo segundo TRLCU, permite incluir junto con “*el correo postal, Internet, el teléfono o el fax*”, las ofertas que se realizan a través de mensaje de texto (sms) y por vía radiofónica o televisiva.

¹⁴ Sobre el tema, SÁNCHEZ GÓMEZ, 2015a, págs. 1404 y ss.

3. El formalismo en los contratos celebrados a distancia con consumidores.

Cuestiones previas

3.1. El cambio de paradigma: consagración del principio de equivalencia funcional entre documento escrito y soporte electrónico

En un primer momento, correspondiente a la transposición de las Directivas comunitarias en materia de consumo de los años 90, la forma contractual en los contratos con consumidores vino marcada por un común denominador: forma escrita y en tantos ejemplares como partes intervinieran en la celebración del contrato, con la finalidad de que uno de ellos quedara en poder del consumidor y facilitarle de esta manera el acceso al contenido del contrato, lo cual debía además acompañarse de un contenido mínimo o “menciones de constancia necesaria”, dirigidas igualmente a informar al consumidor sobre el contenido del contrato.

Así, de esta primera época, hay que citar los derogados arts. 3 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos Celebrados fuera del Establecimiento Mercantil (BOE nº 283, de 26.11.1991), que además decía que los contratos sometidos a su ámbito de aplicación debían acompañarse de un documento anexo de “revocación” a entregar también al consumidor en el momento de celebración del contrato, debiendo ambos ser fechados y firmados de su puño y letra; art. 6 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (BOE nº 72, de 25.3.1995); art. 4 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados (BOE nº 161, de 7.7.1995), y art. 9 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (BOE nº 300, de 16.12.1998).

En la misma línea, aun sin ser resultado de la transposición de Directivas comunitarias, el art. 60 LOCM, que exige la forma escrita, “*documento público o privado*”, para las ventas en pública subasta, y los arts. 6.1 y 7 LVPBM, de aplicación también a la contratación entre empresarios (art. 1.1 LVPBM).

Sin embargo, esta realidad se vio prácticamente de forma inmediata superada por la posibilidad de que algunos de estos contratos configurados como formales con base en la exigencia de una documentación escrita en papel se celebraran a través de técnicas de comunicación a distancia, sobre todo por vía electrónica. Como respuesta, el art. 3 del derogado RD 1906/1999, que pretendió regular la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de la contratación, estableció, bajo la rúbrica de “*confirmación documental de la contratación efectuada*”, la obligación del predisponente de enviar inmediatamente al adherente o, a más tardar, con la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato, “*justificación*” del contrato realizado “*por escrito*” o, a elección del adherente, “*en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado*”; “*justificación*” de la contratación efectuada respecto de la que además se especificaba que en ella debían constar “*todos los términos de la misma*” (número 1)¹⁵.

¹⁵ Como excepción, los supuestos de “*contratos relativos a servicios de tracto único que se ejecutan mediante el empleo de técnicas de comunicación a distancia y cuya facturación sea efectuada por un operador de tales técnicas de comunicación*” (número 2), que se denominan de comercio electrónico “directo” por producirse tanto la oferta y la aceptación como la entrega de bienes o servicios y su pago por vía electrónica (servicios de información, consultas y actualizaciones de bases de datos, revistas electrónicas, programas informáticos, etc.). (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2001, pág. 34).

Con ello se recogió por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el denominado principio de equivalencia funcional entre el documento escrito en papel y el soporte electrónico, consagrado posteriormente por el art. 23.3 LSSI: *“siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en soporte electrónico”*¹⁶. Desde este momento, la equiparación de soporte escrito y soporte electrónico implica, por tanto, la suficiencia de este último para cubrir en cualquier caso el requisito de la forma escrita, lo cual debe complementarse con el art. 3.4 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (en adelante, LFE) (BOE nº 304, de 20.12.2003), conforme al que *“la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”*.

A mayores, el art. 3.6.a) LFE establece, para los contratos que deban constar en documento público, que cuentan con la posibilidad de realizarse a través de documento electrónico: *“el documento electrónico será soporte de: a). documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, ...”*.

3.2. Antecedentes de Derecho interno: la *“justificación”* del contrato

El art. 5.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) (BOE nº 89, de 14.4.1998), vigente hasta su derogación por la citada Ley 3/2014 (disposición derogatoria única.2), de modificación del TRLCU y otras leyes complementarias, establecía, en el marco de la regulación de los requisitos de incorporación al contrato de dichas condiciones generales de la contratación, que, en los casos de contratación telefónica o electrónica, era necesaria la constancia, en los términos que se establecieran reglamentariamente, de *“la aceptación”* del adherente, consumidor o no, de todo el clausulado contractual, *“sin necesidad de firma convencional”*, debiéndosele enviar *“inmediatamente” “justificación escrita de la contratación efectuada”* en todos sus términos¹⁷.

Esta última *“justificación escrita”* del contrato que había de enviarse al adherente de forma inmediata tras la celebración del contrato no era requisito de incorporación de las condiciones generales sino de forma contractual, el cual había de complementarse con el principio de equivalencia funcional entre soporte escrito y soporte electrónico, reconocido por primera vez, según hemos visto, por el art. 3.1 del derogado RD 1906/1999, y, poco después, por el art. 23.3 LSSI.

Y decimos que el envío de la *“justificación”* del contrato realizado, en soporte papel o electrónico, no era un requisito de incorporación al contrato de las condiciones generales, pese a la rúbrica del art. 5 LCGC (*“requisitos de incorporación”*), porque debía enviarse al adherente cuando el contrato ya se había celebrado, siendo sin embargo el objetivo de los requisitos de incorporación realizar

¹⁶ Además, *“para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos”* (art. 23.2 LSSI).

¹⁷ La derogación del art. 5.4 LCGC obedeció, según el Preámbulo, III, de la Ley 3/2014, al igual que la del RD 1906/1999, a que sus disposiciones eran *“incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva”*, se entiende, de la Directiva 2011/83/UE que se transpuso a través de ella.

un control previo a dicha celebración con la finalidad de que el adherente tenga la posibilidad de conocer, antes de vincularse, el contenido del contrato¹⁸. De hecho, su desarrollo reglamentario, realizado por el citado art. 3 del RD 1906/1999, llevó la rúbrica de “*confirmación documental de la contratación efectuada*”.

Cierto es también que esta “*justificación*” del contrato tampoco casaba estrictamente con la configuración conceptual tradicional de los requisitos de forma como integrantes del momento de celebración del contrato, pues debía enviarse con posterioridad a dicha celebración, aunque fuera “*inmediatamente*”, pero téngase en cuenta que tal configuración tradicional o clásica es ajena a las actuales modalidades de contratación a distancia con consumidores, que requieren exigencias de formalización del contrato de cara a su protección: por la propia naturaleza de estas modalidades contractuales, no existe la posibilidad de cumplir los requisitos de forma en el mismo y preciso momento de celebración del contrato.

No hay duda, por otro lado, de que el envío de la “*justificación*” del contrato al adherente condicionaba su validez, pues se trataba de una norma imperativa cuyo incumplimiento determinaba la nulidad de pleno Derecho del contrato a falta de sanción distinta (art. 6.3 CC), como innecesariamente recuerda el art. 8.1 LCGC: “*serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”.

El art. 5.4 LCGC fue reproducido casi literalmente por el art. 80.1.b) párrafo segundo TRLCU, aplicable a la contratación telefónica o electrónica celebrada con consumidores y con clausulados no negociados (no necesariamente condiciones generales), también derogado por la misma Ley 3/2014, con el único añadido de que la obligación de envío al consumidor, “*inmediatamente*”, de la “*justificación*” del contrato celebrado, en todos sus términos, había de efectuarse “*por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada*”, es decir, incorporando el principio de equivalencia funcional entre soporte escrito y soporte electrónico.

La supresión de dicho párrafo segundo por la citada reforma de 2014 mejoró notablemente el art. 80.1.b) TRLCU, que actualmente ya sólo se refiere a los requisitos de incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores: “*accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. (...)*”;

¹⁸ Los objetivos del denominado “control de incorporación” al contrato de las cláusulas no negociadas suelen sintetizarse en dos: la “*cognoscibilidad*” o “*accesibilidad*” de las mismas, en el sentido de que el adherente ha de tener la posibilidad de conocer efectivamente el contenido del contrato antes de su celebración, y, en relación con lo anterior, la “*comprensibilidad*” o “*transparencia*” de dicho contenido, lo cual abarca, entre otras cosas, la necesidad de que sea legible (PÉREZ ESCOLAR, 2015, págs. 414 y ss).

Este último requisito de la “*transparencia*” es, en cuanto integrante del “control de incorporación”, previo a la celebración del contrato, y como tal debe considerarse, con independencia del juicio de abusividad sobre la cláusula contractual no transparente, causante de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, juicio de abusividad al que por este motivo no es necesario llegar. Sobre el tema, exhaustivamente, el extraordinario estudio del profesor CÁMARA LAPUENTE, 2015, págs. 557 y ss, sobre todo, 601 y ss: “la falta de transparencia, ..., tiene como consecuencia que la cláusula no supera el control de incorporación y se tiene por no puesta en el contrato; no se trata de una cláusula abusiva, ...” (pág. 606).

“accesibilidad” o puesta a disposición previa a la celebración del contrato de su clausulado que se corresponde, en el ámbito de la contratación electrónica, con lo que dispone el art. 27.4 LSSI¹⁹.

Pues bien, esta obligación de envío de la “justificación” del contrato celebrado por vía telefónica o electrónica al consumidor, en un primer momento *ex* art. 5.4 LCGC y posteriormente por aplicación del art. 80.1.b) TRLCU, se corresponde en buena medida con la actual obligación del empresario de enviar la “confirmación” del contrato celebrado por cualquier medio de comunicación a distancia establecida en el art. 98.7 TRLCU, resultado de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico del art. 8.7 de la Directiva 2011/83/UE; art. 98.7 TRLCU que, a su vez, puede considerarse que tuvo su correlativo en el también art. 98 TRLCU, “confirmación escrita de la información” (precontractual), vigente hasta la reforma del TRLCU operada por Ley 3/2014, el cual fue aplicable, eso sí, a todos los contratos con consumidores y no sólo a la contratación a distancia.

