



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
SAN ANTONIO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
SOCIALES Y DE LA EMPRESA

Departamento de Derecho

Defensa del consumidor en la
contratación a distancia

Autor:

José Ruiz Espinosa

Director:

Dr. D. Enrique Gadea Soler
Dr. D. Francisco de la Torre Olid

Murcia, 23 de junio de 2015

*«Amor meus pondus meum: illo feror, quocumque feror», el amor
es mi peso; y por él voy dondequiera que voy.*

San Agustín

§ ABREVIATURAS	13
§ I. INTRODUCCIÓN.....	17
§ II. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA	23
1. Consumidor y Unión Europea.....	23
1.1 Precedentes del consumidor	23
1.2 Planteamiento	29
1.3 El consumidor en sentido jurídico	31
1.3.1 La noción de consumidor	32
1.3.2 La definición de consumidor en la Unión Europea puede ser problemática	40
1.3.3 El consumidor en el TRLGDCU	51
1.3.4 Situaciones dudosas, no resueltas o no contempladas.....	56
1.3.5 El concepto de consumidor tras la reforma de la Ley 3/2014 que reforma el TRLGDCU	61
1.4 El consumidor en sentido material	70
2. El empresario.....	72
2.1 El empresario en el TRLGDCU	77
2.2 El empresario en el TRLGDCU y en la Ley de emprendedores 14/2013	78
§ III. CONCEPTO Y RECONOCIMIENTO DE LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA	81
1. Antecedentes.....	81
2. Contratación a distancia en el ámbito europeo	84

2.1 Aspectos generales de la contratación.....	84
2.2 La finalidad de la forma exigida en las normas en la UE.....	89
2.3 Transposición de la Directiva 2011/83 al Derecho español	91
2.3.1 Aspectos generales	91
2.3.2 Resultado de la Armonización mediante Directiva 2011/83. Alusión al caso del Reino Unido	95
2.3.3 ¿Pueden en España las comunidades autónomas transponer la Directiva 2011/83?.....	98
3. Concepto de contrato a distancia.....	99
3.1 Particularidades de la contratación electrónica....	110
3.1.1 Antecedentes	110
3.1.2 Concepto.....	112
3.2 Ámbito de aplicación del TRLGDCU y otras Leyes complementarias	115
3.2.1 Consideraciones introductorias	115
3.2.2. Refundición de la LGDCU	116
4. Naturaleza jurídica de la contratación a distancia. 126	
4.1 Carácter mercantil o civil de los contratos a distancia	127
4.2 Régimen de la contratación a distancia	135
5. Eficacia de los contratos	138
5.1 Perfección del contrato.....	139
5.2 Anulabilidad de contrato celebrado a distancia	141
5.2.1 Falta de conformidad	143
5.2.2 Plazo	144

5.2.3 Cómputo de plazo.....	145
5.2.4 Acción restitutoria.....	146

§ IV. PRUEBA Y POSIBILIDAD DE DEPOSITAR EL CONTRATO	149
1. Concepto.....	149
2. Forma.....	155
2.1 Forma del contrato a distancia.....	156
2.2 Deber de confirmación de contrato.....	162
3. Efecto probatorio de la firma electrónica. Suscripción y firma electrónica. Alusión al BGB alemán.....	163

§ V. INFORMACIÓN A PROPORCIONAR EN LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA.....	167
1. Integración del contrato con los contenidos publicitarios y promocionales.....	170
1.1 El principio de veracidad en la actividad publicitaria y promocional.....	170
1.2 El principio de la integración publicitaria del contrato.....	171
2. Deberes de información previa a la celebración de un contrato.....	176
2.1 Referencia a la perfección del contrato especial consideración a los contratos celebrados entre personas no presentes.....	180
2.1.1 Oferta	186
2.1.2 La aceptación	187
2.2 Deber de información en la Directivas de la UE	188

2.2.1 Consideraciones generales	188
2.2.2 El deber de información precontractual en la Directiva 2011/83. Forma de suministrar la información en la contratación a distancia	197
2.3 Obligaciones previas a la contratación en el Derecho español	205
2.3.1 Contenidos y plazo para aportar la información	206
2.3.2 Diferencias significativas respecto al régimen precedente y consecuencias del incumplimiento del deber de información en la contratación a distancia ...	210

3. Información posterior a la celebración del contrato
..... **220**

3.1 Deber de confirmación del contrato en la UE	220
3.2 Deber de confirmación del contrato en el ordenamiento español.....	224
3.2.1 Consecuencias del incumplimiento	226
3.2.2 Factura a nombre distinto del comprador	228

4. Control mediante condiciones generales de la contratación..... **229**

4.1 Antecedentes.....	229
4.2 Concepto.....	234
4.3 Características	235
4.3.1 Contratación electrónica	236
4.3.2 Contratación telefónica.....	240

§ VI. MOMENTO Y LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO **245**

1. Introducción	245
2. Momento en la vinculación entre empresario y consumidor en contratos realizados telefónicamente	249
3. Lugar de celebración del contrato a distancia. Ley aplicable y jurisdicción competente. Alusión al caso de Contratos con consumidores (B2C).....	252
4. Lugar de tributación del consumidor del comercio electrónico.....	257
§ VII. DERECHO DE DESISTIMIENTO.....	265
1. Introducción	265
2. Concepto.....	270
3. Fundamento.....	273
4. Naturaleza jurídica.....	279
5. Forma del ejercicio de desistimiento.....	281
6. Armonización en el comienzo, en la duración y limitación del derecho de desistimiento.....	285
6.1 En cuanto al plazo que puede ejercerse el plazo de desistimiento	288
6.1.1 Duración	288
6.1.2 Cómputo.....	292
6.2 La voluntad unilateral como causa de extinción de las relaciones obligatorias.	297
6.3. Derecho de desistimiento y derecho de garantía.	298
7. Derecho de desistimiento tras la reforma del trlgdcu	299

7.1. El TRLGDCU trata de consolidar una facultad general de desistimiento contractual	300
7.2 Se trata de un desistimiento <i>ad nutum</i>	301
7.3 Gratuidad.	301
7.4 Carácter unilateral recepticio.....	307
7.5 Nuevos plazos para desistir	308
7.5.1 Antecedentes	308
7.5.2 Tras la reforma de la Ley 3/2014	309
7.6 Efectos del desistimiento	312
7.6.1 Contratos relativos a la adquisición de bienes	314
7.6.2 Contratos de prestación de servicios.	314
7.6.3 Eficacia de contratos vinculados	315
7.7 Posible ejercicio de otras acciones aunque no se ejercite el derecho de desistimiento	324
8. Competencia judicial. La necesaria armonización del Derecho europeo de contratos.....	325
§ VIII. EJECUCIÓN DEL CONTRATO.....	331
1. Ejecución del contrato a distancia.....	331
2. Consecuencia de la falta de ejecución del contrato a distancia.....	332
3. Sustitución del bien o servicio contratado a distancia.	334
§ IX. PAGO MEDIANTE TARJETA	337
1. Normativa europea en servicios de pago.....	337
1.1 Antecedentes	337

1.2 Reformas normativas respecto al sistema de pago en la UE. Medio de pago en la nueva Directiva 2011/83	339
2. Pago a distancia en derecho español.....	341
2.1 Antecedentes	342
2.2 Tarjeta de crédito	342
2.2.1 Obligaciones del titular de la tarjeta	343
2.2.2 Obligaciones del proveedor del servicio de pago	344
2.3 En el caso de uso fraudulento de tarjeta de crédito	344
2.3.1 Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas.....	347
2.3.2 Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extra viado o sustraído	348
§ X. CONCLUSIONES.....	351
§ XI. BIBLIOGRAFÍA.....	383
§ XII.LEGISLACIÓN.....	417
§ XIII. JURISPRUDENCIA.....	423

§ ABREVIATURAS

ACQP	Principios del derecho contractual de la UE
a.C	Antes de Cristo
Ap.	Apartado
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOCG	Boletín Oficial de la Cortes del Congreso de los Diputados
BGB	Código civil alemán
CCAA	Comunidades Autónomas
cc	Código civil español
CE	Constitución española
CELS	Derecho Común Europeo de Compraventa
CJ	<i>Codex Iustinianus</i> . Corpus Iuris Civilis.
CP	Código penal
CNUCCIM	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
CMNC	Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia
DCFR	Proyecto del Marco Común de Referencia

DRAE	Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
HGB	Código de comercio Alemán
LATBI	Ley de Arrendamientos de Turno de Bienes Inmuebles
LC	Ley Concursal
LCGC	Ley de las Condiciones Generales de la Contratación
LCD	Ley de Competencia Desleal
LGP	Ley General de Publicidad
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LP	Ley de Patentes
MCR	Marco Común de Referencia
LCDSFDC	Ley de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores
LCC	Ley de Crédito al Consumo (derogada)
LCCC	Ley de contratos de Crédito al Consumo
LCCH	Ley Cambiaria y del Cheque
LCFEM	Ley de Contratos Celebrados Fuera de Establecimiento Mercantil (derogada).
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGVBC	Ley de Garantías Venta de Bienes de Consumo

LSSICE	Ley de Servicios de la Información y del Comercio Electrónico.
MCR	Marco Común de Referencia
NCCE	Normativa Común de Compraventa Europea
PALMOC	Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos.
PECL	Principios de Derecho Europeo de Contratos
RD	Real Decreto
TRLGDCU	Texto Refundido de Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado de Constitución Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

§ I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es determinar si las actuales instituciones y normas son adecuadas para la protección del consumidor en la contratación a distancia, y si existe alguna propuesta en *lege ferenda* que pudiera mejorar el marco jurídico actual a nivel europeo y español. El estatuto del consumidor es un derecho *in fieri*, esto es, en proceso de creación cuya regulación se centra principalmente en la fase previa a la contratación, mediante una adecuada información, o bien posteriormente a través del derecho de desistimiento cuya última reforma en la UE ha sido realizada mediante la Directiva 2011/83, y en España tras la entrada en vigor de la Ley 3/2014 de 28 de marzo que modifica la Ley 1/2007 que aprueba el TRLGDCU.¹

La contratación a distancia parece tener una gran importancia en el desarrollo del comercio mundial. En este sentido según la *Agenda Digital Europea* el comercio electrónico permitirá crear en la UE en los próximos años unos 340.000 millones de euros de crecimiento adicional, actualmente el 15 % de los consumidores europeos compra a través de internet fuera

¹ Según MIRANDA SERRANO, L. M. *Defensa de los consumidores y usuarios*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

de sus país, mientras el 44% lo hace dentro de su país en la UE. Los pequeños comercios europeos que operan en internet desearían vender dentro de toda la UE lo que supondría un coste adicional de adaptación a las leyes de los diferentes estados de la UE de unos 9000 millones de euros. Y es aquí donde se debe redoblar el esfuerzo por parte de las instituciones y los académicos para adoptar un marco legal único y apropiado para la UE².

El método utilizado será el análisis de la normativa, jurisprudencia y la doctrina más autorizada para determinar si los medios utilizados en la UE, y especialmente España, (haciendo alusión a algún otro país como Alemania, Reino Unido y Francia), son adecuados para la adecuada protección del consumidor europeo.

² El 15 de febrero de 2013 el Consejo de Ministros español aprobó la Agenda Digital para España como la estrategia del Gobierno para desarrollar la economía y la sociedad digital en España durante el periodo 2013-2015. Esta estrategia se configura como el paraguas de todas las acciones del Gobierno en materia de Telecomunicaciones y de Sociedad de la Información. La Agenda marca la hoja de ruta en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y de Administración Electrónica para el cumplimiento de los objetivos de la [Agenda Digital para Europa](#) en 2015 y en 2020, e incorpora objetivos específicos para el desarrollo de la economía y la sociedad digital en España». <http://www.agendadigital.gob.es/agenda-digital/Paginas/agenda-digital.aspx> (última consulta el 27 de junio de 2015).

Mediante el análisis de la normativa de la UE en sede de contratación a distancia, especialmente la Directiva 2011/83 y su transposición al ordenamiento jurídico español, se incide en el estudio de las razones de política jurídica que determinan la adecuada información precontractual y el reconocimiento del derecho de desistimiento, como excepción al principio *pacta sunt servanda*. En éste último caso se trata de determinar el común denominador de los distintos supuestos en los que se contempla el derecho de desistimiento en la contratación a distancia. Como aspecto más novedoso evitar el problema de la llamada «*subsidiación cruzada*», o sea, que aquellos consumidores que no hacen uso del desistimiento paguen por aquellos que si lo hacen³.

En el *capítulo II* se abordará la aplicación del derecho del consumidor así como los criterios de aplicación del estatuto de éste. El concepto de consumidor en sentido jurídico o material,

³ *Vid.*, EIDENMULLER, H. Y FUAST, Y F. GRIGOLET, C. Y WAGNER, ZIMMERMAN, R. «Hacia una revisión del *acquis de consumo*», (Coord.) CÁMARA LAPUENTE, S. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Pamplona, 2012, pp. 107-161; BAR-GRILL, O. & BEN-SHAHAR, O. «Regulatory Techniques in Consumer Protection: a critique o European Consumer Contract Law», *New York University School of Law*, N. 12, junio 2012, p. 19. Sobre la Subsidiación cruzada en el Derecho contractual *cfr.* QUILLEN, G. D. «Contract Remedies and Cross-Subsidization», *Southern California Law Review*, N° 61, 1998, pp. 1125-1141.

y si es aplicable a las personas jurídicas en España, a la luz del estudio de la nueva reforma del TRLGDCU.

En el *capítulo III* se tratarán los aspectos objetivos de la contratación a distancia, su naturaleza jurídica y los efectos desplegados por el contrato.

En el *capítulo IV* el medio utilizado en la contratación a distancia, los deberes inherentes a la misma especialmente y como hecho novedoso la confirmación mediante SMS, correo-e tras la reforma del TRLGDCU.

En el *capítulo V* se alude a la información que ha de aportarse al consumidor *ex ante* de la perfección, esto es, si la oferta es una mera *invitatio ad offerendum*, o bien si es vinculante. Además de la información que ha de suministrarse después de que el contrato sea perfeccionado.

En el *capítulo VI* se centrará en el momento y lugar donde debe entenderse el contrato perfeccionado. Como aspecto más novedoso la aplicación de la Directiva 112/2006 cuya aplicación entró en vigor el pasado 1 de enero de 2015, en virtud de la cual la tributación de productos como los libros electrónicos pasará a ser el país del consumidor.

En el *capítulo VII* el desistimiento como institución básica en la defensa del consumidor, su fundamento y las posibles modificaciones en *lege ferenda* en el marco normativo de la UE.

En el *capítulo VIII* la consumación y cumplimiento del contrato realizado en sede a distancia y las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

En el *capítulo IX* la problemática y las reformas en materia de pago distancia sobre todo el realizado mediante tarjeta de crédito.

§ II. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA

1. CONSUMIDOR Y UNIÓN EUROPEA

1.1 Precedentes del consumidor

En la Antigua Roma las personas contrataban mediante condiciones generales⁴ o modelos contractuales uniformes predispuestos unilateralmente, que los situaban en una posición de inferioridad. Es cierto que el Derecho del consumidor no existía como se conoce en la actualidad, pero si se puede constatar que se encontraba recogido en cierta medida en el *Corpus Iuris Civilis*⁵.

⁴El régimen jurídico especial al que se someten las condiciones generales en cuanto cláusulas integrantes de contratos concretos, con independencia de que el contratante que se limite a adherirse al clausulado, el adherente, actúe o no como consumidor o usuario *Vid.*, PAGADOR LÓPEZ, J. «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas», (Coord.) MIRANDA SERRANO, L. M. Y PAGADOR LÓPEZ, J. *Derecho privado de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 109 y ss.

⁵ *Vid.*, SALAZAR REVUELTA, M. «El deber de información transparencia y responsabilidad antes los depósitos de los clientes por parte de la banca; precedentes romanos», *Revista Internacional de Derecho romano*, octubre 2013, p. 93. En el *Corpus Iuris Civilis* brilla la

Aunque no se pueda realizar transposición de las categorías jurídicas actuales a la Antigua Roma, si existían instituciones muy similares⁶. Algunos autores afirman que en la Antigua Roma existían juristas dedicados profesionalmente a la banca, operando en el mercado de dinero, comercio y transporte, con una regulación específica, lo que puede llevar a pensar que existía un Derecho mercantil romano.⁷ Otros autores

soberana belleza del Derecho romano que con solo mostrarse subyugó al mundo. En él se atesoran las grandes conquistas de éste. En España perduró el Derecho romano dejando su impronta sobre todo en la legislación de las *Partidas*. En este sentido DE DIEGO afirma que representa el triunfo erudito del Derecho romano en España siendo de gran interés porque constituye el Derecho supletorio en Cataluña y Navarra. *Vid.*, DE CASSO Y ROMERO, *Diccionario de Derecho Privado*, Labor Barcelona 1954. p. 1257; DE DIEGO escribió sobre Derecho romano y fue buen conocedor de la obra de SAVIGNY y de la pandectística. *Vid.*, BLASCO, Y. «Notas sobre la recepción de la parte general de Savigny en España», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, N° 2, 1999, Madrid, Dykinson, 1999, p. 33.

⁶ *Vid.*, ALPHA, G. *Il Diritto dei consumatori*, Roma, 1999, p. 155; PETRUCCI, A. «Orígenes romanísticos de la buena fe objetiva en la contratación mercantil», *Anuario Mejicano de Historia del Derecho*, 15, 2003, p. 601.

⁷ *Vid.*, TORRENT RUIZ, A. «Actividad bancaria e inflación en época diocleciana-constantiniana», *IURA*, N°57, 2009, p. 56. Hay autores que defienden la existencia del Derecho mercantil romano CERAMI, P. Y PETRUCCI, A. *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2010. p. 3.

niegan la existencia del Derecho mercantil romano, o sea, un Derecho especial para el comercio⁸.

La jurisprudencia romana supo crear un sistema jurídico que llegó a tal perfección que actualmente es el fundamento de numerosas instituciones en el Derecho actual. Produjo pocas y diseminadas normas destinadas a regular las relaciones comerciales, por ello los romanos desconocieron la palabra técnica para denominar el comercio. La palabra *commercium* aludía a un acto inter vivos de intercambio; la palabra *negotiatio*, el ejercicio de una industria cualquiera; y el vocablo *mercatura* el tráfico de mercancías en sentido más restringido⁹.

Los romanos no fueron un pueblo de comerciantes ni tampoco impulsaron la industria comercial, en cambio tenían una alta consideración hacia la agricultura. No obstante, merced al enorme crecimiento del poderío romano, la mayor parte del tráfico comercial de todo el mundo se realizaba en los dominios de Roma. El hecho de ser capital como Estado dominador de todos los pueblos y plazas comerciales de su época, hizo de Roma un gran centro de negocios, lo que propició un

⁸ Antecedentes del Derecho mercantil en época prerromana *Vid.*, GOLDSCHMIDT, L. *Universalgeschichte des Handelsrechts, Lieferung*, Vol. 1, F. Enke, 1891, p. 48; LEHMANN, K. *Lehrbuch des handelsrechts*, Veit y comp, 1912. p. 14; BOURCART, G. «Esquisse historique du droit commercial», *Annales du droit commercial*, 1924, p. 262.

⁹ *Vid.*, ROCCO, A. «Principios de Derecho mercantil», *Revista de Derecho privado*, Vol. 3, Madrid, 1931, p. 6.

incremento importantísimo del comercio en el periodo de la *Pax romana*¹⁰ extendida por todo el mundo, lo cual tuvo un legado en la vida económica y social. Roma con más de un millón de habitantes fue un centro de gran consumo donde llegaban productos de todo el mundo, especialmente cereales. Si en Roma no surgió un Derecho especial para el comercio debió ser por: a) una economía basada en la esclavitud donde la industria y el comercio era desempeñado por esclavos, creando éstos relaciones de hecho (administrativas y contables) pero no relaciones jurídicas; b) las relaciones con otros pueblos comerciantes griegos, asiáticos y egipcios dotó al Derecho romano de una impronta internacional (*ius gentium*), aportando normas suficientes para las necesidades del tráfico internacional, y a la sazón de las relaciones comerciales¹¹.

¹⁰ El significado de la *pax* contribuyen a afianzar el régimen republicano, la armonía de la *res publica* y de las instituciones que comparten los ciudadanos, asambleas, senado y magistraturas y ejército. La *pax* se encuentra ligada a instituciones que todos la anhelan, la precisan y sobre todo la gestionan. Los buenos gobernantes saben conseguirla y administrar la *pax*. Así TÁCITO afirma: «la eternidad del Estado, la paz del mundo, mi salud y la vuestra, pende de la del Senado». TÁCITO, C. C. Las historias de Cayo Cornelio Tácito, Imprenta Real, Madrid, 1794, p. 101. El mismo TITO LIVIO en *Ab Urbe Condicia* defiende las bases de la república donde la referencia a la *pax* es notable. Vid., MUÑOZ, A. F. «La pax romana», *Cosmovisiones de paz en el mediterráneo antiguo y medieval*, Granada, 1998. p. 204 y 205.

¹¹ Vid., ROCCO, A. «Principios de Derecho mercantil», *op. cit.*, p. 7.

El nacimiento del consumidor moderno parte de la Revolución Industrial, lo que deriva en una producción en masa¹². Aunque es a partir de la segunda década del siglo XX cuando se crea una nueva forma de consumo que modifica el sistema de producción y la fuerza del trabajo, lo que propiciará la acumulación de capital¹³.

El Derecho del consumidor surge para paliar una situación de desigualdad y una falta de regulación que proteja a los particulares en la adquisición de bienes y servicios producidos en un mercado a gran escala¹⁴. Cuando un consumidor decidía reclamar al empresario, carecía de los datos identificativos de las personas que habían intervenido en los procesos de producción, comercialización y distribución del producto. En definitiva el consumidor carecía de la información necesaria para contratar, ni contaba con los instrumentos

¹² *Vid.*, TRIPODI, E. M. «Consumattori e diritto dei consumatori. fine di evolucione e codice del consumo», N° 206, Altalex, 2005, p. 2.

¹³ *Vid.*, ALONSO BENITO, L. E. «Los orígenes del consumo de masas», *Estudios de consumo*, N° 6, 1985, p. 12.

¹⁴La doctrina suele hablar de distintas nociones de consumidor, esto es, una abstracta y otra concreta, aunque es cierto que a ésta última se le atribuyen varios sentidos. En el derecho comparado existe la Derecho del consumo *Droit de la consommation* que se utiliza en Francia, Bélgica y Portugal. En cambio países EEUU, Reino Unido, Australia y Alemania prefieren utilizar la expresión de Derecho del consumidor.

jurídicos necesarios para defender sus derechos¹⁵. Para evitar dichas situaciones se desarrollaron los *contratos tipo* y las *condiciones generales de la contratación*¹⁶.

En España en sede de consumo no se siguió el modelo propuesto por el profesor BERCOVITZ, basado en la promulgación de leyes sectoriales, autosuficientes y dotadas de máxima eficacia imperativa como sucedió en Alemania¹⁷.

¹⁵ Con arreglo a la nueva 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. Se completan los requisitos establecidos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en a Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. En Exposición de Motivos Ley 3/2014, *Boletín Oficial del Estado* de 28 de marzo de 2014, n° 76, p. 26969.

¹⁶ *Vid.*, REYES LÓPEZ, M. J. «Concepto y características del derecho de consumo», en *Manual de Derecho privado de consumo*, La Ley, N° 1, Madrid, junio 2009, p. 1 y ss.

¹⁷ En Alemania, la interpretación jurisprudencial de la Ley de las condiciones de la contratación ha influido enormemente sobre el BGB y el HGB en materia de obligaciones y contratos, cuyo éxito ha propiciado la reforma del BGB en el año 2002 *Vid.*, WITZ, C. «La réforme du droit allemand des obligations», (Dir.) WITZ, C. Y RAINERI, F. *Droit comparé et européen*, Vol. 3, Paris 2004. p. 14. De esta forma ha nacido un BGB rejuvenecido. Alrededor de 15 párrafos han sido modificados. Se han integrado en el BGB textos importantes como las condiciones generales de la contratación de los negocios y las principales leyes de protección de los consumidores.

1.2 Planteamiento

La noción legal de consumidor es un concepto básico para el derecho del consumidor ya que acota el ámbito de aplicación de la normativa de tutela de los mismos. Así el art. 3 del TRLGDCU comienza definiendo que debe entenderse por consumidor¹⁸. La Exposición de Motivos de dicha Ley comienza con una lista de conceptos, entre otros, el de consumidor (al igual que la propia Directiva 2011/83), lo cual asegura mayor claridad normativa y facilita la integración de las posibles lagunas que había identificado la doctrina.

Al igual que otros conceptos jurídicos *in fieri* o en formación, la noción de consumidor resulta un tanto imprecisa. Por ejemplo ¿son consumidores las personas físicas y jurídicas, o solamente las físicas? ¿Cómo se puede tutelar a los empresarios (incluidos los profesionales) económicamente débiles? ¿la ausencia de ánimo de lucro forma parte de la noción legal del consumidor?.

El concepto de consumidor tiene una función polivalente al sustituir en la mayoría de los casos al contratante débil de los códigos decimonónicos, y legislación privada especial (adquirente, comprador, cliente, usuario de servicios,

¹⁸ España. Ley 3/2014 de 27 de marzo por la que se reforma el TRLGDCU 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de marzo de 2014, nº 76.

asegurado, arrendatario, cliente bancario...). Se parte de la premisa de que el consumidor es concepto jurídico y económico, el cual adquiere bienes o servicios para su uso personal, familiar o doméstico para obtener valor de uso y no para introducirlos en un proceso de producción o comercialización en sentido amplio.

A la complejidad del propio concepto le añadimos un deficiente técnica jurídica plasmada en la Ley 26/1984¹⁹, por eso la doctrina española ha empleado grandes esfuerzos en la crítica técnico jurídica de los arts. 1.2 y 3 de la Ley 26/1984²⁰.

La doctrina francesa plantea otra cuestión cuando afirma la existencia del «consumidor profesional». Dicha noción se ha configurado en torno a las grandes sociedades que se interesan por comercializar sus productos sobre todo por internet. Así, los consumidores profesionales son trabajadores autónomos que trabajan por cuenta de la empresa, requeridos para examinar los productos de la empresa bajo el anonimato, comprobando la calidad, la competencia de los empleados y la

¹⁹ España. Derogada. Ley 26/1984 Texto Refundido de Defensa de Consumidores y Usuarios.

²⁰ *Vid.*, PANIAGUA ZURERA, M. «La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores», (Coord.) MIRANDA SERRANO, L. M. Y PAGADOR LÓPEZ, J. *Derecho privado de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

atención prestada²¹. Pero no por ello debe de asimilarse a éstas personas como consumidores, por tanto no debe de aplicársele al estatuto del consumidor en el orden teleológico²². Si efectivamente actúan en nombre del empresario se trataría de un supuesto de autocontratación, o bien un producto o servicio adquirido por el propio empresario a través de un intermediario.

1.3 El consumidor en sentido jurídico

Será el consumidor jurídico quien generalmente ostente derechos individuales que la legislación reconozca, por lo que podrá ejercitar personalmente las acciones de su condición (dominio, uso o consumo)²³. Es curioso que se acuda a criterios subjetivos, y no a la naturaleza jurídica propia del contrato lo

²¹ *Vid.*, CHENDEB, R. Le régime juridique du contrat de consommation. Étude comparative, París, 2010, p. 17.

²² *Vid.*, BOTANA GARCÍA, G. «Los contratos electrónicos...», *op. cit.*, § Elementos subjetivos. www.laleydigital.es (última visita 29 de diciembre de 2014).

²³ La Directiva del Consejo 85/374, de 25 de julio de 1985, *Diario de la Unión Europea* n° L 210 de 7 de julio de 1985, p. 29-33. Y en España la derogada Ley 22/1994, de 6 de julio sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 161, p. 21773. incluían a cualquiera que haya sufrido daño, no sólo el consumidor jurídico o material, incluye a los terceros ajenos al contrato al consumo del producto.

que determine la aplicación de la norma de consumo. En este último caso se debería hablar de actos de consumo, y el consumidor no sería un *status* permanente²⁴. La distinción de consumidor es más adecuada, sencilla y evita el encadenamiento de preceptos que pueden dificultar la interpretación de conceptos legales²⁵.

1.3.1 La noción de consumidor

Según la definición dada por CALAIS-AULOY el consumidor y usuario «es toda persona, física o jurídica, que adquiere de un empresario o profesional, o utiliza un bien o un servicio con una finalidad no profesional, actuando en un ámbito o tráfico ajeno a su actividad empresarial o profesional»²⁶. Es un concepto elevado a categoría general por el art. 3 del TRLGDCU, a tenor del cual, «a efectos de esta norma y

²⁴ Vid., ACEDO PENCO, A. «La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico», *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 18, 2000, p. 315.

²⁵ Vid., BERCOMITZ, A. «Ámbito de aplicación de derechos de los consumidores», *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores*, Madrid, 1987, p. 117. La alusión a consumidor como único criterio no es suficiente ya que pese a que permite determinar al consumidor jurídico, no incluye al consumidor potencial o consumidor material que también es protegido por la norma de derecho de los consumidores.

²⁶ Vid., CALAIS-AULOY, J. Y STEINMETZ, F. *Droit de la consommation*, Dalloz, París, 2000, p. 6.

sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas²⁷ que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»²⁸. En el mismo sentido el *Codice italiano* en su art. 3.1 a) aplica el mismo criterio que el art. 3.1 del actual TRLGDCU español tras la reforma de la Ley 3/2014 de 28 de marzo de 2014²⁹. El Reino Unido resuelve de forma distinta el concepto de consumidor, ya que no se hace alusión alguna a

²⁷ La persona física hace referencia a la naturaleza del sujeto de derecho del que se predica la personalidad. Así, la persona física se opone a la persona jurídica, que, como es sabido, puede designar a un grupo de personas físicas al que el derecho consiente que se trate unitariamente haciéndolo centro de imputación de relaciones jurídicas. Vid., CUESTA RUTE, J. M. Y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, E. «Persona física y consumidor», Ponencia en I Congreso Internacional Sobreendeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, *Universidad Complutense de Madrid*, 19 de noviembre de 2008. p. 1.

²⁸ España. Exposición de Motivos Ley 3/2014 por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *Boletín Oficial del Estado*, 28 de marzo 2014, n.º 76, p. 26968, «son también consumidores y usuarios a los efectos de esta ley las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en el ámbito ajeno a una actividad comercial».

