

# ¿Qué es *forma* en el derecho contractual comunitario de consumo?

**ESTHER ARROYO AMAYUELAS**  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Barcelona / Münster\*

## RESUMEN

*Es correcto afirmar que estamos ante un fenómeno de «neoformalismo contractual comunitario» que, aunque no afecta por igual a todos los ámbitos, es especialmente relevante en el Derecho del consumo. Ahora bien ¿qué se entiende por «forma» en el Derecho comunitario? De la respuesta dependerá la aplicación de una u otra sanción a su infracción, que es algo que el legislador europeo apenas regula y, por tanto, que cada Estado miembro interpreta de la manera que tiene por conveniente. Con todo, el principal objetivo de este trabajo se sitúa en un estadio preliminar, esto es, la delimitación de la forma del contrato y la de la información, lo que, a su vez, exige distinguir entre la forma externa (de la declaración) e interna (contenido) en cada uno de los elementos del citado binomio.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El formalismo en el derecho contractual comunitario de consumo.* 1. La política legislativa. 1.1. La forma del contrato. 1.2. La formalización de la información. 1.3. De la formali-

---

\* Se reproduce por escrito, con el permiso de los coordinadores, la conferencia pronunciada en el I Congreso sobre Derecho contractual europeo y Principios Unidroit, celebrado en Palma de Mallorca los días 26 y 27 de abril de 2007, sin otro añadido que un aparato bibliográfico esencial y la necesaria actualización de los preceptos de Derecho español que han sido incorporados en el *Texto refundido de la Ley General de Protección de los Consumidores y Usuarios* (= TR) mediante el RDLeg. 1/2007 («BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2007). Al Prof. Dr. Ferran Badosa (U. Barcelona) le agradezco el largo diálogo que este trabajo ha generado. La publicación forma parte de una investigación más amplia llevada a cabo en la *Wilhems-Wesfälische Universität Münster*, gracias a una beca otorgada por la fundación *Alexander von Humboldt*. El trabajo se integra igualmente en la investigación del Grupo consolidado SGR (2005) 00759.

zación de la información a la forma del contrato. 2. El Derecho material: los actos formales del proceso de contratación. 2.1. El contrato. 2.2. La información. 2.2.1. La obligación de informar. 2.2.2. El contenido. 2.2.3. El momento de cumplimiento. 2.2.3.1. Información pre contractual. 2.2.3.2. Información contractual. 2.2.3.3. Información poscontractual. 2.2.3.4. Deber de proporcionar una copia del contrato.—III. *Forma externa y forma interna del contrato y de la obligación de informar*. 1. Forma externa e interna del contrato. 2. Forma externa e interna de la información. 3. Posibilidad y utilidad de la distinción.—IV. *¿Un sistema adecuado de sanciones?*—V. *Conclusiones*.—VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Es lugar común en la doctrina la afirmación según la cual se está ante un fenómeno de neoformalismo contractual comunitario, que es especialmente relevante en el Derecho del consumo<sup>1</sup>. Menos frecuente es encontrar una explicación clara de lo que deba entenderse por *forma* en el Derecho comunitario. De entrada, las expresiones «forma del contrato» o «forma o formalismo contractual» son ambiguas. Entendidas en sentido estricto, se refieren a la forma del negocio. Por el contrario, en el Derecho comunitario alcanzan un significado más amplio. 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; pero no de la de proporcionar una copia del contrato o elevar éste a escritura pública o, por poner un último

<sup>1</sup> No así en los contratos mercantiles, en los que prima el principio de libertad contractual [art. 13.2 (la exigencia de forma escrita queda a la discrecionalidad de los Estados Miembros), artículo 20.2.a) (sólo la cláusula de no competencia debe establecerse por escrito) Dir. 1986/653, sobre agentes comerciales], exactamente igual que en los contratos internacionales (art. 11 Convenio de Viena; art. 10.1.2 Propuesta de Reglamento «Roma I»). En lo que concierne a los contratos electrónicos, la EM 34 y el artículo 9.1 de la Dir. 2000/31, sobre comercio electrónico, se limitan a afirmar que todo Estado debe ajustar su legislación en cuanto a los requisitos —y, especialmente, los formales— que puedan entorpecer la celebración de contratos por vía electrónica. Y, en la línea, la EM 17 Dir. 99/93, sobre firma electrónica, establece que las disposiciones legales de la firma electrónica deberán entenderse sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos por las legislaciones nacionales en materia de celebración de contratos. Del principio de libertad de forma en el *acquis*, del que en la legislación de consumo se encuentran múltiples excepciones, se hacen eco los *Acquis Principles* (art. 1:303 ACQP). Vid. ARROYO AMAYUELAS, Esther —PASA, Barbara— VAQUER ALOY, Antoni, comentario al artículo 1:303 ACQP en: ACQUIS GROUP, *Principles of the existing EC Contract Law (Acquis Principles). Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms. Contract I*, München, Sellier, 2007, 41-45. Además, artículo 2:101 (2) PECL y artículo 1.2 PU. Sobre los *Acquis Principles* y la presentación de su traducción al castellano, vid. el editorial con el que se inicia la crónica de Derecho europeo en I (2008) ADC.

ejemplo, la de procurar una traducción del mismo. 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.

Ése es ahora mi objetivo, más bien modesto. Su delimitación es esencial para establecer un sistema adecuado de sanciones pero, dada la complejidad del tema, en esta ocasión no me detendré en un estudio detallado de este aspecto.

Aunque las que a continuación se señalan no son las únicas normas comunitarias referidas en el texto, fundamentalmente se toman en consideración las siguientes <sup>2</sup>:

a) Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales;

b) Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, sobre crédito al consumo;

c) Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, sobre viajes combinados;

d) Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994, sobre contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles a tiempo compartido;

e) Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo, sobre contratos a distancia;

f) Directiva 2002/65, de 23 de septiembre, sobre comercialización de servicios financieros a distancia.

## II. EL FORMALISMO EN EL DERECHO CONTRACTUAL COMUNITARIO DE CONSUMO

Numerosas Directivas exigen forma escrita del contrato y el cumplimiento de otras obligaciones complementarias, especialmente la de proporcionar información que, como se ha adelantado ya, acostumbra a ser formal <sup>3</sup>. Las normas comunitarias no siempre precisan de igual manera lo que deba entenderse por forma escrita. Por ejemplo, referida al contrato ¿es la firma de los contratantes parte de la misma? Ni siempre la forma «por escrito» tipifica

<sup>2</sup> Recopiladas en SCHULZE, Reiner –ZIMMERMANN, Reinhard– ARROYO AMAYUELAS, Esther, *Textos básicos de Derecho Privado europeo. Recopilación*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.

<sup>3</sup> Sobre todo ello, *vid.* Anexo III, § 2.1 de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, de 11 de julio de 2001 (COM [2001] 398 def.), sobre Derecho contractual europeo (DOCE C 255, de 13 de septiembre de 2001).

indistintamente los signos legibles sobre papel o en cualquier otro soporte duradero<sup>4</sup>. A veces, lo que ocurre es, más bien, que una y otra modalidad se reputan distintas, aunque frecuentemente se equiparen<sup>5</sup>. Con todo, su estudio nos llevaría ahora muy lejos y, en consecuencia, de eso tampoco me voy a ocupar en esta ocasión<sup>6</sup>. Más importante me parece detenerme en lo que, en sentido amplio, deba entenderse por formalismo contractual en el Derecho privado europeo. Éste puede analizarse desde dos perspectivas: una, de política legislativa; y otra, de Derecho material.

## 1. LA POLÍTICA LEGISLATIVA

El formalismo del Derecho privado europeo se manifiesta esencialmente en la contratación de consumo, que generalmente inclu-

<sup>4</sup> El artículo 10.3 Dir. 2000/31, sobre comercio electrónico, alude a sus características, pero no define lo que deba entenderse por «soporte duradero». Pero ya sí, el artículo 2.f) Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros; artículo 2.12 Dir. 2002/92, sobre mediación en los seguros; artículo 3/2 letra k de la Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo para la reforma de la Directiva de crédito al consumo [COM (2002) 443-DO C 331 E de 31 de diciembre de 2002], una vez modificada por la Comisión de las Comunidades europeas [COM (2005) 483 final] (Bruselas, 7 de octubre de 2005): «“soporte duradero”: cualquier instrumento que permita al consumidor conservar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda referirse a ella fácilmente durante un período de tiempo adaptado a los fines de dicha información y que permita la reproducción idéntica de la información almacenada». Además, el ya aludido artículo 2.12 Dir. 2002/92, sobre mediación en los seguros, proporciona ejemplos: «[E]n particular se entenderá por soportes duraderos los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y el disco duro del ordenador del consumidor en el que se almacena el correo electrónico, pero no incluyen un sitio Internet, salvo si dicho sitio cumple los criterios especificados en la definición de los soportes duraderos.» Sobre esa base, *vid. art. 1:305 Acquis Principles*. Antes, de modo similar, artículo 1:301(6) PECL y 1:111 PU. En la doctrina, DEMOULIN, Marie, «La notion de «support durable» dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?» (2000) *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 361-377. En cuanto a la equiparación entre el soporte impreso (papel) y el duradero, *vid. infra* nota 5.