3.3. El art. 8 de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores

El art. 98 TRLCU, “requisitos formales de los contratos a distancia”, procede de la reforma realizada en este cuerpo legal por obra de la citada Ley 3/2014, cuyo principal objetivo, expresado en su disposición final quinta, fue la transposición al ordenamiento jurídico español de la también citada Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, que asumió como una de sus finalidades más relevantes el establecimiento de un nuevo marco jurídico europeo para los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil bajo un enfoque de armonización máxima (art. 4)²⁰. Esta orientación de armonización máxima se justificó por la necesidad de impulsar el comercio transfronterizo, especialmente el que se realiza vía *internet*, el cual se consideró que estaba obstaculizado por la existencia de disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros, sobre todo en materia de deberes de información del empresario y derecho de desistimiento del consumidor²¹.

¹⁹ PÉREZ ESCOLAR, 2015, págs. 427 y 428.

²⁰ Este nuevo marco jurídico se configuró de forma común para las dos modalidades contractuales en aspectos tan relevantes como la información precontractual, y ello porque en ambas concurren riesgos similares para el consumidor derivados de la celebración del contrato fuera del mercado tradicional, por lo que se ha hablado de la existencia de “identidad de razón” (MIRANDA SERRANO, 2012, pág. 146).

²¹ Así, con relación a las ventas a distancia, el Considerando (5) declaró que “no se aprovecha plenamente el potencial de las ventas a distancia transfronterizas, que debería constituir uno de los principales resultados tangibles del mercado interior”. (...). “Por tanto, la plena armonización de determinada información facilitada al consumidor y del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento contribuirá a un elevado nivel de protección de los consumidores y a un mejor funcionamiento del mercado interior entre empresas y consumidores”. En el mismo sentido, los Considerandos (6) y (7).

Sin embargo, son conocidas las críticas a este planteamiento, en el sentido de que la armonización plena no repercute precisamente en la protección del consumidor sino que está dirigida a satisfacer los intereses empresariales en el mercado interior. (PAISANT, 2011, págs. 354 y ss). Específicamente, la considera un obstáculo para el comercio electrónico, RIEFA, 2011, págs. 332 y ss: la reticencia de los consumidores a realizar compras de carácter transfronterizo no deriva de la divergencia normativa sino de otros factores relacionados con la inseguridad que ello le genera (pág. 335).

En materia de formalización del contrato a distancia, los preliminares de la Directiva 2011/83/UE carecen de alusiones que sean propiamente relativas al formalismo contractual, encontrándose más bien cuestiones relacionadas con el denominado “control de incorporación” al contrato de su clausulado que, sin embargo, se integran posteriormente, en su art. 8, “*requisitos formales de los contratos a distancia*”, y en su concordante art. 98 TRLCU, bajo la misma rúbrica.

A estos efectos, ténganse en cuenta el Considerando (38), que dijo que “*los sitios web de comercio deben indicar de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de suministro y cuáles son las modalidades de pago que se aceptan*”, y el Considerando (39), conforme al que “*es importante asegurar que, en los contratos a distancia celebrados a través de sitios web, el consumidor está en condiciones de leer y de comprender los elementos más importantes del contrato debidamente antes de efectuar el pedido. A tal efecto, la presente Directiva debe establecer que esos elementos aparezcan junto al lugar donde se solicita la confirmación requerida para efectuar el pedido. También es importante asegurar que, en dichas situaciones, el consumidor está en condiciones de determinar el momento en el que asume la obligación de pagar al comerciante. Por consiguiente, es necesario llamar específicamente la atención del consumidor, a través de una formulación inequívoca, sobre el hecho de que efectuar el pedido implica la obligación de pagar al comerciante*”.

En ambos casos, el legislador comunitario se refirió a cuestiones relacionadas con la necesidad de que el consumidor tenga la posibilidad de conocer el contenido del contrato antes de su celebración, tanto porque se le ofrezca efectivamente dicha posibilidad (“*cognoscibilidad*” o “*accesibilidad*”) como porque la información que se le pone a su disposición sea comprensible (“*comprensibilidad*” o “*transparencia*”), lo cual abarca, entre otras cosas, la necesidad de que sea legible.

De la misma forma, el art. 8 de la Directiva 2011/83/UE, “*requisitos formales de los contratos a distancia*”, mezcló, en un larguísimo precepto, cuestiones relativas a la formalización de los contratos a distancia con otras que no atañen propiamente al formalismo contractual sino a la necesidad de que la información precontractual se ponga a disposición del consumidor de forma clara y comprensible, lo cual comprende la necesidad de que sea legible, y acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas; es decir, se trata de requisitos que conciernen al denominado “control de incorporación” al contrato de su contenido, que abarca tanto la necesidad de que el consumidor tenga la posibilidad de conocerlo (“*cognoscibilidad*”) como, en relación con lo anterior, la necesidad de que esté redactado de forma clara y comprensible, lo cual incluye la legibilidad del clausulado (“*comprensibilidad*”).

Ello se formula de forma genérica en el art. 8.1 de la Directiva 2011/83/UE: “*En los contratos a distancia, el comerciante facilitará al consumidor la información exigida en el artículo 6, apartado 1, o la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles. Siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible*”.

Y, con relación a cuestiones y modalidades contractuales concretas, en el art. 8.2 (relativo a contratos electrónicos con obligación de pago, respecto de la que se incide en el deber del empresario de informar adecuadamente de su existencia al consumidor antes de que efectúe el pedido correspondiente²²), art. 8.3

²² Art. 8.2 de la Directiva 2011/83/UE: “*Si un contrato a distancia que ha de ser celebrado por medios electrónicos obliga al consumidor a pagar, el comerciante pondrá en conocimiento del consumidor de una manera clara y destacada, y justo antes de que el consumidor efectúe el pedido, la información establecida en el artículo 6, apartado 1, letras a), e), o) y p). El comerciante deberá velar por que el consumidor, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que éste implica una obligación de pago. Si la realización de un pedido se hace activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse de manera que sea fácilmente legible únicamente con la expresión «pedido con obligación*”.

(relativo a la necesidad de informar debidamente al consumidor en la contratación electrónica sobre posibles restricciones de entrega y sobre las modalidades de pago aceptadas²³), art. 8.4 (relativo al modo de facilitar la información precontractual en contratos a distancia en los que la técnica de comunicación empleada implique limitación de espacio o tiempo, como las ofertas telefónicas, a través de mensaje de texto (sms), radio o televisión²⁴), y art. 8.5 (relativo a la obligación del empresario de identificarse e indicar su objetivo comercial al inicio de la conversación cuando se trate de contratación celebrada por vía telefónica²⁵).

El mismo legislador comunitario vino a corroborar de forma implícita que tales disposiciones no atañen a lo que se entiende por formalismo contractual en sentido estricto, pese a la rúbrica del art. 8 de la Directiva 2011/83/UE, al decir en el mismo art. 8, punto 10, que *“los Estados miembros no impondrán ningún otro requisito formal de información precontractual para el cumplimiento de los requisitos de información contemplados en la presente Directiva”*. Estamos, por tanto, ante requisitos relativos al modo en que se debe proporcionar la información precontractual al consumidor, que, en la medida en que dicha información forma parte del contenido del contrato, suponen requisitos de incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas que giran en torno a las aludidas *“cognoscibilidad”* y *“comprensibilidad”* de las mismas para el consumidor, no ante exigencias formales que condicionen el momento de celebración del contrato a distancia.

La particular utilización del concepto de forma contractual por el legislador comunitario ya fue puesta de relieve por la profesora ARROYO AMAYUELAS destacando su carácter más amplio respecto a lo que atañe propiamente a la forma del negocio²⁶, y es que *“mientras que en los ordenamientos jurídicos nacionales la forma del contrato afecta a su conclusión, en el Derecho*

de pago» o una formulación correspondiente no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al comerciante. En caso contrario, el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido”.

²³ Art. 8.3 de la Directiva 2011/83/UE: *“Los sitios web de comercio deberán indicar de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas”*.

²⁴ Art. 8.4 de la Directiva 2011/83/UE: *“Si el contrato se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia en el que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados, el comerciante facilitará en ese soporte específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información precontractual sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del comerciante, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución a que se hace referencia en el artículo 6, apartado 1, letras a), b), e), h) y o). El comerciante deberá facilitar al consumidor las demás informaciones que figuran en el artículo 6, apartado 1, de una manera apropiada con arreglo al apartado 1 del presente artículo”*. Sobre el mismo, MENDOZA LOSANA, 2012, págs. 52 y 53.

²⁵ Art. 8.5 de la Directiva 2011/83/UE: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4, si el comerciante llama por teléfono al consumidor para celebrar un contrato a distancia, deberá revelar, al inicio de la conversación con el consumidor, su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objetivo comercial de la misma”*.

²⁶ ARROYO AMAYUELAS, 2008, págs. 520 y 521: en el Derecho comunitario, *“lo que se quiere significar es la presencia de la forma en toda la operación de contratación, lo que incluye el contrato y todas las obligaciones legales accesorias y complementarias de la prestación principal (art. 1258 CC), cuando éstas tengan carácter formal. Es el caso, principalmente, de la obligación de información; ... Por ello, es más correcto utilizar las expresiones «formalismo en la contratación de consumo» o «forma del proceso contractual» para englobar todo el proceso de contratación y, en su caso, precisar oportunamente cuando se quiera significar otra cosa más concreta”*.

comunitario generalmente se localiza en un estadio anterior: en las informaciones precontractuales que, en su caso, luego se incorporan como contenido contractual”²⁷.