²⁹ Cfr. La norma italiana define al consumidor como: «la persona física que actúa con fines ajenos a la actividad profesional», ex art. 3.1 del *Codice del consumo Italiano* de 6 de septiembre de 2005, *Gazzetta Ufficiale*, n.º. 206 del 8 octubre de 2005.

persona jurídica, incluso modifica la propia traducción en lengua inglesa de la Directiva 2011/83. Así el término «natural person» ha sido sustituido por el de «individual»³⁰. Asimismo el legislador alemán en el BGB entiende que consumidor sólo pueda ser persona natural³¹. En definitiva, la normativa española e italiana interpreta el concepto de consumidor en sentido más amplio, mientras que el legislador británico y alemán lo son en sentido más restringido.

1.3.1.1. La noción amplia

La noción amplia del consumidor considera a éste como un ciudadano que adquiere o utiliza bienes o servicios, manifestando la idea inicial de que «consumidores somos

³⁰ *Vid ad ex.*, art. 4 Regulations of Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013 and come into force on 13th June 2014 «an *individual* acting for purposes which are wholly or mainly outside that individual's trade, business, craft or profession».

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/265898/consumer-contracts-information-cancellation-and-additional-payments-regulations-2013.pdf (visitado el 16 de noviembre de 2014)

³¹ *Ex art.* §13 BGB alemán «Consumidor es toda persona natural que celebra un negocio jurídico con una finalidad que no guarda relación con su actividad profesional empresarial o autónoma». Alemania 18 de agosto de 1896, *Bundesgesetzblatt* de 2 de enero de 2002. *Vid.*, LAMARCA, A. Código civil alemán, Marcial Pons, Madrid, 2014.

todos»³². La doctrina ha venido utilizando dicho concepto para atribuir a los ciudadanos en general, la condición de consumidores, reconociendo el derecho a la educación o la información³³. El problema surge cuando se invocan los derechos individuales en sentido amplio, y es en ésta sede donde los poderes públicos deben de tutelar dichos derechos. La noción amplia permite ser consciente de la realidad que se pretende regular, y de los objetivos planteados³⁴. Dicha noción es de menor manejabilidad y seguridad jurídica, y ha estado presente en las declaraciones políticas comentadas en los programas de la Unión Europea para la política de protección de los consumidores y en alguna ley autonómica (*vid.*, art. 2

³² Así el Presidente de los EEUU JOHN F. KENNEDY el 15 de marzo de 1962 se dirigió al Congreso de su país ofreciendo su visión acerca de los derechos de los consumidores, convirtiéndose en la primera vez que un político haya establecido esos principios de manera formal. «Por definición, el término Consumidores, no incluye a todos», dijo KENNEDY en su discurso ante el Congreso. «Ellos son el grupo económico más amplio que afecta y es afectado por casi cada decisión económica pública o privada. No obstante, es el único grupo importante...cuyas opiniones a menudo no son escuchadas».

³³ *Vid.*, ACEDO PENCO, A. «La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho...», *op. cit.*, p. 311.

³⁴ *Vid.*, ZURUTUZA ARIGITA, I. «Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, Nº 6, 2013, p. 70.

derogada Ley vasca 10/1981)³⁵. De forma parcial esta noción amplia también está presente en el art. 51 CE.

La protección de los derechos e intereses, individuales y generales de los consumidores vienen determinados por algunas leyes que inciden, directa o indirectamente, en el ámbito de aplicación. Por ejemplo, en el supuesto de responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos se protege a todos los perjudicados (*ex* art. 128 TRLGDCU); o, para la ley de condiciones generales de la contratación (LCGC) de 1998³⁶, el adherente también puede ser un empresario o profesional (*ex* art. 2.1 y 3 LCGC). Se puede afirmar que lo se gana en riqueza conceptual y en seguridad jurídica, se pierde en simplicidad u homogeneidad jurídica. Como conclusión final ninguna hipótesis teórica (concepción amplia, concepción estricta, acto de consumo o consumidor jurídico versus material) que

³⁵ Amplia o extensiva coincidente con la de ciudadano, donde los consumidores serían todas las personas (incluidos los empresarios y los profesionales) que adquieren bienes o a las que se prestan servicios en el mercado, y a las que conciernen e interesan los diferentes aspectos de la vida social. En la última reforma de la ley consumidores italiana se incorpora a la expresión «consumidor» la de «usuario de servicios». ALPHA, G. «Nuevos aspectos de la tutela del consumidor. La ley italiana de consumidores de 2 de julio de 1998», *Actualidad Civil*, N° 1, La Ley, 1999, p. 17.

³⁶ *Vid.*, «Sin importar que estemos ante un consumidor persona jurídica tal como determina el art. 2 LCGC» en Sentencia Juzgado de Instrucción con competencia mercantiles de Cuenca de 4 de junio de 2012, FJ. 2º.

resuelve todas las cuestiones planteados por la protección de los consumidores³⁷.

1.3.1.2. Noción restringida

Citado por la doctrina francesa como *consommateur, stricto sensu* en la que la persona física que utiliza un servicio o bien para un uso no profesional³⁸. La noción restringida permite ejercer individualmente los derechos del consumidor en su propio interés, aunque no existe una única idea de la misma. La crítica sobre una interpretación *restringida*³⁹ es la equiparación

³⁷ Vid., PANIAGUA ZURERA, M. «La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores» en MIRANDA SERRANO, L. M. *Derecho privado de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 46.

³⁸ Vid., CALAIS-ALUOY, J. Y TEMPLE, H. *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2010, p. 8; también citada por la propuesta de *code du consommation* en la documentación française, 1990 article 3. Todo ello es fruto de las múltiples directivas europeas. Si bien es cierto que el Derecho civil francés deja al margen de su regulación al consumidor por lo que se dirigirá de forma indiferenciada a todos los ciudadanos. «De quienes se ocupa desde el primero al último suspiro, en medio de una igualdad republicana» Vid., LACALLE, P. «Presentación general de Anteproyecto» (Traducc.) HINOJOSA, F. en *El contrato de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del código francés*, Panamericana, Bogotá, 2006, p. 22.

³⁹ Se trató de buscar una definición más amplia que comprendiese también los grupos de personas físicas no dedicadas a perseguir fines de lucro, como las comunidades, los colegios profesionales, etc. En cambio no hay ningún problema en calificar también como

entre consumidor y destinatario final, ya que no protege eficazmente los derechos e intereses de los consumidores. Hay doctrina que afirma que las nociones restrictivas favorecen al gran empresario ya que el consumidor final generalmente no reclama ni interpone demandas judiciales en defensa de sus derechos. Las nociones restrictivas desprotegen a los consumidores de modo que las nuevas normas resultan privadas de alcance práctico efectivo⁴⁰. La doctrina francesa se decanta por la tesis restrictiva⁴¹ al igual que la jurisprudencia de la UE. Esto es, aquella persona física que actúa como «consumidor final privado», sin participar en actividades comerciales, empresariales o profesionales⁴².

consumidor al profesional que realiza una adquisición o utiliza un servicio fuera de su propia actividad profesional. En otros términos, la definición se basa en el fin de la adquisición o del uso, más que sobre el estatus permanente del sujeto. *Vid.*, ALPHA, G. «Nuevos aspectos de la tutela del consumidor...», *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰ Es acogida por la redacción del art. 3 del TRLGDCU. *Vid.*, PANIAGUA ZURERA, M. «La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores» en MIRANDA SERRANO, L. M. *Derecho privado de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 44.

⁴¹ *Vid.*, LAMANDA, V. «Le droit Français et Européen de la consommation», *Revista de la Faculta de Direito da Univeridade de Sao Paulo*, Vol. 104, 2009, p. 187.

⁴² STJCE de 3 de julio de 1997, asunto C-269/1995, F. Benincasa C. Dentalkit.

Se entiende que el consumidor es «cliente» en aquellos casos en los que contrata con el empresario para adquirir bienes y servicios, con independencia de que las necesidades sean privadas, o se den dentro de una actividad empresarial o profesional. Sin embargo la noción restringida de consumidor ha tenido un mayor reconocimiento expresándose como *consumidor o destinatario final*⁴³. La delimitación se realiza mediante dos criterios; a) por un lado aquél que acota la relación jurídica con base en necesidades estrictamente privadas, familiares o domésticas⁴⁴; b) otras veces se utiliza el criterio delimitador de la noción de consumidor mediante el hecho de que su actuación sea ajena a cualquier forma de actividad empresarial final⁴⁵. Con independencia del criterio

⁴³ La jurisprudencia francesa tiende a incluir al profesional en la categoría de consumidor cuando se trate de una adquisición efectuada fuera de su actividad profesional. Aunque no siempre es así. *Vid.*, PIZZIO, J. P. *Code de la consommation*, París, 1995, p. 50. La jurisprudencia inglesa apoya esta tesis (Court of Appeal dictada a propósito de *R & B Customs Brokers co Ltd. Vs. United Dominions Trust Ltd.*, 1988, 1 All ER 847). Si bien es cierto que parte de la doctrina inglesa discrepa respecto a esta cuestión *Vid.*, OUGHTON, D. & LOWRY, J. *Textbook on consumer law*, Blackstone Press, London, 1997, p. 2.

⁴⁴ En este sentido coincide con el BGB alemán en art. § 13 ya que define al consumidor como persona física que celebra negocios que por su finalidad no pueden vincularse a su actividad empresarial o profesional.

⁴⁵ *Vid.*, ZURUTUZA ARIGITA, I. «Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor», *op. cit.*, p. 71.

utilizado para delimitar el concepto de *destinatario o consumidor final*, la principal diferencia entre ésta noción y la de consumidor como cliente, se basa en que el consumidor final no puede ser empresario que opere dentro del ámbito de actividades de su empresa. Así, el concepto de consumidor final y empresario son excluyentes⁴⁶. A diferencia del TRLGDCU, el sistema alemán *ex art. 13 BGB* y en España la Ley de Contratos de Crédito al Consumo (LCCC) considera consumidor exclusivamente a la persona física⁴⁷.

1.3.2 La definición de consumidor en la Unión Europea puede ser problemática

El art. 2 f) de *Common European Sales Law CESL*⁴⁸ define el término consumidor de igual forma que la Directiva 2011/83.

⁴⁶ *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. «El concepto de consumidor» *op. cit.*, p. 111.

⁴⁷ España. *Ex art. 2 Ley 16/2011*, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, *Boletín Oficial del Estado*, 25 de junio de 2011, n^o 151, p. 68183. «A efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional». En el mismo el BGB alemán *ex § art. 13*.

⁴⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones una normativa común de compraventa europea para facilitar las transacciones transfronterizas en el mercado único, Bruselas 11 de diciembre de 2011, COM 636 final.

Partiendo de una interpretación sistemática los contratos con doble propósito, esto es, privado y profesional, la delimitación entre consumidor y empresario debería sustentarse por los mismos criterios. En los contratos mixtos puede afectar la condición de consumidor⁴⁹. El TJCE ha establecido el concepto de consumidor en aplicación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵⁰. Cuando el contrato tiene un «fin profesional» éste no se considerará celebrado por un consumidor, salvo que el uso profesional «sea marginal e insignificante en el contexto global de la operación»⁵¹. El Considerando 17 de la Directiva 2011/83 recoge dicho extremo:

http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf. (última visita 2 de enero de 2015).

⁴⁹ *Vid.*, SHULTE NOLKE, H. «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa», (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. *La revisión de las normas europeas y nacionales en protección de consumidores*, Civitas, Pamplona, 2011, p. 76.

⁵⁰ *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S. «El concepto legal de «consumidor» en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, N° 1, marzo 2011, p. 87.

⁵¹ STJUE de 20 de enero de 2005 *Gruber*. En este caso se planteó cuando un agricultor austríaco propietario de una granja de cerdos que era utilizada como vivienda habitual por la familia del agricultor al menos un 60% del inmueble compró teja a una empresa alemana para renovar le techo de la granja. En CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.

«La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado, y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor».

La carga de la prueba corresponde a la persona que invoca los arts. 13 a 15 de Convenio de Bruselas de 1968 relativo a los contratos celebrados con consumidores [el art. 15 Reglamento 44/2001 el cuál a su vez ha sido sustituido por el Reglamento 1215/2012⁵², por el que se determina la competencia judicial en materia civil y mercantil. Estipula que las resoluciones adoptadas en un Estado miembro de la UE serán reconocidas en los restantes Estados miembros sin recurrir a ningún procedimiento, salvo en caso de oposición]. En el contrato se debe acreditar la doble finalidad además del papel insignificante del uso profesional⁵³. En sentido distinto el *Marco*

«Operaciones internacionales de consumo» en CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2012, p. 810.

⁵² Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Disposición transitoria...serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015.

⁵³ *Vid.*, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. «El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y

*Común de Referencia (Draft Common Frame of Reference)*⁵⁴ ha optado por dar mayor importancia al criterio de finalidad predominante del contrato, por lo que en un contrato mixto (en el que concurren un fin profesional y otro privado), el contratante será consumidor si la finalidad privada supera (aunque sea por poco) a la profesional. Así la doctrina TJCE en el caso *Gruber* debe de ayudar a interpretar la definición del art. 2 f) CESL (*Common European Sales Law*)⁵⁵. Según los derechos nacionales debe de entenderse como consumidor aquella persona cuya finalidad profesional no supere el 50%. En cuyo caso, serían empresarios, por lo que no se les aplicaría las

usuarios» en BLASCO GASCÓ, F. Y CLEMENTE MEORO, M. *Estudios jurídicos homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 381; también en considerando (17) de la Directiva 2011/83.

⁵⁴ También llamado instrumento optativo de Derecho Contractual Europeo, el cuál, en opinión del profesor VON BAR será una de las claves de la europeización del Derecho privado. Pretende ser conjunto de normas sobre las que los legisladores europeos y los tribunales (incluidos los de arbitraje) nacionales y europeos, pueden acudir para encontrar una solución comúnmente aceptada. *Vid.*, VON BAR, C. Ponencia *¿Desde el proyecto del marco común de referencia hacia un Reglamento?, Principios definiciones y normas optativas de Derecho privado europeo*, Universidad Autónoma de Madrid, 29 abril 2010; REDING, V. «Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional», *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, abril 2011. p. 5.

⁵⁵ *Ex art. 2 f) CESL (Common European Sales Law* (última visita 1 de enero de 2015).

normas de la Directiva 2011/83 ni el CESL (las cuales tiene un marcado carácter tuitivo hacia el consumidor). En definitiva, se estaría relativizando el concepto de consumidor, interpretando erróneamente tanto la Directiva 2011/83 como el art. 2. f) CESL⁵⁶. Asimismo a la luz de la sentencia *Gruber*⁵⁷ sería conveniente clarificar la redacción de la norma, máxime cuando los diferentes estados de la UE no pueden introducir modificaciones en el concepto de consumidor. No es aceptable que los consumidores vean perjudicados sus intereses (si efectivamente según su derecho nacional son consumidores) cuando la finalidad privada predomine (pasando a considerarse empresarios), si resulta que la finalidad empresarial no es insignificante, por lo que es precisa una aclaración en este punto⁵⁸.

⁵⁶ Ex art. 2. f) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, Comisión Europea, Bruselas, 635 final, 2011 «toda persona física que actúa con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión».

⁵⁷ STJUE de 20 de enero *Gruber* C-464/01. Litigio de competencia procesal internacional que decidió que en los contratos mixtos, la finalidad comercial o profesional debía ser marginal «hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate».

⁵⁸ *Vid.*, SHULTE NOLKE, H. «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa», (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. *La revisión de las normas europeas y nacionales en protección de consumidores*, Civitas, Pamplona, 2011, p. 77.

El TJCE ha aportado el concepto de consumidor normalmente informado, que comprende a aquél al que se le ha facilitado la información necesaria sobre los bienes y servicios que quiere contratar. A aquélla persona que puede confiar en su propio discernimiento para proteger su salud y no cometer error en su elección. El consumidor al que se destina la información es el «consumidor medio»⁵⁹, normalmente informado y razonablemente atento⁶⁰. A éste se le presume como activo, educado, prudente y consciente de sus derechos y obligaciones. Es el criterio de las STJCE de 16 de julio de 1998 caso *Spingengeide* al que se considera como punto de partida de la propia jurisprudencia⁶¹. En dicha sentencia se resuelven tres cuestiones prejudiciales realizadas al Tribunal Supremo alemán

⁵⁹ *Vid.*, GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «La noción de consumidor medio y miembro de un grupo particular de consumidores en el Reglamento nº 1924/2006 (declaraciones nutricionales y propiedades saludables en los alimentos)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2007, N º 247, p. 10; LARA GONZÁLEZ, R. «La publicidad engañosa y comparativa», (Coord.) CÁMARA LAPUENTE. S. *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003, p. 708.

⁶⁰ La Directiva 2005/29/CE se utilizó al «consumidor medio», para determinar los supuestos de hecho prohibidos; así, a través de esta expresa referencia al «consumidor medio» se incorporó a esta Directiva la interpretación que de este concepto ha hecho el Tribunal de Justicia (*Vid.*, Considerando 18 de esta Directiva).

⁶¹ STJE *Gut Spingengeide y Tusky* C-210 en FJ. 28; Y en conclusiones apartado 56 sobre el mismo caso presentadas por el Abogado General MÍCHO, J. el 12 de marzo de 1998, p. 4670.

(*Bundesverwaltungsgericht*) sobre la interpretación del Reglamento CEE 1907/90 de 26 de junio, (en la actualidad dicho Reglamento ha sido derogado)⁶². En respuesta el TJUE para determinar si la mención de un etiquetado, destinada para incrementar las ventas, puede inducir a error al comprador infringiendo el Reglamento 10.2 e). Se presume que el *consumidor medio* está normalmente informado y está razonablemente atento y es perspicaz⁶³. El TJCE ha interpretado el Derecho de la UE en sede de protección de los consumidores, intentando reforzar su efectividad. Aunque no se trata de un derecho fundamental, sino de un principio. Como ha descrito PICOD «el TJCE ha llevado a cabo también una interpretación de las directivas referentes a la protección de los consumidores tendente a reforzar su efectividad de forma parecida a lo que ocurre con los derechos fundamentales»⁶⁴.

⁶² Actualmente dicha disposición se encuentra derogada. Reglamento N° 1907/90 del Consejo de 26 de junio relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos, *Diario de las Comunidades Europeas*, de 6 de julio de 1990, n° L 173/5.

⁶³ *Vid.*, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. «El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios», *op. cit.*, p. 381.

⁶⁴ *Vid.*, PICOD, F. «Article II-98 protection des consommateurs», (Coord.) BOURGORGUE-LARSEN, L. Y LEVADE, A. *Traite établissant une Constitution pour l'Europe*, Brulant, 2005, p. 499; LÓPEZ ESCUDERO, M. «Protección de los consumidores», (Dir.) MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. *Carta de los derechos Fundamentales de la Unión*

Como indica HONDIUS la jurisprudencia del TJCE interpreta al consumidor de forma restrictiva, con carácter opuesto los tribunales españoles. Deja al margen a los consumidores realmente débiles, ya que la noción es la de consumidor bien aconsejado. Por tanto en la jurisprudencia del TJCE prevalece la protección del mercado sobre la de consumidor, exigiendo un elevado nivel de diligencia para que pueda ser protegido. En la mayor parte de los casos, en los contratos mixtos se excluye su tutela, así, en *lege ferenda* debería rechazarse la interpretación del TJCE del consumidor actual por restrictiva⁶⁵.

1.3.2.1 El consumidor de Directiva 2011/83

La Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores tiene por objeto la armonización plena de ciertos aspectos de los contratos (de venta y de servicios) celebrados entre consumidores y comerciantes. En especial aquellos contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales y la protección de los consumidores en contratos a distancia. En su

Europea: comentario artículo por artículo, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 638.

⁶⁵ *Vid.*, HONDIUS, E. «The notion of consumer: European Union versus Member States», *Sidney Law Review*, N° 1, 2006, p. 89 y ss; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. «El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios», *op. cit.*, p. 380.

art. 2 se asume y generaliza, las nociones de consumidor y comerciante contenidas la Directiva 2005/29/CE⁶⁶. Reitera que consumidor es «toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva 2011/83, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión»⁶⁷. Según la normativa de la UE el «concepto general de consumidor y de usuario» ex art. 3 TRLDCEU procede de las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGDCU. Según su Exposición de Motivos (III § 2) el concepto de consumidor «se adapta la terminología de la UE, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación a la personas jurídicas». Respecto a las Directivas cuya trasposición se ha refundido en el TRLGDCU se encuentran la Directiva 85/577

⁶⁶ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), *Diario de la Unión Europea*, nº L 149/22 de 11 junio de 2005.

⁶⁷ El Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), cuando regula los contratos de consumo define asimismo al consumidor como la «persona física para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional».

(venta fuera de establecimiento *ex art. 2*), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2. *b*), Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantía de bienes de consumo, art. 2. *a*) en que consumidor «es toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ciertas modificaciones entre éstas: un uso (Directiva 85/577) *versus* un propósito (Directiva 93/13, Directiva 97/7) o fines (Directiva 99/44) ajenos a su «actividad profesional»⁶⁸.

1.3.2.2 El consumidor de la Directiva relativa a viajes combinados

Según la Directiva sobre viajes combinados (90/314 2.4) adopta su propio concepto de consumidor (*ex art. 151 g*) TRLDCU) y la Directiva de sobre responsabilidad por productos defectuosos (Directiva 85/374) no se basan en el concepto de «consumidor», sino que aplican otro en sentido extensivo en el que se habla de «perjudicado» (*Cfr. art. 128 y ss. TRLGDCU*). Por lo que respecta al art. 3 TRLGDCU éste último no invade la autonomía de éstos dos últimos (sin perjuicio de lo establecido en los libros III [responsabilidad] y IV [viajes combinados] los cuales añaden a los empresarios⁶⁹).

⁶⁸ *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S. «El concepto legal de consumidor en el derecho privado...», *op. cit.*, p. 85.

⁶⁹ *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S. El concepto legal de consumidor en el derecho privado Europeo...», *op. cit.*, p. 86. En el supuesto de la

En sede de viaje combinado consumidor es «la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado (el contratante principal), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (los demás beneficiarios), o la persona a la cuál el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado (cesionario)»⁷⁰. Esta noción de consumidor es una *rara avis* dentro del acervo de la UE en materia de consumo, ya que es la única norma del ordenamiento de la UE en la que el contratante del producto pueden ser empresario o profesional, y ser considerado *stricto sensu* consumidor otorgándole una protección propia del mismo, siendo indistinto el uso que haga del viaje⁷¹.

Directiva 85/374 salvo por daños materiales que afecten a bienes y servicios de uso y consumo esencialmente empresarial ex art. 129: STJCE de 4 de junio de 2009 asunto *Moterus Leroy Somer* asunto C-285/08, caso *Moteurs Leroy Somer c. Dalkia France y Ace Europe*. En el caso de la Directiva 90/314 cualquier empresario que contrate viajes combinados con fines profesionales se entenderá que lo hace como «consumidor en sentido extensivo».

⁷⁰ Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

⁷¹ *Vid.*, ÁLVAREZ RUBIO, J. «Ante la posible reforma jurídico del viaje combinado en la Unión europea», (Dir.) TOMILLO URBINA, J. Y ÁLVAREZ RUBIO, J. *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Civitas, Pamplona, Junio 2011, p. 185.

1.3.3 El consumidor en el TRLGDCU

La aplicación del TRLGDCU supone una nueva definición del consumidor que mejora la anterior⁷². Se incluye en el concepto general a las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a la actividad empresarial. Aunque la doctrina ya venía sosteniendo anteriormente dicha interpretación e incluso el Tribunal Supremo en Sentencia del 13 de noviembre de 1995 otorgaba la protección del art. 10 LGDCU a una sociedad anónima⁷³.

La reforma TRLGDCU se ha de destacar su sencillez ya que expone: «son consumidores las personas físicas y jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional⁷⁴. Según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁵ el

⁷² España. Ley 26/1984 de 19 de julio (derogada por el TRLGDCU 1/2007) General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de julio de 1984, n° 176, p. 21686.

⁷³ *Vid.*, ALFARO ÁGUILA- REAL, J. Las condiciones generales de la contratación, Civitas, Madrid, 1991, p. 159; BOTANA GARCÍA, G. «Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Diario La Ley*, N° 8301, 30 de abril 2014, p. 2.

⁷⁴ España. Ley Ordinaria 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. *Boletín Oficial de Estado*, de 30 de noviembre de 2007, n° 287, p. 49181.

precepto distingue entre consumidor persona física y persona jurídica⁷⁶ o entidad sin personalidad jurídica, siguiendo en parte lo dispuesto por la Directiva 2011/83. Se utiliza el término «empresarial» en lugar de «empresa», aunque en cualquier caso dicha apreciación carece de relevancia.

Según el profesor MARÍN LÓPEZ se advierten tres diferencias en la nueva redacción del art. 3 del TRLGDCU tras la entrada en vigor de la Ley 3/2014 de 27 de marzo, cuyo propósito es la transposición de la Directiva 2011/83. En primer lugar, respecto a la persona física consumidor se modifica la expresión «que actúe en el *ámbito ajeno por propósito ajeno* del ámbito empresarial»⁷⁷. Dicha expresión es utilizada en la

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 diciembre de 2005, Ref. Aranzadi, - n° 1223; Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1999, Ref. Aranzadi, - n° 8213; Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000, Ref. Aranzadi, - n° 9906; Sentencia Tribunal Supremo de 28 febrero de 2002, Ref. Aranzadi, - n° 2102; Sentencia del Tribunal Supremo de 29 diciembre de 2003, Ref. Aranzadi, - n° 357; Sentencia Tribunal Supremo de 21 septiembre de 2004, Ref. Aranzadi, - n° 5576.

⁷⁶ *Vid.*, CUESTA RUTE, J. M. Y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, E. «Persona física y consumidor», *Ponencia en I Congreso Internacional Sobreendeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Universidad Complutense de Madrid, 19 de noviembre de 2008. p. 1.

⁷⁷ *Cfr.* la palabra propósito deriva del latín *propositum* incorporando el prefijo *pro* que significa hacia adelante, y *positum* participio de *ponere* poner. Significa poner algo delante, o sea, de cara al futuro, es una intención que se determina con ánimo de lograr.

Directiva 2011/83 asumiendo un criterio subjetivo a diferencia de la anterior redacción del art. 3 del TRLGDCU del año 2008. En el trámite parlamentario se vuelve a modificar el mencionado art. 3 TRLGDCU incorporando algunas novedades. Serán «consumidores y usuarios las personas físicas que actúen con propósito ajeno a su actividad comercial empresarial, oficio o profesión»⁷⁸. Parece que la intención del legislador para determinar si efectivamente se está en sede de consumo es atender a criterios de naturaleza subjetiva, donde la intención adquiere mayor relevancia ante criterios de naturaleza objetiva. A diferencia de el texto previo a la reforma en el que se alude la expresión «actuar en ámbito ajeno», esto es, un criterio objetivo donde lo determinante no es la finalidad sino el destino efectivamente dado al bien o servicio.

La segunda diferencia determina que tras la reforma el art. 3. 2º parr. TRLGDCU, no será consumidor aquél que realice cualquier «actividad comercial, empresarial, oficial o profesión». Parece que éste cambio no modifica sustancialmente nada respecto a la anterior redacción del art. 3 del TRLGDCU, incluso puede entenderse redundante la alusión a la actividad

⁷⁸ España. En Informe de la ponencia del Proyecto de Ley por que se modifica el TRLGDCU 1/2007 de 16 de diciembre, X Legislatura, *Boletín Oficial de la Cortes Generales* de 19 de febrero de 2014, N º 71-4, p. 6.

empresarial o profesional⁷⁹. Pero dicho criterio no ha de compartirse ya que no todos los empresarios son profesionales como se verá *ut infra*. Por otro lado la alusión «a actividad comercial y al oficio», son afirmaciones redundantes ya que son términos sinónimos sin consecuencia jurídica alguna⁸⁰. En definitiva dicha modificación se debe entender que la modificación no era estrictamente necesaria⁸¹.

Durante la tramitación parlamentaria del TRLGDCU se modifica el término «consumidor» por «consumidor y usuario»⁸². Posteriormente en la transposición de la Directiva 2011/83 se añade la palabra «oficio» ampliando el elenco de actividades, donde siempre que se actúe fuera de ellas, se podrá aplicar el nuevo texto modificado TRLGDCU con base en la

⁷⁹ *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, M. J. «Comentarios al proyecto de reforma de la LGDCU. El nuevo concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU», *Centro de Estudios de Consumo CESCO*, diciembre 2013, p. 2.

⁸⁰ *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Comentario al art. 3» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Pamplona, 2009. p. 91.

⁸¹ *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, M. J. «Comentarios al proyecto de reforma de la LGDCU. El nuevo concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU», *Centro de Estudios de Consumo CESCO*, diciembre 2013, p. 2.

⁸² En *Boletín Oficial de la Cortes de las Cortes Generales*, VIII Legislatura. n.º 676, 18 de febrero de 2008. Por el que se modifican los arts. 62 (ap. 1, 2, 3 y 4), 65 y 87.6. p. 1 y 2.

Directiva 2011/83, donde se constata la tendencia a dejar fuera a los profesionales liberales⁸³ junto a los empresarios y comerciantes.

La tercera diferencia respecto al consumidor persona física son aquellos actos que tienen una relación indirecta con la actividad empresarial. En el actual art. 3 TRLGDCU aplica la expresión «con un propósito ajeno a su actividad comercial», mientras el texto previo a la reforma en art. 3 TRLGDCU utiliza la expresión «en una ámbito ajeno a una actividad empresarial». En el TRLGDCU, se podría sostener la tesis de que se es consumidor siempre que se actúe en actividad ajena a la principal. Máxime tras el uso por parte del legislador de la expresión «a su actividad comercial», ésta aludiría únicamente a la actividad principal, por lo que si el bien o servicio contratado se destinase a fines distintos, podría considerarse consumidor⁸⁴. Pero ha de rechazarse dicho argumento, ya que el hecho de que

⁸³ Cfr. «El concepto de profesionales liberales ha estado unido siempre a la prestación de servicios, que exigen titulación universitaria o de otro orden más o menos público, con carácter independiente y sin relación laboral, por supuesto mediante la prestación de trabajos, en conjunción, en mayor o menor medida, del factor capital». En Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2004, La Ley Ref. n.º 1711, FJ. 4.º

⁸⁴ En contra Exposición de Motivos TRLGDCU y en STJCE 14 de marzo de 1991 asunto 361/89; STJCE 3 de julio de 1997 asunto C-269/95. A favor Sentencia de Audiencia Provincial de Teruel de 31 de octubre de 2002, Ref. Aranzadi,- n.º 1508.FJ. 2.º.

no se destine el bien o servicio a la actividad empresarial principal no determina que se adquiera la condición de consumidor⁸⁵. No obstante posteriormente se examinará dicha cuestión en el caso de persona jurídicas consumidores *ut infra*. En resumen, la reforma del art 3 TRLGDCU no modifica sustancialmente los términos previamente establecidos en el TRLGDCU.