<sup>5</sup> La equivalencia entre lo que a veces es «por escrito» –y, a veces «en papel»–, y el soporte duradero se encuentra en las siguientes Directivas: Artículo 5.1 Dir. 97/7, sobre contratos a distancia; artículo 6.3 Dir. 99/44, sobre determinados aspectos de las garantías en la venta de bienes de consumo; artículo 5.1 Dir. 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros. Además, artículo 2.3 Dir. 2002/47, sobre acuerdos de garantía financiera; artículo 13.1 a Dir. 2002/92, sobre la mediación en los seguros. Por «escrito» y por vía «electrónica» tienen valor equivalente en los artículos 3.1 y artículo 4.1 Dir. 97/5, relativa a las transferencias transfronterizas. La Propuesta del reforma de la Directiva de crédito al consumo (*vid. supra* n. 4), utiliza y equipara las expresiones «soporte impreso» y «soporte duradero» (arts. 22/12; 11/13.4, 25/17.1; 29/20 i). Según el artículo 1306 ACQP: «[S]e entiende que una declaración en forma de texto o en soporte duradero ha sido realizada por escrito si el texto puede almacenarse con carácter permanente y en caracteres que sean legibles de manera inmediata».

<sup>6</sup> *Vid.* un intento de sistematización en: ARROYO –PASA–VAQUER, comentario a los artículos 1:303-1:306 ACQP, en: ACQUIS GROUP, *Principles*, I, 41-56. Los *Acquis Principles* agrupan los diferentes requisitos relativos a la forma escrita en cuatro niveles que, del más básico al más estricto, son los siguientes: forma de texto (texto expresado en caracteres alfabéticos u otros, que puede ser reproducido de forma material, en papel o electrónica), soporte duradero (el escrito no sólo es capaz de ser almacenado electrónicamente, sino que se proporciona ya en ese medio), por escrito (letras sobre papel, en la práctica más frecuente), y firma.

ye contratos de adhesión y condiciones generales y un contenido contractual legal predeterminado. En este contexto, la forma tiene básicamente carácter protector del consumidor frente al empresario y, lógicamente, se centra en el documento privado.

## 1.1 La forma del contrato

En su acepción normal, equivalente a medio de expresión del contenido contractual (declaración), la expresión «forma escrita del contrato» debe considerarse un estadio formal básico: contrapuesto a «forma oral» y sinónimo de «documento privado»<sup>7</sup>. La escritura permite acreditar cuáles son los compromisos adquiridos, lo cual beneficia tanto al consumidor como al empresario que acuda a los tribunales para obtener el cumplimiento de la prestación<sup>8</sup>. La función de la forma escrita (del contrato) no es servir de medio de prueba de la existencia del contrato frente a terceros (art. 1218 CC); lo es simplemente entre las partes (*ex art. 1225 CC en relación con el artículo 1257 CC*).

El Derecho comunitario de consumo no se refiere a las otras formas igualmente reguladas en los Derechos nacionales<sup>9</sup>.

El tipo de forma (escrita, en este caso) se subordina a su valor o función. Es decir, que si bien aquél, explícita o implícitamente, puede venir legalmente impuesto, siempre está condicionado por la función que cumpla la forma: *ad solemnitatem*, *ad probationem*, requisito de ejercitabilidad de los derechos u oponibilidad frente a terceros<sup>10</sup>. Tampoco sobre esto último se pronuncia el Derecho

<sup>7</sup> Que las previsiones sobre forma se limitan al documento privado es algo que se aprecia, por ejemplo, en la EM, 13 y artículo 2.4 Dir. 87/102, sobre crédito al consumo, que se refiere, para excluirlos del ámbito de aplicación de la Directiva, a los documentos auténticos autorizados por notario o juez. También se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31, sobre comercio electrónico, los contratos en que intervienen tribunales, autoridades públicas o profesionales. Fuera del ámbito del Derecho contractual de consumo, otras exigencias referidas a la forma notarial, en: ARROYO-PASA-VAQUER, comentario al artículo 1:303 ACQP, en: ACQUIS GROUP, *Principles*, I, 44.

<sup>8</sup> HEISS, Helmut, «Formvorschriften als Instrument europäischen Verbraucherschutzes», en: SCHNYDER, Anton K.-HEISS, Helmut-RUDISCH, Bernhard, *Internationales Verbraucherschutzrecht*, Tübingen, Mohr, 1995, [87-103], 95.

<sup>9</sup> RIESENHUBER, Karl, *System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts*, Berlin, De Gruyter, 2003, § 14, 325.

<sup>10</sup> Para una perspectiva de Derecho comparado sobre los tipos de forma y sus funciones, VON MEHREN, Arthur, «Formal Requirements», *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII-10, Tübingen, Mohr, 1999, 1-140; KÖTZ, Heinz-FLESSNER, Axel, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, Mohr, 1996, 124-126. En concreto, para el Derecho francés, BECQUÉ-ICKOWICZ, Solange, *Le parallélisme des formes en droit privé*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2004, 59-60 (forma *ad probationem*, *ad solemnitatem*, *ad opposabilitatem*) y sus funciones (*op. cit.*, pp. 60 ss.). Para el Derecho inglés, que pone más el acento en la finalidad que persigue la forma que en la categorización de los tipos, a pesar de existir formas igualmente «cualificadas» (*deed*), *vid.* WHITTAKER, Simon, «Form» en: *Chitty on Contracts*, I, London, Sweet & Maxwell, 2004, §§ 4-001-002, 330-331. En Ita-

comunitario, lo que significa que los Estados miembros no sólo pueden adaptar el tipo de forma escrita a alguna de las funciones preexistentes en los respectivos ordenamientos jurídicos, sino que incluso pueden prever formas distintas, más severas <sup>11</sup>.

En definitiva, en el Derecho privado europeo la regulación de la forma del contrato supone un factor de unificación jurídica mínimo. Aunque los tipos no son libres, el legislador comunitario respeta las formas estatales y sus funciones tradicionales. En el Derecho español (en todo o en parte generalizable a otros ordenamientos) éstas son cuatro. Dos de ellas deben ponerse en relación con el negocio: son *ad solemnitatem* (art. 1628 CC) y *ad probationem* (art. 1218, 1225, 1280 CC). Las otras dos se refieren a una cualidad: la de la ejercitabilidad de los efectos o *ad exercitium* (Base 19 final, art. 1279 CC) y la de inscriptibilidad del negocio o *ad inscriptionem* (art. 3 LH). Sus funciones son objetivamente neutras porque no tienen en cuenta quienes son las partes. Y son de Derecho cogente, es decir, irrenunciables <sup>12</sup>.

---

lia, PERLINGIERI, Pietro-FAVALE, Rocco, § 26. Forma, en: PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di Diritto Civile*, Roma-Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 2005<sup>4</sup>, 382-388. En Alemania, HÄSEMAYER, Ludwig, «Die Bedeutung der Form im Privatrecht» 1 (1980) *Juristische Schulung* 1-9; MEDICUS, Dieter, *Grundwissen zum Bürgerlichem Recht*, Berlin, Carl Heymanns, 2006<sup>7</sup>, § 7 IV, Rn. 94-100, 65-67. En España, *vid. infra* nota 12.

<sup>11</sup> Vgr., en Alemania, el contrato de tiempo compartido precisa de la forma escrita (§ 484.1.I BGB) sólo si no está prevista una forma más estricta en otras disposiciones. La forma escrita se contrapone a la forma de texto, que es un estadio inferior (§ 126 b BGB) (sobre el tema, BÖRNER, Fritjof-RATH, Michael, «VI. Allgemeine Regelungen für besondere Betriebsformen» en: SCHIMMEL, Roland. BUHLMANN, Dirk (Hrgs.), *Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht*, Neuwied, Krißel, Luchterhand, 2002, Rn. 27-31, 374-376. Para la crítica a este tipo de forma, MEDICUS, *Grundwissen*, § 7 IV, Rn. 94, 65: «[...] ein unsinniger Name: Der Text ist der Inhalt jeder Erklärung und nicht deren Form!»). Una forma más estricta, tanto respecto de la forma del texto como de la escrita, es la escritura pública, que es la que viene exigida en el contrato de *time sharing* cuando éste convierte al adquirente en propietario o titular de un derecho real (§§ 128, 311 b. 1, I BGB). Su inobservancia se sanciona con la nulidad (§ 125 BGB), pero el contrato queda convalidado si se realiza el acuerdo de transmisión y la inscripción en el Registro Inmobiliario (§ 311 b. 1, II BGB). En todo caso, se excluye la forma electrónica (§ 484.1, II BGB). Sobre el particular, KELP, Ulla, *Time-Sharing-Verträge*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 148-149. En España, la escritura pública es posible, pero no necesaria. Puede pedirla el adquirente, que debe haber sido informado de ese derecho (art. 9.1.11.º b L 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias [«BOE» 300, de 16 de diciembre de 1998]), si desea inscribir su titularidad en el Registro de la Propiedad (art. 9.1.11.º c y 14.1 L 42/98). Se trata, pues, de forma *ad inscriptionem* y no *ad solemnitatem*, en el bien entendido de que ni el notario otorgará la escritura ni el registrador inscribirá el derecho si el contrato no contiene las menciones exigidas por el artículo 9 (art. 14.3 L 42/98). Para una visión de conjunto, *vid.* SCHULTE-NÖLKE, Hans-BÖRGER, Andrea-FISCHER, Sandra, «Comparative Analysis. D. Timeshare Directive (94/47)» en: *Consumer Law Compendium* [416-475], 440-441 ([http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_en.htm)).

<sup>12</sup> Para el estudio de la forma en el Derecho español, *vid.* SANTOS MORÓN, María José, *La forma en los contratos en el Código civil*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1996.

## 1.2 La formalización de la información

El Derecho comunitario potencia la función informativa de la forma y formaliza todo tipo de informaciones<sup>13</sup>: tanto las que proporcionan el contenido del contrato, como las declaraciones del empresario previas a la contratación, formen o no parte de aquél.