En el caso que nos ocupa, tales requerimientos de forma contractual, entendida en sentido estricto, sólo aparecen en los arts. 8.6 y 8.7 de la Directiva 2011/83/UE. Conforme al primero, *“en caso de que un contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono, los Estados miembros podrán establecer que el comerciante ha de confirmar la oferta al consumidor, que sólo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito. Los Estados miembros podrán establecer asimismo que dichas confirmaciones han de realizarse en un soporte duradero”*. Con ello se estableció que, tratándose de contratos celebrados por vía telefónica, la celebración del contrato requiere la firma del consumidor o el envío de su acuerdo por escrito, pues sólo a partir de ese momento *“quedará vinculado”*; al tiempo, se autorizó a los Estados miembros para obligar al empresario a confirmar la oferta al consumidor y para establecer que *“dichas confirmaciones”* - se entiende, la de la oferta del empresario y la del consumidor aceptante -, se realicen a través de soporte duradero, desmarcándose así en este punto del enfoque de armonización máxima de la Directiva 2011/83/UE²⁸.

Por su parte, el art. 8.7 reguló la *“confirmación del contrato celebrado”* que tiene obligación de facilitar el empresario al consumidor ante cualquier tipo de contratación a distancia, *“en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio”*. Esta *“confirmación”* del contrato ha de incluir además un contenido mínimo: *“a) toda la información que figura en el artículo 6, apartado 1 (información precontractual), salvo si el comerciante ya ha facilitado la información al consumidor en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia, y b) cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 16, letra m)”*, es decir, en los casos de contratos de *“suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento”*.

La confirmación del contrato celebrado a distancia por parte del empresario, en soporte duradero, es un requisito con el que ha de cumplir después de su celebración, que no afecta, por tanto, al momento preciso en que se produce el concurso de voluntades. Sin embargo, conviene adelantar que, en la medida en que esta confirmación determine la validez del contrato²⁹, nos encontraremos ante un requisito que afecta efectivamente a su formalización, cuya justificación temporal es inherente a la naturaleza de la contratación a distancia, caracterizada por la

²⁷ ARROYO AMAYUELAS, 2008, pág. 526.

²⁸ Permitido por el mismo art. 4, *“nivel de armonización”*: *“Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva”*.

²⁹ Conforme al art. 23 de la Directiva 2011/83/UE, *“cumplimiento”*, número 1: *“Los Estados miembros garantizarán que existan medios adecuados y eficaces para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva”*.

existencia de distancia física entre las partes contratantes en el momento de celebración del contrato³⁰.

4. El art. 98 TRLCU, “requisitos formales de los contratos a distancia”

4.1. Introducción: información precontractual y “control de incorporación” al contrato de su contenido

El art. 98 TRLCU, resultado de la transposición al ordenamiento jurídico español del art. 8 de la Directiva 2011/83/UE, reproduce en gran medida, de forma literal, dicho art. 8. Bajo la misma rúbrica, “requisitos formales de los contratos a distancia”, contiene un conjunto de disposiciones que en su mayoría no son requisitos que afecten a la formalización del contrato a distancia, condicionando su validez y consecuente obligatoriedad en caso de no ser observados en el momento de su celebración, sino requisitos relativos a la necesidad de que la información precontractual se ponga a disposición del consumidor de forma clara y comprensible, es decir, relacionados con el llamado “control de incorporación” al contrato de las cláusulas no negociadas en la medida en que dicha información previa forme parte del contenido contractual³¹. En definitiva, los requisitos formales que afectan a la contratación a distancia sólo aparecen en los números 6 y 7 del art. 98 TRLCU, concordantes con los números 6 y 7 del art. 8 de la Directiva 2011/83/UE.

Para comenzar, la citada Ley 3/2014, de modificación del TRLCU con tal finalidad de transposición de la norma comunitaria, hizo una muy breve mención en su Preámbulo, II, a la regulación que introdujo sobre los que también calificó en sus preliminares como “requisitos formales de los contratos a distancia” pero que en realidad no lo son, pues dicha mención está referida a la novedad que supuso exigir “que los sitios web de comercio indiquen de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de suministro y cuáles son las modalidades de pago que se aceptan”, de forma idéntica al Considerando (38) de la Directiva 2011/83/UE. Más adelante, casi al final del mismo Preámbulo, II, de la Ley 3/2014, veremos cómo el legislador español se refirió ya propiamente a requisitos de formalización del contrato celebrado vía telefónica, pero en este caso sin calificarlos como tales.

Pues bien, el art. 98 TRLCU, “requisitos formales de los contratos a distancia”, reproduce en gran medida el art. 8 de la Directiva 2011/83/UE, por lo que hemos de reiterarnos en la idea de que, pese a la rúbrica del precepto, la mayoría de las normas que se incluyen no están relacionadas con el formalismo contractual sino con la necesidad de que el consumidor tenga posibilidad de conocer el contenido del contrato antes de su celebración, tanto porque se le ponga a su

³⁰ Finalmente, los arts. 8.8 y 8.9 de la Directiva 2011/83/UE no se refirieron tampoco a requisitos de formalización del contrato a distancia sino, en el primer caso, a la necesidad de que el consumidor solicite de forma expresa que los servicios de suministro de agua, gas, electricidad o calefacción comiencen durante el transcurso del plazo de desistimiento, y, en el segundo, a la aplicación de la normativa de dicho art. 8 “sin perjuicio de las disposiciones sobre la celebración de contratos por vía electrónica y la realización de pedidos por vía electrónica establecidas en los artículos 9 y 11 de la Directiva 2000/31/CE”, sobre comercio electrónico.

³¹ En el mismo sentido, SANTOS MORÓN, 2017, págs. 662 y ss.

disposición (“cognoscibilidad” o “accesibilidad”) como porque sea comprensible (“comprensibilidad” o “transparencia”), lo cual abarca la necesidad de que sea legible y de que ello se realice de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas; es decir, se trata de requisitos que conciernen al denominado “control de incorporación” al contrato de su contenido, previo a su celebración³², y no a la forma contractual, que afecta a la perfección del contrato.

Así, ello se formula de forma genérica en el art. 98.1 TRLCU, trasunto del art. 8.1 de la Directiva 2011/83/UE, cuyas únicas diferencias son las menciones relativas a la lengua en que se debe facilitar la información precontractual y al respeto del principio de buena fe y de los principios de protección de las personas que carezcan de capacidad para contratar: *“En los contratos a distancia, el empresario facilitará al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o bien, en la lengua elegida para la contratación, y, al menos, en castellano, la información exigida en el artículo 97.1 (información precontractual) o la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar. Siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible”*³³, legibilidad que presupone que la puesta a disposición de la información en soporte duradero ha de realizarse de forma escrita³⁴.

Seguidamente, se regulan cuestiones que afectan a modalidades concretas de contratación a distancia con la misma finalidad de que el consumidor tenga posibilidad de conocerlas antes de la celebración del contrato, las cuales, por haber sido ya suficientemente estudiadas y además exceder de los objetivos de este trabajo, nos limitamos a reseñar: art. 98.2 TRLCU (prácticamente idéntico al art. 8.2 de la Directiva 2011/83/UE), sobre la obligación del empresario de informar adecuadamente al consumidor de la existencia de una obligación de pago en la contratación electrónica³⁵; art. 98.3 TRLCU (idéntico al art. 8.3

³² Recordamos que los requisitos generales que conforman este “control de incorporación” al contrato en nuestro ordenamiento jurídico se deducen actualmente del art. 5.1, 3 y 5 LCGC, para los contratos con condiciones generales de la contratación, y del art. 80.1.a) y b) TRLCU, para la contratación de consumo, entre empresario y consumidor, cuyo contenido sea cualquier tipo de cláusula no negociada. Para su análisis, me remito a PÉREZ ESCOLAR, 2015, págs. 418 y ss.

³³ Conforme al art. 59 bis 1.f) TRLCU, procedente también de la Ley 3/2014 y concordante con el Considerando (23) de la Directiva 2011/83/UE, tiene la consideración de “soporte duradero”, *“todo instrumento que permita al consumidor y usuario y al empresario almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción. Entre otros, tiene la consideración de soporte duradero, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS”*. Ahora bien, este concepto debe integrarse con la normativa comunitaria que exige que el soporte duradero mantenga la información inalterable, cuestión importante que determina por este motivo que no tengan la consideración de soporte duradero las páginas *web* del empresario. (DÍEZ GARCÍA, 2014, págs. 221 y ss; SANTOS MORÓN, 2017, págs. 666 y 667).

³⁴ Para un análisis detallado de este precepto, DÍEZ GARCÍA, 2014, págs. 163 y ss; SÁNCHEZ GÓMEZ, 2015b, págs. 1487 y ss.

³⁵ Art. 98.2 TRLCU: *“Si un contrato a distancia que ha de ser celebrado por medios electrónicos implica obligaciones de pago para el consumidor y usuario, el empresario pondrá en conocimiento de éste de una manera clara y destacada, y justo antes de que efectúe el pedido, la información establecida en el artículo 97.1.a), e), p) y q).*

El empresario deberá velar por que el consumidor y usuario, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que éste implica una obligación de pago. Si la realización de un pedido se hace activando un botón o una función similar, el

de la Directiva 2011/83/UE), sobre la obligación del empresario de informar en la contratación electrónica acerca de si existen restricciones de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas³⁶; art. 98.4 TRLCU (prácticamente idéntico al art. 8.4 de la Directiva 2011/83/UE), sobre el modo de facilitar la información precontractual en contratos a distancia en los que la técnica de comunicación implique limitación de espacio o tiempo [oferta telefónica, a través de mensaje de texto (sms), radio o televisión]³⁷, y art. 98.5 TRLCU (prácticamente idéntico al art. 8.5 de la Directiva 2011/83/UE y reiteración del art. 96.2 TRLCU), sobre la obligación del empresario de identificarse e indicar su objetivo comercial al inicio de la conversación cuando se trate de contratación por vía telefónica³⁸.