1.3.4 Situaciones dudosas, no resueltas o no contempladas

Contratos mixtos

¿*Quid iuris* de una situación en la que un arquitecto adquiere un teléfono móvil para utilizarlo en su actividad profesional y también para su uso privado? Ni el TRLGDCU ni las Directivas Europeas ayudan demasiado a aclarar este tipo de situaciones. Existen distintas posturas respecto a los actos mixtos⁸⁶:

⁸⁵ *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, M. J. «Comentarios al proyecto de reforma de la LGDCU. El nuevo concepto de consumidor...», *op. cit.*, p. 4; CARRASCO PERERA, A. «El derecho de consumo en España: presente y futuro», 2002, *Instituto Nacional de Consumo*; 2002, p. 32; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Comentario al art. 3, *op. cit.*, p. 95; CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentarios al art. 3» en CÁMARA LAPUENTE, S. *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid, 2011, p. 139.

⁸⁶ *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S. «El concepto legal de «consumidor», en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos no

a) Aquél que contrate debe entenderse que lo hace *siempre como consumidor*, aunque sea tan sólo en parte, en un ámbito ajeno a su actividad profesional⁸⁷.

b) El que realice un contrato mixto nunca se entenderá que lo hace como consumidor ya que para ello debería hacerlo exclusivamente de forma privada. Así el *Marco Común de Referencia* (MCR) otorga prioridad al criterio de finalidad comercial o profesional predominante del contrato. Ante un contrato mixto el contratante será tratado como consumidor aunque la finalidad privada supere en muy poco a la profesional⁸⁸. Así lo establece parte de la doctrina respecto al TRLGDCU y art. 3.2 de la Ley 16/2006 de Aragón (cuya exclusiva finalidad es el uso y disfrute personal, familiar o doméstico). Dicha argumentación se basa en: 1) dividir un único acto para poder aplicar regímenes diferentes a diferentes partes no es admisible; 2) el empresario que actúe como tal, y que

resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Marzo 2011, p. 111; SHULTE NOLKE, H. «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento...», *op. cit.*, p. 76.

⁸⁷ *Vid.*, VATIER FUENZALIDADA, C. «El agricultor ante la Ley de protección de consumidores», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, N° 3-4, 1986, p. 8; en contra LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A. «Sobre la aplicabilidad a los agricultores del Ley General de para La Defensa de Consumidores y Usuarios», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, N° 6-7, 1987, p. 13.

⁸⁸ *Vid.*, SHULTE NOLKE, H. «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho...», *op. cit.*, p. 76.

utilice parcialmente el bien o el servicios para un uso privado no debe necesitar especial protección; 3) la posible inseguridad jurídica que se plantearía en el caso no saber en cada momento discernir que es principal y que es accesorio.

c) Ante un contrato mixto se entenderá que el contratante es consumidor si el destino principal es ajeno a la actividad empresarial o profesional. Así lo determina la Ley de Consumidores de Cantabria *ex art. 2 de la Ley 1/2006 de Cantabria* «son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes y servicios en Cantabria, como destinatarios finales y con objetivos generalmente ajenos a cualquier actividad comercial o profesional. Y «no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes integren principalmente los bienes o servicios en un proceso de fabricación, comercialización o prestación dirigido al mercado, aun cuando dicha actividad no implique un lucro directo»⁸⁹.

Otra cuestión podría planearse cuando se trata de un producto comprado por un consumidor cliente donde se aplica la normativa contenida en el TRLGDCU, pero cuando el producto lo compra un empresario para su uso ¿qué normativa debe aplicarse: el TRLGDCU o el Código Civil? Si el adquirente

⁸⁹ España. Cantabria. Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, *Boletín Oficial de Cantabria*, 15 de marzo de 2006, N^o 52, p. 3093.

lo hace para destinar el bien al consumo privado, se entendería que es consumidor. Por tanto sería aplicable el régimen de garantías del TRLGDCU. *Sensu contrario*, si el empresario adquiere el bien para incorporarlo a su actividad empresarial debe entenderse que no sería consumidor⁹⁰. El saneamiento por vicios o defectos ocultos del bien adquirido, derivaría en responsabilidad del vendedor en sede civil. Así, la compra de un bien de equipo se entendería realizada por un «consumidor» aún siendo adquirido por un empresario, ya que el producto se destina a un uso particular y no se incorpora a una actividad empresarial, profesional o comercial. Por el contrario, el empresario que adquiere un bien de consumo para destinarlo a su actividad comercial o empresarial (aunque fuera del ámbito de su objeto o su especialidad), no entraría en el concepto de «consumidor». Este es el criterio mantenido de forma mayoritaria tanto por la doctrina como por la jurisprudencia⁹¹.

⁹⁰ *Vid.*, BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. «Compraventa de un bien de consumo celebrada entre empresarios: ¿se aplica el régimen de garantías del TRLGDCU?», *CESCO Centro de Estudios de Consumo*, noviembre 2014. p. 2.

⁹¹ *Vid.* CARRASCO PERERA, A. *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2002, p. 32; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Comentario al art. 3», en (Dir.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Pamplona, Aranzadi, 2009, p. 95; CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentario al art. 3», en (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. *Comentarios a las normas de protección de los*

Ausencia de protección en consumidores que utilicen
títulos cambiarios

En el supuesto de que se utilicen efectos cambiarios⁹² en la conclusión de operaciones de consumo, cuando el vendedor actúe como librador, el consumidor como obligado cambiario y la entidad bancaria como primer tomador. La suscripción del título se entiende que es abstracta frente a terceros tenedores, y subsiste en caso de ineficacia o incumplimiento en la compraventa, salvo que pudiera probarse que la entidad crediticia adquirió el título en perjuicio del deudor (*ex art. 20 y 67.1 LCCH*). Pero la LCCH no tiene ningún mecanismo de defensa del consumidor, tan sólo en la Exposición de Motivos de LCCH en el apartado V se contempla la posibilidad de elaborar «un texto legal complementario y específico que establezca las normas que hayan de regir para las letras emitidas en operaciones por consumidores y usuarios». Pero ante la inacción del legislador la jurisprudencia ha optado por aplicar el

consumidores, Madrid, Colex, 2011, p. 139; MARÍN LÓPEZ, M. J. «El «nuevo» concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 9, 2014, p. 9.

⁹² *Vid.*, SÁNCHEZ CALERO F. «Evolución y perspectivas del régimen de los títulos valor», *Reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, p. 225.

principio de abstracción en perjuicio de los intereses del consumidor⁹³.

1.3.5 El concepto de consumidor tras la reforma de la Ley 3/2014 que reforma el TRLGDCU

1.3.5.1 El consumidor persona física

El precepto distingue entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica. (*Vid. supra* 1.3.3)

Respecto a la anterior redacción del TRLGDCU existen tres diferencias: en primer lugar, anteriormente la ley se refería a consumidor en ámbito ajeno, mientras que la nueva redacción cita expresamente que actúe con propósito ajeno. Ambas redacciones utilizan un criterio negativo y no parece que adquiera diferencia alguna. La utilización del concepto «propósito» alude a un criterio de orden teleológico, con base en el fin utilizado, dicho concepto es utilizado en la Directiva 2011/83, mientras el uso del término «actuar» hace referencia a un término «objetivo» como es el acto de consumo, en virtud del

⁹³ *Vid.*, GADEA SOLER, E. «La protección del consumidor en caso de utilización de efectos cambiarios en la conclusión de operaciones de consumo», TOMILLO URBINA, J. Y ÁLVAREZ RUBIO, J. *La protección jurídica de los consumidores como motor del desarrollo económico*, Civitas, Pamplona, 2012, p. 523.

cual, lo esencial no es fin perseguido sino el destino dado al bien o servicio recibido⁹⁴.

La segunda diferencia hace referencia a la actividad comercial, empresarial, oficio o profesión como fin no debe ir destinada al acto de consumo. La anterior redacción del art. 3 del TRLGDCU el consumidor debía actuar en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional. Tampoco parece ser un cambio destacado y con consecuencias jurídicas de relevancia. Hay autores que critican la afirmación de «empresarial o profesional» es redundante y que hubiera sido bastante con hacer alusión a la actividad empresarial. Personalmente no parece ser reiterativa ya que un profesional liberal no tiene que ser empresario por lo que no son términos análogos.

1.3.5.2 El consumidor persona jurídica

Es consumidor la persona jurídica⁹⁵ que actúa con propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión⁹⁶ y actuar sin ánimo de lucro⁹⁷.

⁹⁴ *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, J. M. «El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014 de reforma del TRLGDCU». *Revista de Derecho de Consumo CESCO*, Nº 9, 2014, p. 10.

⁹⁵ A diferencia del ordenamiento jurídico español el BGB alemán en su art. § 13 excluye la posibilidad de que un consumidor pueda ser una persona jurídica.

a) Actuar con propósito ajeno a actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Siguiendo al profesor CÁMARA LAPUENTE hay tres rasgos de actividades empresariales: i) los contratos celebrados entre empresarios; ii) aquéllos en lo que un sujeto celebra contratos como supuesto empresario cuando en realidad lo hace para uno privado; y iii) los contratos destinados a incorporar bienes o servicios en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros⁹⁸.

La jurisprudencia menor ha considerado consumidor a un sindicato de trabajadores, ya que existe a una relación jurídica cuyo propósito era la contratación de publicidad, aduciendo que dicha actividad no podía comprenderse dentro del ámbito propio a su actividad natural, esto es, ser cauce de la libertad sindical defendiendo los intereses de los trabajadores⁹⁹. En el

⁹⁶ Lo que hace el precepto es transcribir el art. 2.1 de la Directiva 2011/83 aunque utiliza el término «empresarial» en lugar del de «empresa». En cualquier caso la diferencia no es significativa.

⁹⁷ El concepto de ánimo de lucro solo se define en el código civil respecto a las sociedades civiles. Es la intención de repartir beneficios, pero lo determinante no es la intención de obtener lucro sino repartirlo entre los socios.

⁹⁸ *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S. «Comentario al art. 3», *op. cit.*, p. 135.

⁹⁹ Sentencia de Audiencia Provincial de Teruel de 31 de octubre de 2002, Ref. Aranzadi,- nº 1508. FJ. 2º. La sentencia se fundamenta en dos premisas: a) por un lado se hace referencia al ejercicio de la libertad sindical con base en Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical; b)

mismo sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Granada estableciendo que no sería un impedimento la consideración de consumidor la naturaleza de sociedad mercantil, en cuanto que ésta es cliente de una entidad bancaria, ya que la relación jurídica vinculante era una gestión que debería de prestar el propio banco¹⁰⁰.

En sentido contrario la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de noviembre de 2002 ¹⁰¹ ,

según Sentencia de Audiencia Provincial de Burgos Ref. Aranzadi - n.º 875. «para que se lleve a cabo la exclusión del concepto de consumidor no basta con el hecho de que el bien o servicio se integre sin más en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, pues en ese caso, y sobre todo si se lleva al extremo la idea, realmente será difícil encontrar supuestos en los que se aplique la legislación de defensa de los consumidores, sino que lo realmente importante y que excluye la aplicación de la legislación especial es que ese bien o servicio que se adquiere, tenga por finalidad directa llevar a cabo labores de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, de tal manera que esos bienes o servicios se integren de manera relevante en el ámbito comercial que desarrolla la adquirente».

¹⁰⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 16 de febrero de 2002, Ref. Aranzadi. n.º- 102109. FJ. 1.º. La propia sentencia distingue: a) Consumidor jurídico es aquel que realiza un acto jurídico de adquisición; y por otro lado, b) el consumidor material que es el que lleva a cabo la utilización, uso o disfrute del bien. Si bien aclara la mencionada sentencia que los dos conceptos jurídico y material pueden no coincidir.

¹⁰¹ Sentencia de Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de noviembre 2002, Ref. Aranzadi. - n.º 268. FJ. 2.º. También en el mismo

estableció que no concurría la condición de consumidor en una sociedad mercantil que celebra contratos de bienes y servicios (en este caso mantenimiento de ascensores en un establecimiento hotelero)¹⁰². En esta misma línea jurisprudencial, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de julio de 2003, respecto a una sociedad mercantil que pactó con una entidad bancaria ejecutante de una póliza de negociación de efectos mercantiles¹⁰³. A su vez en Sentencia de Audiencia Provincial de Ciudad Real de 4 de abril de 2002, precisó que la personas físicas fiadoras de pólizas suscritas por sociedades

sentido Sentencia de 2 de abril de 2002 de Audiencia Provincial de Cantabria, Ref. Aranzadi. - nº 163582. FJ. 1º. Según la que no es consumidor una «sociedad anónima que interviene en el mercado y que contrata los bienes y servicios como parte de su ciclo productivo, integrando lo así adquirido y contratado en la producción de sus propios bienes y servicios».

¹⁰² En jurisprudencia más reciente la Audiencia Provincial de Tarragona y Barcelona entienden que una sociedad mercantil no es consumidor en sentido jurídico porque ejecuta actos propios de su objeto social, como es pactar un convenio arbitral. Audiencia Provincial de Tarragona de 15 de mayo de 2012, Ref. El Derecho nº- 72. FJ 2º. Sentencia de Audiencia de Barcelona de 19 de diciembre de 2011, Ref. El Derecho, nº- 311792. FJ 3º. La Audiencia afirma que «la existencia de empresario-consumidor constituye una figura ciertamente residual».

¹⁰³ Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de julio de 2003, Ref. Aranzadi. nº- 219265. FJ 2º.

mercantiles mantienen la misma posición que la del deudor principal, y por tanto no se consideraran consumidores¹⁰⁴.

No se puede soslayar el criterio utilizado por el legislador en algunos normas al excluir directamente a las personas jurídicas del ámbito de aplicación como en el caso del art. 1.2 LCC¹⁰⁵; art. 5 II de la LCDSFC; Orden Ministerial de 5 mayo de 1994 de transparencia de las condiciones financieras de préstamos hipotecarios en todos ellos no se exige la condición de consumidor pero si la de persona física; así como el propio

¹⁰⁴ Sentencia de Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 4 de abril de 2002, Ref. Aranzadi nº - 62352. FJ. 5º. En este mismo sentido Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992, Ref. Aranzadi nº. 14. FJ. 12º. El TC consideró que la LGDCU es ajena a los juicios ejecutivos incoados por entidades de crédito contra empresario o comerciantes «ello es claro en el plano de la Ley 26/1984, que limita su eficacia protectora a las personas físicas o jurídicas que utilizan o disfrutan los servicios bancarios como destinatarios finales; negando la condición legal de usuarios, en cambio, a quienes reciban los servicios de entidades de crédito con el fin de integrarlo en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de terceros (art. 1 de la LGDCU)». Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de junio de 2011, Ref. Aranzadi nº - 287925. FJ 4º; Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de diciembre de 2011, Ref. Aranzadi nº - 251. FJ. 4º; Sentencia Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005, Ref. Aranzadi nº - 12239; Sentencia Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007. FJ 7º, Ref. Aranzadi nº - 472; Sentencia de Audiencia Provincial de La Coruña de 13 de junio de 2002, Ref. Aranzadi nº - 215997, FJ3º.

¹⁰⁵ Sentencia Tribunal supremo de 4 de septiembre de 2007, Ref. Aranzadi nº - 5152.

Reglamento CE 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la obligaciones contractuales Roma I.

En la Exposición de Motivos del TRLGDCU se advierte que este texto refundido asume la terminología de la UE, pero se respetan las peculiaridades con dudosa perdurabilidad, entendiendo que cuando avance la estrategia de armonización plena en materia de consumo en la UE, salvo que se articulen técnicamente fuera de la noción de consumidor del ordenamiento español (y de otros Estados nacionales) en relación con las personas jurídicas.

Se ha apuntado la opción legislativa de mantener la noción comunitaria de consumidor limitada a las personas físicas, y extender una parte de las normas protectoras del Derecho de los consumidores a las personas jurídicas con algún criterio adicional de delimitación como es la no reintroducción de los bienes o servicios en el mercado.

Dos ideas permiten delimitar la *persona jurídica consumidora* ex art. 3 TRLGDCU. Primera, dicha persona no deberá ser un consumidor¹⁰⁶, lo cual sucede concurre en el

¹⁰⁶ Auto del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2014, Ref. La Ley nº - 143830. FJ 3º Es cierto que en el caso de se trate de un consumidor debe prevalecer el fuero del art. 52.2 LEC del domicilio del consumidor en cumplimiento de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de abril de 1993, (cuya transposición mas correcta se realizó mediante la STJCE de 9 de septiembre de 1994. Dicha transposición fue llevada a cabo mediante la Ley 44/2006, de 29 de diciembre de

mercado una actividad empresarial o profesional en sentido amplio. Sí se califican por nuestra jurisprudencia como consumidores las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

Segunda, esta persona jurídica deberá adquirir de igual forma que la persona física consumidora los bienes o servicios como destinataria final, esto es, para su uso o consumo directo o colectivo (ej. el de su base asociativa o sus beneficiarios) sin que esta prestación suponga reintroducir dichos bienes o servicios en el mercado. La nueva entrada en el mercado puede tener lugar incluso a título gratuito. Por ejemplo, cuando forme parte de un proceso de fabricación o comercialización para el mercado (la prestación de bienes o servicios en forma gratuita o a precio de coste a los empresarios asociados o socios, dentro de un proceso de producción, comercialización o prestación a terceros por parte de estos asociados o socios). Por tanto los supuestos de *persona jurídica consumidora* son muy excepcionales (ej. las asociaciones o las fundaciones que transmitan a título gratuito los bienes y servicios adquiridos).

Alguna sentencia ha puesto en duda la calificación de las personas jurídicas como consumidores a efectos del TRLGDCU,

2006). Pero éste no es el caso, ya que no puede sostenerse la condición de consumidor de una sociedad mercantil que contrata de servicio telefónico dentro del ámbito de una actividad empresarial *ex art. 3 TRLGDCU*.

por su abierto contraste con el acervo comunitario sobre consumo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004 afirma a modo de *obiter dictum*, que el concepto de consumidor sólo puede aplicarse a las personas físicas¹⁰⁷.

No obstante el Considerando (13) Directiva 2011/83 utiliza esta fórmula (condicionada y técnica) para extender sus normas a las personas jurídicas: «los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas». Dicha afirmación carece de desarrollo en el articulado de la Directiva, pese a no constar en la proposición de la Comisión. En un proceso de armonización plena el hecho atribuir competencias legislativas a los estados miembros, supone un obstáculo y dificulta el proceso de armonización en la UE por lo que no debe valorarse positivamente.

¹⁰⁷ *Vid ad ex.*, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, Ref. El Derecho nº - 135109. FJ 3º. «El concepto de consumidor sólo cabe ser atribuido a las personas físicas y así lo establece el artículo 2 b) de la Directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1993, sin embargo el de profesional comprende tanto a personas físicas como las jurídicas y esta atribución es exclusiva conforme declaró la Sentencia de 22 de noviembre de 2001, pronunciada por el TJCE».

b) La persona debe actuar sin ánimo de lucro.

Por su propia naturaleza algunas personas jurídicas, como las sociedades de capital, deben de ser excluidas. En cambio otras sí serán consumidoras como ej. Asociación que financia sus proyectos vendiendo participaciones en un sorteo, cuyo premio es un lote de productos. Si dicha asociación adquiere dicho lote, lo hace como consumidora pese a que obtenga beneficio en el sorteo, éste no será repartido entre sus socios sino que será destinado a la consecución del fin de la asociación. Esta interpretación extensiva parece razonable de cara a ampliar el número de consumidores y su protección.

1.4 El consumidor en sentido material

El profesor BUSTO LAGO afirma que el consumidor y usuario no es exclusivamente aquél que contrata con un empresario o consumidor para obtener un bien o servicio. Éste último sería el caso del consumidor en sentido jurídico, pero existe el supuesto de aquél que utiliza y disfruta de los servicios: el «consumidor en sentido material»¹⁰⁸. La extensión del concepto de consumidor se ha planteado en los casos de

¹⁰⁸ *Vid.*, BUSTO LAGO, J. M. Y ÁLVAREZ LATA, N. Y PEÑA LÓPEZ, F. «La posición del consumidor y del usuario en el ordenamiento jurídico español», *Grandes tratados. Reclamaciones de consumo*, Aranzadi, Pamplona, noviembre 2010, p. 2.

menores de edad y mayores de edad económicamente dependientes en los casos de prestaciones de servicios que son destinados por éstos, pero que son contratados y sufragados por sus padres. Las entidades de crédito concedieron numerosos préstamos cuya causa fue la realización de cursos de inglés en distintas academias, cuya actividad cesó súbitamente¹⁰⁹. El argumento para no considerar consumidores a los contratantes fue que no eran destinatarios finales de los servicios prestados¹¹⁰. En España numerosas Sentencias de Audiencias Provinciales han coincidido en determinar la condición de consumidores de los alumnos en los casos expuestos para la aplicación de la LCC (hoy derogada por la LCCC)¹¹¹. Así los hijos de los contratantes de préstamos que recibían en centros de enseñanza no pierden la condición de consumidores por el hecho de haber realizado periódicamente la amortización de los préstamos en favor de sus hijos¹¹².

¹⁰⁹ Vid., MARÍN LÓPEZ, M. J. «Dictamen jurídico sobre el caso Openning School», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 677, 2003, p. 1735.

¹¹⁰ Vid., BUSTO LAGO, J. M. Y ÁLVAREZ LATA, N. Y PEÑA LÓPEZ, F. «La posición del consumidor...» *op. cit.*, p. 3.

¹¹¹ En Sentencia Audiencia Provincial del Asturias de 21 de enero de 2004, Ref. Aranzadi, n.º - 14. FJ 3.º; Sentencia de la Audiencia de la Coruña, de 30 de junio de 2004, Ref. Aranzadi, n.º - 1694. Y de 13 de septiembre de 2004. Ref. Aranzadi, n.º - 2050.

¹¹² Si bien es cierto que la formación forma parte de la prestación alimenticia (ex art. 142 cc). También conocida como pensión

2. EL EMPRESARIO

En sede de consumo es preciso que una de las partes de la relación jurídica (aquella que opera como proveedor del bien o presta el servicio contratado) sea un empresario o profesional¹¹³. Es empresario o profesional cualquier sujeto que actúe en el tráfico con un propósito negocial organizado, con independencia de su condición *pública o privada*¹¹⁴. En este sentido el profesor TOMILLO URBINA afirma que ésta definición

alimenticia proveniente de la palabra latina *pensione*, ablativo de *pendo*, pesar o colgar, en sus acepciones más comunes significa canon o renta a una persona. *Vid.*, DE CASSO Y ROMERO, I. Diccionario de Derecho civil, Labor, Barcelona, 1954, p. 2951. Se trata de una obligación de naturaleza legal en sentido del art. 1.090 cc. Se trata de una obligación personalísima, irrenunciable, intransmisible, imprescriptible, recíproca, relativa o dependiente de la efectiva necesidad del alimentista y correspondiente posibilidad del obligado. *Vid.*, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de junio de 2003. Ref. El Derecho, nº - 352.FJ. 1º.

¹¹³ Por profesionales liberales se de entender a aquellas «personas que no siendo empresarios desde el punto de vista económico, dada su naturaleza intelectual de los bienes que producen o los servicios que prestan. Ya sean científicos, artísticos, liberales han de incluirse entre los operadores sujetos a éste código. Esta equiparación se ha producido no solo en el Derecho de la UE, que está dentro del ordenamiento español. Es el caso del Derecho industrial o Derecho de protección a los consumidores. *Vid.*, Anteproyecto de Ley de Reforma de Código Mercantil, Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014. p. 16.

¹¹⁴ *Ex art. 4 TRLGDCU.*

es tautológica, aunque por otro lado amplía el concepto de empresario, llevándolo más allá del criterio mercantil tradicional¹¹⁵. El sistema alemán difiere respecto a TRLGDCU español ya que en la redacción de su § art. 14 del BGB¹¹⁶, se menciona a empresario como aquél que «actúa en el ejercicio de su actividad profesional, empresarial o autónoma», mientras que la propia Directiva 2011/83 y el art. 4 TRLGDCU español se afirma que empresario será aquél que «actúe con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». La definición alemana del BGB tiene un carácter objetivo mientras que la Directiva 2011/83 y la española adopta un carácter subjetivo.

La delimitación del empresario o profesional es más sencilla, y a menudo se reiteran algunos de sus rasgos conocidos en el Derecho mercantil. En general se recurre a la noción bastante ambigua de su actuación «habitual» («no» ocasional,

¹¹⁵ Vid., TOMILLO URBINA, J. «Tipicidad del usuario de servicios sanitarios como consumidor», (Dir.) TOMILLO URBINA, J. Y ÁLVAREZ RUBIO, J. *La protección jurídica de los consumidores como motor del desarrollo económico*, Civitas, Pamplona, 2011, p. 367.

¹¹⁶ Alemania. Ex art. § 14 BGB 1) «Empresario es una persona natural o jurídica o una sociedad de personas dotada de capacidad jurídica que en la celebración de un negocio jurídico actúa en ejercicio de su actividad profesional empresarial o autónoma». 2) «Una sociedad de personas dotada de capacidad jurídica es una sociedad de personas con la capacidad de adquirir derechos y asumir obligaciones».

art. 151. 1. b) TRLGDCU, aunque la LCC también se aplica al concedente ocasional de crédito) en «el marco de su actividad profesional» (art. 1.6 LATBI). Algunas normas desmenuzan su concreta participación en el tráfico (si es productor, distribuidor o importador) para asignarle consecuencias específicas en el ámbito contractual o extracontractual (arts. 5, 7 y 138 TRLGDCU)¹¹⁷.

Actuando dentro del ámbito de su actividad propia y siendo indiferente si la actividad consiste en fabricación, importación y distribución. Es cierto que el Reglamento 44/2001 no contiene dicha exigencia, sin embargo solo se entiende que hay contrato de consumo, si además del consumidor, el otro contratante es un profesional o empresario. Éste no podrá operar a título meramente particular (al margen de su actividad profesional). Todo ello viene motivado por el desequilibrio de fuerzas entre los contratantes¹¹⁸.

El legislador británico ha realizado una transposición a su ordenamiento muy similar a la Directiva 2011/83 sobre la definición de empresario, con una salvedad. Se ha omitido la

¹¹⁷ *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Y GARCÍA VICENTE, J. R. «El ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del Derecho contractual de consumo», marzo 2010. Tirant on line Digital § 10.

¹¹⁸ *Vid.*, FERNÁNDEZ MASÍA, E. «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001», *Estudios sobre consumo*, N^o 63, 2002, p. 12.

mención «in relation to contracts covered by this Directive»¹¹⁹. Debe inferirse que dicha omisión puede entenderse desde una interpretación más amplia del concepto de empresario que la establecida por la Directiva 2011/83.

Además ha de destacarse la obligación de los empresarios que se dediquen a la venta a distancia a comunicar en el plazo de 3 meses el inicio de su actividad al Registro de ventas a distancia¹²⁰. Asimismo, las empresas de terceros países, no

¹¹⁹ *Vid ad ex.*, art. 4 empresario o el término inglés «trader» means a person acting for purposes relating to that person's trade, business, craft or profession, whether acting personally or through another person acting in the trader's name or on the trader's behalf. The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013.

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/265898/consumer-contracts-information-cancellation-and-additional-payments-regulations-2013.pdf (última visita el 16 de noviembre de 2014).

¹²⁰ La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista en su artículo 38.2, modificado por la Ley 1/2010 de 1 de marzo, preveía la creación del Registro de empresas de ventas a distancia. Este Registro, regulado por el Real Decreto 225/2006, de 24 de febrero, tiene carácter público y naturaleza administrativa, siendo su valor meramente informativo. Depende orgánicamente de la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Esta norma ha sido modificada por el Real Decreto 103/2008, de 1 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 225/2006, de 24 de febrero, por el que se regulan determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el Registro de empresas de ventas a distancia, *Boletín Oficial del Estado* de

establecidas en España que realicen ventas a distancia en el territorio español deberán comunicarlo directamente al Registro de ventas a distancia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses desde el inicio de la actividad. Debe indicarse que el Proyecto propone la modificación del art. 38 LOCM, ubicando el Registro de ventas a distancia en el Ministerio de Economía y Competitividad y no será precisa ninguna comunicación de datos cuando el prestador de servicios ya estuviese establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea y realice sus actividades en régimen de libre prestación¹²¹. La CNMC considera que tal obligación resulta contraria al artículo 16 de la Directiva de

22 de febrero de 2006 y por el Real Decreto 200/2010, de 26 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1882/1978, de 26 de julio, sobre canales de comercialización de productos agropecuarios y pesqueros para la alimentación y el Real Decreto 225/2006, de 24 de febrero de 2006, por el que se regulan determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el Registro de empresas de ventas a distancia, para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, *Boletín Oficial del Estado* de 13 marzo de 2006. *Vid.*, www.comercio.gob.es

¹²¹ *Vid.*, BOTANA GARCÍA, G. «Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma», *Actualidad civil*, N° 2, febrero 2014, § Ámbito de aplicación objetivo www.laleydigital.com (última entrada 4 de enero de 2015).

Servicios y al art. 4 TRLGDCU¹²². Para los casos en los que pueda estar justificado, la CNMC propone una obligación de comunicación posterior al inicio de la actividad¹²³.

2.1 El empresario en el TRLGDCU

Durante la tramitación parlamentaria se modifica el término de «profesional» por el de «empresario»¹²⁴. El concepto de empresario en la jurisprudencia viene determinado como aquella actuación ajena al ámbito empresarial¹²⁵. En el mismo

¹²² Informe de la CNMC sobre la reforma de la Ley de Comercio Minorista en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios, 2009, p. 13. <http://www.cncompetencia.es/> (última visita 5 de enero de 2015).