La formalización de la información tiene las siguientes funciones:

a) Función preventiva. La finalidad es poner al alcance del consumidor información escrita que le permita conocer con claridad aquello sobre lo que contrata y le permita su consulta en cualquier momento<sup>14</sup>. De ahí la frecuente equiparación de la forma escrita al soporte duradero<sup>15</sup>. Con ello se persigue evitar errores y, por ende, el efecto sorpresa en la contratación<sup>16</sup>;

b) Función de control. Del consumidor sobre el empresario, permite a aquél comprobar el cumplimiento del deber de información de este último y, *a posteriori*, apreciar si el contenido del contrato y el de la información contractual son conformes.

## 1.3 Dela formalización de la información a la forma del contrato

A veces, la información que el empresario tiene la obligación legal de proporcionar debe incluirse en el contrato. En esos casos, la exigencia de forma se extiende a él<sup>17</sup>. Lo que equivale a decir que éste es formal, pero no por sí mismo, sino porque incluye informaciones que sí que lo son<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> La afirmación es común en la doctrina alemana, que se refiere a los deberes de información formalizados o *formalisierte Informationspflichten*. *Ad exemplum*, HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH (Hrgs.), *Internationales Verbraucher-schutzrecht*, 100.

<sup>14</sup> Por todos, MANKOWSKI, Peter, «Information and formal requirements in EC Private Law» 6 (2005), *European Review of Private Law* [779-788], 781.

<sup>15</sup> *Vid. supra* nota 5.

<sup>16</sup> RIESENHUBER, *System*, § 14, 324.

<sup>17</sup> En la línea, aunque expresado de otra manera, POILLOT, Elise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, LGDJ, 2006, 105, y allí más citas; MASUCCI, Silvia T., «La forma del contrato», en: LIPARI, Nicolò, *Tratattato di Diritto privato europeo*, III, Padova, Cedam (ed.), 2003, [196-243], 199.

<sup>18</sup> Son ejemplos: artículo 4.1 Dir. 82/107, de crédito al consumo; artículo 4 segundo guión Dir. 94/47, sobre tiempo compartido; artículo 4.2 a Dir. 90/514, sobre viajes combinados. En la doctrina, *vid.* MASUCCI, «La forma» en: LIPARI, *Tratattato*, I, 208: «[...] diviene difficile, o comunque riduttivo, pensare alla «forma» del contratto slegata da ogni riferimento alla necessità di rispettare obblighi di informazione particolarmente stringenti in relazione alla qualità della controparte contrattuale, dei quali, anzi, l'ordinamento non si limita ad indicare l'assistenza, ma anche il contenuto e quindi il risultato, da valutarci in base al parametro del consumatore medio». La misma autora, *op. cit.*, 214.

Desde este punto de vista, puede afirmarse que mientras que en los ordenamientos jurídicos nacionales la forma del contrato afecta a su conclusión, en el Derecho comunitario generalmente se localiza en un estadio anterior: en las informaciones precontractuales que, en su caso, luego se incorporan como contenido contractual<sup>19</sup>.

## 2. EL DERECHO MATERIAL: LOS ACTOS FORMALES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

Cuando las declaraciones en el proceso contractual comunitario de consumo son formales, la forma presenta dos binomios: por un lado, el ya visto, referido al contrato y la obligación de informar; por el otro, en cada uno de los elementos de esa dualidad, la forma externa y la forma interna. A ello se hará referencia con más detalle en los epígrafes siguientes.

### 2.1 El contrato

La forma escrita sólo se exige expresamente para algunos contratos: el de tiempo compartido<sup>20</sup> y el de crédito al consumo<sup>21</sup>. Por el contrario, en el contrato de viaje combinado la forma escrita es opcional<sup>22</sup>.

Los dos primeros supuestos han sido calificados de «forma constitutiva»<sup>23</sup>. Tiene el sentido tradicional de medio de expresión de la declaración de voluntad. Es lo que podemos calificar de forma externa<sup>24</sup>. Pero también existe una forma interna del contrato, que equivale a la organización de su contenido. Sobre ello volveré más adelante<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH, *Internationale Verbraucherschutzrecht*, 97: «Formalisierungsvorschriften betreffen nicht nur den Vertragschluß sondern bereits das Vertragsverhandlungsstadium». Gráficamente, el autor se refiere a un «Stufenbau von Formvorschriften». Además, *op.cit.*, 100-102. El mismo autor, *Formmängel und ihre Sanktionen*, Tübingen, Mohr, 1999, 147.

<sup>20</sup> Artículo 4 primer guión: «[...] el contrato [...] se hará obligatoriamente por escrito».

<sup>21</sup> Artículo 4.1 Dir. 87/102: «[L]os contratos de crédito se harán por escrito».

<sup>22</sup> Artículo 4.2 *b* Dir. 90/514: «todas las cláusulas del contrato se enunciarán por escrito o en cualquier forma comprensible y accesible al consumidor y deberán serle comunicadas previamente a la celebración del contrato; el consumidor recibirá una copia». El contrato no requiere obligatoriamente la forma escrita y tampoco se exige que la copia lo sea.

<sup>23</sup> Así, RIESENHUBER, *System*, § 14, 321; HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH, *Internationale Verbraucherschutzrecht*, 94, 97-98; BYDLINSKY, Peter, «Formgebote für Rechtsgeschäfte und die Folgen ihrer Verletzung», en: SCHULZE, Reiner-EBERS, Martin-GRIGOLAIT, Hans Christoph, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, [141-154], 145; en cierto modo, POILLOT, *Droit européen*, 104-105 y 105, n. 2.

<sup>24</sup> En este sentido, también, HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH, *Internationale Verbraucherschutzrecht*, 93.

<sup>25</sup> *Vid. infra* III, 1.

## 2.2 La información

La información es objeto de una obligación legal de hacer, unilateral del empresario, respecto de la cual la ley impone una forma. También aquí se puede diferenciar entre una forma interna (organización del contenido) y otra externa (por escrito). Tiene además un contenido determinado y unas modalidades de cumplimiento: previa, simultánea o posterior. Lo primero lo apunto ahora, sin perjuicio de profundizar sobre ello más adelante<sup>26</sup>. De lo segundo me ocupo en seguida<sup>27</sup>.

Es información tanto la que se incorpora como contenido obligatorio del contrato, como las declaraciones del empresario previas a su conclusión o posteriores. Sin embargo, cuando la información es contractual es preferible referirse a ella, no con ese término, sino con el de «cláusulas o menciones» (en alusión a la forma interna del contrato). Es más clarificador reservar la expresión «información» para tipificar la obligación legal del empresario.

### 2.2.1 LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Entre los efectos del contrato, según el artículo 1258 CC, unos son contractuales («expresamente pactados») y otros resultan de su naturaleza (vgr. el saneamiento, en los onerosos). Pero, además, la ley puede atribuir otros (1258 CC fin.). A éstos pertenecen las obligaciones complementarias, como la de informar.

En el sentido técnico de las Directivas, la obligación de información se configura como una obligación de hacer, cuyo objeto es una prestación definida en cuanto al contenido y a la forma. En un sentido menos técnico, la obligación de información incluye, además, el deber de proporcionar toda la que imponga el principio general de buena fe y que evite el dolo<sup>28</sup>. En el Derecho comunitario, los deberes de información son emanación del principio de transparencia y se establecen en aras a la lealtad de las transacciones en el mercado interior. Pero, en lo que ahora interesa destacar, no necesariamente requieren su formalización por escrito<sup>29</sup>.

La Dir. 93/13, sobre cláusulas abusivas, podría servir de ejemplo de ambas afirmaciones: al establecer el principio de buena fe

<sup>26</sup> Vid. *infra* III, 2.

<sup>27</sup> Vid. *infra* II, 2.2.2 y 2.2.3.

<sup>28</sup> En los Derechos nacionales, vgr., artículos 1258, 1269 CC español; § 242 BGB. En los *Acquis Principles*, vgr., artículo 2:101, 2:201, 2:202, 2:203. Antes, artículo 1:102 (1); 1:106(1), 1:201(1) PECL; artículo 1.7(1), 4.8(2) c PU.

<sup>29</sup> Sobre el principio de transparencia, recientemente, POILLOT, *Droit européen*, 94-114, 215-236. Sí que vinculan el principio de transparencia a la forma escrita, AUBRY, Hélène, *L'influence du Droit communautaire sur le droit français des contrats*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix en Marseille, 2002, 87-88; HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH, *Internationales Verbraucherschutzrecht*, 93.

en la negociación (art. 3.1; anexo *i*), la norma reconoce implícitamente el deber de información del empresario. Ahora bien, no lo considera un deber formal, de la misma manera que no es obligatorio que las cláusulas del contrato se proporcionen por escrito (art. 5 Dir. 93/13). Otro ejemplo sería el artículo 2.2 *d* Dir. 99/44, sobre garantías en las ventas de consumo: si los bienes no cumplen con los estándares de calidad que espera el consumidor, ello querría decir que el empresario debería advertirle oportunamente y, por tanto, de ahí podría deducirse que existe un deber, siquiera indirecto, de información<sup>30</sup>. Pero se trata de una información *de facto*, no impuesta como deber formal, porque ni importa la manera en que ésta se proporcione, ni tampoco se establece un contenido predefinido. En este sentido, la diferencia con el artículo 6 de la misma Directiva, respecto del deber de información sobre la garantía («por escrito»), es muy clara<sup>31</sup>.

### 2.2.2 EL CONTENIDO

En la mayoría de supuestos el contenido de la información es objeto de previsión legal y, en sí misma considerada, la información es una declaración de ciencia, supuesto que el empresario manifieste aquello que por su condición de tal debe saber y conocer. Su contenido es, pues, diferente del estrictamente contractual (declaraciones de voluntad negociales), aunque tanto las Directivas como las leyes de transposición obliguen a incluirla en el contrato<sup>32</sup>.

Conviene, sin embargo, matizar tales afirmaciones.