Recordemos que el art. 8.10 de la Directiva 2011/83/UE vino a reconocer de forma implícita que estas normas no constituyen requisitos que afecten propiamente a la formalización del contrato al decir que *“los Estados miembros no impondrán ningún otro requisito formal de información precontractual para el cumplimiento de los requisitos de información contemplados en la presente Directiva”*. Se trata, efectivamente, de requisitos que atañen al modo, a la forma, en que se debe proporcionar la información precontractual³⁹, que, en la medida en que integre el contenido del contrato (art. 97.5 TRLCU), serán requisitos conformantes del “control de incorporación” al contrato de su clausulado con la finalidad de que el consumidor tenga posibilidad de conocerlo antes de su celebración⁴⁰.

Finalmente, los arts. 98.8 y 98.9 TRLCU tampoco contienen requisitos de formalización del contrato a distancia. En primer lugar, el art. 98.8 TRLCU establece, a semejanza del art. 8.8 de la Directiva 2011/83/UE, la necesidad de que el consumidor solicite de forma expresa el inicio de los servicios de

botón o la función similar deberán etiquetarse, de manera que sea fácilmente legible, únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación análoga no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al empresario. En caso contrario, el consumidor y usuario no quedará obligado por el contrato o pedido”. Sobre el mismo, Díez GARCÍA, 2014, págs. 200 y ss; SÁNCHEZ GÓMEZ, 2015b, págs. 1491 y 1492.

³⁶ Art. 98.3 TRLCU: *“Los sitios web de comercio deberán indicar de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas”*. Igualmente, para su análisis detallado, Díez GARCÍA, 2014, págs. 203 y ss; SÁNCHEZ GÓMEZ, 2015b, pág. 1493.

³⁷ Art. 98.4 TRLCU: *“Si el contrato se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia en la que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados, el empresario facilitará en ese soporte específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información precontractual sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución, tal como se refiere en el artículo 97.1. a), b), e), i) y p). El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario las demás informaciones que figuran en el artículo 97 de una manera apropiada con arreglo al apartado 1”*. Para un análisis del mismo, Díez GARCÍA, 2014, págs. 195 y ss; SÁNCHEZ GÓMEZ, 2015b, págs. 1493 y ss.

³⁸ Art. 98.5 TRLCU: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 si el empresario llama por teléfono al consumidor y usuario para celebrar un contrato a distancia, deberá revelar, al inicio de la conversación, su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objeto comercial de la misma”*.

³⁹ En este sentido, SÁNCHEZ GÓMEZ, 2015b, pág. 1486, considera que quizás hubiera sido más adecuado utilizar la expresión de “requisitos formales para el cumplimiento de los requisitos de información”.

⁴⁰ Conforme al art. 97.5 TRLCU, *“la información a que se refiere el apartado 1 formará parte integrante del contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario. Corresponderá al empresario probar el correcto cumplimiento de sus deberes informativos y, en su caso, el pacto expreso del contenido de la información facilitada antes de la celebración del contrato”*. Sobre las consecuencias que de ello se derivan, Díez GARCÍA, 2014, págs. 184 y ss.

suministro de agua, gas, electricidad o calefacción mediante sistemas urbanos durante el transcurso del plazo de desistimiento.

Por su parte, el art. 98.9 TRLCU atribuye al empresario la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 98 TRLCU al tiempo que le obliga a adoptar *“las medidas adecuadas y eficaces que le permitan identificar inequívocamente al consumidor y usuario con el que celebra el contrato”*, medidas que habitualmente se concretan, tanto en la contratación electrónica como, según veremos, en la aceptación de la oferta telefónica, en los accesos privados que el consumidor tiene que realizar a las páginas *web* del empresario adoptándose como *“usuario”* su correo electrónico.

4.2. Art. 98.6 TRLCU: especialidades de la contratación telefónica con consumidores

Al final del citado Preámbulo, II, de la Ley 3/2014, el legislador español se refirió a la casi única normativa que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico con la reforma del TRLCU que puede considerarse relativa propiamente al formalismo en la contratación a distancia, aplicable en concreto a la celebrada vía telefónica, y como transposición del art. 8.6 de la Directiva 2011/83/UE. Ello se hace de forma asistemática, al margen de los que al principio de dicho punto II califica de *“requisitos formales de los contratos a distancia”*, que, en realidad, como hemos visto, no lo son, pues en ese lugar únicamente se habla de la novedad que supone exigir que los sitios *web* de comercio indiquen de forma clara y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si es posible que existan restricciones de suministro y cuáles son las modalidades de pago aceptadas.

Pues bien, con relación a la llamada contratación telefónica, el legislador español declaró en el lugar citado que *“el consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, en papel o mediante correo electrónico, fax o sms”*. Además, se dijo que el empresario también ha de *“confirmar”* esta oferta al consumidor antes de la celebración del contrato *“por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera”*, cuestión esta última con la que se anunció la opción legislativa que supuso incorporar dicho art. 8.6 del modo más favorable para el consumidor, pues, como hemos visto, esta norma se desmarcó del enfoque de armonización máxima de la Directiva estableciendo que *“en caso de que un contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono, los Estados miembros podrán establecer que el comerciante ha de confirmar la oferta al consumidor”* y que *“dichas confirmaciones”*, la de la oferta del empresario y la del consumidor aceptante, *“han de realizarse en un soporte duradero”*.

Como trasunto de lo anterior, el art. 98.6 TRLCU declara que, *“en aquellos casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms”*.

Con ello, el legislador español optó efectivamente por la opción más protectora del consumidor al establecer como obligación del empresario la de confirmar la oferta de contratación, *“por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera”*, cuestión respecto de la que el

art. 8.6 de la Directiva 2011/83/UE únicamente autorizaba a los Estados miembros para proceder en este sentido, desmarcándose en este punto de su propio objetivo de armonización máxima. Ello supone en la práctica que, en la mayoría de los casos, el empresario cumplirá con esta obligación enviando al consumidor un correo electrónico con la confirmación de la oferta de contratación que haya realizado previamente por vía telefónica.

Por otro lado, el art. 98.6 TRLCU es claro, al igual que el art. 8.6 de la Directiva 2011/83/UE, al establecer que el consumidor “*sólo quedará vinculado*” en esta modalidad de contratación a distancia cuando se produzca la aceptación de la oferta mediante firma o envío de su acuerdo por escrito, envío que podrá realizarse igualmente a través de cualquier soporte de naturaleza duradera, conforme autorizó también la norma comunitaria, pues los que se ejemplifican a estos efectos (papel, correo electrónico, fax o sms), lo son “*entre otros medios*”, es decir, con carácter no exhaustivo. Por tanto, ello entendemos que incluye la posibilidad de aceptación de la oferta, utilizada en la práctica por los empresarios, a través de su página *web* tras la creación de un acceso privado a la misma por parte del consumidor, de modo que se pone a su disposición con esta finalidad de aceptación el clausulado contractual en su totalidad y en los términos expuestos, que telefónicamente sólo se ha señalado en sus aspectos más relevantes.

Así, aunque que el consumidor haya aceptado previamente la oferta vía telefónica, o la mayoría de las veces sólo parte de la misma⁴¹, no queda vinculado y, por tanto, el contrato no existe ni despliega su eficacia y obligatoriedad, hasta que realice posteriormente la aceptación de todo el clausulado contractual mediante firma o envío de su acuerdo por cualquier soporte de naturaleza duradera, que se configuran por ello como requisitos formales de esta modalidad de contratación⁴², e impiden, en definitiva, la previa celebración del contrato vía telefónica. Ello entendemos que responde al objetivo de evitar que la celebración del contrato se produzca a través de una conversación en la que el consumidor es más que probable que actúe de forma no enteramente reflexiva dada la inmediatez que la caracteriza y la afectación de su voluntad por técnicas comerciales agresivas, marcadas por la precipitación con que se suministra la información precontractual⁴³.

⁴¹ Recuérdese el citado art. 98.4 TRLCU, aplicable a los supuestos en que la técnica de comunicación a distancia implique una limitación de espacio o tiempo, como sería el caso de la vía telefónica, para facilitar la información precontractual, en cuyo caso el empresario ve también limitadas sus obligaciones de información en ese momento previo a la celebración del contrato a lo relativo a las “*características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución, tal como se refiere en el artículo 97.1. a), b), e), i) y p)*”, debiendo facilitar el resto de informaciones del art. 97 TRLCU “*de una manera apropiada*” conforme al art. 98.1 TRLCU.

⁴² ÁLVAREZ MORENO, 2016, pág. 104.

⁴³ Así, ARROYO SAN JOSÉ, 2017, pág. 303, nota 27.

Pese a ello, la crítica doctrinal que se ha manifestado en el sentido de que se reduce la vía telefónica a ser fuente de información o publicidad, sin admitirla como técnica de perfección del contrato (MENDOZA LOSANA, 2012, pág. 51, con relación al art. 8.6 de la Directiva 2011/83/UE: “Esto resulta muy extraño en la práctica habitual de algunos sectores en los que está asentada la contratación telefónica e incluso el comienzo de la prestación del servicio de forma inmediata a la celebración del contrato (ej. telecomunicaciones, seguros), ...”). En el mismo sentido, DÍEZ GARCÍA, 2014, págs. 212 y ss; SÁNCHEZ GÓMEZ, 2015b, págs. 1496 y 1497; SANTOS MORÓN, 2017, págs. 669 y 670.