¹²³ *Vid.*, CRESPO, D. Y LÓPEZ, R. «Comentarios de la CNC sobre las necesarias modificaciones del a CNC» *Revista de competencia y sectores regulados*, Nº 68, marzo 2009, p. 10.

¹²⁴ En Boletín Oficial de la Cortes del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, n.º. 676, 18.2.2008. p. 2. Por el que se modifican los arts. 67.1 y 87.6 (línea decimoquinta). p. 2.

¹²⁵ *Vid.*, Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 17 de septiembre de 2013, Ref. Aranzadi. n.º 1887. FJ 3º. «se excluye la condición de consumidor con arreglo a su artículo 4 TRLGDCU respecto a la actuación de la sociedad accionante en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, en la medida en que el contrato suscrito y ahora impugnado iba dirigido a financiar en todo o en parte dicha actividad empresarial, concertándose el producto dentro del proceso de expansión o desarrollo de la organización profesional».

sentido el BGB alemán establece que «empresario es una persona natural o jurídica o una sociedad de personas dotada de capacidad jurídica que en la celebración de un negocio jurídico actúa en ejercicio de su actividad profesional empresarial o autónoma». *Ex art. § 14 BGB alemán*¹²⁶.

2.2 El empresario en el TRLGDCU y en la Ley de emprendedores 14/2013

En el TRLDCU se define al empresario a efecto de lo dispuesto en esta norma: «se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con su propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»¹²⁷. El legislador español no se aparta de la Directiva 2011/83 ya que en su art. 2.2 su redacción es casi literal respecto del actual art. 4 del TRLGDCU. Los tres elementos que caracterizan al empresario en sede de consumo son: a) debe de tratarse de persona física o jurídica, lo que lo no obsta para que entidades sin personalidad jurídica como las comunidades de bienes

¹²⁶ También se alude a la posibilidad de que sea empresario «una sociedad de personas dotada de capacidad jurídica es una sociedad de personas con la capacidad de adquirir derechos y asumir obligaciones. *Ex art. §14.2 BGB.*

¹²⁷ *Ex art. 4 TRLGDCU*

(aunque sean de carácter público); b) que realicen una actividad empresarial; y c) que se celebre un contrato con un consumidor¹²⁸.

Conviene destacar esta nueva redacción dada al TRLGDCU sobre el empresario con el concepto de emprendedor contenido en la Ley 14/2013 de 27 de diciembre para el apoyo de emprendedores y su internacionalización¹²⁹. Ésta última define al emprendedor como «aquellas personas, que independientemente de su condición de persona física o jurídica que desarrollen una actividad económica o empresarial o profesional en los términos establecidos en la Ley (art. 3). Dicho art. determina que el emprendedor es un empresario, pero en sede del consumidor únicamente debe considerarse el art. 4 TRLGDCU¹³⁰.

La Ley 14/2013 modifica la Ley concursal, en la que el empresario podrá lograr un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores mediante la actuación del mediador concursal

¹²⁸ *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, M. J. «Comentarios al proyecto de reforma de la LGDCU. «El nuevo concepto de consumidor...», *op. cit.*, p. 8.

¹²⁹ España. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, *Boletín Oficial del Estado*, 28 de septiembre de 2013, nº 233, p. 78787.

¹³⁰ *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, M. J. «Comentarios al proyecto de reforma de la LGDCU. El nuevo concepto de consumidor...», *op. cit.*, p. 8.

(*ex arts. 231 a 242 LC*)¹³¹. Dicha disposición podrá aplicarse a aquéllos que tengan la consideración de empresario a los efectos de la legislación de la Seguridad Social (*ex art. 231.1 II LC*). Aquella persona que contrate a una empleada de hogar para que realice servicios domésticos en su vivienda, con independencia de que la persona que contrata sea considerada empresaria según la Ley concursal. En el marco de un acuerdo extrajudicial de pagos, no podrá ser considerado como empresario, según lo dispuesto por el art. 4 TRLGDCU ya que si compra comida y demás elementos necesarios para la vivienda lo hace como consumidor no como empresario¹³²

¹³¹ España. Ley 22/2003 de 9 de julio de 2003, *Boletín Oficial del Estado*, nº 13813 (última revisión 1 de octubre de 2014), Ley Concursal «a los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos».

¹³² *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, M. J. «Comentarios al proyecto de reforma de la LGDCU. El nuevo concepto de consumidor...», *op. cit.*, p. 9.

§ III. CONCEPTO Y RECONOCIMIENTO DE LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA

1. ANTECEDENTES

La concepción clásica de contrato, *duorum in dem placitum consensus* heredada del Derecho romano es asimilada por el liberalismo del XVIII, estableciendo la voluntad individual como una de las bases del ordenamiento jurídico. Como apunta el profesor OSSORIO MORALES «se constituye así el principio rector de toda la vida social y económica, y la función del Estado queda limitada a reconocer y proteger la voluntad que se estima superior y anterior a él»¹³³. El ordenamiento jurídico español incorporó la idea del Iusnaturalismo racionalista, aplicando la máxima latina *solus consensus obligat*, por tanto el consentimiento es la base de la contratación¹³⁴.

¹³³ Vid., OSSORIO MORALES, Crisis dogmática del contrato, ADC, 1952, tomo I, p. 1178.

¹³⁴ Existe una equiparación entre convenio y consentimiento *Conventio est consentimientum*: el acuerdo de las partes. En el Digesto, PEDIO negaba la validez de las convenciones que no tuvieran consentimiento (Digesto 2, XIV, 1 párrafo 3). Como afirma LACRUZ BERDEJO, J. L. Elementos de Derecho civil, tomo II, *Derecho de*

Según el tenor del art. 1254 cc el contrato existe desde que hay consentimiento, pero ha de considerarse el art. 1262 cc según el cual se realiza mediante «el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»¹³⁵. El momento en el que los contratantes se encuentran separados cuando manifiestan su voluntad cuyo carácter es recepticio¹³⁶.

En la contratación a distancia pueden plantearse dudas respecto al momento en que los contratantes realizan la emisión de la declaración de voluntad. Es importante determinar cuando concluye el *iter* formativo del contrato, o lo que es lo mismo, (*ex* art. 1258 cc) el momento de la perfección. Como todo acto humano el contrato posee sus fases, su período de formación, (desde el inicio de la voluntad hasta la constitución de los

obligaciones, Dykinson, Madrid, 2003, p. 374. El consentimiento es el elemento que cualifica al contrato.

¹³⁵ *Vid.*, GAYO ya reproducía en sus *Institutiones: consensu fiunt obligationes* (III, 135). La conformidad de dos a más personas sobre el objeto y la causa de una relación jurídica. En este sentido la idea de consentimiento se entiende como conformidad o coincidencia del pensamiento propio con el ajeno. La etimología de la palabra consentir (*consintere*, de *-cum* y *-sentire*) sentir con otra persona. En SCAEVOLA, Comentario al art. 1262 cc, *Código civil*, Tomo XX, Madrid, 1994, p. 584.

¹³⁶ *Vid.*, DIGESTO XLV, I, I. pr. Donde se establecía que la comunicación recíproca de las declaraciones de voluntad no era una condición en cuanto a la forma especial de la *stipulatio*, sino la aplicación de ésta, del principio general de que el consentimiento no es vinculante sino cuando es conocido por las partes.

elementos necesarios) y posteriormente cuando se despliegan propiamente todos sus efectos¹³⁷. Hay autores que distinguen dos fases: una precontractual y otra contractual, en este sentido DIEZ PICAZO define respectivamente dichos momentos como preparación y ejecución¹³⁸.

En la contratación entre presentes la proposición y la aceptación se realizan en el mismo instante, y mediante la sucesión de preguntas y respuestas se configura la voluntad de las partes. Por tanto «confundiendo propuesta y aceptación entre sí, forman un solo estado. Así no hay duda sobre el momento en que el contrato entre presentes debe considerarse perfecto»¹³⁹. Posteriormente se abordará en *vid. infra* ap. 5.

¹³⁷ En Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1964 FJ 1º «en la vida de un contrato existen tres fases o momentos principales, que son la generación, la perfección y la consumación, comprendiendo la primera los tratos, negociaciones o conversaciones preliminares, y cuando la voluntad, consciente y libremente emitida, es aceptada por la persona a la que se dirige dicha declaración, se produce la perfección del contrato, el nacimiento de éste a la vida jurídica, cual proclama el art. 1254 cc del que, y de los 1256 y 1262 cc, se evidencia la concurrencia de las declaraciones de voluntad, recíprocas y sucesivas que generan un acto jurídico bilateral».

¹³⁸ *Cfr.* DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Vol. 1, Madrid, 1996, p. 269; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. «Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil», N° 2, La Ley, Madrid, 1989, p. 1135.

¹³⁹ *Vid.*, RAMELLA, A. Tratado de correspondencia en materia civil y mercantil, Reus, Madrid, 1987, p. 170.

2. CONTRATACIÓN A DISTANCIA EN EL ÁMBITO EUROPEO

2.1 Aspectos generales de la contratación

En 2010 Viviane REDING vicepresidenta de la Comisión Europea, promovió una nueva estrategia en el ámbito del Derecho de contratos que culminó a finales de 2011 con la aprobación de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁴⁰ relativa a una normativa común de compraventa europea.

En el ámbito del Derecho de contratos hasta mitad de 2001, la estrategia del legislador de la UE había consistido en adoptar Directivas sobre contratos específicos cuando se detectaba una necesidad de armonización. La Comunicación de la Comisión Europea sobre el Derecho contractual europeo, de 11 de julio de 2001, puso de manifiesto la necesidad de realizar actuaciones a nivel de la UE de mayor calado en el ámbito del Derecho contractual. Fundamentalmente cuando la exposición del «caso por caso» resultara un procedimiento ineficaz para resolver las cuestiones que se planteasen.

Por un lado se centró la atención en los posibles problemas que se generarían ante la falta de armonización de los diferentes derechos nacionales en la UE. Si los problemas relativos a la

¹⁴⁰ Propuesta de la Comisión Europea sobre Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea COM(2011) 635 final.

celebración, interpretación y aplicación de los contratos transfronterizos podían alterar el correcto funcionamiento del mercado interior. Si las diferencias entre los derechos de los contratos nacionales podían obstaculizar o incrementar el coste de las operaciones comerciales transfronterizas, o si la armonización de determinados sectores del Derecho de contratos generaría inseguridad jurídica por las posibles incoherencias a nivel de la UE, o la falta de uniformidad en la aplicación de la legislación, y de las normas nacionales de transposición. Por otro lado las opciones de cara al futuro del Derecho contractual de la UE se muestra con diferentes opciones¹⁴¹: (i) la no actuación de la Unión Europea; (ii) el impulso de los principios comunes de Derecho contractual para cohesionar los diferentes derechos nacionales; (iii) la mejora de la legislación existente en términos cualitativos; y (iv) la creación de una nueva legislación de la UE¹⁴².

¹⁴¹ *Vid.*, SÁNCHEZ LORENZO, S. «Vías y límites a la unificación del derecho privado europeo: Soft Law versus Hard Law o comisión contra Parlamento», *Derecho Privado europeo; Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la UAM*, Pamplona, 2008, p. 400.

¹⁴² *Vid.*, COCA PAYERAS, M. «El Derecho contractual europeo y la armonización del Derecho civil en la Unión», (Dir.), FERRER VANDRELL, M. P. Y MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 34.

El 12 de febrero de 2003, la Comisión publicó un Plan de Acción¹⁴³ que sugería, entre otras medidas, la creación de un Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference* con sus siglas en inglés o en español *MCR*) que recogiera principios, terminología y reglas modelo comunes de Derecho contractual europeo. Este *MCR* contribuiría a optimizar y simplificar el acervo comunitario existente en el ámbito del Derecho contractual, así como a garantizar la coherencia del acervo futuro.

Dicho *Plan de Acción* también anunciaba la creación de una red de expertos internacional a la que se encomendarían los trabajos preparatorios del *MCR*. La investigación de dicha red de expertos formada por el *Study Group* y el *Acquis Group*¹⁴⁴. El proyecto de *MCR* culminó a principios de 2009 con la publicación del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, *DCFR*)¹⁴⁵, como un conjunto modélico de reglas y de herramientas para los legisladores europeos y nacionales. Sin embargo, la necesidad de avanzar hacia una legislación europea

¹⁴³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Derecho contractual europeo más coherente, Plan de Acción COM (2003) 68 final, de 12 de febrero de 2003

¹⁴⁴ La contribución del *Study Group* al *MCR* consistiría en la actualización y ampliación de los Principios del Derecho contractual europeo (Principios Lando), mientras que el *Acquis Group* se ocuparía de la obtención de principios, reglas y definiciones del *acquis communautaire*: ACQUIS GROUP (2007 y 2009).

¹⁴⁵ *Vid.*, VON BAR, C. Y CLIVE, E. Y SHULTE-NOLKE, H. «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law» *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier European Law publishers, Munich, 2009.

de contratos llevó a la Comisión Europea a abordar objetivos más ambiciosos¹⁴⁶:

En el Programa de Estocolmo 2010-2014¹⁴⁷, el Consejo Europeo invitó a la Comisión a presentar una propuesta de MCR para el Derecho contractual europeo. Dicha propuesta debía ser un «conjunto no vinculante de principios fundamentales, definiciones y normas modelo que deben ser utilizadas por los legisladores a escala de la Unión para garantizar mayor coherencia y calidad en el proceso legislativo».

En la Comunicación Europa 2020¹⁴⁸, la Comisión apuntó a la necesidad de ofrecer soluciones armonizadas en los contratos de consumo, establecer modelos de cláusulas contractuales aplicables en toda la Unión Europea y avanzar hacia una legislación europea sobre contratos opcional.

Finalmente, la Agenda Digital¹⁴⁹ para Europa propuso la adopción de «un instrumento opcional de Derecho contractual que complemente la Directiva sobre derechos de los consumidores para atenuar la

¹⁴⁶ Vid., GÓMEZ POMAR, F. Y GILI SALDAÑA, M. «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *Revista para el análisis del Derecho InDret*, N° 1, Barcelona, 2012, p. 5.

¹⁴⁷ Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 4 de mayo de 2010, n° C 115.

¹⁴⁸ Comunicación de la Comisión Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM 3 de marzo de 2010.

¹⁴⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Digital para Europa, COM 19 de mayo de 2010.

fragmentación del Derecho contractual, en particular en lo que se refería al entorno on line».

En 2010 la vicepresidenta de la Comisión Europea, Viviane REDING, con el apoyo del Parlamento Europeo, impulsó un nuevo proyecto sobre Derecho de contratos. En primer lugar, la publicación del Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas¹⁵⁰. En segundo lugar mediante un grupo de expertos respecto a un MCR en el ámbito del Derecho contractual europeo. En tercer lugar mediante el informe dichos expertos presentado ante la Comisión Europea a través de: *Feasibility study for a future instrument in Europe Contract Law*¹⁵¹; y en último lugar, mediante la aprobación de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea¹⁵².

Mediante la Decisión de la Comisión de 26 de abril de 2010 crea un Grupo de Expertos para un *Marco Común de Referencia* en el ámbito del Derecho contractual europeo se

¹⁵⁰ COM 348 final, de 1 de julio de 2010.

¹⁵¹ Comisión Europea. European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback.

¹⁵² COM 635 final, de 11 de octubre de 2011.

presenta con el propósito de unificar del Derecho privado en Europa¹⁵³.

2.2 La finalidad de la forma exigida en las normas en la UE

Los contratos celebrados en sede de consumo requieren una serie de requisitos formales para proporcionar al consumidor una información adecuada. La forma aparece como expresión de todo fenómeno jurídico, ya que a través de ésta se pone de manifiesto la voluntad del sujeto. La forma va referida no tanto al medio de transmisión de la voluntad, como a la concreta forma que deba cumplimentarse un contrato para que despliegue efectos¹⁵⁴.

¹⁵³ DO, L 105/190 de 27 de abril 2010. *Vid ad ex.*, GÓMEZ POMAR, F. Y GIL SALDAÑA, M. «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: ...», *op. cit.*, p. 7; VALPUESTA GASTAMINZA, E. «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la unión europea, lastrado por la protección al consumidor», *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 5, Nº 1, Marzo 2013, p. 200.

¹⁵⁴ *Vid.*, ROCA SASTRE, R. M. La forma en el negocio jurídico, *Revista de derecho privado*, Madrid, 1948, p. 88; SANTORO PASARELLI, F. «Doctrina general de Derecho civil», *Revista de derecho privado*, Madrid, 1964, p. 153; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. Estructura y función del tipo contractual, Bosch, Barcelona, 1979, p. 600; DE CASTRO, F. El negocio jurídico, Civitas, Madrid, 1985, p. 278; GUGLIERI SIERRA, J. «La forma en los negocios jurídicos. Su valor», *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. 6, Madrid, 1988, p. 254; PUIG BRUTAU, J. Fundamentos de Derecho Civil, t. II, Vol. 1, Bosch,

La Directiva 2011/83 pretende lograr una regulación uniforme en los Estados miembros de la UE respecto a determinados supuestos de la contratación con consumidores que se consideran esenciales para la eliminación de obstáculos en el mercado interior¹⁵⁵.

La Directiva excluye expresamente de su ámbito de aplicación los servicios financieros. Las razones aducidas para no aplicar a este tipo de contratos los mecanismos ofertados por la norma de la UE podían sintetizarse en las siguientes¹⁵⁶: las técnicas de ventas a distancia de servicios financieros se encuentran todavía en un estado embrionario de su desarrollo, y no sería apropiado obstaculizar la evolución de esta industria emergente por la adopción de reglas constrictivas en este ámbito; el sistema no está desprovisto de reglas: al contrario, numerosas reglas tienden a proteger y a informar a los consumidores en el marco de los servicios financieros, entre los que destacan los servicios bancarios, los servicios de seguros, los valores mobiliarios y los instrumentos de pago. Las Directivas

Barcelona, 1988, p. 144; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. «La forma en los contratos», *Estudios de Derecho Civil. en homenaje al Profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1993, p. 1484.

¹⁵⁵ *Vid.*, CORDERO LOBATO, E. «¿Cómo transponer la Directiva de consumidores al Derecho español?», *Revista de Derecho de Consumo CESCO*, N° 1, 2012, p. 111.

¹⁵⁶ *Vid.*, VAN HUFFEL, M. «Contract a distance, services financiers et contrats conclus à distance et commerce électronique», *Revue Eueropéene de Droit de la Consomation*, N° 1, 2001, p. 310.

sobre seguros¹⁵⁷ otorgan «automáticamente» una protección adecuada de los consumidores. Las principales Directivas en materia de servicios financieros contienen una disposición relativa al interés general, lo que implica la defensa de los intereses de los consumidores, y haría inútil prever una protección específica. Sin embargo el hecho de que el objeto del contrato sea un servicio financiero no altera la necesidad de que el consumidor reciba la información y protección adecuada¹⁵⁸.

2.3 Transposición de la Directiva 2011/83 al Derecho español

2.3.1 Aspectos generales

La UE tiene competencia plena para dictar normas de protección del consumidor con base en el art. 169 TFUE que persiguen un nivel de protección mínimo del consumidor. No se busca la uniformidad absoluta sino una armonización normativa y un mínimo de protección. El problema de este

¹⁵⁷ Es necesario que la presente Directiva garantice además una cierta coherencia con la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros, y con la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros

¹⁵⁸ *Vid.*, BOTANA GARCÍA, G. «Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma», *Actualidad civil*, Nº 2, febrero 2014, § Ámbito de aplicación objetivo www.laleydigital.com (última entrada 29 de diciembre de 2014).

sistema radica en que cada vez que dictan Directivas se crean 28 ordenamientos con un mínimo común pero con ciertas diferencias¹⁵⁹.

En las ventas a distancia mediante medios electrónicos, cada país tenía hasta la entrada en vigor de la Directiva 2011/83, distinta normativa respecto a la información precontractual, derecho de desistimiento, etc. La Directiva 2000/31 ofrecía una protección mínima en sede electrónica y la Directiva 97/7 en los contratos a distancia. La cuestión sobre la estrategia a adoptar en cuanto la armonización no ha sido clara. En octubre de 2008 se publicó la propuesta de Directiva de derechos de los consumidores que comprendía las normas de las Directivas de negocios fuera de establecimiento mercantil, a distancia, cláusulas abusivas y garantía en las ventas a consumidores con un criterio de armonización máxima (no planteando una armonización uniforme, sino máxima). Dicha propuesta resultó muy criticada por la doctrina y se postergó a 2010 cuando la propuesta recayó sobre la Dirección General de Justicia.

La Directiva 2011/83 conocida también como Directiva de los Derechos de los consumidores debía ser transpuesta antes del 13 de diciembre de 2013, y supone junto al *Derecho Europeo de los Contratos* la reforma más importante en materia

¹⁵⁹ La última versión del *EC Consumer Law Compendium*. http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf

contractual en la UE. Quizá la citada Directiva ha suscitado menor atención por no abordar en su totalidad la regulación de los derechos de los consumidores, ya que sólo modifica las ventas a distancia y fuera de establecimiento. Se ha adoptado la vía de la armonización plena selectiva, que se traduce en una armonización máxima en ciertos aspectos muy concretos del ordenamiento jurídico¹⁶⁰. Aunque *stricto sensu* no realiza una codificación de las normas existentes¹⁶¹. El objetivo es simplificar y armonizar determinadas normas con el propósito de incrementar la confianza de los consumidores en las compras transfronterizas¹⁶². Se pretende que el consumidor forme

¹⁶⁰ *Vid.*, TWIGG-FLESNER, C. «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto de derecho de consumo de la Unión Europea, (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. Y ARROYO AMAYUELAS, E. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Pamplona, 2012, p. 83; VALPUESTA GASTAMINZA, E. «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la unión europea lastrado por la protección al consumidor», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, Nº 1, marzo 2013, p. 204.

¹⁶¹ Si bien es cierto que la armonización implica un cierto efector recodificador: el DCFR parece un código que regula cuestiones de índole privado como obligaciones y contratos y daños. Pero dicho efecto recodificador es problemático en ordenamientos en los existen códigos civiles. *Vid.*, GÓMEZ POMAR, F. Y GANUZA FERNÁNDEZ, J. J. «Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo», *Revista para el Análisis del Derecho Indret*, Vol. 2, 2011, p. 13.

¹⁶² Quedan derogadas las Directivas 85/577/CEE que regulaban los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y la Directiva 97/7/CE que regulaba los contratos a distancia. Por otro

adecuadamente su consentimiento, y sobre todo, que lo haga con una mayor seguridad donde se pueda adquirir un bien de cualquier comerciante europeo ¹⁶³. Se unifica el plazo de desistimiento ya que en países como Alemania el plazo era de 14 días y en otros como Reino Unido y España de 7 días.

Para acometer una regulación uniforme se decide realizar una armonización plena, es decir, los Estados de la UE no podrán introducir otras medidas, aunque protegieran más los intereses de los consumidores. No se podrán introducir disposiciones contrarias a las establecidas en la Directiva, concretamente *ex art. 4* de la misma «disposiciones más o menos estrictas para garantizar el nivel diferente de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la Directiva». La armonización plena conlleva una incorporación casi literal de sus disposiciones.

lado existen otro tipo de iniciativas que están ayudando a mejorar la confianza del consumidor en internet, mediante la utilización de sellos de calidad en la red. Es el caso de www.confianzaonline.es, cuyo fin es declarar un compromiso ético en la utilización de internet, aumentar la confianza del consumidor, y permitir la posibilidad de resolver extrajudicialmente las posibles controversias entre el consumidor y el empresario.

¹⁶³ *Vid.*, ARROYO APARICIO, A. «El impacto de la Directiva sobre los Derecho de los Consumidores en el ordenamiento español», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 867, 2013, p. 16.

2.3.2 *Resultado de la Armonización mediante Directiva 2011/83.
Alusión al caso del Reino Unido*

El resultado sigue siendo la dispersión ya que hay multitud de directivas en las que no existe una coordinación entre sí (como por ejemplo respecto al concepto de consumidor y el caso del «acto mixto»). La cuestión es que en numerosas ocasiones se deben de aplicar varias Directivas de forma simultánea¹⁶⁴, junto a la normativa que cada Estado miembro ha transpuesto, generalmente con un grado de protección superior al mínimo exigido por la propia Directiva. La revisión llevada a cabo por el grupo *Adquis* en materia de defensa de consumidores sigue sin dar un resultado adecuado ya que se pierde en demasiadas sutilezas de los distintos negocios similares¹⁶⁵. Incluso las instituciones de la UE aceptan que las Directivas son un medio poco eficaz cuando afirman en apartado 3º de la Exposición de Motivos de la propuesta CESL

¹⁶⁴ Respecto a la forma de suministrar alimentos a distancia el empresario debe cumplir los mismos requisitos de información que los alimentos vendidos en comercios. Así el art. 14 del Reglamento nº 1169/2011 establece la información alimentaria obligatoria que el consumidor debe tener disponible. Reglamento 1168/2011 de 25 de octubre de 2011 sobre la Información alimentaria, *Diario de la Unión Europea* L 304 de 22 de diciembre de 2011.

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02011R1169-20111212&qid=1414662918220&from=ES>

¹⁶⁵ *Vid.*, VALPUESTA GASTAMNZA, E. «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), *op. cit.*, p. 204.

«Tampoco sería adecuada una Directiva por la que se establecieran normas mínimas de Derecho contractual europeo de carácter obligatorio, pues no lograría un nivel de seguridad jurídico y grado de uniformidad necesario para reducir costes de transacción». Las directivas respetan la autonomía de los estados de la UE a costa de no conseguir una armonización real¹⁶⁶. En este sentido la elaboración de un Reglamento propiciaría una mayor armonización.

Por su especial singularidad conviene destacar transposición de la Directiva 2011/83 en el Reino Unido y trascendencia en el *Common Law*. Conviene mencionar las instituciones y la regulación británica en sede de consumo, concretamente la normativa británica ha realizado una transposición de la Directiva 2011/83 mediante:

- *The Consumer contracts (information, cancellation and additional chargers) regulations 2013* ¹⁶⁷.
- *The consumers right (payment surcharges)* ¹⁶⁸

¹⁶⁶ *Ibidem*

¹⁶⁷ Reino Unido. Legal Act Statutory Instrument: 2013/3134, *Official Journal her majesty's Stationary Office* el 11 de diciembre de 2013, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/265898/consumer-contracts-information-cancellation-and-additional-payments-regulations-2013.pdf

¹⁶⁸ Reino Unido. Legal Act Statutory Instrument: 2012/3110, *Official Journal her majesty's Stationary Office* el 18 de diciembre de 2012. http://www.legislation.gov.uk/uksi/2012/3110/pdfs/uksi_20123110_en.pdf

Siguiendo a GONZÁLEZ VAQUÉ parece más apropiado centrar la cuestión sobre *the Consumer Contrats (Información, Cancellation and Charges) Regulations 2013* ya que integran en el ordenamiento jurídico británico la gran mayoría de disposiciones sobre derecho de los consumidores. Sin perjuicio de poder acudir a *Consumer Rights* si fuera oportuno, la cuestión fundamental es garantizar la información que debe ser aportada a los consumidores por parte de los empresarios y que se permita ejercer el derecho de desistimiento.

Junto a la citada normativa se ha destacar el *Draft Consumer Right Bill*¹⁶⁹, ya que junto a la normativa citada *supra* constituye una actualización y mejora de gran calado en sede de Derecho de consumo en el Reino Unido.

El Reino Unido no ha transpuesto el artículo 9.3 de la Directiva 2011/83, que establece «los Estados miembros no prohibirán a las partes contratantes que cumplan sus obligaciones contractuales durante el período de desistimiento». Así «...en los contratos celebrados fuera del establecimiento, los Estados miembros podrán mantener la legislación nacional vigente que prohíba al comerciante percibir el pago del consumidor durante un período determinado tras la celebración del contrato»: en el correspondiente apartado de la

¹⁶⁹ Presentado al Parlamento británico por the Secretary of State for Business, Innovation and Skills by Command of Her Majesty, Junio de 2013.

«Transposicion Note» se indica que no es preciso incluirlo en las medidas nacionales de aplicación, pues éstas no excluyen la citada posibilidad¹⁷⁰. Es la propia Directiva 2011/83 en su art. 9.3 se otorga con carácter dispositivo la facultad de mantener la normativa del Estado y no aplicar el criterio de la propia Directiva. Esto es, permitir que durante el período de desistimiento las partes puedan cumplir las obligaciones inherentes al contrato.

2.3.3 *¿Pueden en España las comunidades autónomas transponer la Directiva 2011/83?*

En España el Estado tiene atribuida la competencia para regular las relaciones jurídico-privadas en materia de consumo, aunque se permite a las Autonomías regular determinadas relaciones jurídico-públicas. Dicha situación es incompatible con el tenor de la Directiva 2011/83, cuyo fin es eliminar los posibles obstáculos en el mercado. La protección de los consumidores se establece en único nivel, ya sea en ámbito público o privado. Por tanto la existencia de un régimen público diversificado para la contratación con consumidores es una barrera para el mercado, siendo el Estado el único legitimado para establecer

¹⁷⁰ *Vid.*, GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «Transposición de la Directiva 2011/83 al Derecho del Reino Unido The consumer contracts; Information, cancellation, additional charges) Regulations 2013» *CESCO Revista de Derecho de consumidor*, N° 9, 2014, p. 139.

un régimen en aquellos aspectos que los estados de la UE tiene conferida libertad para decidir.

Las CCAA serán competentes para establecer un régimen aplicable en los aspectos dispuestos por la propia Directiva, sin que pudieran imponerse un mayor nivel de protección para los consumidores, aunque su incumplimiento conlleve exclusivamente una sanción administrativa¹⁷¹.

3. CONCEPTO DE CONTRATO A DISTANCIA

Si se analiza en su aspecto material la definición de contratación a distancia que aporta la Directiva 97/7¹⁷² en relación con la Directiva 2011/83. Ambas definiciones son similares aunque con alguna diferencia como se verá continuación. Concretamente la Directiva 97/7/CE define al contrato a distancia como:

«el celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato» (*ex art. 2.1 97/7/CE*).

¹⁷¹ *Vid.*, CORDERO LOBATO, E. «¿Cómo transponer la Directiva...», *op. cit.*, p. 111.