<sup>30</sup> Sobre el tema, WILHEMSSON, Thomas, «Private Law remedies against the Breach of Information Requirements of EC Law» en: SCHULZE-EBERS-GRIGOLAIT, *Informationspflichten*, [245-265], 256; TWIGG-FLESSNER, Christian, «Information Disclosure About the Quality of goods-Duty or Encouragement?», en: HOWELLS, Geraint-JANSSEN, André-SCHULZE, Reiner, *Information Rights and Obligations*, Aldeshot, Ashgate, 2004 [135-153], esp. 140-145, 151; RIESENHUBER, Karl, «Party Autonomy and Information in the Sales Directive», en: GRUNDMANN, Stefan-KERBER, Wolfgang-WEATHERILL, Stephen, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, De Gruyter, 2001, [348-370], 353.

<sup>31</sup> El artículo 2:201 de los *Acquis Principles* expresa ya como deber la necesidad de proporcionar información en estos casos (generalizable en los contratos de venta y de servicios); sin embargo, continúa siendo un deber de cumplimiento no formal: «[A]ntes de la conclusión de un contrato, una parte tiene el deber de proporcionar a la otra la información sobre los bienes y servicios que la otra parte pueda razonablemente esperar, teniendo en cuenta los estándares de calidad y las prestaciones que serían normales según las circunstancias». Para el comentario y razón de ser del precepto, TWIGG FLESSNER, Christian-WILHEMSSON, Thomas, en: ACQUIS GROUP, *Principles*, I, 76-80.

<sup>32</sup> Para una clasificación de los actos semejantes a las declaraciones de voluntad, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958, 28-32, que en el texto resulta notoriamente simplificada porque sólo se contraponen a las declaraciones de voluntad las que se genéricamente se tipifican como «de ciencia», para agrupar todas las que no tienen que ver con las primeras.

Lo dicho respecto de la calificación como declaración de ciencia de la información que proporciona el empresario es exacto cuando se informa sobre hechos o se trata de información puramente material y no jurídica. Vgr., el nombre y la dirección del profesional<sup>33</sup>; el precio o la descripción del bien, servicio o derecho<sup>34</sup>; o la lengua en que se va a formalizar el contrato o la información<sup>35</sup>. Se trata, además, de una información en beneficio de quién sea en cada caso su destinatario.

Pero la información también puede referirse a datos o situaciones jurídicas. Por ejemplo, la que tiene por objeto recordar al consumidor su derecho a desistir<sup>36</sup> o los plazos en los que podrá formular una posible reclamación<sup>37</sup>; o, en general, que tiene ciertos derechos u obligaciones derivados de la ley<sup>38</sup>. Lo es igualmente cuando quien informa comunica que tiene derecho a determinadas exoneraciones de responsabilidad, o explica los límites de las obligaciones contraídas, en ambos casos según lo previsto por la norma comunitaria o nacional de que se trate<sup>39</sup>. En el primer supuesto, la información beneficia al informado; en el segundo, al informante. Pero en ambos casos se debe continuar calificando como declaración de ciencia.

---

<sup>33</sup> Vgr. artículo 4 Dir. 85/577, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales, para permitir el derecho de desistimiento; artículo 4.1 *b ii* Dir. 90/514, sobre viajes combinados, para los casos de urgencia en el lugar de destino del adquirente del viaje; artículo 5.1, segundo guión Dir. 97/7, para presentar reclamaciones; artículo 3.1.1 *a-e* Dir. 2002/65, sobre servicios financieros a distancia, para facilitar las relaciones con el proveedor.

<sup>34</sup> Vgr. artículo 3 y 4.1 Dir. 90/514, sobre viajes combinados, en cuanto a horarios, destino y alojamiento; Anexo letras *b, c, d-i* Dir. 94/47, sobre tiempo compartido; artículo 4.1 *b* Dir. 97/7, sobre ventas a distancia; artículo 3.2 Dir. 2002/65, sobre servicios financieros a distancia.

<sup>35</sup> Vgr. artículo 10.1 *d* Dir. 2000/31, sobre comercio electrónico; artículo 3.1.3 *g* Dir. 2002/65 sobre servicios financieros a distancia.

<sup>36</sup> Artículo 3.2 *c iii* y 4 Dir. 85/577, sobre contratos fuera de establecimientos comerciales; artículo 3.1 y artículo 4 primer guión Dir. 94/47, sobre tiempo compartido, en relación con la letra *l* del Anexo; artículo 4.1 *f* y artículo 5.1 Dir. 97/7, sobre contratos a distancia; artículo 3.1.3 *a* Dir. 2002/65, sobre servicios financieros a distancia. *Vid.* además, arts. 6/5 *k*; 10/9.2 *l, h, 11/13, 14.1* Propuesta para la reforma de la Directiva de crédito al consumo (referencia supra nota 4).

<sup>37</sup> Anexo *j* Dir. 90/314, viajes combinados.

<sup>38</sup> Así, letra *j* Anexo Dir. 94/47, tiempo compartido, en relación con la cláusula que estipule que la adquisición no supondrá desembolso, gasto u obligación alguna distinto de los mencionados en el contrato; artículo 7.3 Dir. 97/7, sobre ventas a distancia, que prevé la posible información antes de la celebración del contrato, o en el contrato, de la posibilidad de suministrar un bien de precio y calidad equivalente al solicitado por el consumidor, si éste no está disponible. En general, artículo 3.4 Dir. 2002/65, sobre servicios financieros a distancia, que establece el deber de información precontractual del empresario sobre las obligaciones contractuales «que deberá ser conforme a las obligaciones contractuales que resulten de la legislación normalmente aplicable al contrato si éste se celebrara». En cuanto a las obligaciones, artículo 5.4 Dir. 90/314, viajes combinados, sobre el deber del adquirente de comunicar cualquier incumplimiento en la ejecución del contrato que haya comprobado *in situ*.

<sup>39</sup> Artículo 3.4 Dir. 2002/65, sobre servicios financieros a distancia, citado en la nota anterior.

Sin embargo, cuando la información se refiere a situaciones jurídicas que también benefician a aquel a quien informa y éste se atribuye derechos que la ley no le confiere directamente, pero sí le autoriza a asumir, en realidad se está ante una declaración de voluntad. Se trata, pues, de un contenido contractual que, aunque presentado bajo forma de información, en realidad es una declaración de voluntad caracterizada por ser unilateral, de efectos legales, y adhesiva para destinatario de la información. Por ejemplo: la posibilidad de exigir gastos de entrega<sup>40</sup>; o, cuando ello no deba considerarse abusivo, la de resolver el contrato anticipadamente y de forma unilateral<sup>41</sup>.

### 2.2.3 EL MOMENTO DE CUMPLIMIENTO

El deber de información se concreta en la entrega de documentación previa a la celebración del contrato<sup>42</sup>, simultánea<sup>43</sup> o posterior<sup>44</sup>. Existe, además, la posibilidad de que, en cada uno de los tres momentos, el Derecho comunitario fije plazos precisos para proporcionarla<sup>45</sup>.

#### 2.2.3.1 *Información pre contractual*

La información que se proporciona con carácter previo a la celebración del contrato tiene por finalidad permitir al consumidor un consentimiento informado, de manera que éste pueda tener claro

<sup>40</sup> Artículo 4.1 d Dir. 97/7, sobre ventas a distancia: «gastos de entrega, en su caso».

<sup>41</sup> Artículo 3.1.3 c Dir. 2002/65, sobre servicios financieros a distancia. Sobre el carácter abusivo que puede llegar a tener tal cláusula, Anexo, letra g Dir. 93/13, sobre cláusulas abusivas. El Anexo 2 a de la citada Directiva, sin embargo, lo matiza para los contratos de servicios financieros a distancia.

<sup>42</sup> Artículo 4.2 c Dir. 85/577, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles; Artículo 3.1 Dir. 94/47, sobre tiempo compartido; Artículo 4.1 Directiva 97/7, sobre contratos a distancia; Artículo 4.1 a y b Dir. 90/514, sobre viajes combinados; Artículo 5.1 Dir. 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros.

<sup>43</sup> Vgr. el artículo 6.1 Dir. 87/102, crédito al consumo: «deberá ser informado, en el momento de la celebración del contrato o con anterioridad [...]» y confirmar por escrito tal información (art. 6.1 *in fine*). Tal confirmación puede realizarse, pues, ya «en el momento de celebración del contrato» (aunque también con anterioridad y posterioridad); artículo 4.2 a y b Dir. 85/577, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, a propósito de la información escrita del derecho de revocación: «en el momento de la celebración del contrato».

<sup>44</sup> Artículo 5.1 Dir. 97/7, sobre contratos celebrados a distancia, establece la posibilidad de confirmar por escrito cierta información, durante la ejecución del contrato o a la entrega del bien, es decir, en cualquier caso en un momento posterior a su celebración; artículo 5.2 Dir. 2002/65: «el proveedor cumplirá inmediatamente después de la celebración del contrato [...]».

<sup>45</sup> Artículo 5.1, segundo y tercer guión Dir. 94/47, sobre tiempo compartido (en el momento de la firma del contrato por ambos contratantes; en el momento de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante); artículo 6.1 final Dir. 97/7, sobre contratos celebrados a distancia (información escrita sobre el derecho de desistimiento en el plazo de tres meses desde que se reciben los bienes, o desde la celebración del contrato, si se trata de servicios a distancia).

sobre lo que contrata. Potencia su libertad de contratar y, desde este punto de vista, la autonomía es total.

### 2.2.3.2 *Información contractual*

La autonomía reguladora, es decir, la que tiene que ver con la libertad de configurar el contenido del contrato es, por el contrario, muy escasa, supuesto que en la mayoría de supuestos el contenido viene prefigurado legalmente<sup>46</sup>. Corresponde al empresario redactar de forma clara y precisa tales contenidos, lo que no deja de ser una manifestación formal más del deber que le incumbe<sup>47</sup>.