4.3. Art. 98.7 TRLCU: “confirmación” del contrato de consumo celebrado a distancia, invalidez y forma contractual

El formalismo que afecta a la contratación a distancia con consumidores abarca en la actualidad, con fundamento en el art. 8.7 de la Directiva 2011/83/UE, la obligación del empresario de confirmar por escrito el contrato celebrado por cualquier medio de comunicación a distancia. El contrato puede haber sido celebrado, por tanto, de muy diversas formas en utilización de dichas técnicas de comunicación a distancia, salvo en el caso de la contratación que se inicia vía telefónica (art. 98.6 TRLCU), debiendo el empresario confirmarlo posteriormente y en todo caso al consumidor con la finalidad de que tenga una justificación del mismo.

A estos efectos, el art. 98.7 TRLCU declara, con total fidelidad a la norma comunitaria, que *“el empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio”,* debiendo incluir tal confirmación: *“a). Toda la información que figura en el artículo 97.1 (información precontractual), salvo si el empresario ya ha facilitado la información al consumidor y usuario en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia, y, b). Cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 103.m)”,* que se refiere a contratos de *“suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento”*⁴⁴.

Con carácter general para la contratación con consumidores, el art. 63 TRLCU, *“confirmación documental de la contratación realizada”,* dispone en su número 1 que, *“en los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación”.*

⁴⁴ Con anterioridad a la reforma del TRLCU operada por Ley 3/2014, el art. 98 TRLCU, bajo la rúbrica de *“confirmación escrita de la información”,* aplicable a todos los contratos con consumidores, decía: *“1. Antes de la ejecución del contrato deberá facilitarse al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o, en su caso, en la lengua elegida para la contratación, la siguiente información: a). La información prevista en el artículo anterior (información precontractual). b). La dirección del establecimiento del empresario donde el consumidor y usuario pueda presentar sus reclamaciones. c). La información relativa a los servicios de asistencia técnica u otros servicios postventa y a las garantías existentes. d). Las condiciones para la denuncia del contrato, en caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año. 2. La información a que se refiere el apartado anterior deberá facilitarse por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera, adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada. 3. No será exigible lo dispuesto en este artículo a los contratos relativos a servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia que se presten de una sola vez, cuya facturación sea efectuada por el operador de la técnica de comunicación. No obstante, el consumidor y usuario, en cualquier caso, deberá estar en condiciones de conocer la dirección geográfica del establecimiento del empresario donde pueda presentar sus reclamaciones”.* Su análisis comparativo con relación al actual art. 98.7 TRLCU ha sido realizado por SANTOS MORÓN, 2017, págs. 665 y ss.

La confirmación del contrato celebrado a distancia debe incluir, por tanto, la información precontractual del art. 97.1 TRLCU, salvo que se le haya facilitado al consumidor antes de su celebración en soporte duradero, en cuyo caso integra el contenido del contrato (art. 97.5 TRLCU) y, consecuentemente, no se considera necesaria su reiteración⁴⁵. Ciertamente, el tema del formalismo en la contratación con consumidores está íntimamente relacionado con los deberes de información previa del empresario, aplicación del principio de buena fe en la fase precontractual cuyo objetivo es facilitar el conocimiento del contenido del contrato por el consumidor con carácter previo a su celebración⁴⁶, estando el formalismo destinado a la consecución del mismo fin pero en un momento posterior y, en conexión con ello, a proporcionarle un medio de prueba de la celebración y contenido del contrato. Por estas razones, la obligación del empresario de facilitar dicho contenido del contrato al consumidor con posterioridad a su celebración se ha conceptualizado como deber de información “postcontractual”⁴⁷, sin perjuicio de sus importantes objetivos probatorios, pues permite dotar al consumidor de un documento contractual auténtico⁴⁸.

Entendemos por ello que es importante determinar si esta “confirmación” o justificación del contrato constituye realmente un requisito formal de la contratación a distancia de consumo, y, si lo fuera, con qué alcance, teniendo en cuenta que se trata de una obligación que ha de cumplirse después de que se produzca el concurso de voluntades entre las partes contratantes. En relación con ello, recordamos de nuevo el art. 1262 párrafo tercero CC, aplicable a los casos más frecuentes de contratación a distancia, los que se realizan a través de la página *web* del empresario, conforme al que el contrato existe “desde que se manifiesta la aceptación” a través de la activación del correspondiente “click”.

La clarificación de esta cuestión va indisolublemente unida a las consecuencias jurídicas que el legislador anuda al incumplimiento de la obligación de confirmación: así, conforme al art. 100.1 TRLCU, aplicable también a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil respecto de los que se incumpla lo previsto en el art. 99.2 TRLCU, el contrato celebrado a distancia “sin que se haya facilitado al consumidor y usuario (...) la confirmación del mismo”, conforme al art. 98.7 TRLCU, “podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o excepción”. Es más, el art. 100.2 TRLCU contempla incluso la extraña posibilidad de que sea el empresario el que solicite la anulación del contrato cuando “el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario”,

⁴⁵ SANTOS MORÓN, 2017, pág. 668.

⁴⁶ Con relación a la contratación a distancia, los deberes de información previa del empresario tienen como fundamento el desequilibrio informativo que se produce en perjuicio del adquirente de bienes o servicios como consecuencia de que contrata únicamente sobre la base de la presentación comercial realizada por dicho empresario, es decir, con total ausencia de conocimiento directo sobre tales bienes o servicios (MIRANDA SERRANO, 2012, pág. 157).

⁴⁷ MIRANDA SERRANO, 2012, págs. 158 y ss, con relación al anterior art. 98 TRLCU.

⁴⁸ DÍEZ GARCÍA, 2014, págs. 216, 220 y 221, 227; SÁNCHEZ GÓMEZ, 2015b, pág. 1499.

En esta línea, el art. 222-3 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña (en adelante, CCCat) (BOE nº 196, de 13.8.2010), bajo la rúbrica de “documentación contractual” y en sede de contratación a distancia: “El empresario o empresaria debe entregar a la persona consumidora toda la documentación acreditativa del contrato y del pago, ...”.

es decir, cuando la no confirmación del contrato tenga por causa la actitud obstruccionista del consumidor⁴⁹, asumiendo en cualquier caso el empresario la carga de la prueba con respecto al cumplimiento de esta obligación de confirmación (art. 100.3 TRLCU)⁵⁰.

Por tanto, si la ausencia de confirmación del contrato da lugar a que sea inválido determinando la posibilidad de impugnarlo, habremos de concluir con que el legislador lo configura como requisito necesario para su completa formación, aunque sea con posterioridad al estricto momento en que se produce el concurso de voluntades, y, consecuentemente, lo configura como requisito formal de carácter sustancial⁵¹. Podemos recordar en este momento las palabras del profesor Luis Díez-PICAZO con las que iniciamos este trabajo: la forma del contrato alude a “un conjunto de solemnidades exteriores que son consideradas como un necesario vehículo de expresión de la voluntad contractual, la cual debe quedar exteriormente revestida con ellas con el fin de que alcance plena validez y eficacia jurídica”⁵². Conforme a ello, la confirmación del contrato de consumo celebrado a distancia habría de considerarse un “revestimiento” de la voluntad contractual exigido por el legislador (art. 98.7 TRLCU), que, conforme al art. 100 TRLCU, condiciona la validez y eficacia del contrato.

Tal configuración legislativa se aparta, obviamente, de la dogmática clásica sobre forma contractual, que concibe los requisitos formales como condicionantes del momento en que se produce el concurso de voluntades entre las partes contratantes, no de uno posterior, lo cual ha

⁴⁹ Díez GARCÍA, 2014, págs. 219 y 220; ÁLVAREZ LATA, 2015, págs. 1519 y 1520.

⁵⁰ Ello ha supuesto extender la antigua sanción de anulabilidad por incumplimiento de la forma escrita en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (arts. 111 y 112 TRLCU previos a la reforma por Ley 3/2014) a los contratos a distancia respecto de los que no se cumpla, por una u otra causa, la obligación de confirmar, a lo cual entendemos que habilitaba el citado art. 23 de la Directiva 2011/83/UE, “cumplimiento”, número 1: “Los Estados miembros garantizarán que existan medios adecuados y eficaces para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva”.

Tal modalidad de invalidez, la anulabilidad, ya se encontraba por ello asentada como posibilidad de sanción ante el incumplimiento de requisitos formales en los contratos, frente a la tesis tradicional sustentadora de la nulidad absoluta o de pleno derecho. Así, GARCÍA RUBIO, 1994, págs. 285 y 286: dado que nuestro Derecho carece de una sanción común a todas las deficiencias formales, “cualquier tipo de invalidez que la ley apareje a determinada carencia de forma es, desde el punto de vista técnico, igualmente correcta”, a lo cual se suma la adecuación de la anulabilidad como sanción configurada para la defensa de intereses privados, en este caso, del consumidor (GARCÍA RUBIO, 1994, pág. 286; CARRASCO PERERA, 2010, págs. 667 y ss; ÁLVAREZ LATA, 2015, pág. 1514).

Pese a ello, es conocida la política no uniforme del legislador a este respecto, que no fue corregida con la promulgación del TRLCU. En este sentido, la crítica doctrinal (PÉREZ ESCOLAR, 2010, págs. 30 y 31; ÁLVAREZ LATA, 2015, págs. 1514 y 1515).

⁵¹ Si la confirmación del contrato no fuera requisito de forma sustancial o *ad solemnitatem* sería válido sin su cumplimiento. En este sentido se lo plantea Díez GARCÍA, 2014, pág. 155: “... , puesto que esa forma no da lugar al negocio - que con la dicción del art. 100 TRLGDCU parece que puede ya existir o preexistir -, acaso pueda dudarse del carácter formal o solemne que han adquirido los contratos a distancia o celebrados fuera de establecimiento, salvo que se entienda que ese presupuesto de tipo formal se ha de erigir en un requisito añadido a los demás requisitos esenciales (a modo de una *conditio iuris*) al que se supedita la misma validez del negocio; adquiriendo entonces una especie de valor constitutivo”. También, SÁNCHEZ GÓMEZ, 2015b, pág. 1499, dice que la confirmación se puede considerar “un requisito para la perfección del contrato”.