¹⁷² Directiva (CE) n° 7/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. *Diario Oficial de la Unión Europea*, n° L 144, de 04 de junio de 1997 p. 0019- 0027.

A su vez la Directiva 2011/83 define el contrato a distancia:

«celebrado en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo» (art. 2.7).

En el sentido objetivo dos son las conclusiones que se pueden extraer de la lectura de la Directiva 2011/83: a) la venta debe realizarse mediante un sistema organizado creado expresamente para la venta o la prestación de servicios a distancia; y por otro lado; b) debe realizarse sin la presencia simultánea de los contratantes utilizando un medio de comunicación a distancia [(*vid infra b*)]¹⁷³:

a) solo se entenderá por contrato a distancia aquél negocio que forme parte de una organización creada con el fin de la comercialización de bienes y servicios, mediante técnicas de comunicación a distancia¹⁷⁴. *Sensu contrario* aquél contrato

¹⁷³ *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. «La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros en los establecimientos mercantiles, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, N ° 11, La Ley, Madrid, 2012. p. 6.

¹⁷⁴ El art. 38.1 de LOCM establece que son ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma

realizado entre un consumidor y un operador económico de forma ocasional, que carezca de un sistema organizado que permita contratar a distancia con todos sus clientes, no se entenderá como contrato a distancia. Pero dicha afirmación habrá de entenderse de forma extensiva, ya que en opinión del profesor MIRANDA SERRANO será suficiente que el operador económico tenga una cierta estructura (aunque fuera pequeña) operativa que le permita contratar de forma habitual con sus

exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor. (tras la reforma realizada por la Ley 47/2002 de reforma del LOCM). En este mismo sentido el legislador de la UE lo establece de forma reiterada en el considerando (18) de la Exposición de Motivos de la Directiva 2002/65 que regula la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. «Al hacer referencia a un sistema de prestación de servicios organizado por el proveedor de servicios financieros, la presente Directiva pretende excluir de su ámbito de aplicación las prestaciones de servicios efectuadas con carácter estrictamente ocasional y al margen de una estructura comercial cuyo objetivo sea celebrar contratos a distancia». De igual forma así se recoge en la *Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos* elaborado por la Comisión General de Codificación concretamente en el art. 1267.1 «los celebrados a distancia entre un profesional y un consumidor o usuario, sin la presencia física de los contratantes cuando la oferta y la aceptación se realicen exclusivamente mediante técnicas de comunicación idóneas para ello, dentro de un sistema de organizado por el citado profesional».

posibles clientes¹⁷⁵. En el caso de que el contrato se celebre de forma ocasional, ¿se debe privar de protección al consumidor?. En absoluto, según lo establecido en la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores de 2008, el consumidor es digno de protección pese a que el contrato a distancia se celebre de forma ocasional¹⁷⁶. El art. 2 de dicha propuesta definió de forma extensiva el contrato realizado a distancia:

«todo contrato de venta o de servicios en el que el comerciante, para la celebración del contrato, hace uso exclusivo de uno o más medios de comunicación a distancia».

Las dudas en cuanto a la aplicación que se pudieran inferir de la Directiva 97/7 se trataron de paliar mediante la propuesta

¹⁷⁵ *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. «La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores...» *op. cit.*, p. 6; ARROYO APARICIO, A. Los contratos a distancia en la Ley de ordenación del comercio minorista, Aranzadi, Pamplona, 2003. p. 161; PENDÓN MELÉNDEZ, M. A. La perfección en el contrato de Derecho Privado, Reflexiones su régimen legal a la luz de las nuevas formas de contratación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 118-119. Utiliza el término a distancia para englobar en una misma categoría a las operaciones llevadas a cabo entre consumidor y empresario, y las realizadas entre comerciantes. Aunque critica que se le dé el mismo carácter protector a las relaciones entre empresarios ya que el carácter tuitivo es atribuible al consumidor y no tanto al empresario.

¹⁷⁶ *Vid.*, en considerando (13) de Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores COM (2008) 614 final. «El hecho de que el comerciante sólo practique la venta a distancia de forma ocasional o que utilice un sistema organizado gestionado por un tercero, como una plataforma en línea, no debe privar a los consumidores de protección».

de Directiva de 2008¹⁷⁷. Se eliminó la alusión a los empresarios que tuviesen «su propio sistema de contratación»¹⁷⁸, permitiendo que éste pudiera estar organizado por terceros. Pero la Directiva 2011/83 no ha adoptado dicha tesis, aunque subsiste la exigencia de que el contrato a distancia esté incorporado dentro de un sistema de contratación. Difiere respecto de la Directiva 97/7 en la cual expresamente se alude a «un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor». La finalidad de dicho requisito es excluir del ámbito de aplicación aquellas operaciones que no se celebren habitualmente¹⁷⁹. El legislador europeo en el

¹⁷⁷ En el mismo sentido de la Directiva *Vid.*, SÁNCHEZ ARISTI, R. Protección jurídica de los consumidores, Dykinson, Madrid, 2003, p. 217.

¹⁷⁸ *Cfr.* otros autores inciden en que el contrato debe de realizarse mediante un sistema de distribución organizado por el vendedor. Se destaca esta modalidad de venta es, por tanto, el empleo de un medio que sustituye la comunicación presencial de los futuros contratantes (art. 38.1 de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de Ordenación del Comercio Minorista). Según BLAS, S. Y PÉREZ, A. L. «Aspectos más relevantes de las ventas celebradas fuera de los establecimientos mercantiles: la venta a distancia», *Estudios sobre consumo*, N° 75, 2005, p. 54.

¹⁷⁹ En el proceso de elaboración no figura el proyecto de Directiva la definición de contrato a distancia contenido en el art. 2 de la Propuesta de Directiva. Por tanto un prestador de servicios de la sociedad de la información que ofrezca en una página web información exigida por la LSSICE hará constar el domicilio postal, número de teléfono, un correo electrónico. Si el propósito de la web es solo mejorar la imagen corporativa, o tiene una función estrictamente

Considerando (20) de Directiva 2011/83 aclara que «el sistema organizado de prestación de servicios, o de venta a distancia, debe incluir los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del comerciante pero utilizado por éste, como una plataforma en línea»¹⁸⁰.

Si el contrato no fuera a distancia por carecer de la exigencia legal de haberse realizado dentro de un sistema de contratación, conviene advertir que hay aspectos que no han sido sometidos a armonización. Los estados miembros en los aspectos no incluidos en el ámbito de la Directiva 2011/83, podrán incluir o extender el ámbito de protección de los «contratos a distancia» que no se hubieran celebrado en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia¹⁸¹.

publicitaria, e incluso si describe los productos que habitualmente el comerciante oferta mediante sus establecimientos mercantiles, aunque no sea con suficiente detalle para que se entienda como una oferta. Y el fin no ha sido crear un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia. El hecho de que el consumidor se comunique por cualquiera de los medios establecidos en la página web no conlleva la aplicación de sistema de protección hacia el consumidor. *Vid.*, PENDÓN MELÉNDEZ. M. A. «Reflexiones críticas hacia el régimen legal de la operaciones a distancia la entrada en vigor del RD Legislativo 1/2007, de noviembre», *Revista Negocios*, 2008, p. 18. nota al pie. 47.

¹⁸⁰ *Cfr.* Considerando (20) de Exposición de Motivos de la Directiva 2011/83 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

¹⁸¹ *Vid.*, MARÍN LÓPEZ M. J. «La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los

En la Directiva 2011/83 se ha adoptado una solución intermedia entre la Directiva 97/7, y la que se pretendió por parte de la autoridades de la UE en 2008¹⁸².

b) La contratación a distancia exige que el negocio se celebre mediante técnicas de comunicación a distancia¹⁸³, o sea, sin la presencia física de las partes contratantes¹⁸⁴. Se entiende que la ausencia ha de darse en la fase previa a la perfección del contrato, y en la celebración del mismo. La ejecución contractual queda fuera de dicha exigencia, y pese a que ésta no fuera a distancia, no se entendería excluido de la aplicación de la normativa armonizada. La Directiva 2011/83 en su art. 2 y el Considerando (20) de su Exposición de Motivos, reafirma la definición de contrato a distancia. Esto es, requiere el uso de técnica de comunicación a distancia sin la presencia física simultánea de las partes contratantes «hasta el momento en que se celebre el contrato y en la propia celebración del mismo». Por

Estados Miembros», *Revista de Derecho de consumo CESCO*, N° 1, 2012, p. 13; Considerando (13) de la Directiva 2011/83.

¹⁸² *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. «La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores...», *op. cit.*, p. 7.

¹⁸³ Considerando (20) Directiva 2011/83 «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)».

¹⁸⁴ En particular se entiende a distancia aquellos contratos cuyos pedidos se realicen mediante catálogos. *Vid.*, SÁNCHEZ ARISTI, R. «Protección jurídica...», *op. cit.*, p. 217.

tanto debe inferirse la exclusión de aquél contrato a distancia que se negocie en establecimiento mercantil y se perfeccione a distancia. Tampoco será contrato a distancia aquel que se inicie mediante medios a distancia y se consume en un establecimiento mercantil.

Otro supuesto sería aquél en el que el consumidor se presente en el local con el propósito de recabar información, y posteriormente se realice la negociación, sin la presencia física de las partes durante la perfección y conclusión del mismo¹⁸⁵.

Respecto a las técnicas utilizadas para realizar la contratación a distancia, algún sector doctrinal minoritario ha cuestionado que la contratación electrónica posea los elementos propios para ser entendida como contratación a distancia. Extremo que no se debe compartir porque objetivamente cumple los requisitos descritos en la Directiva 2011/83 y en el TRLGDCU. Son negocios jurídicos realizados especialmente mediante web, en el que el consumidor tiene información suficiente para formar su consentimiento con la suficiente capacidad de reflexión¹⁸⁶. Dicha postura no parece correcta ya

¹⁸⁵ Considerando (20) de la Directiva 2011/83/CE. 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.

¹⁸⁶ *Vid.*, PEGUERA POCH, M. «En el menú opciones, elija «deshacer»; el derecho el derecho a desistir en el contrato electrónico», en AAVV.

que en la propia Directiva 2011/83 expresamente se afirma que la venta realizada a través internet es una modalidad de venta a distancia (a la que se le añade la realizada el correo, fax y teléfono)¹⁸⁷.

Desde el ámbito de la protección de los consumidores se afirma que los contratos electrónicos son contratos realizados a distancia. Cuya definición podría ser «un modo particular de distribución en el cual el mensaje impreso o transmitido a distancia que constituye el vector principal para ofrecer los productos o los servicios a una clientela de consumidores o profesionales»¹⁸⁸. Por ello, la contratación a distancia es una

(Coord.), COTINO HUESO, L. *Consumidores y usuarios de las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 89; PENDÓN MELÉNDEZ, M. A. «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», *Derecho de los negocios*, N° 208, La Ley, Madrid, febrero 2012 p. 14. En opinión de este último autor en el momento de redactar la Directiva 97/7/CE el correo que electrónico que se pudo conocer poco tiene que ver con el que se conoce ahora. Además se pudo incorporar internet como medio de contratación a distancia y no se hizo. Aunque si bien es cierto en la propuesta de Directiva de 2008 se eliminó dicha duda del Anexo I de la Directiva 97/7 Incluyendo internet como un medio de comunicación a distancia.

¹⁸⁷ Considerando (20) de la Exposición de Motivos de Directiva 2011/83/CE

¹⁸⁸ *Id.*, PAISANT, G. «La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations à distance et le tele-achat», *JCP*, Vol. 2, 1988, p.15229; SHANDI, Y. «La formation du contract a distance par voie electronique», *Universite*

operación que se desarrolla en tres etapas fundamentalmente:

- 1) El consumidor recibe una oferta de un producto o de un servicio a través de una descripción escrita, visual u oral, con indicación del precio y del resto de las condiciones de la oferta contractual.
- 2) Sobre esta base el consumidor efectúa su pedido.
- 3) Más tarde recibirá el producto o servicio en la dirección que ha señalado al comerciante¹⁸⁹.

Sin embargo las peculiaridades que posee la contratación electrónica frente a los demás sistemas de contratación a distancia lo hacen merecedor de especial interés ¹⁹⁰. La legislación específica sobre comercio electrónico (*ex* LSSICE) no regula los pilares fundamentales sobre los que se organiza la protección de los consumidores en el régimen de contratación a

Robert Shuman Strasborg III, junio 2005. p. 26. <http://scd-theses.u-strasbg.fr/123/01/shandi28062005.pdf> (última visita 28 de diciembre de 2014)

¹⁸⁹ *Vid.*, BOTANA GARCÍA, G. «Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma», *Actualidad civil*, N° 2, febrero 2014, § los contratos electrónicos www.laleydigital.com (última entrada 28 de diciembre de 2014).

¹⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de mayo de 2010, Ref. La Ley n° 118470, FJ 2º. en la que se define contrato electrónico como «todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones».

distancia¹⁹¹. El legislador español introdujo un precepto que articula la coexistencia entre ambas normativas (la de contratación a distancia y la de comercio electrónico). El art. 94 TRLGDCU establece:

«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»¹⁹².

Por tanto las normas sobre venta a distancia y las de comercio electrónico son aplicables a la contratación electrónica. En caso de conflicto o contradicción entre ambas, el art. 94.2 TRLGDCU establece preferencia al «contenido de la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico»¹⁹³.

Una vez analizado el concepto de contratación a distancia establecido en la Directiva 2011/83, y contrastándolo con la

¹⁹¹ *Vid.*, PEÑA LÓPEZ, F. «Actividades de promoción de ventas y modalidades de venta», *Reclamaciones de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 595; BOTANA GARCÍA, G. «Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma», *Actualidad civil*, N° 2, febrero 2014, tomo 1, § los contratos electrónicos www.laleydigital.es (última visita 27 de diciembre de 2014).

¹⁹² Redactado conforme al art. 28 Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU.

¹⁹³ *Vid.*, BUSTO LAGO, J. M. Y ÁLVAREZ LATA, N. Y PEÑA LÓPEZ, F. «Contratos electrónicos», *Grandes Tratados*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 1.

normativa española (*ex art. 92 TRLGDCU*), se constatan enormes similitudes. Al igual que en el art. 2.7 Directiva 2011/83, el contrato debe insertarse dentro de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia. Por tanto la exigencia del sistema creado por el mismo proveedor ya fue eliminada mediante el art. 17 del Anteproyecto de Reforma del TRLGDCU¹⁹⁴ y actual art. 95 TRLGDCU.

3.1 Particularidades de la contratación electrónica

3.1.1 Antecedentes

Se trata de una nueva forma de contratación cuyo desarrollo ha impulsado al legislador a la creación de un nuevo marco normativo destinado a evitar los riesgos en esta nueva forma de comunicación. Todo ello para propiciar un clima de confianza y seguridad en el tráfico jurídico y económico mediante los nuevos sistemas informáticos y electrónicos¹⁹⁵. En este sentido es importante significar la publicación en el *Diario*

¹⁹⁴ *Cfr.* con el art. 17 del Anteproyecto de Ley que reforma el por el que se modifica el TRLGDCU y otras Leyes Complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En la reforma no se hace mención a que el sistema deba de estar organizado por el vendedor.

¹⁹⁵ *Vid.*, sobre los principios inspiradores de la contratación electrónica en PÉREZ PEREIRA, M. «Derecho de la contratación electrónica», en ILLESCAS ORTIZ, R. *Revista de la contratación electrónica*, Nº 14, marzo 2001, p. 75.

Oficial de la Unión Europea del Reglamento n° 910/2014 del Parlamento Europeo, de 23 de julio de 2014¹⁹⁶ relativo a la identificación electrónica y servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior. Se procede a la derogación de la Directiva 1999/93 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999.¹⁹⁷ Con el Reglamento 910/2014 se trata de reforzar la confianza en las transacciones electrónicas en el mercado interior, proporcionando una base común para lograr interacciones electrónicas seguras entre los ciudadanos, las empresas¹⁹⁸. Mejorando la eficacia de los servicios *on line* públicos y privados, los negocios electrónicos y el comercio electrónico en la Unión Europea, facilitando el uso transfronterizo de los servicios de internet, con especial atención

¹⁹⁶ Reglamento UE n° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea* de 28 de julio de 2014.

¹⁹⁷ En Considerando (73) del Reglamento 910/2014. Por razones de seguridad jurídica y claridad, debe derogarse la Directiva 1999/93.

¹⁹⁸ Desde el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de España. www.minetur.gob.es. La Ley de firma electrónica 59/2003 de no se verá afectada por la entrada en vigor del Reglamento (UE) 910/2014. El Reglamento no se propone intervenir en los sistemas de gestión de la identidad electrónica e infraestructuras conexas establecidos en los Estados miembros. Lo que pretende es garantizar que sea posible la identificación y la autenticación electrónica segura para el acceso a los servicios transfronterizos en línea ofrecidos por los Estados miembros.

a la identificación y autenticación electrónicas seguras¹⁹⁹. Dentro de los actos jurídicos de la UE y conforme con lo dispuesto en el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁰⁰, el Reglamento tendrá un alcance general y será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro sin necesidad de instrumento alguno a partir del momento de su entrada en vigor.

3.1.2 Concepto

La contratación electrónica puede definirse²⁰¹ como la realizada mediante algún elemento electrónico siempre que

¹⁹⁹ *Vid.*, DÁVARA RODRÍGUEZ, M. A. «La identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior europeo», *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, N° 19, tomo 2, La Ley, octubre 2014, § Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento Europeo sobre identificación electrónica. www.laleydigital (última visita 28 de diciembre de 2014).

²⁰⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n° C 326, de 26 octubre de 2012, art. 288 TFUE (antiguo 249 TCE) «El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro».

²⁰¹ *Cfr.* Sentencia de Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 1 de septiembre de 2006, Ref. La Ley n° 285 FJ. 2°. «La posibilidad de celebración de dichos contratos no exige un común acuerdo entre las partes en la utilización de dichos medios electrónicos (*ex art.* 23.2 Ley 34/2002) y se sujetan a lo dispuesto en la citada norma y artículos, por el Código Civil y del Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de

tenga un impacto real y directo sobre la voluntad negocial, o sobre la interpretación ulterior del acuerdo²⁰². Siguiendo al profesor MADRID PARRA el contrato electrónico se entiende como una modalidad en la conclusión de contratos que ha superado a la tradicional celebración verbal o escrita, mediante el uso de nuevas tecnologías de la informática, o cualquier técnica que pueda utilizarse en el futuro como consecuencia de la avance en las telecomunicaciones²⁰³.

La nueva redacción de la TRLGDCU tras la reforma de la Ley 3/2014, establece el criterio de contratación a distancia como aquél contrato celebrado en el marco de un sistema organizado²⁰⁴ de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia simultánea de empresario y del consumidor y

los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial (ex art. 23.2. Ley 34/2002)».

²⁰² *Vid.*, DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. Derecho informático, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 183.

²⁰³ *Vid.*, MADRID PARRA, A. «Contratación electrónica» en (Coord.) IGLESIAS PRADA, J. L. *Estudios jurídicos homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. 3, 1996, p. 2940.

²⁰⁴ Sistema organizado de prestación de servicios incluye sistema ofrecidos por un tercero distinto del empresario pero utilizado por este como una plataforma en línea. No obstante no cubre los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente al empresario, sus bienes y servicios y sus datos de contacto. *Vid.*, BERROCAL LANZAROT, A. I. «Líneas maestras de la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de Defensa de consumidores y usuarios», *Actualidad civil*, N° 6, La Ley, Madrid, abril 2014, p. 12.

usuario, en el que se utilicen una o varias técnicas de comunicación a distancia *ex art. 92 TRLGDCU*.

Asimismo por contrato electrónico ha de entenderse «todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones» (así, Anexo *h* de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico, de 11 de julio de 2002, en lo sucesivo LSSICE).

Los principios que rigen en nuestro sistema de contratación no se ven alterados por la LSSICE, cuyo texto señala: «Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez», remitiéndose además, de forma genérica a las normas que pudieran resultar de aplicación, básicamente el Código Civil, el Código de Comercio, las normas de protección de los consumidores y de ordenación de la actividad comercial (*ex art. 23.1 LSSICE*). Además la validez de los contratos celebrados por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos (*art. 23.2 LSSICE*).

En definitiva siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, éste requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico (*art. 23.3 LSSICE*). Por último, la LSSICE reconoce una serie de

exclusiones a su régimen jurídico. Por una parte no será de aplicación a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones y, por otra, porque los contratos en los que la Ley determine que han de formalizarse en escritura pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica (*ex art. 23.4 LSSICE*).

3.2 Ámbito de aplicación del TRLGDCU y otras Leyes complementarias

3.2.1 Consideraciones introductorias

En España hay una parte de la doctrina que niega la posibilidad de una codificación total de las normas de protección de los consumidores aunque dicha doctrina no es pacífica²⁰⁵. En contra se aducen argumentos como la difícil delimitación normativa entre las disposiciones estatales y de las

²⁰⁵ A favor de codificación el profesor CARRASCO PERERA apunta la posibilidad de que debería haberse aprovechado la oportunidad y haber acometido la elaboración de un Código de Derecho de consumo a la manera del *Code de la Consommation* francés *Vid.*, CARRASCO PERERA, A. «La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición»,

<https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/4.pdf>
(última visita 28 de diciembre de 2014).

CCAA, la diversidad respecto a las fuentes, la necesidad de coordinación con la reforma del Derecho privado general, o quizás la escasa duración en el tiempo de la armonización. Pero una revisión del Derecho comparado y la propia experiencia española, indica que el TRLGDCU es un paso más hacia la creación de un «Código de Consumo»²⁰⁶. Aunque no se le ha denominado así por el carácter fragmentario [en su momento Leyes como la de crédito al consumo (hoy derogada) quedó excluida]. La elaboración de un código ha de ser una exposición sistemática, completa e integradora de las normas en una materia especial. Empezar un proceso de codificación de una materia tan variada como la protección de los consumidores puede ser una oportunidad para mejorar determinados aspectos. No obstante la presentación y la sistemática del actual TRLGDCU (organizado en Libros) se asemeja a los tradicionales códigos²⁰⁷.

3.2.2. *Refundición de la LGDCU*

El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba TRLGDCU encuentra su fundamento en la Disposición

²⁰⁶ *Vid.*, PERÉZ GURREA, R. «Código de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 729, 2012, p. 671.

²⁰⁷ *Vid.*, PENDÓN MELÉNDEZ, M. A. «Reflexiones críticas acerca del régimen legal...», *op. cit.*, p. 7.

Adicional 4^a de la Ley 23/2003 de la Ley de Garantías Venta de Bienes de Consumo, (en adelante LGVBC) que habilitó al Gobierno «para que en el plazo de tres años procediera a refundir en solo texto la Ley 26/1984, LGDCU y las Directivas comunitarias citadas en materia de protección de los consumidores regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos»²⁰⁸.

²⁰⁸ *Vid.*, GALLEGO SÁNCHEZ, E. «Reflexiones críticas sobre la venta a distancia de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista tras el RD Legislativo 1/2007 de 16 de diciembre por el que se aprueba el TRLGDCU y otras leyes complementarias», *Práctica de Tribunales*, N^o 61, Sección Estudios, La Ley, Madrid, 2009, p. 2. En el art. 82.2 CE la delegación se realiza mediante ley ordinaria: y su objetivo no es únicamente refundir en un solo texto, sino regularizar, aclarar y armonizar los textos legales pertinentes, para sistematizar las normas, eliminando posibles contradicciones. Los apartados 3 y 5 del art. 82 CE establecen un plazo y unas materias sobre las que armonizar varios textos legales. En el caso de los Textos Refundidos, los problemas más frecuentes se dan por la creación «*ex novo*» de contenidos excluidos del supuesto habilitante de formulación de un texto único o de regularización, aclaración o armonización de los textos legales, lo cual exige un contraste entre las normas objeto de refundición y el texto resultante. Se ha admitido la incorporación al texto refundido de contenidos que respondan a la práctica de aplicación de los tribunales ordinarios en interpretación de la legislación previa, con la premisa de que la tarea de los tribunales no tiene un contenido innovador y que ayuda a la comprensión y certeza de la norma, impidiendo controversias judiciales. *Vid.*, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2000, dictada en Recurso 486/1996. En SOSPEDRA NAVAS, J. P. «El control de constitucionalidad: las manifestaciones

En España el Consejo de Estado recomendó esperar ya que se estaba tramitando en el Congreso la Ley de Mejora de los Consumidores y Usuarios. Así sucedió, mediante la Disposición Adicional 5ª de la Ley 44/2006 de 29 de diciembre de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, se habilitó al Gobierno para que en el plazo de 12 meses se procediera a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y las normas de transposición de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos²⁰⁹.

constitucionalidad con origen en el sistema de fuentes», *Práctica de los procesos jurisdiccionales*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 9.

²⁰⁹ El Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de mejora de la LGDCU apunta dos cuestiones sobre su refundición: a) por una parte, para «dar cumplimiento a una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», de 9 de septiembre de 2004 (Asunto C-70/03), que condenó al Reino de España por no haber adaptado correctamente los artículos 5 y 6.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que en su día fue objeto de transposición en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; y por otra, b) para incorporar una serie de mejoras en la protección de los consumidores en una serie de ámbitos en los que se ha considerado necesario, entre otras, el carácter gratuito de la información precontractual. En este último aspecto se recomendó la inclusión del

Las normas de la UE que regulan los contratos a distancia fueron transpuestas mediante la Ley 47/2002 de 19 de diciembre, de reforma de la LOCM, para introducir en el ordenamiento jurídico español la Directiva 97/7/CE.

Algunos autores como CAVANILLAS MÚJICA no son partidarios de refundir la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante LSSICE), ya que contiene escasos preceptos destinados a la protección del consumidor. Otros como CARRASCO PERERA defienden la inclusión de la misma en el TRLGDCU, ya que la LSSICE contiene una parte importante de regulación contractual con consumidores, y existe un solapamiento de ambas normativas²¹⁰. Desde el punto vista sistemático pese a los dificultades que pudiera conllevar, la postura de la refundición de la LSSICE parece ser la mejor opción. También se entiende el descarte de la Ley 29/2006 de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios donde predomina la razón de salud pública, al igual

deber de información precontractual en el capítulo IV que correspondía con el «derecho de información» y no en el capítulo III cuya rúbrica correspondía a «protección de intereses económicos y sociales». Ésta última recomendación sin mucho éxito.

²¹⁰ *Vid.*, CARRASCO PERERA, A. «Texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *Aranzadi civil*, N° 1, 2008, p. 2217. Este autor califica la refundición como arbitraria, de ser una mera compilación desordenada de normas lo que supone un uso incompleto de la habilitación conferida.

que la Ley General de Publicidad (en adelante LGP), cuyo objetivo no es regular exclusivamente la publicidad en interés de los consumidores sino entre competidores²¹¹.

La doctrina es unánime al criticar la exclusión de distintas normas como una parte de la mencionada LOCM (hoy derogada en parte por la Ley 3/2014 de 28 de junio de 2014), la Ley de Crédito al Consumo (en adelante LCC, actualmente derogada por la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, LCCC), y la Ley 22/2007 de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores (en adelante LCDSFDC). No se entiende que en el preámbulo del TRLGDCU se defienda la exclusión del texto de las mencionadas leyes (*supra*) por pertenecer a un ámbito demasiado específico²¹². En este caso la exclusión del TRLGDCU de algunas normas propicia la dispersión normativa y la arbitrariedad en cuanto a la refundición, ya que se han

²¹¹ *Vid.*, CAVANILLAS MÚJICA, S. «El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios», N° 1, *Aranzadi civil*, Pamplona, 2008. p. 2133.

²¹² En Preámbulo TRLGDCU «...Tales circunstancias determinan que las prescripciones se completen no solo con las de la Ley 26/1984, de 19 de julio, LGDCU, sino también aquellas propias reguladoras de los servicios financieros, en particular las referidas a las obligaciones de las entidades de crédito en relación con la información a los clientes, publicidad y transparencia de las operaciones: por ello se considera que se integra de manera más armónica la regulación sobre crédito al consumo en este grupo de disposiciones financieras».

dejado fuera de la misma las leyes de carácter financiero y ha incluido la Ley de viajes combinados.

El argumento expuesto sobre la exclusión del TRLGDCU de algunas normas de consumo se puede rebatir mediante el criterio de selección de la norma delegante, ya que además de ser normas procedentes de Directivas comunitarias relativas a la protección de consumidores y usuarios, se incide de forma directa en contenido regulado por la LGDCU, con independencia de que regulen otros sectores normativos. Se puede defender la exclusión de normas que regulen de forma testimonial aspectos de consumidores y usuarios como la LSSICE, pero no de aquellas cuyo cometido principal es la defensa del consumidor y de forma accesoria regulan otras materias. Por otro lado los argumentos utilizados para excluir las leyes sobre servicios financieros, podrían utilizarse para dejar fuera de la refundición de los viajes combinados cuya competencia administrativa es bastante notable y sin embargo es incorporada al TRLGDCU. Por último, la ausencia en el TRLGDCU de la regulación de aprovechamiento por turnos regulado por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, se justifica por la indudable incidencia en el ámbito registral y fiscal, ajenos al núcleo básico de protección de consumidores. Se puede defender su refundición mediante lo anteriormente expuesto, ya que si la norma delegante afecta de forma importante sobre materia regulada en LGDCU, es lógico que el régimen de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico se pudiera escindir de la normativa fiscal, de igual

forma que la LOCM lo hace con LGDCU. Respecto al régimen registral, el hecho de que una norma estuviera ubicada fuera de la Ley y Reglamento Hipotecario no sería un problema (*ex art. 84 TRLDCU*)²¹³. Es lógico que se califique la reforma de arbitraria por actuar de ésta manera.

Existen razones que justifican la inclusión en el TRLGDCU como son: la de tener bajo un mismo capítulo todos los contratos a distancia que tengan por objeto servicios (que en la LOCM se encontraban regulados a través de la Disposición Adicional 1^a), ya que desde el punto de vista sistemático es más correcta²¹⁴. Asimismo la exclusión de parte de la LOCM en el TRLGDCU, impide la correcta comprensión del régimen jurídico. Acertadamente el legislador mediante la Ley 3/2014 ha derogado del art. 39 al 48 de la LOCM. De esta forma se puede saber cuáles son los contratos excluidos y las excepciones parciales de la norma. En cambio otras normas de consumidores fueron refundidas en su totalidad²¹⁵. Un efecto indirecto de la

²¹³ *Vid.*, CAVANILLAS MÚJICA, S. «El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto...», *op. cit.*, p. 2135.