### 2.2.3.3 *Información poscontractual*

La información poscontractual no se incluye en el proceso de formación del contrato, pero sí, en sentido amplio, en el proceso de contratación. El deber de información del empresario no es parte de la prestación; es una obligación diferente, complementaria. Es decir, es un efecto legal del contrato (art. 1258 CC)<sup>48</sup>.

### 2.2.3.4 *Deber de proporcionar una copia del contrato*

Lo mismo debe decirse de la imposición del deber de proporcionar una copia del contrato<sup>49</sup>. Con ello se tiende a facilitar al consumidor la valoración de que la prestación coincide con la debida y, además, sirve de prueba que permite dejar constancia de su conclusión y de aquello sobre lo que se ha contratado<sup>50</sup>. En estos casos, el deber de entrega es susceptible de un tratamiento independiente de la obligación principal, pero también del deber legal de proporcionar información. Es una prestación accesoria que no forma parte de la forma estrictamente considerada<sup>51</sup>. El deber de entregar una copia no tiene

<sup>46</sup> Vid. *infra* III, 1 y 2.

<sup>47</sup> En los *Acquis Principles*, artículo 2:206. Vid. todavía *infra* III, 2, núm. 61, 62.

<sup>48</sup> Artículo 6.2, I Dir. 1987/102, de crédito al consumo: «[...] mientras dure el contrato, el consumidor será informado de cualquier cambio que se produzca en el tipo de interés o en los gastos pertinentes en el momento en que se produzca».

<sup>49</sup> Artículo 4.1, Dir. 87/102, de crédito al consumo; artículo 4 segundo guión Dir. 94/47, sobre tiempo compartido (aunque referido sólo a la copia de la traducción); artículo 4.2 b Dir. 9/314, sobre viajes combinados.

<sup>50</sup> HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH, *Internationales Verbraucherschutzrecht*, 98.

<sup>51</sup> El artículo 7.1 L 7/95, sobre crédito al consumo y el § 494 BGB lo demuestran claramente, al no sancionar con la nulidad el incumplimiento del deber de entrega/puesta a disposición de la copia (art. 6.1, II L 7/95; § 492.3 BGB), a diferencia de lo que ocurre cuando no se respeta la forma escrita del contrato. En la jurisprudencia, española, vid. SAP Barcelona, 18 de octubre de 2002 (AC 2003/99385). Eso no quiere decir que el incumplimiento del deber de proporcionar copia escrita no tenga consecuencias. En Alemania, por ejemplo, el *dies a quo*

carácter formal porque no se precisa de qué manera debe ser facilitada<sup>52</sup>. Excepcionalmente, lo es cuando la copia es una traducción del contrato que debe proporcionarse en una lengua determinada<sup>53</sup>.

### III. FORMA EXTERNA Y FORMA INTERNA DEL CONTRATO Y DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Tanto del contrato como de la obligación de informar puede predicarse una forma externa y otra interna. En los dos sentidos, se debe tener en cuenta cuándo la forma viene exigida por la ley o es libre.

para ejercer el derecho de desistimiento queda aplazado hasta que la copia del contrato sea puesta a disposición del consumidor (§ 355.2, III BGB). Además, sería posible la indemnización de daños y perjuicios, si es correcto entender que ha habido infracción de una prestación accesoria y, por tanto, una *Positive Vertragsverletzung* (§§ 241, 280 ss BGB). Al respecto, RIESENHUBER, Karl, «Nachweispflichten. Ansprüche auf Information über Vertragsbedingungen im Europäischen und deutschen Vertragsrecht», en: WESTERMANN, H. P.-MOCK, K. (Hrsg.), *Festschrift für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, Gruyter, 2000 [721-743], 734. En Italia también se defiende, *ex artículo 1374 CC y 1453 CC it*, la aplicación de las normas sobre incumplimiento de una obligación legal. *Vid.* PUTTI, Pietro Maria, «L'invalidità nei contratti del consumatore» en: LIPARI, Nicolò (cur.), *Tratato de Diritto Privato europeo*, III, Cedam, Padova, 2003<sup>2</sup> [452-634], 498. El remedio que consiste en la resolución del contrato sería dudosamente posible en España, teniendo en cuenta que no se trata de un incumplimiento esencial de una obligación principal sinalagmática (art. 1124 CC). En este sentido, aunque en relación con el incumplimiento de la obligación de elevar el contrato a escritura pública, generalmente el TS rechaza la resolución (*vid.* ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho de Obligaciones*, II, Barcelona, Librería Bosch, 2002<sup>11</sup>, 113). La doctrina entiende que sería aplicable el artículo 1279 CC (posibilidad de compeler al empresario a la entrega de la copia), con posibilidad, en su caso, de pedir la ejecución forzosa (art. 1098 CC). Así, en el contexto de los viajes combinados, SANTOS MORÓN, María José, «El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados» 42 (1997), *Estudios sobre consumo* [23-38], 35 ss. Pero la aplicación del artículo 1279 CC plantea problemas: ¿cómo probará el consumidor que no le fue entregada la copia para, así, poder compeler al empresario a su suministro? Lo pertinente sería exigir la inversión de la carga de la prueba, de manera que si es éste quien no pudiera probar la entrega, sería lógico tener por no puestas las cláusulas que perjudicaran al consumidor. En todo caso, es pertinente la condena a pagar daños y perjuicios por infracción de un deber legal (art. 1258 CC). Sobre el particular, *vid. infra* epígrafe V.

<sup>52</sup> En el Derecho español, tampoco lo explicita el artículo 4.2 L 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados («BOE» 161, de 7 de julio de 1995) (= artículo 154.2 RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, «BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2007) que a diferencia de lo previsto por el artículo 4.2 *b* Dir. 90/314 (que sólo se refiere a la copia de las condiciones contractuales), sí que exige entrega de una copia del contrato (se entiende, con posterioridad a la firma, lo que puede deducirse con una interpretación amplia de la expresión «una vez formalizado» que utiliza el artículo 4.2 L. 21/95 = artículo 154.2 TR). Que la copia se deba entregar «una vez formalizado el contrato», no significa que aquélla deba ser por escrito (entendiendo por ello «en papel»), aunque sí que lo sea el contrato (art. 4.1 L 21/1995 = artículo 154.1 TR). El propio artículo 4.2 *b* Dir. 90/314 admite «cualquier otra forma comprensible y accesible al consumidor». Por otra parte, la necesidad de que el contrato se formalice por escrito es un requisito que añade la ley española, no exigido por la Directiva. El artículo 6.1 L 7/1995, de crédito al consumo, se refiere a la copia escrita del contrato con la expresión «[...] se formalizarán (por escrito) en tantos ejemplares como partes intervengan [...]»; aunque la Dir. 85/577, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales no exige la entrega de una copia, esto se presume en el artículo 3.1.4 L 26/1991, de contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales: «por escrito, en doble ejemplar».

<sup>53</sup> Artículo 4 segundo guión Dir. 94/47.

## 1. FORMA EXTERNA E INTERNA DEL CONTRATO

Como ya se ha dicho repetidas veces, la forma externa del contrato es el medio de expresión de la declaración de voluntad. Cuando se exige, es por escrito. Por el contrario, la forma interna es la tipificación de su contenido. Es su formalización o estructuración: «menciones», cláusulas» (art. 1255 CC). Tal contenido viene frecuentemente determinado legalmente. Es lo que podría calificarse de forma *ad regulationem*, cuya finalidad es procurar uniformidad, generalmente a base de poner a disposición del consumidor formularios pre-dispuestos y unilateralmente redactados por el empresario<sup>54</sup>.

Desde luego, el contenido informativo no agota el puramente contractual: no sólo porque el contrato puede incluir más cláusulas de las que estrictamente son objeto del deber de información<sup>55</sup>, sino porque además es posible que se incluyan extremos distintos a los que constaban en ella<sup>56</sup> e, incluso, que las partes añadan otros pactos<sup>57</sup>. En la hipótesis de que lo que conste por escrito sean acuerdos libremente estipulados –es decir, sin contenido legal obligatorio y sin que se trate de adhesión a cláusulas generales– es evidente que la protección que dispensa la forma escrita a la parte débil del contrato ya no radica en el suministro de información por el empresario. Pero su función es la misma: asegurar al adquirente la percepción y la comprensión de las cláusulas contractuales. Sin embargo, puesto que se trata de cláusulas o menciones que son el resultado de la autonomía de la voluntad, desde esa perspectiva, no se deben considerar formales. Eso significa que la infracción de la forma (interna) del contrato, según se omitan unas u otras cláusulas, no debería ser sancionada de la misma manera. A ello me referiré, siquiera muy brevemente, al final de este trabajo<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> ANDRINI, Maria Claudia, «Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informativa» 17 (2001), *Contratto e impresa* [135-241], 143.

<sup>55</sup> En este sentido, artículo 4.2 Dir. 87/102, de crédito al consumo, «como mínimo la información prescrita en el segundo guión del apartado 1 del artículo 6»; artículo 4.3 Dir. 87/102, sobre crédito al consumo: «además, las demás condiciones esenciales».

<sup>56</sup> Artículo 3 final, primer guión Dir. 90/314 viajes combinados: «[...] cambios en dicha información [...]»; artículo 3.2 Dir. 94/47, tiempo compartido: «[...] cambios en la información [...]».