⁵² Díez-PICAZO, 2007, págs. 287 y 288.

puesto de manifiesto la doctrina⁵³. En consecuencia, se cuestiona esta sanción de anulabilidad del contrato celebrado a distancia, “*previamente perfeccionado*”, respecto del que no se ha cumplido la obligación de confirmar, si bien al tiempo se reconoce como solución de cara a la protección del consumidor, mucho más ventajosa, desde luego, que la posibilidad de ejercicio de una acción *ex art. 1279 CC* para pedir al empresario el cumplimiento de la obligación de confirmar⁵⁴, y, a mayores, dotada de un importante efecto disuasorio o preventivo de cara a la protección del consumidor.

Sin embargo, siendo cierto que, en la contratación a distancia de consumo, el concurso de voluntades de las partes contratantes se produce, de formas diversas (salvo *ex art. 98.6 TRLCU*), con anterioridad a su confirmación, también lo es que ésta constituye algo más que el cumplimiento de una obligación posterior de informar y también algo más que el otorgamiento de un medio de prueba al consumidor de la celebración y contenido del contrato: conforme al art. 100 TRLCU, condiciona su completa formación, determina la conclusión de su *iter* formativo, posterior al concreto momento en que se produce dicho concurso de voluntades, pues en otro caso la ley dice que es inválido. Ello puede resultar sorprendente o, incluso, inadecuado, si partimos también de un fundamento conceptual de la confirmación del contrato como obligación accesoria de finalidad probatoria, pero la realidad es que, en este caso concreto, el legislador ha ido más allá situándola en el terreno de la invalidez y, por tanto, de la formación del contrato⁵⁵.

Puede afirmarse por ello que la ausencia de confirmación por parte del empresario antes de que se produzca la entrega de los bienes o el inicio de la ejecución del servicio (art. 98.7 TRLCU) determina que nos encontremos ante un negocio jurídico incompleto o imperfecto⁵⁶, que se convierte a partir de ese momento de entrega de los bienes o comienzo de ejecución del servicio sin confirmación en un contrato contrario a Derecho por incumplimiento de requisitos formales sometido al régimen jurídico de la anulabilidad (art. 100 TRLCU).

El legislador español ha continuado por la senda de la anulabilidad ante la contravención de la norma, sanción consagrada desde hace tiempo, como hemos visto, como la más protectora del consumidor frente al incumplimiento de requisitos de forma, aunque también cabe traer a colación que la anulabilidad es una sanción vinculada al régimen de vicios del consentimiento (arts. 1300 y ss CC), cuestión cuyo paralelismo con este caso encontramos en el hecho de que, si

⁵³ Así, la profesora SANTOS MORÓN, 2017, págs. 664 y 665, dice que “si en la dogmática tradicional la noción de “forma contractual” se refiere al modo en que las partes emiten sus declaraciones de oferta y aceptación - de manera que, cuando la ley exige que un contrato conste en una determinada forma ello implica que las declaraciones de voluntad de las partes han de haberse exteriorizado en la forma prescrita en la ley - en el Derecho de consumo no ocurre así. En muchas ocasiones, (...), la “forma” exigida por la ley, es o puede ser posterior a la celebración del contrato. Es decir, las partes pueden haber emitido sus declaraciones de voluntad de cualquier modo, quedando, por tanto el contrato válidamente concluido, con independencia de la obligación, por parte del empresario, de entregar con posterioridad algún tipo de documentación”.

⁵⁴ SANTOS MORÓN, 2017, págs. 662, 665 y, sobre todo, 673 y ss.

⁵⁵ En esta línea, ÁLVAREZ LATA, 2015, págs. 1516 y ss; como dice esta misma autora, pág. 1514: “el incumplimiento de la forma, cuando ésta es esencial, entra en el terreno de la invalidez o de la nulidad (en sentido amplio), pudiendo ésta ser automática o provocada”.

⁵⁶ Sobre el contrato como negocio jurídico incompleto, CARRASCO PERERA, 2010, págs. 653 y ss.

bien la confirmación no garantiza la integridad del consentimiento del consumidor, que ya ha otorgado con anterioridad, le proporciona un instrumento para conocer *a posteriori* el contenido el contrato y decidir si, tratándose de compraventas, ejercita el derecho de desistimiento (arts. 102 a 108 TRLCU), con lo cual en este sentido también se vincula con la correcta formación del consentimiento contractual⁵⁷.

En caso de que el incumplimiento del empresario afecte a la obligación de informar sobre la existencia de derecho de desistimiento, hay que contar con la sanción específica que supone la ampliación del plazo para su ejercicio a 12 meses tras la expiración del periodo de desistimiento inicial, salvo que el deber de información se cumpla en tales 12 meses, en cuyo caso el consumidor dispondrá de 14 días naturales para desistir a partir de ese momento (art. 105 TRLCU).

Por su parte, el incumplimiento de la obligación de informar sobre la existencia de gastos adicionales o costes de devolución da lugar a que el consumidor no quede obligado a pagarlos (art. 97.6 TRLCU).

A mayores, constituye infracción administrativa “*el incumplimiento de las obligaciones que la regulación de contratos celebrados a distancia impone en materia de información y documentación que se debe suministrar al consumidor y usuario, ...*” [art. 49.2.b) TRLCU].

Por contra, el anterior art. 98 TRLCU, “*confirmación escrita de la información*” (precontractual), sólo contaba con esta sanción administrativa, y, en su caso, con la ampliación del plazo para ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor a 3 meses conforme al art. 71.3 TRLCU en su versión anterior a la reforma operada por Ley 3/2014.

Por otro lado, no se puede obviar la justificación temporal de este requisito de confirmación, posterior al momento de celebración del contrato, pues es inherente a la naturaleza de la contratación a distancia, en la que existe distancia física entre empresario y consumidor (art. 92.1 TRLCU)⁵⁸. Además, aunque en teoría la confirmación haya de realizarse en un “*plazo razonable*” desde la celebración del contrato o, a más tardar, en el momento de entrega de los bienes o comienzo de ejecución del servicio, en la práctica nos encontramos con que, en la contratación electrónica, que es la modalidad de contratación a distancia más generalizada en la actualidad, el envío de la confirmación del contrato se produce en la inmensa mayoría de los casos con carácter inmediato tras su celebración, de modo que, siendo tan corto el lapso temporal que transcurre entre dicha celebración del contrato y el envío de su confirmación, habría que considerar que, en estos casos, forma parte del mismo momento en que se produce el concurso de voluntades entre las partes contratantes.

⁵⁷ En los contratos de compraventa, el cómputo del plazo de los 14 días naturales de que dispone el consumidor para desistir comienza a partir de la entrega de los bienes [art. 104.b) TRLCU], debiendo la confirmación producirse, “*a más tardar*” en el mismo momento de entrega de los mismos (art. 98.7 TRLCU). Por el contrario, en los contratos de servicios, el cómputo del plazo para ejercicio del derecho de desistimiento comienza el día de la celebración del contrato [art. 104.a) TRLCU], pudiendo sin embargo producirse su confirmación en un momento posterior, en concreto, cabe realizarse hasta el mismo momento en que comience la ejecución del servicio (art. 98.7 TRLCU).

⁵⁸ Cabe traer a colación en este momento las palabras de la profesora GARCÍA RUBIO, 2017, pág. 44, aplicando al Derecho la idea de la “modernidad líquida”: “El Derecho, que durante mucho tiempo se ha visto como un conjunto de normas que, al menos como aspiración, pretende la racionalidad y la coherencia y cuya eficacia está salvaguardada por el poder coactivo del Estado, se ha convertido también en algo fluido, líquido, amorfo, que se adapta a las circunstancias y que ya no es freno y garantía de valores superiores, sino vehículo de intereses contingentes que fluyen de manera constante, mutándose y amoldándose de manera imprevisible a los cambios continuos de circunstancias igualmente mudables”.

Como reflexión final y *de lege ferenda*, cabe plantearse la posibilidad de que, ante el incumplimiento por el empresario de la obligación de confirmar el contrato de consumo celebrado a distancia, se conceda al consumidor una ampliación del plazo para desistir, a mayores de la sanción de anulabilidad, pues ello no le obligaría a participar en un proceso judicial para desvincularse del negocio, por vía de acción o de excepción ante la reclamación del empresario (art. 100.1 TRLCU).

Cierto es que esta última vía de excepción es mucho más favorable para el consumidor que la que le obliga interponer la demanda judicial, y en este sentido ha sido aplaudida por la doctrina, pues a través de ella simplemente ha de oponerse a la acción de cumplimiento ejercitada por el empresario alegando el incumplimiento de la obligación de confirmar, respecto de la que además el empresario tiene la carga de la prueba (art. 100.3 TRLCU)⁵⁹, pero una ampliación del plazo para ejercitar el derecho de desistimiento, en tanto no se produjera la confirmación del contrato, le permitiría desvincularse cómodamente del mismo ante el incumplimiento de una obligación del empresario tan importante para la contratación a distancia como es la de confirmar el contrato celebrado⁶⁰.

4.4. Especialidades de la contratación electrónica con consumidores

El art. 98.10 TRLCU, semejante al art. 8.9 de la Directiva 2011/83/UE, declara la compatibilidad del art. 98 TRLCU con *“las disposiciones sobre la celebración de contratos y la realización de pedidos por vía electrónica establecidas en la Ley 34/2002, de 11 de julio”*, resultado de la transposición de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, lo cual debe entenderse con relación a sus arts. 19 a 22, *“comunicaciones comerciales por vía electrónica”*, y, sobre todo, 23 a 29, *“contratación por vía electrónica”*⁶¹.

En el mismo sentido, el art. 94 TRLCU, *“comunicaciones comerciales y contratación electrónica”*: *“En las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica y en la contratación a distancia de bienes o servicios por medios electrónicos, se aplicará además de lo dispuesto en este título, la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”* (párrafo primero). Ahora bien, *“cuando lo dispuesto en este título entre en contradicción con el contenido de la normativa específica*

⁵⁹ SANTOS MORÓN, 2017, pág. 677.