²¹⁴ *Vid.*, GALLEGU SÁNCHEZ, E. «Reflexiones críticas sobre la venta a distancia...», *op. cit.*, p.3.

²¹⁵ En Exposición de Motivos del TRLGDCU «Ley 26/1984, de 19 de julio, General de la Defensa de Consumidores y Usuarios; Ley 26/1991, de 21 de noviembre sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil; Ley 23 /2033, de 10 de julio de Garantías en la Venta de Bienes de consumo; Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños de productos defectuosos; Ley

refundición se expone claramente en la Exposición de Motivos del TRLGDCU:

«como consecuencia de esta refundición la regulación sobre contratos distancia contenida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, queda vigente para la regulación de la relaciones empresariales».

En síntesis existe una refundición parcial de la LOCM y fruto de ésta, un régimen de contratos celebrados por consumidores en cuyo caso se aplicaría el TRLGDCU. Ya que los arts. 39 a 48 de la LOCM acertadamente han sido derogados. De la lectura de la Exposición de Motivos del TRLGDCU no se extrae cual ha sido la razón que ha llevado al legislador a permitir la coexistencia de ambos regímenes jurídicos. La delimitación de éstos requiere la aplicación de la Disposición Derogatoria única del TRLGDCU que solo deroga algunos preceptos de la LOCM²¹⁶, quizás con la intención de que perduren como Derecho general aplicable a los negocios jurídicos realizados entre un empresario y un destinatario final²¹⁷. Algunos autores afirmaban antes de la derogación de los arts. 39 y ss, que la reglas de la LOCM serían de aplicación con

21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados» han sido derogadas íntegramente.

²¹⁶ Se derogan los arts. 48 y 65.1 letras *n*) y *ñ*) y la Disposición Adicional 1^a de la Ley /1996, de 15 de enero LOCM.

²¹⁷ *Vid.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A. «Comentario de art. 92 TRLGDCU», *Grandes Tratados*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 2.

carácter supletorio del propio TRLGDCU²¹⁸, incluso se le atribuye a aquélla el efecto de alterar la naturaleza de las normas de la LOCM, regulando relaciones exclusivamente mercantiles, ya que las partes son empresarios²¹⁹.

Las ventajas de la refundición deberían haberse manifestado en determinados aspectos, como establecer un régimen unificado de información precontractual. En su lugar se establecen distintas modalidades y tipos contractuales, un ejemplo de ello son las distintas normas especiales sobre información precontractual. (Cfr. art. 97 TRLGDCU)²²⁰. Cabe preguntarse cuál es el ámbito de aplicación del art. 60 del TRLGDCU. En este sentido existe una mayor armonía interna entre las distintas modalidades contractuales, concretamente la lista de inclusiones y exclusiones. Se ha pasado de un sistema en el que se regulaban de forma separada los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento. No se entiende por qué no se armonizó antes el derecho de desistimiento, ¿por qué

²¹⁸ Vid., BUSTO LAGO, J. M. Y ÁLVAREZ LATA, N. Y PEÑA LÓPEZ, F. «Reclamaciones de consumo», *Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 480.

²¹⁹ Vid., PENDÓN MELÉNDEZ, M. A. «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del RD 1/2007, *Derechos de los Negocios*, N° 209, La Ley, Madrid, febrero 2008, p. 7.

²²⁰ España. Ley 3/2014 de 27 de marzo de 2014. *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de marzo, n° 76.

las excepciones al derecho de desistimiento del art. 102 TRLGDCU en los contratos a distancia no se han extendido con carácter previo a los contratos celebrados fuera de establecimiento?²²¹. Dicha cuestión ha sido atendida por el legislador y la opinión debe ser favorable en este sentido. El nuevo art. 102 del TRLGDCU establece un único régimen de desistimiento para los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil. Así, la reforma debe entenderse como muy oportuna dotando al consumidor de mayor protección.

El legislador ha tratado de corregir la falta de armonización mediante la nueva Ley 3/2014 de 27 de marzo por el que se modifica el TRLGDCU y otras Leyes complementarias. En la Exposición de Motivos de Anteproyecto de reforma del TRLGDCU se disponía:

²²¹ *Vid.*, CARRASCO PERERA, A. «Texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores...», *op. cit.*, p. 2. Respecto al incumplimiento de los requisitos formales se critica la norma relativa a la nulidad de los mismos ya que no se ha generalizado para los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil *ex art.* 112 TRLGDCU. También existe una falta de coherencia respecto a la nulidad contractual en caso de incumplimiento relativo al derecho de desistimiento. En el art. 69 TRLGDCU se optó por una medida sancionadora de alargamiento de plazo que en opinión del autor es más conveniente en este tipo. ¿por qué la norma equivalente del art. 101 TRLGDCU se quedó al margen de sanción en caso de nulidad?; ORTUÑO BAEZA, M. T. «La regulación de los viajes combinados por el TRLGDCU: novedades más significativos en la protección del consumidor turístico», *Práctica de Tribunales*, 63, Sección Estudios, septiembre 2009, La Ley, Madrid, p. 2.

«la Ley procede a regular conjuntamente los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento siguiendo la técnica utilizada por la Directiva».

Algunas normas pese a tener un propósito general de regulación en materia de consumo como es TRLGDCU, han sufrido significativas modificaciones por otros textos. El legislador probablemente pretendía abarcar todos los tipos contractuales, siendo su delimitación material ciertamente enrevesada de manera que no es sencillo ofrecer una sistemática de criterios objetivos, incluso a veces puede producirse el solapamiento de normas²²².

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA

Tres cuestiones fundamentales que se han de abordar respecto a la naturaleza del contrato a distancia. En primer lugar si tiene carácter mercantil o civil. En segundo el carácter común de los contratos a distancia. Y en tercer lugar la aplicación de normas de consumidores a los contratos electrónicos.

²²² *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. «El ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del Derecho contractual de consumo», BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. Y GARCÍA VICENTE, J. R. *La contratación con consumidores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 4.

4.1 *Carácter mercantil o civil de los contratos a distancia*

4.1.1 Aspectos generales

El borrador del MCR²²³ es un texto que supera al proyecto de PECL²²⁴. Éste último constituye un conjunto de reglas, elaboradas por la denominada comisión Lando (en honor al que fue su impulsor, el profesor Ole LANDO) cuyo fin fundamental es el de crear una infraestructura sobre el Derecho de contratos europeo. Cuyo propósito es alcanzar la facilitación del comercio transfronterizo dentro de la UE, el reforzamiento del mercado único europeo, la creación de un puente entre el *Civil Law* y el *Common Law* y la elaboración de un modelo para el desarrollo judicial y legislativo del Derecho contractual²²⁵. Ya que su

²²³ La Sala Primera del Tribunal Supremo ha invocado en numerosas ocasiones las normas del DCFR a la hora de motivar sus sentencias. *Vid.*, PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. El proceso de modernización del Derecho contractual europeo, Dykinson, Madrid, 2013, p. 182 y ss.

²²⁴ Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL) son un conjunto de *Restatement (Tratados legales)* de reglas comunes del Derecho contractual de la UE que forman la base histórica de construcción moderna del Derecho patrimonial privado europeo. *Vid.*, LANDO, O. «The main purpose of the Principles is to serve as a first draft of a part of a European Civil Code», *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, p. 364. <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-13.pdf> (última consulta marzo de 2015).

²²⁵ *Vid.*, ZIMMERMAN, R. Estudios de Derecho privado europeo, Civitas, Madrid, 2000, p. 116.

aplicación abarca todo del Derecho patrimonial privado, además de la teoría general de obligaciones y contratos, régimen jurídico de los contratos en especial, responsabilidad civil extracontractual, enriquecimiento injusto, transmisión de la propiedad mobiliaria. Se ha afirmado que es un «borrador de Código civil europeo en todo menos en el nombre»²²⁶. El MCR tiene como propósito ser una fuente opcional de preceptos y del propio acervo de la UE. Y ha sido elaborado por dos grupos de trabajo (*el Study group* y *el Acquis Group*), constituye un cuerpo integrado por principios, definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*) en el que confluyen normas extraídas de su antecesor inmediato, los PECL, con reglas obtenidas del conjunto normativo sobre Derecho contractual de la Unión Europea, *el Acquis Group* «ha desarrollado la ingente labor de indagar, señalar o abstraer los principios del derecho comunitario existente en materia de contratos dotando de coherencia a la densidad normativa de éste y cubriendo sus lagunas (una labor cualitativa)». Por su parte, «La misión del *Study Group* ha sido desde sus inicios la elaboración de principios europeos comunes para los aspectos más destacados

²²⁶ *Vid.*, JANSEN, N. Y ZIMMERMANN, R. «A European Civil Code in all but name: discussing the nature and purposes of the Draft Common Frame of Reference», *The Cambridge Law Journal*, N° 69, 2010, p. 98.

del derecho de obligaciones y para ciertos aspectos de la propiedad mobiliaria especialmente relevantes para el funcionamiento del mercado común»²²⁷.

Para la aplicación del régimen general contractual de los códigos mercantil o civil es preciso diferenciar entre contratos de naturaleza mercantil y civil. Conviene mencionar la posible reforma del código de mercantil, ya que la Comisión General de Codificación ha dedicado 7 años para que la publicar el día 17 de junio de 2013 un borrador de código mercantil. Cuyo período de consultas finalizó el día 15 de noviembre del mismo año. En este sentido la profesora GARCÍA RUBIO se muestra crítica con el método utilizado por la mencionada Comisión ya que en su opinión se trataría de una mercantilización de sistema de obligaciones y contratos. Además, dicho sistema no ha sido seguido por la mayoría de países de nuestro entorno²²⁸. Por el

²²⁷ Vid., INFANTE RUIZ, F. J. «Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de Derecho privado europeo». *Revista de Análisis del Derecho Indret*, N° 2, 2008, p. 22.

²²⁸ Vid., GARCÍA RUBIO, M. P. «Algunas consideraciones sobre le normas del obligaciones y contratos de la propuesta de Código mercantil», *Revista de Derecho civil*, N° 1, Vol. 1, enero 2014, p. 25. La profesora GARCÍA RUBIO atribuye a razones de índole político y no tanto de técnica jurídica al hecho de querer utilizar mediante una materia exclusiva del Estado (*ex art. 149.1. 6ª CE*). En su opinión debería de haber una unificación en materia de obligaciones y contratos con base en la habilitación competencial del art. art. 149.1. 8ª. CE, a través del código civil y no del nuevo código mercantil. Esto llevaría a las CCAA a legislar sobre esta materia aunque en ningún

contrario autores como PRATS ALBENTOSA aunque realiza alguna objeción, no comparte dicha crítica y le atribuye un mérito y valor como punto de partida para una mejor regulación de las relaciones patrimoniales ²²⁹ . En un Estado tan descentralizado como el español existe el riesgo de romper la unidad de mercado por lo que debe entenderse como positiva la propuesta de nuevo Código mercantil aunque deben hacerse algunas reservas al respecto.

4.1.2 Naturaleza mercantil o civil

Si se hace referencia al *MCR* el art. I.-1:101 del *DCFR* determina su ámbito de aplicación y establece al respecto que sus reglas se aplicarán a los contratos y otros actos jurídicos y a los derechos y obligaciones contractuales. Al igual que los *PECL*²³⁰, no se hace alusión a la calificación civil- mercantil de los contratos, sencillamente porque se da por superada. Asimismo el *MCR* contiene un elemento novedoso de cierta relevancia

caso podrían hacerlo sobre las «bases contractuales» ya que eso está constitucionalmente prohibido.

²²⁹ *Vid.*, PRATS ALBENTOSA, L. «El futuro Código Mercantil. Entre la unidad de mercado y la seguridad jurídica», *Revista Escritura Pública*, N° 85, 2013, p. 27. Es cierto que la reforma materialmente reduce la relación de supletoriedad de la legislación civil y abunda en la autonomía de lo mercantil. Por otro lado propicia un desregulación en materia de la forma pública lo cual es ciertamente relevante en materia financiera.

²³⁰ *PECL* (Principios de Derecho Europeo de Contratos)

respecto a los PECL: se incorporan de forma sistemática normas destinadas a proteger al consumidor europeo como parte débil de la contratación. Así, la construcción del Derecho contractual de consumo europeo se ha realizado simultáneamente, aunque de forma independiente del proyecto de uniformización del Derecho privado europeo²³¹.

Se propuso la autonomía regulatoria del Derecho de los contratos del consumo, aludiendo especialmente a la naturaleza tuitiva y vinculante de sus normas²³², mediante el MCR se ha optado por integrarlo en el régimen general del contrato, estableciendo soluciones a favor del consumidor (sobre concepto de consumidor *vid., supra cap. I*). Tal y como ha apuntado el profesor RÖSLER, no es necesario crear un Derecho *ex novo* para proteger al consumidor, de forma que el Derecho privado general (el Derecho civil) puede satisfacer los derechos específicos incluso introduciendo una protección de los

²³¹ *Vid.*, OLIVA BLÁZQUEZ, F. «El anteproyecto de código mercantil en el contexto de proceso de unificación de Derecho Europeo de Contratos», *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, N° 3 julio septiembre, 2014, p. 49.

²³² «Consumer law should be considered separately from general contract law. Although rules may overlap, it is important to pay heed to the mandatory nature of consumer law and, consequently, the stronger regulatory impact in this field», *Vid.*, MAK, V. «Policy Choices in European Consumer law: Regulation through Targeted Differentiation», *European Review of Contract Law*, N° 2, 2011, p. 274.

consumidores²³³. En este sentido cabe inferir que desde el punto de vista técnico el propósito es proteger al consumidor mediante el texto legal que reúne las normas generales del Derecho privado de la contratación, el Código civil. Tal como el legislador alemán ha impulsado, introduciendo las normas de consumo en el BGB²³⁴. Algunas de las figuras típicas del Derecho de consumidor, como son el derecho a la información o el control del contenido contractual, las cuáles han acabado por generalizarse a toda la contratación privada, por lo que debe entenderse que se deberían incorporarse al Derecho privado general. Por todas estas razones, parece sensato incluir la normativa específica de la contratación del consumidor dentro del régimen uniforme del Derecho de los obligaciones y contratos.

Parece desacertado el planteamiento del Anteproyecto de Código Mercantil, ya que se otorga el visto bueno al mantenimiento del Derecho de consumo «codificado» en un cuerpo de normas separado. Efectivamente, en la Exposición de Motivos de dicho Anteproyecto se comienza señalando que

²³³ *Vid.*, RÖSLER, H., «Consumers and Consumer Protection Law», BASEDOW, J. & HOPT, K.J. & ZIMMERMANN, R. & STIER, A. *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 371.

²³⁴ *Vid.*, ZIMMERMANN, R. *El Nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 184.

desde el punto de vista objetivo, las relaciones de los operadores del mercado con los consumidores constituyen materia mercantil (EM I- 13). Resulta ciertamente llamativo que, en el afán del Anteproyecto de mercantilizar cualquier acto de carácter patrimonial, califique como mercantiles las transacciones que todos los consumidores realizan. Entrando por lo tanto en el ámbito potencial de aplicación de un texto concebido para «una clase de personas» y «una clase de actividades» (EM I- 10)²³⁵. Pero más adelante se advierte de que:

«se ha tomado como criterio general el de no incorporar las normas de protección de los consumidores, que se consideran vigentes (*sic*) y respetando su imperatividad, se ha considerado, en efecto, que habiéndose promulgado el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en fecha muy reciente, y tratándose de un texto legal equiparable a un Código sobre la materia, parecía poco adecuado alterar ese planteamiento legislativo, de manera que se respeta la diferencia de las normas de protección de los consumidores como ajenas a la regulación del Código mercantil» (I- 34 EM)²³⁶.

Es conveniente ponderar el alcance de la reforma del nuevo Código mercantil ya que hay cuestiones que resultan llamativas, como son aplicar un sistema donde los contratos del consumidor están incardinados en el Derecho mercantil pero

²³⁵ *Vid.*, OLIVA BLÁZQUEZ, F. «El anteproyecto de código mercantil en el contexto de proceso de unificación de...», *op. cit.*, p. 51.

²³⁶ España. Anteproyecto de Ley de reforma del código mercantil. Exp. de motivos.

paradójicamente no están regulados en el propio Código Mercantil. En la Exposición de Motivos de éste no parece tenerse en cuenta que calificar como mercantil un negocio del consumidor no es frecuente en el Derecho privado comparado²³⁷. Por otro lado, la tendencia actual no debe de mantener indefinidamente la existencia de un Derecho de la contratación del consumidor independiente²³⁸, sino que debe coadyuvar a integrar las soluciones del Derecho de consumo en el Derecho civil²³⁹. Siendo lo expuesto cierto, la configuración del propio Estado español hace muy difícil dicho planteamiento quizá por ello se utilice el código mercantil ya que la competencia

²³⁷ En contra de la mercantilización del derecho de obligaciones y contratos GARCÍA RUBIO, M. P. «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código mercantil...» *op. cit.*, p. 25; ROCA GUILLAMÓN, J. «Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)», en Derecho de obligaciones. XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012, Universidad de Murcia, Murcia, 2013, p. 252.

²³⁸ Aunque es cierto que existen Códigos de consumo en diferentes países de Europa, destacando los casos de Francia e Italia. DI MAJO, A. «Il Codice del Consumo. Aggiornamento», en BESSONE, M. *Istituzioni di Diritto Privato*, G. Giappichelli, Torino, 2009, p. 587.

²³⁹ *Vid.*, VALPUESTA GASTAMINZA, E. «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor», *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 5, Nº 1, Marzo 2013, p. 210; BUSTOS PUECHE, J. E. «Derecho Civil, Derecho Mercantil. Derecho del Consumo», *La Ley*, 1990, Nº 3, pp. 857-864.

exclusiva es del Estado y puede ayudar a consolidar la unidad de mercado.

Tendrán naturaleza mercantil aquellos contratos cuyo destinatario sea un empresario, cuyo fin sea realizar una prestación inherente a la actividad empresarial. Asimismo tendrán naturaleza civil aquellos contratos suscritos por destinatarios finales, siempre que los bienes en cuestión no estén destinados a la finalidad propia de la empresa o actividad empresarial, aunque intervenga un empresario. Por lo tanto los contratos celebrados entre empresarios y consumidores tendrán naturaleza civil²⁴⁰.

4.2 Régimen de la contratación a distancia

En el Derecho español el régimen jurídico de la contratación a distancia está regulado por el TRLGDCU y en parte de la derogada LOCM²⁴¹ en sus arts. 39 a 48 y por el

²⁴⁰ Vid., HERNÁNDEZ JIMÉNEZ-CASQUET, F. «El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos», GARCÍA MEXÍA, P. *Principios de Derecho en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 444. Se puede afirmar que: «consumer law is an integral part of private law» RÖSLER, H., «Consumers and Consumer Protection Law», BASEDOW, J. & HOPT, K. J. & ZIMMERMANN, R. & STIER, A. *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 371.

²⁴¹ España. Ley 3/2014 de 28 de marzo en su Disposición Final 2ª modifica el art. 10 de la LOCM que regulaba el desistimiento remitiendo al art. 71 del TRLGDCU; también modifica el concepto de

reformado TRLGDCU (mediante la Ley 3/2014 de 27 de marzo)²⁴². El hecho de que hubiera un solapamiento del TRLGDCU y de la LOCM era fruto de una mala técnica legislativa que provocaba diferencias de interpretación. A la luz de dichas reformas es conveniente analizar el actual marco legal.

En primer lugar según lo dispuesto por el art. 92.1 del TRLGDCU vigente hasta el 29 de marzo de 2014²⁴³, se exigía que tan solo la perfección o conclusión del contrato debiera ser a distancia. Dicha redacción no encajaba con la descripción de la Directiva 97/7, según la cual toda la negociación contractual hasta que deviniera firme y pudiera ser aceptada, debía ser a distancia. En este mismo sentido el art. 2.7 la Directiva 2011/83²⁴⁴. Actualmente la redacción del art. 92 TRLGDCU debe entenderse como muy acertada y acorde con la Directiva 2011/83²⁴⁵. La reforma era necesaria porque el consumidor que concluye un contrato a distancia, pero lo negocia en el propio

contrato a distancia en su art. 38 LOCM remitiendo igualmente al art. 92 del TRLGDCU.

²⁴² Además de la LSSICE, que regula la contratación electrónica.

²⁴³ Aunque según Disposición Transitoria de la Ley 3/2014 de 27 de marzo, la entrada en vigor se realizó a partir del día 13 de junio de 2014.

²⁴⁴ *Vid.*, ILLESCAS ORTIZ, R. «La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y dogmática contractual electrónica», *Revista de Comercio Electrónico*, N^o 84, 2007, p.10.

²⁴⁵ *Ex* art. 2.7 y en su Considerando (20) de la Directiva 2011/83.

establecimiento comercial del empresario (pudiendo combinar sistemas de contratación presenciales con otros que no lo sean), no merece protección²⁴⁶.

En segundo lugar el reformado art. 92 TRLGDU aludía a la expresión de una «técnica cualquiera» por la que el empresario y el consumidor se comunicaban. Cabe preguntarse si el medio utilizado regía para la oferta y la aceptación, y si podían utilizarse respectivamente las técnicas por el consumidor y por el empresario de forma combinada (ej. la oferta hecha por televisión que se acepta telefónicamente)²⁴⁷. Actualmente la nueva redacción del art. 92 TRLGDCU aclara esta cuestión y dispone:

«en el que se hayan utilizado una o más técnicas de comunicación a distancia».

Dicha expresión concuerda con la amplitud requerida por la Directiva 97/7 y por la actual 2011/83, en la que se clarifica

²⁴⁶ *Vid.*, ARROYO AMAYUELAS, E. «La contratación a distancia en la Directiva de protección de los derechos de los consumidores», AAVV (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. y ARROYO AMAYUELAS, E. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Pamplona, 2012, p. 274.

²⁴⁷ *Vid.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A. «Comentario al art. 92 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentario al Texto Refundido de la Ley general para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 1194; *Cfr.* art. 98.6 TRLGDCU tras la reforma de la Ley 3/2014 de 27 de marzo de 2014.

que el consumidor podrá utilizar una técnica de comunicación distinta de la utilizada por el empresario al realizarle la oferta, siempre y cuando éste último también lo utilice de forma habitual como canal de distribución combinación de SMS y páginas web²⁴⁸. No obstante como novedad importante ha de tenerse en cuenta la nueva redacción del art. 98.6 TRLGDCU según la cual:

«El consumidor sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante envío de acuerdo por escrito, que entre otros medios podrá llevarse a cabo por papel, correo electrónico, fax o SMS».

Tras la entrada en vigor de la Ley 3/2014 que reforma el TRLGDCU el empresario se puede servir de una o más técnicas para la celebración de contrato. Por tanto ahora es preceptivo el consentimiento realizado en un medio escrito, aunque sea por un medio utilizado por el propio empresario. En este sentido ha de considerarse positiva la reforma realizada pese a que algún autor pueda plantear algún reparo.

5. EFICACIA DE LOS CONTRATOS

²⁴⁸ *Vid.*, ARROYO AMAYUELAS, E. «La contratación a distancia en la Directiva de protección de los derechos de los consumidores», *op. cit.*, p. 274.

5.1 Perfección del contrato

En esta línea se ha señalado que la regulación contenida en los PECL, inspirada en los principios *favor contractus* y solo *consensus obligat*, favorece la formación de contratos mediante el establecimiento de una norma flexible sobre esta cuestión, al menos si la comparamos con la existente en otros ordenamientos jurídicos europeos. Capítulo segundo PECL el art. 2:101 PECL dispone que el contrato se perfecciona, sin necesidad de ningún otro requisito, desde que existe un «acuerdo suficiente» y «las partes manifiestan su intención de quedar vinculadas jurídicamente». En términos similares, el DCFR determina que el contrato queda celebrado cuando las partes tienen la intención de establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico y alcanzan un acuerdo suficiente (art. II.-4:101)²⁴⁹.

Los juristas romanos definieron la regla justiniana del *periculum est emptoris* con base en la perfección, según la cual el comprador sufría el riesgo por pérdida o deterioro desde que se perfecciona el contrato, con independencia de que la mercancía fuera entregada²⁵⁰. En el contrato consensual en el que en la

²⁴⁹ Vid., SÁNCHEZ LERÍA, R. «Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo», *Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, nº 3, 2014, p. 5.

²⁵⁰ Vid., ADAME GODGARD, J. «La regla *periculum est emptoris* aplicada a la compraventa internacional de mercaderías», p. 240.

venta es al contado no hay problema pero si lo es cuando la *traditio* es posterior, o sea que *periculum emptoris ante traditionem*²⁵¹

El contrato exige concurso de voluntades, y éste no existe cuando sólo media la manifestación de un propósito retirado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte²⁵². Por tanto en el caso de que en el mismo día que se notificase aceptando la oferta, y posteriormente el oferente o peticionario desistiera de su pedido, mediante aviso telefónico u otro medio efectuado con antelación a la entrega de la mercancía. «Es doctrina científica comúnmente admitida que la oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya perfeccionado, debiendo de constar de modo inequívoco y claro la coincidencia de oferta y aceptación, sin que sea suficiente la primera mientras el destinatario no la admita plenamente»²⁵³. No será posible apreciar la aceptación cuando se formulen modificaciones, se altere la propuesta o se someta a condición por parte del

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2108/14.pdf> (última consulta junio 2015).

²⁵¹ *Vid.*, ALONSO PÉREZ, M. «Periculum est emptoris y frag vat. 16 Papiniano, *Anuario de Historia del Derecho español*, N° 31, 1961, p. 364.

²⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1904 y 27 de junio de 1969.

²⁵³ Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1950, Ref. Aranzadi, - n° 1028; de 6 de marzo de 1969, Ref. Aranzadi, - n° 1175.

suministrador²⁵⁴. Como describe la jurisprudencia española si lo que hace éste último es informar aplazando la entrega sin señalar plazos, colocando el pedido en turno de entrega. El contrato no es perfecto hasta que cuente con el asentimiento del peticionario.

5.2 Anulabilidad de contrato celebrado a distancia

Con carácter general la resolución de todo contrato implica la extinción del mismo con dos tipos de efectos. En primer lugar, efectos liberatorios: las partes contratantes quedan liberadas de las obligaciones pendientes de pago. En segundo lugar, efectos restitutorios: las partes quedan obligadas a restituirse las prestaciones ya ejecutadas. Así la resolución tiene efectos retroactivos *ex tunc*. De la regla general de la eficacia restitutoria de la resolución se excluyen los contratos que disciplinan relaciones duraderas, que total o parcialmente se encontraban ya consumadas²⁵⁵.

Respecto a la posible acción de nulidad no hay ningún precepto de alcance general en nuestro Derecho que imponga la nulidad absoluta al incumplimiento de una forma *ad solemnitatem*. Es más, no hay una sanción común para todos los

²⁵⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1962 Ref. Aranzadi, - n° 3792; y 14 de marzo de 1963, Ref. Aranzadi, - n° 981.

²⁵⁵ *Vid.*, DÍEZ PICAZO, L. Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, Civitas, Madrid, 1993, p. 724.

defectos formales del contrato, de modo que una ley específica puede imponer la ineficacia derivada de un defecto formal. Por tanto es posible establecer la sanción de anulabilidad para el supuesto de inobservancia de un requisito formal de carácter esencial. En este sentido la profesora ÁLVAREZ LATA afirma que el hecho de que el negocio sea anulable y no nulo de pleno derecho, no implica necesariamente que la forma no se configure como *ad solemnitatem*, lo que sucede es que el legislador ha preferido, de entre los regímenes de nulidad, la anulabilidad para el acto de contravención de la forma escrita, por considerarlo más ajustado a la protección de la parte contratante débil, que es el consumidor²⁵⁶.

Como ha destacado alguna sentencia la sanción más adecuada es la anulabilidad, ya que en el caso del incumplimiento de determinadas formalidades, esto no supone necesariamente que el consentimiento prestado por el consumidor no sea íntegro, ni que quiera resolver el contrato. Por lo que deberá ser éste quien determine si mantiene o no el vínculo contractual²⁵⁷. Partiendo de que la sanción prevista es la

²⁵⁶ Vid., ÁLVAREZ LATA, N. «Artículos 110 a 113», (Coord.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (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), Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 1387.

²⁵⁷ Sentencia de Audiencia Provincial de Córdoba de 6 octubre 2003, Ref. Aranzadi - n^o 270598 y la Sentencia de Audiencia Provincial Córdoba, de 19 julio 2011 Ref. Aranzadi - n^o 2085.

anulabilidad del contrato, cabe preguntarse ahora cuál es el plazo del que dispone el consumidor para instarla y qué consecuencias se derivan de su ejercicio. El legislador no dice nada al respecto por lo que se deberá acudir al régimen común en materia de anulación de los contratos de los arts. 1301 cc.

5.2.1 Falta de conformidad

Si un consumidor final adquiere un bien vía telefónica recibiendo una factura proforma a su nombre. El contrato es perfecto y el cliente realiza una transferencia bancaria a favor del vendedor. Pero resulta que el bien adquirido no es el solicitado. Ante esta situación se puede acudir al art. 114 TRLGDCU según el cual:

«el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conforme con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto»

El consumidor recibe un bien con características diferentes a las del bien solicitado²⁵⁸. Para que dicho bien «fuera conforme» se estaría a lo dispuesto en el art. 116.1 c) esto es, que fuese apto

²⁵⁸ Vid., GARCÍA MONTORO, L. «Devolución del precio del producto no conforme adquirido mediante contratación a distancia», *Centro de Estudios de Consumo CESCO*, enero 2015. p. 2. Cfr. Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de junio de 2011, Ref. La Ley - nº 101880 FJ 3º.

para el fin destinado. Por lo tanto si el vendedor no especifica que el uso es incompatible con el fin, antes de la perfección del contrato, se estaría ante una falta de conformidad²⁵⁹.

5.2.2 Plazo

El consumidor dispondrá de un plazo de cuatro años²⁶⁰, y éste ha de entenderse de caducidad, lo cual redundará en beneficio de la seguridad del tráfico jurídico²⁶¹. Pero dicho plazo no ha de confundirse con el de garantía, establecido en el art. 123 del TRLGDCU. Así, el plazo de caducidad permite consolidar los efectos jurídicos al limitar la vigencia de las acciones de impugnación²⁶².