<sup>57</sup> Artículo 4.2 a Dir. 90/314, sobre viajes combinados: «[...] el contrato incluirá *al menos* las cláusulas que figuran en el Anexo». Lo que permite que los contratantes concluya otros pactos al margen de la información formalizada que es contenido obligatorio. Lo confirma el Anexo, letra j, cuando obliga a incluir en el contrato: «toda solicitud especial que el consumidor haya transmitido en el momento de la reserva al organizador o detallista y que ambos hayan aceptado». Aunque tal previsión vacía de contenido el «al menos» del precepto anteriormente citado, el ejemplo demuestra que no todo contenido contractual procede de la información; artículo 4 primer guión Dir. 94/47, sobre tiempo compartido: «[...] *al menos* los datos que figuran en el Anexo».

<sup>58</sup> *Vid. infra* V.

## 2. FORMA EXTERNA E INTERNA DE LA INFORMACIÓN

La obligación de informar también puede ser formalizada, tanto externamente (declaración), como internamente (contenido). Con todo, la forma externa de la información es a veces libre. Generalmente ello es así cuando se trata de un deber del empresario, previo al deber de formalizar esa misma u otra información adicional por escrito<sup>59</sup>. Tal libertad cabe deducirla igualmente en los escasos supuestos en que las directivas comunitarias omiten un pronunciamiento expreso sobre la forma, ya sea externa o interna<sup>60</sup>.

Que el deber de informar tenga carácter formal significa dos cosas:

La principal es que debe manifestarse a través de medios concretos: en papel o mediante soporte duradero. Es la forma escrita que tradicionalmente se predica del negocio, sólo que ahora va referida a la información. Complementariamente, el contenido de la información puede venir legalmente predeterminado. Esto es, la norma establece cuál es el contenido obligatorio (forma interna) y, eventualmente, en qué lengua debe proporcionarse. Esto último forma parte de la forma externa, que es especificación de la forma escrita cuando ésta es obligatoria<sup>61</sup>. Además, el Derecho comuni-

---

<sup>59</sup> Por ejemplo, artículo 4.1 *a y b* Dir. 90/514, sobre viajes combinados, se refiere a la información previa a la conclusión del contrato «por escrito o de cualquier forma adecuada», aunque si esa información se incluye como cláusula contractual, debe constar «por escrito o en cualquier forma accesible y comprensible al consumidor». También el artículo 4.2 Dir. 97/7, sobre ventas a distancia, prevé que la información previa a la celebración del contrato puede realizarse «por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizado (vgr. el teléfono, artículo 4.3), aunque luego debe confirmarse por escrito o en soporte duradero la descrita en las letras *a-f* del mismo precepto (art. 5); en un servicio financiero a distancia, la información precontractual de los arts. 3.1 y 4 Dir. 2002/65, debe ser comunicada «por cualquier medio que se adapte a la técnica a distancia utilizada» y, en el artículo 3.3, se alude a la telefonía vocal. Pero esa información debe ser luego proporcionada «en soporte papel u otro soporte duradero accesible al consumidor» (art. 5).

<sup>60</sup> Es el caso del artículo 3.2, II Dir. 94/47, que ni obliga a proporcionar por escrito los cambios introducidos en la información precontractual (art. 3.1), ni tampoco prevé el contenido (porque, salvo pacto en contrario, aquéllos vienen provocados por circunstancias ajenas a la voluntad del vendedor). Con todo, se trata de información que también se incorpora en el contrato, previo conocimiento y consentimiento del adquirente (art. 3.2, III). El artículo 5.1, segundo guión Dir. 94/47 tampoco precisa si debe ser escrita la información que el empresario debe proporcionar con posterioridad a la conclusión del contrato con las menciones obligatorias que éste omitió. Igualmente, el artículo 6.2 Dir. 87/102 omite exigir que la información sobre el cambio en el tipo de interés sea por escrito (sólo se refiere a un «extracto de cuenta o de cualquier otra manera aceptable para los Estados miembros»); ídem, artículo 6.3. El artículo 4.5 Dir. 90/314, se refiere a la notificación de los cambios sobrevenidos en los elementos esenciales del contrato, pero no precisa la manera en que ésta debe realizarse.

<sup>61</sup> Artículo 4, segundo guión Dir. 47/94 exige que tanto el contrato como en documento informativo del artículo 3.1 deben estar redactados, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el adquirente, o en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro del que éste sea nacional, a elección del adquirente, a pesar de que el Estado miembro de residencia de éste

tario expresa la manera en que tal información debe ser presentada: de forma «clara, precisa y comprensible»<sup>62</sup>. Ello generalmente se identifica con un control formal (control de la forma externa)<sup>63</sup> aunque acaso no debiera tratarse sólo como un requisito de forma sino también de sentido expresivo de las palabras (deben tener un sentido claro, art. 1281.1 CC). Los Derechos nacionales exigen un plus: que la información se presente con caracteres destacados y en una posición concreta (igualmente, requisito de forma externa)<sup>64</sup>. Es decir, exigen el formalismo de la mención<sup>65</sup>.

---

último podrá imponer la obligación de que el contrato esté redactado en su lengua (siempre que sea oficial en la Comunidad). Pero entonces se obliga al vendedor a facilitar una traducción conforme del contrato (no se dice nada acerca de la traducción de la información previa) en la lengua o en una de las lenguas oficiales de la Comunidad del Estado miembro en que esté situado el contrato. Con todo, esto último es una obligación complementaria, efecto del contrato, que no tiene nada que ver con la forma. Los artículo 3.4 (para el documento informativo) y 4.1 (para el contrato) de la Propuesta de Directiva sobre tiempo compartido, revisada por la Comisión [COM(2007) 303 final, de 7 de junio de 2007], simplifican notoriamente las cosas, al prever que la lengua de redacción debe ser una de las oficiales de la Comunidad, a elección del consumidor. *Vid.* además, sobre la lengua en el contrato, EM, 8 y artículo 10 a Dir. 2000/31, sobre comercio electrónico; Anexo III [2] Dir. 2002/83, de 5 de noviembre, sobre el seguro de vida. Sobre el tema, RÖSSLER, Hannes, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht. Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung*, München, Beck, 2004, § 3, 150.

<sup>62</sup> Sobre la necesidad de claridad y precisión en la escritura, *vid.* artículo 4.2 y 5.1 Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas: «[...] por escrito, de forma clara y comprensible»; artículo 4.1 Directiva 98/6, sobre la indicación de los precios de los productos; artículo 3.2 Directiva 90/314, sobre viajes combinados; artículo 4.1 Directiva 97/5, sobre transferencias transfronterizas; artículo 10.1 Directiva 2000/31, sobre comercio electrónico: «clara, comprensible e inequívoca» (información proporcionada mediante comunicaciones electrónicas). Además, artículo 8.1 b) Directiva 2001/95, sobre seguridad en los productos, artículo 4 Directiva 94/47, viajes combinados; artículo 3.2 Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

<sup>63</sup> REICH, Norbert, *Zur Theorie des europäischen Verbraucherrechts*« (1994) *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (= ZEuP) [381-407], 392. De acuerdo, HEISS, «Formvorschriften», en: SCHNYDER-HEISS-RUDISCH, *Internationales Verbraucherschutzrecht*, 93; RÖSSLER, *Europäisches*, § 3, 149.

<sup>64</sup> Esto último se aprecia, por ejemplo, en las exigencias relativas a la información contractual sobre el derecho de revocación/desistimiento. En España, artículo 3.2 L 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles («BOE» 283, de 26 de noviembre de 1991) [= artículo 111.2 TR 1/2007]. En Bélgica, artículo 7 de la L de 11 de abril de 1999, *relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé*, que exige que se señale en negrita y dentro de un recuadro y en el recto de la primera página del contrato el texto de los artículos 9 y 10 (igualmente referido al derecho de revocación). En la misma línea, y también en relación con el mismo contrato de tiempo compartido y el derecho a desistir del mismo, Francia obliga a reproducir con caracteres en negrita el texto de los artículos L 121-63 a L 121-68 (L 121-62 Ccons). Además, artículo 7.1 y 3 de la L luxemburguesa de 18 de diciembre de 1998, *relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation a temps partiel de biens immobiliers*, que exige proporcionar en negrita la mención relativa al derecho de desistimiento. En Alemania, el Anexo 2 de la *Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht* (= BGB-InfoV) contiene un formulario que los empresarios pueden utilizar para cumplir con su deber de informar sobre la existencia de un derecho de revocación en los contratos de consumo.

<sup>65</sup> En expresión de LAGARDE, Xavier, «Observations critiques sur la renaissance du formalisme» (1999) *JCP-La Semaine Juridique* I 170, [1767-1775], esp. 1774.

Para concluir: por un lado está la forma de la información (por escrito, en documento privado) y, por el otro, la previsión de su contenido y su formalización (el formalismo de la mención). Es la forma externa e interna, respectivamente, del deber legal de información. En todos los casos, la forma proporciona certidumbre y concreción. Se trata no sólo de facilitar el conocimiento, sino también la comprensión.

### 3. POSIBILIDAD Y UTILIDAD DE LA DISTINCIÓN

La pregunta que cabe formularse ahora es si es posible o tiene sentido diferenciar entre ambas formas, la del contrato y la de la información. En cuanto a si es posible, la respuesta es que sí, siempre, cuando el contenido de la información no se incluye en el contrato. A veces es autónomo, total o parcialmente<sup>66</sup>. Pero la información no pierde su autonomía, tampoco cuando se incorpora como contenido contractual<sup>67</sup>. Que a pesar de la absorción se puede mantener tal distinción, es algo que viene confirmado por la posibilidad de sancionar como *infracción del deber de información* los supuestos en que el contrato omite la que es preceptiva<sup>68</sup>. Además porque, como ya se ha tenido ocasión de poner de manifiesto, no todo el contenido contractual procede de la información, sino que existe otro exclusivamente derivado de los pactos de los contratantes<sup>69</sup>.