⁶⁰ En este sentido, DÍEZ GARCÍA, 2014, págs. 218 y 221.

⁶¹ La articulación de las relaciones entre la Directiva 2011/83/UE y la Directiva 2000/31/CE, y normas que de ella se derivan, obliga a tener también en cuenta, por un lado, el art. 3.2 de la Directiva 2011/83/UE: *“Si las disposiciones de la presente Directiva entraran en conflicto con una disposición de otro acto de la Unión que regule sectores específicos, la disposición del otro acto de la Unión prevalecerá y será de aplicación a dichos sectores específicos”*, como sería el caso de la normativa sobre contratación electrónica.

De otra parte, el art. 6.8 de la Directiva 2011/83/UE estableció que *“los requisitos de información establecidos en la presente Directiva se entenderán como adicionales a los requisitos que figuran en la Directiva 2006/123/CE y en la Directiva 2000/31/CE y no impedirán que los Estados miembros puedan imponer requisitos de información adicionales de conformidad con estas Directivas”*. Ahora bien, *“sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo, si una disposición de la Directiva 2006/123/CE o de la Directiva 2000/31/CE relativa al contenido o al modo en que debe proporcionarse la información entrara en conflicto con alguna disposición de la presente Directiva, prevalecerá la disposición de la presente Directiva”*. Sobre el tema, MENDOZA LOSANA, 2012, págs. 53 y ss.

sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, ésta será de aplicación preferente, salvo lo previsto en el artículo 97.7, párrafo segundo, sobre información precontractual” (párrafo segundo).

A este respecto, hay que destacar en primer lugar el citado art. 27.4 LSSI, que establece la obligación del empresario de poner a disposición del adherente, consumidor o no, las condiciones generales del contrato antes de su celebración y de forma que puedan ser “almacenadas y reproducidas”, de forma, por tanto, inalterada, por dicho adherente, lo cual de ordinario se realiza a través de medios que se habilitan en la correspondiente página *web*. Con ello se cumpliría uno de los aludidos objetivos del denominado “control de incorporación” del contenido del contrato no negociado, previo a su celebración, la “cognoscibilidad” del clausulado por el adherente⁶².

En la misma línea que el art. 27.4 LSSI pero para un ámbito de contratación específico, el art. 9.1 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (en adelante, LCDSF) (BOE nº 166, de 12.7.2007), obliga al proveedor de estos servicios financieros a comunicar el contenido del contrato “*en soporte papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma las obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta*”. Conforme al art. 9.2 LCDSF, si este tipo de contratos se celebran, a petición del consumidor, por una técnica de comunicación a distancia que no permita hacer efectivo el art. 9.1 LCDSF, su cumplimiento habrá de realizarse “*inmediatamente después de la formalización del contrato*” y “*sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación*” (art. 5 LCGC).

La concordancia del art. 27.4 LSSI con el art. 98.7 TRLCU supone, por tanto, que, en el ámbito de la contratación electrónica con consumidores, la confirmación del contrato que está obligado a facilitar el empresario tras su celebración conforme a esta última norma quedará reducida a una simple confirmación de que se ha celebrado si en esa puesta a disposición previa del contenido del contrato en soporte duradero a que obliga el art. 27.4 LSSI se ha incluido la información precontractual del art. 97.1 TRLCU [art. 98.7.a) TRLCU].

Por otro lado, el art. 28 LSSI regula la que denomina “*información posterior a la celebración del contrato*”, que, en realidad, es la obligación del empresario de confirmar a la otra parte contratante, empresario o consumidor, la celebración del contrato. Así, según el art. 28.1 LSSI, “*el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo*” a través del envío de un

⁶² El art. 27.4 LSSI superó el actualmente derogado art. 2 del RD 1906/1999, que, para la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales de la contratación, estableció que el predisponente debía facilitar el texto completo de dichas condiciones generales, con un mínimo de 3 días naturales previos a la celebración del contrato, “*por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada*”.

Así, la promulgación de la LSSI en 2002 dio lugar a que, con relación a la contratación electrónica, fuera suficiente con que las condiciones generales se pusieran a disposición del adherente “*con carácter previo*” a la celebración del contrato, de forma que el plazo mínimo de 3 días naturales del RD 1906/1999 dejó de considerarse exigible antes de la derogación de dicho RD 1906/1999 por la Ley 3/2014. La disposición final 5ª LSSI encomendó al gobierno la adaptación del RD 1906/1999 a lo dispuesto en dicha LSSI, lo cual no se produjo. No obstante, no hay duda de que el art. 2 del RD 1906/1999 quedó superado por el art. 27.4 LSSI (CARRASCO PERERA, 2010, págs. 208 y 209; MIRANDA SERRANO, 2012, pág. 173; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, 2013, págs. 1946 y ss), aparte de la total inadecuación de tal plazo para el comercio electrónico, caracterizado por su inmediatez (ALBIEZ DOHRMANN, 2009, pág. 136; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, 2013, pág. 1945).

“*acuse de recibo*” electrónico en un plazo máximo de 24 horas desde que recibe dicha aceptación [a)] o bien “*por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación*” que permita que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario [b)]. Esta obligación de confirmar que se ha recibido la aceptación sólo es eludible por acuerdo entre las partes cuando no se trate de contratación con consumidores [art. 28.3.a) LSSI] o el contrato se realice exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico [art. 28.3.b) LSSI], es decir, fuera también del ámbito en que se desarrolla ordinariamente la contratación electrónica con consumidores, las páginas *web* del empresario.

En consecuencia, este art. 28 LSSI vendría también a complementar, en el ámbito de la contratación electrónica con consumidores, al art. 98.7 TRLCU, en el sentido de que la obligación del empresario de confirmar la recepción de la aceptación con carácter casi inmediato a que la misma se produzca (“*acuse de recibo*” electrónico o “*medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación*” que permita el archivo de la confirmación por el destinatario, en plazo máximo de 24 horas), coincidirá de ordinario con la confirmación del contenido del contrato en los términos señalados por el art. 98.7 TRLCU.

Hay que recordar además, por su relevancia para la contratación electrónica, las concordancias con el citado art. 23.3 LSSI (“*siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en soporte electrónico*”, principio de equivalencia funcional entre soporte papel y soporte electrónico que posteriormente ha recogido normativa específica como el art. 16.1 LCC); 24.2 LSSI (“*en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental*”), y 27.1 LSSI, con requisitos de información precontractual que ha de tener en cuenta el empresario “*además del cumplimiento de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente*” (trámites para la celebración del contrato, archivo o no por el empresario del documento electrónico y accesibilidad del mismo, medios técnicos para la corrección de datos y lengua/s en que puede formalizarse el contrato). En el mismo sentido que este último y de conformidad con el citado art. 6.8 de la Directiva 2011/83/UE, el art. 97.7 TRLCU dispone que los requisitos de información precontractual establecidos en este cuerpo legal tienen el carácter de “*adicionales*” con relación a los previstos en la LSSI; ahora bien, en caso de conflicto, se otorga prevalencia al TRLCU.

5. Conclusiones: a modo de recapitulación

Como cuestión final, nos proponemos hacer una recapitulación de las conclusiones planteadas a lo largo del trabajo con la finalidad de reconducir su hilo argumental, lo cual quizás pueda ser de ayuda al lector. Partimos para ello de la realidad de que la forma contractual en el ámbito de la contratación con consumidores se configura como remedio jurídico ante su vulnerabilidad frente al empresario, pues, efectivamente, el condicionamiento de la validez y eficacia del contrato a la observancia de requisitos formales que revistan la voluntad contractual supone otorgar al consumidor un instrumento dirigido a otorgarle seguridad en cuanto a la celebración y contenido de dicho contrato. Particularmente, la asimetría comercial que caracteriza a cualquier relación jurídica contractual entre empresario y consumidor se acentúa cuando la contratación se realiza mediante técnicas de comunicación a distancia, que agravan para el consumidor los riesgos de desinformación y falta de constancia del contenido del contrato.

El estudio de la situación de nuestro ordenamiento jurídico en este punto requiere partir del art. 8 de la Directiva 2011/83/UE, "*requisitos formales de los contratos a distancia*", cuya transposición a través de la reforma del TRLCU operada por Ley 3/2014 dio lugar al art. 98 TRLCU, bajo la misma rúbrica que la norma transpuesta. En ambos casos nos encontramos con que, pese a ello, estos preceptos sólo contienen requisitos formales de la contratación a distancia con consumidores en los arts. 8.6 y 7 de la Directiva 2011/83/UE y concordantes arts. 98.6 y 7 TRLCU, pues el resto de la normativa contenida en ambos artículos está referida a requisitos que afectan al denominado "control de incorporación" al contrato de las cláusulas no negociadas, previo a la celebración del contrato.

En otras palabras, se denominan "*requisitos formales*" a requisitos relativos al modo en que debe suministrarse al consumidor la información precontractual, que, en la medida en que dicha información integre el contenido del contrato (art. 97.5 TRLCU), serán requisitos conformadores de su "control de incorporación" a dicho contrato.

Se puede concluir por ello en primer lugar con que, desde los parámetros conceptuales de Derecho interno, no existe una delimitación clara de ambas cuestiones que sirva de soporte a la normativa en cuestión, lo cual tiene como origen una visión más amplia del concepto de forma contractual, adoptada por el Derecho comunitario de consumo, que abarcaría todo el proceso de contratación y no sólo el momento de celebración del contrato.