²⁵⁹ *Ex art. 116.1 c)* «Para cualquier uso especial requerido por el consumidor y usuario cuando lo haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato. Siempre que este haya admitido que el producto es apto para dicho uso».

²⁶⁰ *Ex art. 1301 cc.*

²⁶¹ En Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de junio de 2011, Ref. La Ley - nº 101880 FJ 3º «se desprende que el plazo de garantía del producto era de dos años por defectos o vicios ocultos, no pudiéndose confundir con los plazos de desistimiento o rescisión unilateral, o sencillamente la no aceptación del producto por el usuario, que es cuestión distinta».

²⁶² *Vid., MORENO-LUQUE CASARIEGO, C. «Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles», en DE LEÓN ARCE, A. (Dir.), Derecho de los consumidores y*

5.2.3 Cómputo de plazo

Por lo que respecta al *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo, se debe compartir la opinión de la profesora ÁLVAREZ LATA, que lo sitúa en el momento en que el consumidor reciba el bien o servicio objeto del contrato²⁶³. Por lo que concierne a los efectos que se derivan del ejercicio de esta acción, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones, según lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 cc *ut infra*.

De acuerdo con art. 99.4 TRLGDCU corresponde al empresario probar el cumplimiento de los requisitos formales que le impone el citado art. 99.4²⁶⁴. Si el consumidor demanda la

usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia y formularios), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 297.

²⁶³ *Vid.*, ÁLVAREZ LATA, afirma «otra opción más tuitiva, como el establecimiento del *dies* en el momento en que el consumidor disponga de la información de que no dispuso en el momento de celebrar el contrato, además de vincular necesariamente la causa de impugnación con el déficit de información –lo cual no será así en vicios puramente formales– prolonga aún más un plazo excesivamente dilatado para estos supuestos»; ÁLVAREZ LATA, «Artículos 110 a 113», *op. cit.*, p. 1397; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. «Los requisitos formales de los contratos ...», *op. cit.*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 7, 2014, Aranzadi Insignis Digital (última visita 22 de noviembre de 2014).

²⁶⁴ «Cuando el consumidor no hubiera aceptado las cláusulas del contrato si el empresario no hubiese infringido su deber de revelar información, al acreedor debería tener derecho a anular el contrato por medio de un acto unilateral: El consumidor no debería soportar la plena carga de la prueba relativa al nexo causal entre la infracción del deber de suministrar información y la conclusión del contrato.»

anulación del contrato por infracción de los requisitos formales, será el empresario el que deberá demostrar que ha cumplido dichos requisitos. Así se establece expresamente tras la reforma del artículo 100.3 TRLGDCU²⁶⁵. De la misma manera si el empresario reclama el cumplimiento del contrato por el consumidor y éste opone su invalidez por infracción de alguno de los requisitos de forma, el empresario deberá demostrar que ha observado sus obligaciones formales²⁶⁶

5.2.4 Acción restitutoria

Los efectos restitutorios no se producen en relación a los servicios adecuadamente prestados por el empresario y disfrutados por el consumidor. Eso significa que el empresario puede retener del precio pagado la cantidad proporcional al tiempo en que cumplió adecuadamente el contrato, y deberá restituir el importe proporcional al tiempo en que deja de cumplir su obligación²⁶⁷. Tras la resolución del contrato, el

GRIGOLET, H. C *Vorvertraglinche Informationshaftung*, C. H. Munchen, p. 163.

²⁶⁵ Así queda tras la reforma de la Ley 3/2014 de 27 de marzo.

²⁶⁶ *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M.^a, en MIRANDA SERRANO, L. M.^a Y PAGADOR LÓPEZ, J. (Coord.), *Derecho privado de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 198.

²⁶⁷ *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, J. M. «Dictamen jurídico sobre le caso English Opening School (crédito al consumo, cesión de créditos y contratos vinculados)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2003, N^o 677, p. 1742.

consumidor tiene un derecho de crédito frente al empresario cuyo importe es la cantidad correspondiente a los meses de servicios no prestados. Esta reclamación de cantidad puede formularse extrajudicialmente (lo adecuado es que ya se contenga en el primitivo requerimiento extrajudicial de cumplimiento, o en su caso, en la comunicación extrajudicial por la que se declara resuelto el contrato). Si no es satisfecha por el empresario, el consumidor tiene vía libre para acudir a los tribunales e interponer una demanda de reclamación de cantidad.

§ IV. PRUEBA Y POSIBILIDAD DE DEPOSITAR EL CONTRATO

1. CONCEPTO

La prueba es la acepción jurídica que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define como «justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce eficaces la Ley».

En principio los contratos en Derecho español se perfeccionan por el mero consentimiento sin necesidad de realizar otras formalidades²⁶⁸.

La forma de clasificar estas nuevas exigencias formales no son del todo coincidentes en la doctrina. Así, autores como MALAURIE, AYNÉS, STOFFEL-MUNCK²⁶⁹ distinguen entre formas solemnes²⁷⁰, otro tipo de formalidades²⁷¹ y reglas de prueba²⁷².

²⁶⁸ En efecto, este renovado formalismo contractual ofrece múltiples manifestaciones, lo que ha provocado en la doctrina un intento de sistematización que no siempre ha obedecido a los mismos criterios.

²⁶⁹ *Vid.*, MALAURIE, P. Y AYNÉS, L. Y STOFFEL-MUNCK, P. *Les obligations*, Defrénois, Paris, 2007, p. 276.

²⁷⁰ Respecto a las primeras, las formas solemnes, pueden ser reconducidas a cuatro tipos distintos: el acto auténtico, el escrito

Otros autores junto al formalismo directo, sitúan el llamado formalismo indirecto, que no es requerido para la validez del contrato, pero que proporciona importantes efectos legales. Frente a la forma *ad solemnitatem* se mencionan, como referentes del llamado formalismo indirecto, la forma *ad probationem*, las formas habilitantes y las formalidades de publicidad²⁷³. También distinguen entre formalismo directo o sustancial, que comprende los contratos solemnes y los contratos reales, y formalismo indirecto o atenuado²⁷⁴.

ordinario, las menciones informativas obligatorias y el registro o formalidad registral.

²⁷¹ A diferencia de las formas, las formalidades tienen incidencia sobre la eficacia del acto, sin que afecte a la validez del mismo.

²⁷² Entre las reglas de prueba, destaca el escrito ordinario como modo de prueba privilegiado, y se incluye el documento electrónico *ex art. 1316.1 code civil francés* «El documento electrónico es admisible como prueba, así como la escritura en papel, siempre que pueda ser debidamente identificada la persona que lo ha dado y se establece y se mantiene en condiciones que garanticen integridad». Francia. Ley no 2000-230 du 13 marzo de 2000 para la adaptación de la ley como medio de prueba en tecnología de la información y sobre la firma electrónica, *Journal Ofice Republique Francaise*, de 14 marzo 2000, n° 62 p. 3968.

²⁷³ *Vid.*, MAZEAUD, H. Y MAZEAUD, L. Y CHABAS, J. F. *Obligations, Théorie générale, Leçons de droit civil*, Vol. 1, Montchrestien, 1998, p. 65.

²⁷⁴ *Vid.*, TERRÉ, F. Y SIMLER, P. Y LEQUETTE, Y. *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 1999, p. 151; Otro autores se refieren al formalismo indirecto como «formalismo burocrático» *Vid.*, MAINGUY, D. Y RESPAUD, J. L. *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, p. 136.

Otros autores distinguen hasta ocho categorías de formalismo contractual: formalismos solemnes, de prueba, de publicidad, habilitantes, fiscal, administrativo, de información (o de protección) y los contratos reales; reconducibles a tres: formalismo solemne, probatorio y de información²⁷⁵.

Dicha regla tienen excepciones como son: la necesidad de realizar un consentimiento que se realice de forma escrita (*ad solemnitatem*): la obligatoriedad de la forma vendrá impuesta por la voluntad de las partes o por la ley aplicable del contrato como ejemplos existen la licencia de patentes (*ex art. 74.2 LP*; de los contratos sometidos a LCCC *ex art. 16.1 LCCC*; del contrato de seguro *art. 5 LCS* etc). Aunque en el ámbito de la contratación con consumidores la imposición de deberes formales se ha ido paulatinamente introduciendo en el derecho de la UE y desde éste al ordenamiento español²⁷⁶.

²⁷⁵ *Vid.*, JAQUEMIN, H. Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible, cit., pp. 213 y ss.).

²⁷⁶ *Vid.*, VÉRGEZ SÁNCHEZ, M. «Régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de establecimiento. Una aproximación al derecho europeo», *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea, Homenaje a José Girón de Tena*, Madrid, 1991, p. 1200. Así el *nihil novit sub sole*, la forma escrita como medio para resolver la inseguridad jurídica derivada de la contratación oral pertenece a la tradición jurídica desde la época del principado romano. *Vid.*, AMELOTI, M. «Negocio, documento y notario de la evolución del Derecho romano», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 29, 1990, p. 136. con efectos meramente probatorios. Es en la época postclásica siglo III cuando el influjo de las provincias cuando se extendió el uso de la

Para la manifestación reflexiva del consentimiento (función interna) se precisa la exigencia de forma escrita llevaran incorporada las partes. Pero si lo que se persigue es dejar constancia de la manifestación de la voluntad (función externa) no se precisará firma. En el primer supuesto el problema de la forma se añade al de la firma, al igual que sucede en el sistema alemán (*ex art. 126 BGB*)²⁷⁷.

escritura como medio constitutivo de la obligaciones presumiendo la existencia de una *stipulatio* verbal. Los antecesores de los fedatarios públicos o *tabelliones substituti* (escribanos menores o auxiliares delegados que realizaban actos de naturaleza judicial administrativo o notarial siempre bajo el control de otro notario juez o tribunal) *Vid.*, RIESCO TERRERO, A. Notariado y documentación notarial Castellano Leonesa de los siglos X-XIII. 2ª Jornadas científicas sobre documentación de la Corona de Castilla (siglos XIII-XV), Universidad Complutense, Madrid, 2003, p. 136.

²⁷⁷ *Vid.*, PAZ ARES RODRÍGUEZ, C. Y BERMEJO GUTIÉRREZ, N. Y SÁENZ LACAVE, M. I. «La formación electrónica del contrato; nada nuevo bajo el sol», (Coord.) SALA ARQUER, M. Y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J. *Derecho sobre Internet*, 2008, p. 135. Alemania. art. 126a BGB (1) Si la forma escrita legalmente prescrita debe ser reemplazada por una forma electrónica, el otorgante de la declaración debe añadir su nombre y proveer el documento de una firma electrónica cualificada de acuerdo con la Ley sobre firmas. (2) Si se trata de un contrato, las partes deben firmar de forma electrónica un documento idéntico según la forma señalada en el apartado 1. *Vid.*, LAMARCA MARQUÉS, A. AAVV LAMARCA MARQUÉS, A. Y DOLHER, N. Y KIRCHEIM, P. *Código civil alemán y Ley de introducción al Código civil*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

La admisibilidad del soporte electrónico fue aceptada aunque con ciertas reticencias, y la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia aceptó el soporte electrónico como medio de prueba inclinándose por la vía de la prueba documental²⁷⁸. Cuestión importante es acreditar por cualquiera de las partes que el contrato existió *ex art. 24 LSSICE* ²⁷⁹.

Por otro lado parte de la doctrina y cierta jurisprudencia sostenían como forma de aportar al proceso el reconocimiento judicial²⁸⁰. La prueba en sede de comercio a distancia

²⁷⁸ *Vid.*, SABAH GÓMEZ SOARES, F. «La prueba en la contratación electrónica de consumo», *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*, N°3, diciembre 2009.p. 8.

²⁷⁹ *Vid.*, MAGRO SERVET, V. «La contratación electrónica vía internet y su eficacia y efectos, respuesta de los tribunales», *Revista de jurisprudencia*, El Derecho, N° 1, enero 2014; MORA DÍAZ, R. «Valoración de la prueba en soportes electrónicos», *Derecho Informático. Noticias jurídicas*, junio 2004. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo, Ref. n° 33129 supuso un impulso decisivo a la introducción de técnicas electrónicas e informáticas y telemáticas en el ámbito de la administración pública y su comunicación con los ciudadanos hasta la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico a los servicios públicos que hasta ese momento se había realizado de una forma un tanto desorganizado y poco estructurada. En VIDA FERNÁNDEZ, J. «La equiparación de la firma electrónica a la firma legitimada notoriamente en la presentación de documentos, un impulso a la administración electrónica», *Diario de Jurisprudencia*, N° 2460, La Ley, octubre 2007, p. 1.

²⁸⁰ *Vid.*, ORMAZABAL SÁNCHEZ G. «El valor probatoria de la firma electrónica» en PEGUERA POCH, M. *Derecho de nuevas tecnologías*, Universidad Abierta de Cataluña, 2005, p. 46.

concretamente mediante comercio electrónico se realizará mediante documento electrónico. Este es un instrumento «producido por medios automatizados, escrito en lenguaje binario –el de los bits– en un soporte –cinta o disco– que reúne estas características»²⁸¹. Si bien es cierto que hace unos años la transmisión, archivo y retención se basaba en formato de papel²⁸².

La Ley no establece ninguna especialidad en materia probatoria. En ese sentido, señala que la prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él, se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica (art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica). Igualmente, añade que en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental (art. 24 LSSICE).

Según el art. 24 LSSICE la prueba del contrato queda sujeta a las reglas generales de ordenamiento jurídico. La nueva

²⁸¹ *Vid.*, URBANO CASTRILLO, E. «El documento electrónico; aspectos procesales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, N ° 10, Lex Nova, 2001, p. 571.

²⁸² *Vid.*, SALA I ANDRÉS, A. «La autoría en las manifestaciones electrónicas», *Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 6, La Ley 2000, p. 1883; TORRES MORADO, M. A. Análisis jurisprudencia de la prueba ilícita documento electrónico, Aranzadi, octubre 2010. p.

reforma de la Ley 3/2014 no aclara esta cuestión, únicamente en el caso de desistimiento (*ex art. 72 TRLGDCU*) la carga de la prueba será del consumidor, y este deberá acreditar de forma inequívoca que ha ejercitado dicho derecho²⁸³. No obstante según el art. 25 LSSICE las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar. De esa forma, en caso de conflicto, el tercero depositario de los instrumentos podrá dar fe de los mismos ante los órganos judiciales que lo reclamen.

2. FORMA

²⁸³ Una vez derogado del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regulaba la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en su art. 5, la carga de la prueba sobre la justificación contractual de la contratación correspondía al predisponente o empresario. La única alusión a las Condiciones Generales tras la reforma de la Ley 3/2014 de 27 de marzo queda redactada conforme a la reforma, pero no se alude a la carga de la prueba a la hora de demostrar la existencia del contrato (*ex art. 80 TRLGDCU*), por lo que habrá que acudir a la norma general del ordenamiento jurídica *ex art. 24.1* y en su caso aquellos que hubieran utilizado firma electrónica deberá de remitirse al art. 3 de la Ley de Firma Electrónica, 59/2003 de 19 de diciembre de 2003.

2.1 Forma del contrato a distancia

La validez de un contrato celebrado por medios informáticos depende, en términos generales, de que se cumplan los requisitos señalados en el art. 1261 cc. El sistema contractual español se fundamenta en el consentimiento más que en la forma, para afirmar la validez y eficacia de las obligaciones nacidas de un contrato. El contrato se perfecciona por el mero consentimiento (art. 1258 cc), manifestado por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre el objeto y la causa (art. 1262 cc). Y obliga cualquiera que sea la forma de su celebración, si concurren las condiciones esenciales para su validez (art. 1278 cc). El principio de libertad de forma sólo en ocasiones deja de desplegar efectos al requerir la ley una determinada forma para la validez del contrato²⁸⁴.

²⁸⁴ Se facilita la utilización de los medios telemáticos cuando se trata de la formalización de negocios jurídicos a distancia en documentos públicos. En su momento se introdujo la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Ley de Acompañamiento de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002), el art. 111 establece: «Por conducto electrónico podrán dos o más notarios remitirse, bajo su respectiva firma electrónica avanzada, el contenido de los documentos públicos autorizados por cada uno de ellos que incorporen las declaraciones de voluntad dirigidas a conformar un único negocio jurídico. Reglamentariamente se determinarán las condiciones y el procedimiento para la integración de las distintas declaraciones de voluntad en el negocio unitario, así como la plasmación del mismo en un único documento público». El art. 115 de la citada Ley añade un

De acuerdo con el art. 98 TRLGDCU en los contratos a distancia, el empresario debe facilitar al consumidor, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o bien en la lengua elegida para la contratación y, al menos, en español. La información precontractual exigida en el artículo 97.1 TRLGDCU se aportará 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 duradero²⁸⁵ deberá ser legible (*ex art. 98.1 TRLGDCU*).

En la contratación realizada por medios electrónicos el empresario pondrá en conocimiento de éste, de una manera

nuevo art. 17 bis a la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado, *Gaceta* de 29 de mayo de 1862, n.º. 80. Conforme al cual los instrumentos públicos no pierden dicho carácter por estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario, reconociendo que gozan de fe pública al igual que los autorizados sobre papel.

²⁸⁵ Se entiende por soporte duradero, todo instrumento que permita al consumidor «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» [art. 59 bis 1. letra f) TRLGDCU].

clara y destacada, y justo antes de que se efectúe el pedido, la información precontractual relativa a las características del bien, precio y otros gastos repercutibles, y la duración del contrato (*ex art. 98.2 TRLGDCU*). El legislador exige «poner en conocimiento», de manera que aquí no basta con facilitar la información o ponerla a disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas²⁸⁶. Cabe inferir que el legislador previendo situaciones en las que el consumidor carezca de la información adecuada, obligue al empresario a hacer un esfuerzo para no dejar lugar a la confusión por parte del usuario, por lo que debe de considerarse positiva la redacción del art. 98 TRLGDCU.

Siguiendo a MENDOZA LOSANA no basta con incluir un enlace que el consumidor pueda visitar para informarse sobre las condiciones del contrato y el precio, sino que el empresario debe informar al consumidor antes de perfeccionar el contrato. Respecto a la obligación de pago se exige que el botón de aceptación incluya la expresión «pedido con obligación de pago» u otra similar²⁸⁷. Las consecuencias del incumplimiento

²⁸⁶ *Vid.*, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. «Los requisitos formales de los contratos...», *op. cit.*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 7, 2014, Aranzadi Insignis Digital (última visita 22 de noviembre de 2014).

²⁸⁷ Como destaca la citada Directiva 2011/83 es importante asegurar que 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 este deber (no inclusión de la etiqueta alusiva a la obligación de pago o la ambigüedad respecto a esta obligación) implican que el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido (art. 98.2. 2º párrafo TRLGDCU)²⁸⁸.

La Directiva 2011/83 permite a los Estados miembros que exijan al comerciante confirmar la oferta al consumidor por vía telefónica, de modo que éste quede vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito, pudiendo exigir que la confirmación se realice en soporte duradero (*ex art. 8.6 Directiva 2011/83*)²⁸⁹.

Los contratos a distancia se entienden perfeccionados exclusivamente cuando los consumidores presten su consentimiento por escrito, en documentos de papel o cualquier otro soporte duradero²⁹⁰ se está configurando un contrato de

de que efectuar el pedido implica la obligación de pagar al comerciante». Considerando (39).

²⁸⁸ *Vid.*, MENDOZA LOSANA, A. I. «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° 1, 2012, p. 49.

²⁸⁹ *Ex art. 98.7 TRLGDCU.*

²⁹⁰ El art. §126b dispone que la voluntad basta con que «sea emitida en modo escrito que permita su reproducción duradera». WACKE A. «Las reformas más importantes del BGB ...», *op. cit.*, p. 704. La noción de «soporte duradero» que viene definida en ambas Directivas. En art. 3, letra m) de la Directiva (CE) n° 48/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE, *Diario de la*

naturaleza formal²⁹¹. Algunos autores no creen que beneficie al desarrollo de las comunicaciones y dificultará el comercio²⁹².

Unión Europea n° L. 66 de 22 de abril de 2008, p. 73 y el art. 2,1, letra h) de la Directiva (CE) n° 122/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, *Diario de la Unión Europea* n° L. 033, del 3 de febrero de 2009, p. 13. Se identifica con cualquier instrumento que permita al consumidor conservar información de forma que pueda ser consultada en el futuro repetidamente y pueda ser reproducida sin alteración. Por consiguiente, tienen el carácter de soporte duradero el fax, el correo electrónico, los CD, los pendrives, etc. Ya en la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia se aludía a la posibilidad de «confirmar» «por escrito o sobre cualquier otro soporte duradero» (art. 5.1) la información que, ex art. 4 de la misma, debe proporcionarse al consumidor previamente a la celebración del contrato. Un paso más dio la Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros –cuyo art. 4 dispone que «el proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales... en soporte papel u otro soporte duradero accesible al consumidor...»– en la que se define ya la noción de «soporte duradero» (art. 2, letra f).

²⁹¹ En este sentido MIRANDA SERRANO, L. M. «La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores...» *op cit.*, p. 18.

²⁹² «La exigencia de firma o de envío de acuerdo por escrito puede constituir un grave obstáculo para el desarrollo de sectores como el de las telecomunicaciones, uno de cuyos pilares de negocio ha sido la portabilidad, que para telefonía móvil se debe realizar en el plazo de un día. En este nuevo contexto, la grabación sonora no servirá para probar la emisión del consentimiento contractual y correlativa vinculación del cliente al contrato, ni como justificante del cumplimiento de los deberes de confirmación de la oferta (arts. 8.1

Dicha afirmación no debe ser compartida ya que se dotará a la institución de la contratación a distancia de mayor seguridad jurídica, de forma que el consumidor podrá formar su consentimiento de forma más adecuada.

En España el nuevo TRLGDCU aborda la contratación a distancia de bienes y servicios y propone un sistema que proteja a los consumidores y no implique cargas excesivas para los empresarios. Se trata de un modelo consensuado entre el Ministerio de Sanidad, a través del Instituto Nacional de Consumo, y el Ministerio de Industria. En los casos en los que la empresa contacte con el consumidor telefónicamente para formalizar el contrato, deberá confirmar la oferta por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor, en un soporte duradero. La oferta no será vinculante hasta que el consumidor haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito ya sea en papel, por fax, correo electrónico o por un mensaje de SMS (*ex art. 98.6 TRLGDCU*). Así se garantiza que el consumidor forma adecuadamente su consentimiento y acepta la recepción de la información precontractual preceptiva, algo que no es posible si el proceso completo se lleva a cabo en una única conversación telefónica. Con estas novedades se articula la nueva regulación de un sector en auge, con una regulación que

Directiva y 98.1 Anteproyecto) ni del contrato (arts. 8.7 Directiva y 98.7 Anteproyecto)» *Vid.*, en MENDOZA LOSANA, A. «Inminente reforma de Ley de Consumidores», *Revista de Derecho de Consumo CESCO*, p. 4.

supondrá un avance para salvaguardar los derechos de los consumidores y, a la vez, resultará positivo para las empresas, pues les dota de seguridad jurídica e impulsará el consumo de bienes y servicios mediante el uso de las nuevas tecnologías²⁹³.

2.2 Deber de confirmación de contrato

En los casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con el consumidor para formalizar un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor 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 (*ex art. 98.6 TRLGDCU*). Se pretende con ello garantizar adecuadamente la recepción de la información precontractual obligatoria y asegurar, de este modo, que el consumidor conoce lo que está aceptando, algo que no es posible si el proceso completo se realiza en una única

²⁹³ *ex art. 98. 5 y 6 TRLGDCU y Leyes complementarias por el que se aprueba el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, julio 2012, p. 26.*

conversación telefónica²⁹⁴. Como se ha explicado *ut supra*, se considera que en caso de incumplimiento del deber de envío del justificante de la contratación, el usuario podrá resolver en cualquier momento y sin penalización²⁹⁵.

3. EFECTO PROBATORIO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA. SUSCRIPCIÓN Y FIRMA ELECTRÓNICA. ALUSIÓN AL BGB ALEMÁN

El documento en soporte electrónico, informático o telemático es un documento que despliega los mismos efectos jurídicos que cualquier otro de papel. En este sentido en sede penal se plantea la dificultad de acreditar la autoría material del ilícito penal ya que las operaciones no fueron realizadas con el *password* del imputado (*ex art. 26 del código penal, CP*)²⁹⁶. La

²⁹⁴ *Vid.*, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. «Los requisitos formales de los contratos...», *op. cit.*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 7, 2014, Aranzadi Insignis Digital (última visita 22 de noviembre de 2014).

²⁹⁵ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 22 abril de 2008, Ref. Aranzadi, - n° 206324. FJ 2°. Además según la Audiencia de Barcelona carece de relevancia que el contrato se resuelva por el usuario del servicio como es el caso, o por el titular de la línea en la que se efectúan los cargos del servicio. No debe confundirse la legitimación procesal para instar la resolución contractual, con la facultad extrajudicial para resolver las obligaciones a través de mandatario.

²⁹⁶ *Vid ad ex.*, en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2009, Ref. El Derecho. -n°397. FJ 3°. se constata que la operaciones no fueron realizadas con el *password* del acusado. En este sentido la Sentencia Tribunal Supremo de 25 de junio de 1999 afirma

jurisprudencia ha ido incorporando los avances tecnológicos como el formato electrónico en la medida que eran parte de la realidad social y que el Derecho no puede dejar sin de interesarse por esta cuestión.

Se da plena validez al formato digital de los documentos, así el Tribunal Supremo respecto a la documentación de juicio oral que examina el art. 743 de la LECrim, firma el acta electrónica no realizándose de forma escrita, sino que su contenido se hizo a través de las teclas del tabulador, imprimiéndose en la memoria o disco duro del ordenador que almacenaba las sesiones del juicio oral²⁹⁷. «Se da carta de naturaleza al soporte electrónico utilizado o ya que el documento electrónico imprime en *«las neuronas tecnológicas»* de forma indeleble aquello que ha querido transmitir por el que maneja los hilos que transmiten las ideas, pensamientos y realidades de los que se quiere que quede constancia»²⁹⁸.

que no existe falsedad documental ya que no se ve afectada la autenticidad del documento si declaración de voluntad es atribuida a quien realmente la suscriben.

²⁹⁷ Todo ello de conformidad con el art. 26 del Código penal, art. 135.5 y 146.2 LECiv y el art. 230 de LOPJ

²⁹⁸ En crónica de Jurisprudencia del Sala 2ª del Tribunal Supremo 2009-2010. El Derecho Ref. - n° 263877. La autenticidad del documento electrónico «es tan firme que supera la realidad que puede visualizarse en documento escrito. Y el documento electrónico adquiere, según las formas de materializarse, la posibilidad de adquirir las categorías tradicionales de documentos privados, oficiales o públicos, según los elementos técnicos que se incorporen para su uso y materialización.

En la parte general de BGB alemán existen dos modalidades en cuanto a la elección de la forma; a) Por un lado la exigencia de la forma escrita puede sustituirse por la forma electrónica art. §126a del BGB, en lugar de la firma manual podrá utilizar la firma electrónica autorizada. Pero es evidente que dicho procedimiento es bastante complicado y no todas las personas físicas la puedan utilizar. Además, en algunos casos la exigencia de la firma electrónica autorizada, como medida de carácter tuitivo, debe quedar excluida²⁹⁹; b) por otro lado, para que la declaración de voluntad realizada mediante la forma textual *ex* art. 126b BGB³⁰⁰ despliegue efectos, es suficiente que «sea emitido de modo escrito que permita su reproducción de forma duradera», y que su emisor y la propia declaración puedan ser conocidos. Para lo cual solo es necesario la recepción

La Ley 34/2002, de 11 de julio de LSSICE consagra la validez del contrato electrónico lo que dota a los resortes informáticos de la misma validez que los soportes tradicionales». En Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2009 Ref. El Derecho, -n° 276019.FJ1°.

²⁹⁹ En el caso de asunción de la fianza § 766.2 BGB alemán se excluye la firma electrónica como forma de suscribir un contrato de afianzamiento.

³⁰⁰ *Ex* art. 126b BGB «Si la ley prescribe una determinada forma textual, la declaración debe ser expresada en un documento o en cualquier otro soporte documental duradero apto para contener lo escrito, debe mencionar la persona que efectúa la declaración y confirmar la declaración mediante la firma hológrafa o de otra manera reconocible».

en el ordenador del receptor, forma textual (*Textform*), que significa forma electrónica la declaración es válida mientras la ley no establezca lo contrario BGB *ex art.* 126.3 «La forma escrita puede ser suplida por la forma electrónica, si de la ley no resulta lo contrario». Así sucede en las declaraciones de voluntad de naturaleza cuasinegocial en las que la función de suscripción ológrafa tiene menor trascendencia³⁰¹. También en las meras ofertas o declaraciones de revocación incluso en ciertos negocios jurídicos como la elevación de la renta del arrendamiento *ex art.* 588.1 BGB

³⁰¹ *Vid.*, DE LA TORRE OLID, F. «Actualidad de los cuasi contratos. Revitalización del art. 1981 cc para la tutela de los consumidores en el sector financiero», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 739, septiembre 2013, pp. 2951-2982.

§ V. INFORMACIÓN A PROPORCIONAR EN LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA

El principio de Derecho romano *emptor curiosus esse debet* (viene a afirmar que toda parte interesada para estar segura debe tener toda la información relevante antes de la celebración del contrato) mediante el cual se fundamentan todos los sistemas jurídicos continentales³⁰².

El Derecho no sólo procura la protección del consumidor con carácter previo a la contratación mediante las normas concurrenciales, sino que el legislador a través de ciertas normas interviene en la etapa previa a la celebración del contrato de consumo en dos ámbitos: a) consagrando normativamente el principio de la integración publicitaria del contrato; b) imponiendo al empresario o profesional determinados deberes precontractuales de información³⁰³.

³⁰² *Vid.*, NORDHAUSEN SCHOLLES, A. «Information requirements», HOWELLS, G. Y SHULZE, R. *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier, Munich, 2011, p. 213

³⁰³ *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. Y PANIAGUA ZURERA, M. «La protección de consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial», AAVV MIRANDA SERRANO, L. M. Y PAGADOR LÓPEZ, J. *Derecho privado de los consumidores*, Marcial Pons, 2013, Madrid. Aranzadi Insignis Digital (última entrada 22 de noviembre de 2014)

La información otorgada al consumidor es un instrumento esencial para la protección de éste, permitiendo la adecuada formación de la voluntad contractual. Además desempeña otra función básica que es la de ser fuente de integración del contrato³⁰⁴.