La falta de autonomía sólo se aprecia en los casos en que la información es contractual y simultánea a la conclusión del nego-

---

<sup>66</sup> Por ejemplo, si se trata de información anterior al contrato. Así, las cláusulas del contrato que deben figurar obligatoriamente y que se recogen en el anexo de la Dir. 90/314 de viajes combinados (art. 4.2 *a*), no incluyen toda la información que, según el artículo 4.1 *a* y *b* Dir. 90/314, es preceptiva antes de la celebración del contrato. Pero el momento puede ser indiferente. El ejemplo es el artículo 5 Dir. 97/77, sobre contratos a distancia, que se refiere a la información escrita anterior o posterior a la celebración del contrato.

<sup>67</sup> Artículo 4.2 *a* Dir. 90/314, sobre viajes combinados se refiere al contrato que debe incluir las cláusulas del anexo, pero el artículo 4.2 *b* exige que, antes de su celebración, éstas deben ser comunicadas al consumidor; la independencia se aprecia también el artículo 3.1 Dir. 94/47, respecto del folleto informativo, que es de entrega obligada con anterioridad e incluso con independencia a la conclusión del contrato, a pesar de formar parte integrante del mismo si llega a celebrarse (art. 3.2).

<sup>68</sup> Así, artículo 5 Dir. 94/47, que «sin perjuicio de lo que las legislaciones nacionales permitan al adquirente en materia de invalidez de los contratos» (art. 5.1), sanciona la infracción del deber de información contractual (si el contrato no contiene determinadas menciones previstas en el Anexo y, previamente, en el folleto informativo) con la resolución (art. 5.1 segundo y tercer guión). Más claramente, aunque con cierta desviación de la directiva en cuanto a los contenidos, el artículo 9.4 y 10.2 en relación con el artículo 8.2 (omisión en el contrato de la información contenida en el folleto informativo) de la L 42/1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

<sup>69</sup> *Vid. supra* III, 1.

cio. En ese caso puede carecer sentido distinguir entre sus formas externa e interna, puesto que ya quedan absorbidas por las del contrato<sup>70</sup>. Eso es así porque la información no se presenta como deber y sólo se da a conocer su efecto o resultado: la inclusión como contenido contractual. Por tanto, deviene forma interna del contrato.

En definitiva: que se esté ante contratos de consumo con escaso margen de configuración negocial no permite presumir que toda la información que es objeto del deber del empresario deba incluirse en el contrato, ni tampoco que, cuando efectivamente sea así, la información deje de ser autónoma respecto de su contenido. Tiene sentido diferenciar entre las dos formas, interna y externa, tanto de la información como del contrato, no sólo porque la absorción de la primera por el segundo puede que sólo sea parcial, sino porque, aún siendo total, ésta es sólo una de las opciones posibles, en ningún caso excluyente de las demás. *A priori* no se puede partir de un planteamiento reduccionista y tampoco *a posteriori* se puede construir una teoría unitaria. Las normas comunitarias establecen una gran variedad de combinaciones entre la información y el contrato. Por tanto, conviene mantener la distinción.

La segunda pregunta era si, además de ser posible, tal distinción es útil. La respuesta debe ser afirmativa. La utilidad se revela a la hora de establecer un sistema adecuado de sanciones. Con esto entro ya en el último de los temas que me he propuesto analizar.

#### IV. ¿UN SISTEMA ADECUADO DE SANCIONES?

Es difícil encontrar en el *acquis* suficientes evidencias que permitan a los Estados miembros introducir mecanismos coherentes de sanciones<sup>71</sup>. La razón es que, como regla general, el Derecho comunitario abandona la regulación de las consecuencias de las

---

<sup>70</sup> Artículo 4.2 final Dir. 87/102, de crédito al consumo: «[C]uando no sea posible indicar dicho porcentaje anual de cargas financieras, el consumidor recibirá la información pertinente en el contrato escrito».

<sup>71</sup> Aunque el Derecho civil no se pronuncia en términos de deberes y sanciones, sino de derechos y acciones o pretensiones, la expresión «sanción» es frecuentemente utilizada en las Directivas comunitarias sin que, por otro lado, eso signifique que su naturaleza deba ser exclusivamente administrativa o penal. *Vid.* artículo 11.3 Dir. 2002/65; artículo 11.2 de la Propuesta de Directiva sobre tiempo compartido, revisada por la Comisión (referencia *supra* n. 61) y artículo 31.1 Propuesta de Directiva de crédito al consumo, revisada por la Comisión (referencia *supra* nota 4).

infracciones formales a los Estado miembros<sup>72</sup>. Hay quien piensa que ello es contrario al efecto útil del Derecho comunitario<sup>73</sup>.

*De lege ferenda*, lo aconsejable sería una gradación de sanciones, en función del tipo de infracción formal: información proporcionada por medios distintos a la escritura o en forma escrita distinta a la exigida por los derechos nacionales; cláusulas omitidas en el contrato (habría que ver si su forma es libre o no y/o si cualquier omisión de las formales debería ser tratada por igual); o ausencia de formalidad en las menciones. Es decir, una distinción según exista falta de información escrita (infracción de la forma interna) o ésta se proporcione en forma distinta a la requerida (infracción de la forma externa) y, dentro de cada supuesto, atendiendo a la gravedad de la infracción. Las sanciones al incumplimiento de la obligación de informar pueden sancionarse autónomamente (sanciones administrativas)<sup>74</sup> o comunicarse al contrato (sanciones civiles). Las sanciones civiles pueden ser diversas: nulidad, resolución, suspensión del pago del precio, prórroga de la fijación del *dies a quo* para ejercer el derecho a desistir, etc. Y entre ellas se debe incluir, supuesto que puedan probarse los daños, la indemnización, tanto si se ha celebrado el contrato como si no (vgr. art. 48 TR LGDCU)<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Así, artículo 4.3 Dir. 87/577, contratos fuera de establecimientos comerciales: la sanción por inobservancia de la falta de información por escrito (sobre el derecho de desistimiento) queda a cargo del Estado. Tampoco la Dir. 87/102, crédito al consumo prevé sanciones para el caso de inobservancia de la forma escrita ni del contrato, ni de las informaciones que deben proporcionarse como contenido necesario. El artículo 10 Dir. 94/47, se expresa literalmente en los siguientes términos: «[L]os Estados miembros establecerán en sus legislaciones las consecuencias del incumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva». En la misma línea, el artículo 11.1 Directiva 97/7, sobre contratos a distancia, que, en todo caso, advierte de que las sanciones pueden ser de carácter público, como el ejercicio de acciones colectivas; artículo 11.3 Dir. 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros.

<sup>73</sup> Sobre el mayor o menor margen de discrecionalidad del legislador nacional, atendiendo a la teoría del efecto útil del Derecho comunitario, SCHWINSTOWSKI, Hans-Peter, «Informationspflichten und effet utile. Auf der suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem», en: SCHULZE-EBERS-GRIGOLAIT, *Informationspflichten*, 267-287. Sin embargo, no considera que aquél se vea afectado por el hecho de que las directivas no provean al sistema de sanciones y remedios, MANKOWSKI, «Information», 788. Tampoco consideran oportuna la referencia, POLLIOT, *Droit européen*, 110 y BYDLINSKI, «Formgebote», en: SCHULZE-EBERS-GRIGOLAIT, *Informationspflichten*, 149, n. 20.

<sup>74</sup> Artículo 68, en relación con el artículo 65.1 *n* L 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista («BOE» 15, de 17 de enero de 1996), modificada por la L 47/2002, de 19 de diciembre («BOE» 304, de 20 de diciembre de 2002). *Vid.* ahora artículo 49.1 *h* y 49.2 *b* y ss TR 1/2007; artículo 38-45, en relación con artículo 38.3 *c* y *d* y artículo 38.4 *e-f* de la L 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico («BOE» 166, de 12 de julio de 2002).

<sup>75</sup> MANKOWSKI, «Information», 787-796; EBERS, Martin-ARROYO AMAYUELAS, Esther, «“Heininger” y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum*», 9 (2006), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* [409-444], esp. 434 ss. Es lo que, a nivel comunitario, y con carácter general para la infracción de cualquier deber legal de información del empresario,

Puestos a escoger entre las sanciones civiles y las administrativas, son preferibles las primeras. Las sanciones administrativas tienen buen acomodo en el Derecho de la competencia, porque facilitan la expulsión del mercado de los empresarios desleales. Pero la forma, en el Derecho comunitario, no tutela únicamente intereses públicos. En consecuencia, tales sanciones no son satisfactorias para el consumidor, porque no inciden en la cuestión de cuál sea la eficacia del contrato realizado en contravención de la forma escrita, ni le proporcionan medio alguno de resarcimiento del perjuicio sufrido<sup>76</sup>.

Ahora bien, cuales sean las sanciones más adecuadas desde el punto de vista civil es una pregunta que no tiene una única respuesta y que, además, exigiría un esfuerzo, imposible de abordar ahora, de comparación de las soluciones previstas en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, para comprobar su adecuación a la finalidad que cumple la forma en cada supuesto<sup>77</sup>. En todo caso, los requisitos son: la proporcionalidad de la sanción que, con relación a la infracción cometida, no debe ser ni demasiado leve ni tampoco demasiado grave; su efectividad, esto es, que el Derecho nacional permita su aplicación; y su carácter disuasorio, es decir, con un efecto preventivo<sup>78</sup>.

---

ahora propone el Libro Verde de la Comisión sobre la revisión del *Acquis Communautaire* en materia de protección a los consumidores (apartados 4.9 y 4.10) («DOUE» C 61, de 15 de marzo de 2007). Los *Acquis Principles* ya lo recogen en el artículo 2:207 (2) ACQP en relación con el artículo 2:206 (4) y 8:401 (1) ACQP.

<sup>76</sup> HEISS, *Formmängel*, 31, critica, por ello, la transposición de la Directiva de crédito al consumo en Austria: § 33 *Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz-BWG)* [BGBl. Nr. 532/1993], que sólo prevé sanciones administrativas.