Respecto a los requisitos propiamente formales que afectan a la contratación a distancia con consumidores, el art. 98.6 TRLCU, trasunto del art. 8.6 de la Directiva 2011/83/UE, regula la contratación por vía telefónica o, más bien, la contratación que se inicia por vía telefónica, pues el estudio de sus requisitos lleva a la conclusión de que no es posible la perfección del contrato a través de esta técnica de comunicación a distancia en la medida en que se requiere que la aceptación del consumidor se realice mediante firma o envío de su acuerdo por escrito a través de cualquier soporte de naturaleza duradera: hasta que su aceptación no se produzca de este modo "*no quedará vinculado*", aunque la haya dado previamente vía telefónica.

Por su parte, el art. 98.7 TRLCU, resultado de la transposición del art. 8.7 de la Directiva 2011/83/UE, regula la "*confirmación*" del contrato de consumo celebrado a distancia que está obligado a enviar el empresario al consumidor en soporte duradero y con un contenido mínimo, "*en un plazo razonable*" o, a más tardar, en el momento de entrega de los bienes o comienzo de ejecución del servicio; confirmación que consideramos que cuenta como precedente en nuestro Derecho interno con la "*justificación*" del contrato que había de enviarse inmediatamente tras su celebración por vía telefónica o electrónica, por escrito o en soporte duradero, según los arts. 5.4 LCGC y 80.1.b) TRLCU, derogados por la Ley 3/2014.

Por tanto, el concurso de voluntades puede producirse de muy diversas formas como consecuencia de la utilización de una o más técnicas de comunicación a distancia (art. 92.1 TRLCU), y, además, como consecuencia de la aplicación, en su caso, de los requisitos específicos

del art. 98.6 TRLCU, pero, posteriormente, es necesario que el empresario envíe en todo caso al consumidor la confirmación del contrato en los términos del art. 98.7 TRLCU.

Esta confirmación del contrato, posterior a su celebración, se ha configurado por el legislador como un requisito formal de la contratación a distancia con consumidores, pues su incumplimiento en el momento de entrega de los bienes o inicio de ejecución del servicio determina la invalidez del negocio posibilitando su anulación a instancia del consumidor o, incluso, del empresario (art. 100.1 y 2 TRLCU), de lo que se deduce que un contrato celebrado a distancia respecto del que se incumple la obligación de confirmación no se ha formado válidamente. Ello no encaja con la dogmática tradicional en materia de forma contractual, pues se trata de un requisito posterior al momento en que se produce el concurso de voluntades, pero la realidad es que el legislador lo ha configurado como requisito que condiciona la completa formación del contrato, pues en otro caso es inválido.

No obstante, la justificación temporal de este requisito de confirmación, posterior al momento de celebración del contrato, es inherente a la naturaleza de la contratación a distancia, en la que hay distancia física entre las partes contratantes (art. 92.1 TRLCU). A ello se puede añadir que, en la práctica, la confirmación del contrato celebrado vía electrónica, modalidad de contratación a distancia más frecuente en la actualidad, se produce con carácter inmediato tras su celebración a través de su envío al correo electrónico del consumidor, por lo que, en estos casos, habría de considerarse que forma parte prácticamente del mismo momento de celebración del contrato, que se realiza con la activación del correspondiente "click" por el consumidor en la página *web* del empresario (art. 1262 párrafo tercero CC).

De lege ferenda, cabe plantearse la posibilidad de que el legislador considere sancionar también la ausencia de confirmación del contrato con una ampliación del plazo de que dispone el consumidor para ejercitar el derecho de desistimiento, pues ello no le obligaría a participar en un proceso judicial para desvincularse del contrato no confirmado, si bien también es cierto, en relación con esto último, que la vía de excepción, recogida expresamente por el art. 100.1 TRLCU, le supone simplemente oponerse a la acción de cumplimiento ejercitada por el empresario alegando el incumplimiento de la obligación de confirmar.

Finalmente, y por lo que se refiere a la contratación electrónica, la compatibilidad de estas normas con la LSSI (art. 98.10 TRLCU) lleva a tener en cuenta dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, la concordancia del art. 98.7 TRLCU con el art. 27.4 LSSI, que se traduce en que, en el ámbito de la contratación electrónica con consumidores, la confirmación del contrato que está obligado a facilitar el empresario tras su celebración conforme al art. 98.7 TRLCU quedará reducida a una simple confirmación de que se ha celebrado si en la puesta a disposición previa de su contenido en soporte duradero a que obliga el art. 27.4 LSSI se ha incluido la información precontractual del art. 97.1 TRLCU [art. 98.7.a) TRLCU].

En segundo lugar, el art. 28.1 LSSI también complementa en este ámbito al art. 98.7 TRLCU, pues establece la obligación del empresario de confirmar la recepción de la aceptación con carácter casi

inmediato a que la misma se produzca (“acuse de recibo” electrónico o “medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación” que permita que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario, en plazo máximo de 24 horas), lo cual de ordinario coincidirá con la confirmación del art. 98.7 TRLCU según lo expuesto.

En definitiva, nos encontramos ante una regulación compleja, en la que se observan fundamentos conceptuales poco claros sobre forma contractual (adoptados por inercia de una visión más amplia de los mismos acogida por el Derecho comunitario), casuística y, en ocasiones, solapada con otros textos legales, todo lo cual no constituye más que la reiteración de connotaciones que afectan al Derecho de consumo con carácter general.

6. Bibliografía

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (2009), *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales, Una perspectiva española y europea*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra).

Natalia ÁLVAREZ LATA (2015), “Capítulo II, Información precontractual y contratos, Artículo 100, Consecuencias del incumplimiento”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 1512 a 1524.

Mª Teresa ÁLVAREZ MORENO (2016), “Contratos a distancia y fuera de establecimiento”, en Silvia DÍAZ ALABART (Coordinadora), *Manual de Derecho de consumo*, Reus, Madrid, págs. 93 a 114.

Esther ARROYO AMAYUELAS (2008), “¿Qué es *forma* en el derecho contractual comunitario de consumo?”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, Fascículo II, abril-junio 2008, págs. 519 a 542.

Laura ARROYO SAN JOSÉ (2017), “La información precontractual como elemento reequilibrador en la contratación de consumo”, en Mariló GRAMUNT FOMBUENA/Carles E. FLORENSA I TOMÀS (Directores), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, Madrid, págs. 297 a 306.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2015), “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, págs. 551 a 643.

Ángel CARRASCO PERERA (2010), *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

Helena Díez GARCÍA (2014), “Artículos 7 y 8, Requisitos formales de los contratos celebrados fuera de establecimiento. Requisitos formales de los contratos a distancia”, en Silvia DÍAZ ALABART (Directora), *Contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil*,

Comentario a la Directiva 2011/83, (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU), Reus, Madrid, págs. 143 a 239.

Luis Díez-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción, Teoría del contrato,* Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra).

Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (2001), “La contratación electrónica y la defensa del consumidor”, en Joseba A. ECHEVERRÍA SÁENZ (Coordinador), *El comercio electrónico,* Edisofer, Madrid, págs. 31 a 80.

M^a Paz GARCÍA RUBIO (1994), “La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del consumo”, *Actualidad Civil,* n^o 2, págs. 277 a 289.

M^a Paz GARCÍA RUBIO (2017), “Codificar el Derecho de consumo en los tiempos de la modernidad líquida”, en Mariló GRAMUNT FOMBUENA/Carles E. FLORENSA I TOMÀS (Directores), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial,* Dykinson, Madrid, págs. 43 a 62.

José Javier GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2013), “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Director), *Tratado de Contratos,* Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1791 a 2004.

Mariló GRAMUNT FOMBUENA (2017), “La protección del contratante en contextos asimétricos”, en Mariló GRAMUNT FOMBUENA/Carles E. FLORENSA I TOMÀS (Directores), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial,* Dykinson, Madrid, págs. 89 a 105.

Ana Isabel MENDOZA LOSANA (2012), “Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de comercio electrónico y la Directiva de servicios”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo,* N^o 1/2012, págs. 45 a 60.

Luis María MIRANDA SERRANO (2012), “La contratación a distancia de consumo: TRDCU y Directiva 2011/83/UE”, en Luis María MIRANDA SERRANO/Javier PAGADOR LÓPEZ (Coordinadores), *Derecho (privado) de los consumidores,* Marcial Pons, Madrid, págs. 145 a 181.

Juan OSSORIO MORALES (1996), *Lecciones de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos, (Parte General),* tercera edición ampliada y puesta al día por Juan Miguel OSSORIO SERRANO, Comares, Granada.

Gilles PAISANT (2011), “Perspectivas de protección para los consumidores europeos”, en Jorge TOMILLO URBINA (Director)/Julio ÁLVAREZ RUBIO (Coordinador), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 347 a 356.

Marta PÉREZ ESCOLAR (2010), "El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿hacia un código de consumidores?", *Revista Práctica de Derecho de daños*, Número 82, mayo 2010, págs. 5 a 38.

Marta PÉREZ ESCOLAR (2015), "Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas, Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII, Fascículo II, abril-junio 2015, págs. 409 a 480.

Christine RIEFA (2011), "Contratos electrónicos con consumidores: recientes problemas legales", en Jorge TOMILLO URBINA (Director)/Julio ÁLVAREZ RUBIO (Coordinador), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 313 a 345.

Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ (2015a), "Capítulo I, Disposiciones generales, Artículo 92, Ámbito de aplicación", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 1395 a 1415.

Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ (2015b), "Capítulo II, Información precontractual y contratos, Artículo 98, Requisitos formales de los contratos a distancia", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 1483 a 1500.

Mª José SANTOS MORÓN (1996), *La forma de los contratos en el Código Civil*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

Mª José SANTOS MORÓN (2017), "Reflexiones sobre los «requisitos formales» de los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil", en José María EMBID IRUJO/José María MIQUEL GONZÁLEZ/Antonio Manuel MORALES MORENO (Directores), *Estudios jurídicos, Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, págs. 659 a 677.

Teodora Felipa TORRES GARCÍA (2002), "Protección del consumidor y Derecho de la contratación", en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Volumen I, Consejo General del Notariado, Madrid, págs. 881 a 906.