<sup>77</sup> Para una muestra del *poupourri* que ofrece el legislador nacional español en esta materia, con referencia a la legislación anterior al Texto Refundido de la LGDCU, *vid.* SANTOS MORÓN, María José, «Información precontractual, forma y prueba del contrato», en: BOTANA GARCÍA, Gema-RUIZ MUÑOZ, Miguel, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, McGraw Hill, 1999, [135-161], 153-157; HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, «La forma de los contratos: el neoformalismo en el Derecho de consumo» (2005) *Revista de Derecho Privado* [27-50], 44 ss.; ÁLVAREZ LATA, Natalia, *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de Consumo español*, Cizu Menor (Navarra), Aranzadi, 2004.

<sup>78</sup> Sobre el tema de las sanciones, *vid.*, en general, HAGUENAU, Catherine, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 371-380. Lo recuerda, resumidamente, ROCHFELD, Judith, «La «communautarisation» du droit contractuel interne: de l'influence des notions forgées par le droit communautaire en général, et de celle de sanction en particulier» 2 (2007) *Revue des Contrats* 223-228. Concretamente, sobre el principio de efectividad, a propósito de la transposición de las directivas sobre antidiscriminación, KOCHER, Eva, «Instrumente einer Europäisierung des Prozessrechts. Zu den Anforderungen an den kollektiven Rechtsschutz im Antidiskriminierungsrecht» 12 (2004) *ZEuP* [260-275], 274: «[...] die Wirksamkeit der Durchsetzung ist Ergebniss eines komplexen Zusammenspiels von Sanktionen, Beweislastverteilungen, prozessualen Vorschriften und eines Zusammenwirkens von Einzelpersonen, öffentlichen und privaten Institutionen und Gerichten». En relación con la forma del contrato, RIESENHUBER, *System*, § 14, 320-312 y HEISS, *Formmängel*, esp. 24-28.

## V. CONCLUSIONES

La forma en el proceso contractual incluye tanto el contrato como la información que el empresario tiene el deber legal de proporcionar. En ambos se debe distinguir entre la «forma interna» y la «forma externa». La primera es la organización del contenido; la segunda, el medio a través del cual éste se exterioriza (oral o escrito y, dentro de éste, público o privado). En los dos sentidos o acepciones se debe tener en cuenta si la forma es libre o exigida por la ley. Las sanciones a la forma escrita del contrato, no previstas en el Derecho comunitario, deben ajustarse a la función y finalidad que ésta cumpla que, *lato sensu*, no es otra que la protección del consumidor sin que, por lo demás, sea permitido penalizar injustamente al empresario. Es posible que aunque la infracción de la forma repercuta en el contrato, no necesariamente se localice en él. Baste recordar a estos efectos que cuando la forma es un instrumento que transporta información, no se identifica con la forma negocial entendida en sentido tradicional.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACQUIS GROUP: *Principles of the existing EC Contract Law (Acquis Principles). Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, Part I*, Sellier, München, 2007.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho de Obligaciones*, II, Librería Bosch, Barcelona, 2002<sup>11</sup>.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de Consumo español*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- ANDRINI, Maria Claudia: «Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informativa» 17 (2001), *Contratto e impresa*, 135-241.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther-PASA, Barbara-VAQUER ALOY, Antoni: Comentario a los arts. 1:303-1:307 ACQP en: ACQUIS GROUP (Hrgs.), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Sellier, München, 2007.
- AUBRY, Hélène: *L'influence du Droit communautaire sur le droit français des contrats*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix en Marseille, 2002.
- BECQUÉ-ICKOWICZ, Solange: *Le paralelisme des formes en droit privé*, éd. Panthéon Assas, Paris, 2004.
- BÖRNER, Fritjof-RATH, Michael: «VI. Allgemeine Regelungen für besondere Betriebsformen», en: SCHIMMEL, Roland-BUHLMANN, Dirk (Hrgs.): *Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht*, Neuwied, Krißel, Luchterhand, 2002.
- BYDLINSKY, Peter: «Formgebote für Rechtsgeschäfte und die Folgen ihrer Veletzung», en: SCHULZE, Reiner-EBERS, Martin, GRIGOLAIT, Hans Christoph:

- Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 141-154.
- DEMOULIN, Marie: «La notion de «support durable» dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?» (2000), *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 361-377.
- EBERS, Martin-ARROYO AMAYUELAS, Esther: «Heininger» y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum*», 9 (2006), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 409-444.
- HAGUENAU, Catherine: *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, Bruxelles, 1995.
- HÄSEMAYER, Ludwig: «Die Bedeutung der Form im Privatrecht», 1 (1980), *Juristische Schulung*, 1-9.
- HEISS, Helmut: «Formvorschriften als Instrument europäischen Verbraucherschutzes», en: SCHNYDER, Anton K.-HEISS, Helmut-RUDISCH, Bernhard: *Internationales Verbraucherschutzrecht*, Tübingen, Mohr, 1995, 87-103.
- HEISS, Helmut: *Formmängel und ihre Sanktionen*, Mohr, Tübingen, 1999.
- KELP, Ulla: *Time-Sharing-Verträge*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: «La forma de los contratos: el neoformalismo en el Derecho de consumo» (2005), *Revista de Derecho Privado*, 27-50.
- KOCHER, Eva: «Instrumente einer Europäisierung des Prozessrechts. Zu den Anforderungen an den kollektiven Rechtsschutz im Antidiskriminierungsrecht» 12 (2004), *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 260-275.
- KÖTZ, Heinz-FLESSNER, Axel: *Europäisches Vertragsrecht*, Mohr, Tübingen, 1996.
- LAGARDE, Xavier: «Observations critiques sur la renaissance du formalisme» (1999), *JCP-La Semaine Juridique*, I, 170, 1767-1775.
- MANKOWSKI, Peter: «Information and formal requirements in EC Private Law», 6 (2005), *European Review of Private Law*, 779-788.
- MASUCCI, Silvia T.: «La forma del contratto», en: LIPARI, Nicolò: *Trattato di Diritto privato europeo*, III, Cedam (ed.), Padova, 2003, 196-243.
- MEDICUS, Dieter: *Grundwissen zum Bürgerlichem Recht*, Berlin, Carl Heymanns, 2006<sup>7</sup>.
- PERLINGIERI, Pietro: *Manuale di Diritto Civile*, Ed. Scientifiche italiane, Roma-Napoli, 2005<sup>4</sup>.
- POILLOT, Elise: *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, París, 2006.
- PUTTI, Pietro Maria: «L'invalidità nei contratti del consumatore» en: LIPARI, Nicolò (cur.): *Trattato de Diritto Privato europeo*, III, Cedam, Padova, 2003<sup>2</sup>, 452-634.
- REICH, Norbert: «Zur Theorie des europäischen Verbraucherrechts» (1994), *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 381-407.
- RIESENHUBER, Karl: «Party Autonomy and Information in the Sales Directive», en: GRUNDMANN, Stefan-KERBER, Wolfgang-WEATHERILL, Stephen: *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, Berlin, 2001, 348-370.
- RIESENHUBER, Karl: *System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts*, De Gruyter, Berlin, 2003.
- RIESENHUBER, Karl: «Nachweispflichten. Ansprüche auf Information über Vertragsbedingungen im Europäischen und deutschen Vertragsrecht», en: WES-

- TERMANN, H.P.-MOCK, K (Hrsg.): *Festschrift für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag*, Gruyter, Berlin/New York, 2000, 721-743.
- ROCHFELD, Judith: «La “communautarisation” du droit contractuel interne: de l’influence des notions forgées par le droit communautaire en général, et de celle de sanction en particulier», 2 (2007), *Revue des Contrats*, 223-228.
- RÖSSLER, Hannes: *Europäisches Konsumentenvertragsrecht. Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung*, Beck, München, 2004.
- SANTOS MORÓN, María José: *La forma en los contratos en el Código civil*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
- SANTOS MORÓN, María José: «El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados», 42 (1997), *Estudios sobre consumo*, 23-38.
- SANTOS MORÓN, María José: «Información precontractual, forma y prueba del contrato», en: BOTANA GARCÍA, Gema-RUIZ MUÑOZ, Miguel: *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw Hill, Madrid, 1999, 135-161.
- SCHIMMEL, Roland-BUHLMANN, Dirk (Hrsg.): *Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht*, Neuwied, Krißel, Luchterhand, 2002.
- SCHULZE, Reiner-EBERS, Martin-GRIGOLAIT, Hans Christoph: *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.
- SCHULZE, Reiner-ZIMMERMANN, Reinhard-ARROYO AMAYUELAS, Esther: *Textos básicos de Derecho Privado europeo. Recopilación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- SCHWINSTOWSKI, Hans-Peter: «Informationspflichten und effet utile. Auf der suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem», en: SCHULZE, Reiner-EBERS, Martin-GRIGOLAIT, Hans Christoph: *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 267-287.
- TWIGG-FLESSNER, Christian: «Information Disclosure About the Quality of goods-Duty or Encouragement?», en: HOWELLS, Geraint-JANSSEN, André-SCHULZE, Reiner: *Information Rights and Obligations*, Ashgate, Aldeshot, 2004, 135-153.
- VON MEHREN, Arthur: «Formal Requirements», *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII-10, Mohr, Tübingen, 1999, 1-140.
- WHITTAKER, Simon: «Form» en: *Chitty on Contracts*, I, Sweet & Maxwell, London, 2004.
- WILHEMSSON, Thomas: «Private Law remedies against the Breach of Information Requirements of EC Law», en: SCHULZE, Reiner-EBERS, Martin-GRIGOLAIT, Hans Christoph, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 245-265.