La protección otorgada al consumidor se materializa principalmente a través de dos mecanismos que son: por un lado el reconocimiento a éste del desistimiento *ad nutum* en un plazo establecido (del que se hablará posteriormente); y por otro, la obligación del empresario de aportar una información a favor del cliente, y la integración en el contrato de la oferta promocional o la información. Todo ello sin perjuicio de otras medidas adoptadas como son la necesidad de consentimiento expreso del consumidor (*ex art. 101.1 TRLGDCU*)³⁰⁵ y la

³⁰⁴ Así lo establece el propio art. 61.2 TRLGDCU, el contenido de la oferta, promoción y publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas y económicas y las garantías otorgadas a favor de los consumidores, aunque no vengan reflejadas en el contrato celebrado o comprobante, deberán de tenerse en cuenta en la determinación del conformidad con el propio contrato. Esta doble función cobra especial relevancia a la hora de determinar las consecuencias ante una información insuficiente, que se derive en error al contratante, o no se adecue a las características del bien o servicios prestados. *Vid.*, SERRANO FERNÁNDEZ, M. Y REYES SÁNCHEZ LERÍA, R. «Del Código Civil a las directivas comunitarias: un recorrido por el deber de información precontractual al consumidores», *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, N° 31, mayo-agosto 2013, p. 46.

³⁰⁵ Redactado conforme Ley 3/2014, de 27 de marzo de 2014.

prohibición del empresario de envíos no solicitados (*ex art. 101.2 TRLGDCU; art. 66 quáter; derogado art. 42 LOCM*). Además del cumplimiento del empresario de las obligaciones inherentes al propio contrato, como es la entrega del bien o prestación del servicio objeto del mismo.

La naturaleza del contrato celebrado a distancia es formal³⁰⁶. Así la nueva redacción del art. 98.6 TRLGDCU que establece como requisito *ad solemnitatem* el «el consumidor sólo quedará vinculado mediante firma o envío de acuerdo por escrito». Una de sus peculiaridades es la existencia de un claro desequilibrio informativo del consumidor, ya que éste carece de información necesaria. El legislador ha intentado evitar dicha situación imponiendo al empresario unos *deberes o cargas precontractuales* de información, destinadas a que el consumidor pueda decidir libremente. Solo si se garantiza que el adquirente de bienes y servicios cuente con los datos oportunos para poder comparar las distintas ofertas, se puede entender que la decisión adoptada es verdaderamente libre³⁰⁷.

³⁰⁶ Pese a que el Derecho romano afirmaba *eadem vis est taciti atque expressi consensus*-igual fuerza tiene el consentimiento tácito que el expreso-. En NICOLIELLO, N. Diccionario de latín jurídico, Euros Editores, Montevideo, 2004, p. 79. En el presente caso no se debe entender como válido el consentimiento tácito debida a la naturaleza del propio contrato a distancia.

³⁰⁷ *Vid.*, SANTOS MORÓN, M. J. «Información precontractual, forma y prueba del contrato» en AAVV (Coord.) BOTANA GARCÍA, G. Y RUIZ

1. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO CON LOS CONTENIDOS PUBLICITARIOS Y PROMOCIONALES.

La existencia de obligaciones contractuales de información entre las partes no corresponde exclusivamente a los consumidores, aunque es cierto que los contratos se integraran en beneficio del consumidor (todo ello presidido por el principio de buena fe objetiva *ex art. 65 TRLGDCU*).

1.1 El principio de veracidad en la actividad publicitaria y promocional

La actividad publicitaria y promotora de la contratación debe ser presidida por el principio de veracidad. El art. 61.1 TRLDCU establece que la promoción y publicidad de los bienes y servicios han de ajustarse a su naturaleza, características, utilidad o finalidad, así como a las condiciones jurídicas y económicas en que se desarrolle la contratación. Aunque el TRLGDCU no regula dicho principio ni remite a «las disposiciones sobre publicidad», si lo hacía el derogado art. 8 LGDC que es el precedente del actual art. 61 TRLDCU.

La Ley de Competencia Desleal (LCD) regula el engaño en general (arts. 5 y 7) y los casos especiales de engaño en el ámbito

de las relaciones de consumo (arts. 19 y ss.)³⁰⁸. Además, téngase en cuenta que actualmente la LGP remite a la LCD en lo que se refiere a la publicidad engañosa (*ex art. 3 LGP*)³⁰⁹.

1.2 El principio de la integración publicitaria del contrato

El principio de integración publicitaria del contrato trata de anudar los efectos entre lo ofrecido publicitariamente y lo exigible negocialmente. Así se otorgan efectos jurídicos a las propuestas comerciales públicas realizadas mediante la publicidad por los empresarios.

La información precontractual que se proporcione al consumidor vincula al empresario de forma que el consumidor puede obligar al cumplimiento de las condiciones ofrecidas en la oferta promoción y publicidad previas, incluso en el caso de que no consten en el propio contrato (*ex art. 8 d) TRLGDCU*)³¹⁰.

³⁰⁸ España. Ley 3/1991 de 3 de enero de 2009, de Competencia Desleal, *Boletín Oficial del Estado*, de 11 de enero de 1991, n.º 10

³⁰⁹ España. Ley General de Publicidad 34/1988, de 11 de noviembre, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 274, de 15 de noviembre de 1988, p. 32465.

³¹⁰ *Vid.*, FONT GALÁN, J. A. «El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios», en FONT GALÁN, J. A. Y LÓPEZ MENUDO, F. *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1999, p. 75; TORRES LANA, J. A. «La integración de la publicidad en la oferta contractual y turística», AAVV, *Turismo y defensa del consumidor*, Jornadas jurídicas, Palma de Mallorca, 1991, p. 78; PASTOR TEMPERE, M.

Aunque no sólo se contiene en preceptos como en el art. 61 TRLDCEU, sino en otros ámbitos del ordenamiento jurídico como en el art. 153 TRLDCEU en materia de viajes combinados y en el art. 3 del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra y arrendamiento de viviendas³¹¹.

Tradicionalmente se ha entendido que la publicidad tenía un valor de oferta pública, esto es, una declaración de voluntad destinada a un consumidor con el fin de permitir la contratación, para lo cual solo se requerirá el consentimiento del destinatario. El Tribunal Supremo español ha admitido la posibilidad de considerar las declaraciones publicitarias como oferta contractual³¹².

C. «El viaje combinado en el RD 1/2007 Texto Refundido Ley General de Defensa de Consumidores y leyes complementarias», *Cuadernos de Turismo*, N° 25, 2010, p. 112.

³¹¹ Real Decreto 515/1989, de 21 de abril de 1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra y arrendamiento de viviendas, *Boletín Oficial del Estado*, de 17 mayo de 1989, n° 117, p. 14506.

³¹² En Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2011, Ref. La Ley n° 111564, FJ 1°. «El folleto litigioso no responde, o al menos únicamente, a una mera función de promoción, sino que constituye una auténtica oferta publicitaria en tanto que se trata de una información concreta, que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes, y que, si cabe entender que no es oferta en sentido «estricto» (en cuanto que no recoge todos los elementos esenciales Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1.993 y 28 de enero de 2.000, entre otras), resulta incuestionable su

La *ratio essendi* de la relevancia jurídico-privada que el art. 61 TRDCU otorga a la actividad publicitaria y promocional en sede de consumo, no consiste en considerar que la publicidad es una verdadera oferta contractual. En puridad, los mensajes publicitarios sólo pueden entenderse dentro del concepto de oferta al público o *ad incertam personam* cuando reúnen de modo acumulativo las exigencias propias de la oferta negocial. Únicamente cuando en la comunicación publicitaria se manifieste la intención real del anunciante de celebrar el contrato (requisito subjetivo de la oferta) y, además, se contengan en ella todos los elementos esenciales del negocio que se propone (requisito objetivo de la oferta), será posible hablar de comunicación publicitaria constitutiva de una auténtica oferta contractual (*rectius*, oferta al público o *ad incertam personam*)³¹³.

En el Derecho comparado se ha de precisar que una de las diferencias más importantes entre España y Alemania en el derecho de contratos es que Alemania existe la *inivitatio offerendum*. Por tanto los anuncios normalmente no son

importancia desde la perspectiva de la integración contractual (*ex art. 1.258 cc* dada su repercusión relevante en la formación del consentimiento).

³¹³ *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. Y PANIAGUA ZURRERA, M. «La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial», AAVV MIRANDA SERRANO, L. M. Y PAGADOR LÓPEZ, J. *Derecho privado de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

considerados como oferta vinculante, más bien como invitación para realizar una oferta. Aunque en distinto sentido el propio Tribunal Supremo alemán (BGH) resolvió un supuesto en el que las partes celebraron un contrato por internet, en el que se establecía una condición general en la que la preparación de la oferta realizada por internet, el vendedor acepta la oferta más elevada³¹⁴. De tal forma que el BGH dispuso que el «clic» del ratón puede ser una declaración de voluntad eficaz. Si el vendedor acepta por adelantado la proposición más alta se verá compelido, esto es, será solo una mera *invitatio offrendum*, sino que representa una oferta vinculante y el contrato despliega plenos efectos jurídicos³¹⁵.

El profesor MORALES MORENO afirma que el declaracionismo «se concreta, a menudo en una tendencia que podríamos denominar documentalista, que tiende a identificar al contrato como documento. Según ésta solo es contrato lo que se plasma en el documento dando valor de elemento principal de expresión de voluntad. La consecuencia es que tal declaración de voluntad queda aislada de otras coetáneas o anteriores». Posteriormente el voluntarismo determina en sus términos más puros que sin voluntad no hay contrato y sin

³¹⁴ Vid., PFORTZSCH, B. «Crónica de jurisprudencia alemana sobre comercio electrónico y sociedad de la información», *Revista de Derecho y nuevas tecnologías*, N° 9, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 5.

³¹⁵ Alemania. Sentencia Tribunal Supremo BGH de 7 de noviembre de 2001, Urteil ref. n° VIII ZR 13.

contrato no hay obligación, lo cual conduce a que el sujeto únicamente se vincule en la medida que quiera vincularse. Por lo que las afirmaciones expresadas directamente al comprador o por medio mensaje publicitario en principio no le vinculan³¹⁶. Aunque existen excepciones, a saber: a) cuando existe buena fe³¹⁷ y el vendedor manifiesta la voluntad de hacer vinculantes sus afirmaciones; b) en el caso de que no exista buena fe cuando el vendedor actúa dolosamente llevando anudada la responsabilidad (*ex art. 1.270 y 486 cc español*); c) en último lugar, cuando una norma jurídica anuda el efecto de la vinculación.

La teoría del voluntarismo con determinadas excepciones se manifiesta en el art. 1258 cc español en el que los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe. Lo cual faculta para poder exigir lo que no ha sido requerido por una de las partes, siendo preciso únicamente invocar la buena fe. La cuestión fundamental que subyace es si la conducta maliciosa de una de las partes pudiera dar lugar a algún tipo de responsabilidad. Es opinión extendida que a pesar de que los tratos y negociaciones previas no obliguen a

³¹⁶ *Vid.*, MORALES MORENO, A. M. «Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8 LGDCU)» *Homenaje a Juan Berchmans Vallet Goytisolo, Consejo General del Notariado*, Vol. 8, 1992, Madrid, p. 673.

³¹⁷ *Ex art. 65 TRLGDCU.*

las partes a celebrar el contrato, si deriva una serie de deberes cuyo incumplimiento es generador de responsabilidad³¹⁸. Se obliga a los sujetos contratantes a aportar la información con el fin de evitar un posible error (*ex art. 7.1 y 1258 cc*)³¹⁹.

2. DEBERES DE INFORMACIÓN PREVIA A LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO

El mandato constitucional de protección al consumidor viene recogido en el art. 51 CE, donde se le reconoce el derecho a la información sobre los bienes, productos o servicios que el consumidor desee adquirir o contratar. El posible desequilibrio de posición entre el empresario y el consumidor ha propiciado un derecho del consumidor en el que el comerciante deberá suministrar información «antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente» según lo dispuesto por el art. 60 TRLGDCU³²⁰.

En este mismo sentido el art. 312c BGB alemán expone cuando ha de aportarse la información en sede de contratación a distancia: «Antes de la conclusión de un contrato de venta a

³¹⁸ *Vid.*, RUIZ JIMÉNEZ, J. «La ruptura de los tratos preliminares puede ocasionar responsabilidad si alguna de las partes ha actuado de mala fe», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 709, 2008, p. 2197.

³¹⁹ *Vid.*, LÓPEZ CAMARGO, J. «La publicidad engañosa en el Derecho español», *Revista de la Propiedad Inmaterial*, N° 2, 2001, p. 97.

³²⁰ Tras su nueva redacción Ley 3/2014, de 27 de marzo de 2014.

distancia, el empresario debe poner a disposición del consumidor tempestivamente, de forma clara y comprensible y con expresión de la finalidad del negocio...»³²¹.

El art. 51.2 CE recoge el mandato dirigido a los poderes públicos para que promuevan una información adecuada³²². El deber de aportar la información precontractual se basa en la existencia de un *desequilibrio informativo* que obliga a una de las partes (el cual posee mayor información con un menor coste). Se exige que el contenido de la oferta, promoción o publicidad, prestaciones jurídicas o económicas o garantías ofrecidas sean exigibles, aunque no consten el propio contrato o en documento comprobante, y deberá tenerse en cuenta el principio de conformidad con el contrato (*ex art. 61.2 TRLGDCU*). Sin perjuicio de ello, si en el contrato se advirtieran cláusulas más beneficiosas éstas prevalecerán sobre la publicidad o promoción (*ex art. 61.3 TRLGDCU*).

³²¹ De forma similar el BGB 321c. *Vid.*, LAMARCA MARQUÉS, A. AAVV LAMARCA MARQUÉS, A. Y DOLHER, N. Y KIRCHEIM, P. *Código civil alemán y Ley de introducción al Código civil*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

³²² El art. 51.2 CE «los poderes públicos promoverán la información y educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos en los términos que la ley establezca». En el ámbito de la UE el Derecho de información fue reconocido como derecho básico de los consumidores en base a resolución del Consejo de CEE, de 14 de abril de 1975, del programa preliminar de la CEE para la política de protección e información de los consumidores. Véase art. 153 TCE.

En definitiva este tipo de medidas adoptadas en la contratación a distancia, propiciarán una mejora de los canales de contratación dando paso a un nuevo modelo en el que muchos de los intermediarios irán desapareciendo especialmente aquéllos que no se adapten a los nuevos tiempos. Las diferencias en materia contractual, los costes de transacción adicional y la complejidad de las operaciones transfronterizas frenan el desarrollo del mercado electrónico dentro de la UE. Por otro lado la desconfianza del consumidor, motivada por la inseguridad en la aplicación de la normativa y la incertidumbre en la aplicación de la jurisdicción de los posibles litigios de los negocios realizados electrónicamente son obstáculos que impiden la consolidación del mercado interior en la UE ³²³.

El comercio electrónico mejorará la interacción del mercado de la UE por lo que las reformas realizadas por el legislador europeo mediante la Directiva 2011/83, y la sazón la transposición llevada a cabo por el legislador español mediante la nueva reforma de la TRLGDCU, es un paso muy positivo para lograr la consolidación de un verdadero mercado europeo.

La Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el TRLGDCU, es aprobada con el fin de transponer a nuestro

³²³ *Vid.*, PASTOR SEMPERE, M. C. «Incidencia a de las tecnologías de la información (TIC'S) y de las políticas de la Unión Europea en materia de mercado interior y de defensa de consumidores y usuarios en la contratación de viajes combinados», *Revista de Derecho Mercantil*, N° 288, 2013, p. 29.

acervo legislativo interno la Directiva 2011/83. La citada Directiva «de máximos» había derogado la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia. Entre otras novedades significativas, incluye por lo que aquí interesa, los requisitos formales que se deberán observar en los contratos a distancia (*ex art. 8 Directiva 2011/83*).

En el TRLGDCU tras la reforma operada por la Ley de transposición, regula expresamente los deberes formales que se imponen al empresario que contrata a distancia, diferenciando, cuando proceda, si se trata de un contrato electrónico o un contrato celebrado a través de una técnica de comunicación a distancia, en la que el espacio o el tiempo para facilitar la información precisa al consumidor son limitados. Incluso dentro de éstos últimos añade algunas otras particularidades si se trata de un contrato concluido telefónicamente³²⁴.

³²⁴ *Vid.*, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. «Los requisitos formales de los contratos...», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N^o 7, 2014, Aranzadi Insignis Digital (última visita 22 de noviembre de 2014).

2.1 Referencia a la perfección del contrato especial consideración a los contratos celebrados entre personas no presentes

El *iter* contractual consta de distintas fases si bien la doctrina clásica establece tres fases principalmente-generación, perfección y consumación-aunque hay autores que prefieren añadir una cuarta intercalar entre la perfección y consumación la correspondiente a la eficacia ³²⁵.

La perfección del contrato es fruto de la concurrencia de la oferta y la aceptación, ambas declaraciones de voluntad recepticias. Existen algunas cuestiones de interpretación conflictivas que deben de abordarse. Asimismo se le añaden no sólo un espacio temporal sino un distanciamiento en el tiempo³²⁶.

³²⁵ Vid., BERNAD MAINAR, R. «En torno a la naturaleza jurídica del precontrato», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 742, p. 354.

³²⁶ En principio, parece no existir precedente en Derecho romano, BLONDO BIONDI, *Contratto e stipulatio*, corso di lezioni Milano, Giuffrè, 1953, p. 312, aunque otros autores como ROVIRA MOLA, A. Y PALOMAR BARÓ, A. «Problemas de la contratación entre personas distantes», *Anuario de Derecho civil*, Vol. 11, N° 1, p. 151 indican que, con carácter general, se afirman los negocios jurídicos entre ausentes estaba contemplado en el Derecho romano, «según lo atestiguan los diversos fragmentos que aluden a la posibilidad de perfeccionar convenciones entre ausentes, por mensajero (*nuntius*) o por carta (D, II, 4, 2; XVII, I. 62 & I; XLIV, 7, 38)». Dichos negocios no formales no requerían la presencia simultánea de las partes: «...Los contratos procedentes del *ius gentium* eran los que precisamente admitían su perfeccionamiento

Fruto del constante avance tecnológico en los últimos años, los contratos celebrados a distancia se han incrementado progresivamente, sobre todo los realizados por correo electrónico y vía telefónica. Ésto ha derivado en un aumento de las reclamaciones. Por ello ha de retomarse una cuestión tan antigua como actual, la de determinar el momento de la perfección del contrato. Dicho extremo determinará el límite de la retroactividad convencional³²⁷ o el plazo para desistir (en sede de contratación a distancia).

Antes de abordar la problemática de determinar el momento de la perfección, es necesario acotar previamente conceptos. Por ello no parece acertado nombrar «contratación entre ausentes», sino como apunta la profesora MARTÍNEZ GALLEGO «contratación entre personas no presentes» ya que en

inter absentes, por carta o mensajero.». Aunque las *Instituciones* ya contemplaban dicha posibilidad en su Título 22.1 con referencia a la obligación consensual y señalan: «se dice que la obligación se contrae en estos casos por el mero consentimiento, porque no requiere en absoluto la redacción de un escrito ni la presencia de los contratantes...»; en el 22.2 añaden: «por tanto, esta clase de contratos también se celebra entre ausentes, utilizando una carta o un mensajero» *Vid.*, HERNÁNDEZ-TEJERO, F. *Instituciones de Justiniano*, Universidad de Madrid, Madrid, 1961, p. 197.

³²⁷ *Vid.*, ROGEL VIDE, C. «Momento y lugar de formación del contrato», *La Ley*, N° 4, 1982, p. 1253.

sede de contratos la perfección ha de referirse a «los separados o distanciados sin posibilidad de comunicación oral»³²⁸.

Por lo expuesto anteriormente el término «ausentes» no parece el más apropiado, máxime cuando tal concepto se encuentra reservado jurídicamente para el supuesto de ausencia legal³²⁹.

Serán las reglas relativas a la contratación postal las que sirvan de criterio aproximativo para resolver los supuestos en los que se utilice otro medio de comunicación (correo electrónico, sms o teléfono), como vía para transmitir las declaraciones de voluntad constitutivas de toda oferta y aceptación. Pero antes de analizar el art. 1.262 cc y tratar de darle una interpretación acorde con las necesidades del tráfico jurídico actual, debemos trazar las líneas básicas de las distintas corrientes o tesis que tratan de dar solución al problema de la contratación entre sujetos no presentes³³⁰.

El ordenamiento español acoge la teoría de la recepción (*Empfangstheorie*), en la que el contrato se entiende perfecto desde que la aceptación llega al oferente, independientemente

³²⁸ *Vid.*, MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. La formación del contratos a través de la oferta y la aceptación, Marcial Pons, 2000, El Derecho Digital (última visita 24 de noviembre de 2014); GALLART CASES, R. «El momento de la perfección entre ausentes», *Revista jurídica de Cataluña*, 1960, p. 290.

³²⁹ *Vid.*, MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. «La formación del contratos...», *op. cit.*, El Derecho Digital (última visita 24 de noviembre de 2014).

³³⁰ *Ibidem.*

de que éste la conozca o no. Sólo precisa que la declaración llegue a poder del oferente, de modo que en condiciones ordinarias, éste pueda conocer su contenido. Se trata de evitar la desigualdad en la que se coloca a las partes contratantes y se basa en un hecho objetivamente verificable, como es la llegada de la declaración al oferente, que desde ese mismo instante puede tomar conocimiento. Ésta teoría persigue la distribución del riesgo: aunque el oferente desconozca que la aceptación de su oferta que ha sido recibida por su parte, recibirá el mismo tratamiento jurídico que en el caso de que efectivamente tenga conocimiento de ella³³¹. Ésta es la tesis que acoge el BGB alemán, cuyo art. § 130.1, dispone que la declaración de voluntad, aquí referida a la aceptación, que se emite a un ausente se hace «eficaz en el momento de su recepción»³³². Ha de entenderse como toma de posesión de la declaración misma, del contenido de su pensamiento. Apunta ENNECCERUS que «la declaración ha llegado tan pronto como ha entrado en la esfera de poder del destinatario, de suerte que éste puede procurarse en la normal

³³¹ *Vid.*, MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. La formación del contratos, *op. cit.*, El Derecho Digital cap. III (última visita 24 de noviembre de 2014).

³³² Alemania. *Ex art.* 130.1 BGB «Una declaración de voluntad que debe emitirse frente a otro, si se emite en su ausencia es eficaz en el momento de su recepción. No es eficaz si antes o al mismo tiempo le llega al otro una revocación». *Vid.*, LAMARCA MARQUÉS, A. Y ARROYO AMAYUELAS, E. Y DOLHER, N. Código Civil alemán y Ley de introducción al código civil, Marcial Pons, El Derecho Digital, <http://goo.gl/RuJNSd> (última visita 24 de noviembre de 2014).

estructura de sus condiciones el conocimiento del contenido de la declaración y, conforme a los usos del tráfico, tiene que esperarse que haya tomado conocimiento»³³³.

El Capítulo 3 de la normativa común de compraventa europea se ocupa de las cuestiones relativas a la perfección del contrato como acuerdo. En el régimen tradicional del *Common Law*, un contrato se entiende celebrado cuando concurren los siguientes requisitos (*ex art. 30.1 Derecho Común Europeo de Compraventa*, en adelante CELS): a) existencia de acuerdo de voluntades entre las partes; b) las partes tienen la intención –que se determinará, en caso de duda, en función de los criterios de interpretación del contrato (*ex art. 30. 3 CELS*)– de que el acuerdo despliegue efectos jurídicos³³⁴; c) el acuerdo está

³³³ *Vid.*, ENNECERUS, L. Derecho civil, Parte general, 3.^a ed., Vol. II, primera parte, Bosch, Barcelona, 1981, p. 233.

³³⁴ El carácter objetivo o subjetivo de la intención de las partes fue una de las cuestiones más discutidas por el grupo de expertos (La Comisión Europea crea un grupo de expertos cuya función es asistir a ésta en la propuesta de un *Marco Común de Referencia* en el ámbito de Derecho contractual europeo incluido el Derecho mercantil y de consumo *Vid.*, *Diario Oficial del Unión Europea*, de 26 de abril de 2010, n° L 105) pues, en las relaciones entre empresas y consumidores, es muy frecuente que los consumidores no sean conscientes de que están celebrando un contrato vinculante. El grupo de expertos se decantó, finalmente, por un estándar objetivo para determinar la intención de las partes, en la línea que habían adoptado el Marco Común de Referencia (DCFR) y los principios de Derecho contractual europeo (PECL). *Vid.*, *Commission's synthesis of the first meeting on 21 May 2010* y la *Commission's synthesis of the second meeting on 24 June*

dotado de contenido y certeza suficientes para otorgar efectos jurídicos.

El sistema del *Common Law* pese a establecer como regla general que la aceptación sólo es completa si se comunica al oferente, tiene en cuenta la llamada «excepción postal», que regula el caso en que exista distancia entre oferente y destinatario de la propuesta. Si el oferente no ha exigido lo contrario, al realizar su oferta por correspondencia, y si la contestación se realiza de igual modo, el contrato habría de entenderse concluido en el instante en que la carta que contiene la aceptación se entrega al correo. La consecuencia de aplicar este sistema es que la perfección del contrato, incluso ante la pérdida o demora de la comunicación en el correo o ante la revocación anterior a la comunicación, existiendo entrega de la aceptación al correo antes de recibir la declaración que contenga la revocación³³⁵. En ocasiones el concurso de voluntades puede

2010. *Vid.*, GÓMEZ POMAR, F. Y GIL SALDAÑA, M. «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo...», *op. cit.*, p. 16.

³³⁵ *Vid.*, LAMBERT, J. «La formación de contratos: comunicación de la oferta y de la aceptación. La postura de la *Common Law*», en AAVV. *La validez de los contratos negociados internacionales negociados electrónicamente*, Centro de estudios comerciales, Madrid, 1989, pp. 58-60, donde se puede leer que «una mejor explicación de la regla de que la aceptación surte efecto en el momento del envío es que la persona a quien se hace la oferta necesita una base segura para tomar su decisión de aceptar. En muchos sistemas legales, dicha base proporciona la regla general de que una oferta es irrevocable a no ser que lo disponga

venir precedido de una fase previa más o menos larga y compleja por lo que será preciso calificar jurídicamente el comportamiento de las partes.

2.1.1 Oferta

Según la normativa europea, una propuesta para celebrar un acuerdo tiene la consideración de oferta cuando se emite con intención de contratar en caso de aceptación y tiene un contenido y certeza suficientes como para que exista un contrato (art. 31.1 CELS). Las ofertas pueden dirigirse a un destinatario singular o general (art. 31.2 CELS), si bien en este último caso los ofrecimientos públicos de mercancías en catálogos, propuestas comerciales o establecimientos únicamente constituirán una oferta por el stock disponible (art. 31.3 CELS). En términos generales, la oferta solo será revocable si la revocación llega al destinatario de la oferta antes de que haya emitido su aceptación (art. 32.1 CELS). Con todo, dicha revocación no surtirá efectos si la oferta indicaba que era irrevocable, establecía un plazo determinado para su aceptación o su destinatario tenía motivos razonables para creer que la oferta era irrevocable y

de otro modo. El *Common Law* proporciona dicha base mediante la regla de que la revocación de una oferta queda sin efecto si se recibe después de que la aceptación haya sido adecuadamente enviada». Ha de tenerse en cuenta que en Gran Bretaña la excepción postal se ha ampliado hasta el momento sólo a las aceptaciones comunicadas por telegrama.

actuó con base en esa confianza (art. 32.3 CELS). Finalmente, la oferta se extinguirá cuando el oferente reciba el rechazo de la misma (art. 32 CELS).

2.1.2 La aceptación

La normativa común de compraventa europea entiende por aceptación cualquier declaración o conducta del destinatario de la oferta que indica conformidad con la misma, sin que el silencio o la inactividad puedan tener por sí solos dicha consideración (art. 35 CELS). La aceptación despliega sus efectos cuando es recibida por el oferente en el plazo establecido por la oferta o, a falta de plazo específico, dentro de un plazo razonable desde su realización (art. 36 CELS). Las aceptaciones tardías son válidas y producirán efectos si así lo comunica el oferente al destinatario en la máxima brevedad posible. Además, si se consigue demostrar que la carta o comunicación que contiene la aceptación tardía habría llegado al oferente dentro del plazo fijado por la oferta si la transmisión se hubiera realizado de manera normal, la aceptación será válida salvo que el oferente comunique sin demora al aceptante que la oferta se ha extinguido (art. 37 CELS). La aceptación que establezca o implique cláusulas contractuales adicionales o diferentes que alteren en lo esencial los términos de la oferta –como las relativas al precio, la calidad y cantidad de los bienes, el momento y lugar de la entrega, el alcance de la responsabilidad o la resolución de litigios– será una contraoferta (art. 38.1 y 2

CELS). Si dichas cláusulas no alteran en lo esencial los términos de la oferta, la aceptación será válida y las cláusulas pasarán a formar parte del contrato (art. 38.3 CELS). Ahora bien, la aceptación se interpretará como un rechazo en los siguientes casos: (i) si la oferta es limitaba expresamente la aceptación a los términos de la misma; (ii) el oferente se opuso sin una demora injustificada a aquellas cláusulas contractuales adicionales o diferentes; o (iii) el destinatario condicionó su aceptación a que el oferente aprobara tales cláusulas y dicha aprobación no llegó en un plazo razonable. (art. 38.4 CELS).

En definitiva se debe entender perfeccionado el contrato conforme con al criterio de la recepción, así los contratos que se rigen por la normativa común de compraventa europea se entienden perfeccionados cuando el oferente recibe la aceptación del destinatario de la oferta (art. 35 CELS).

2.2 Deber de información en la Directivas de la UE

2.2.1 Consideraciones generales

En general son pocos los estados miembros de la UE en los que en materia de consumo tenían regulado el deber de información general antes de la Directiva 2011/83/CE³³⁶. Junto

³³⁶ Dos excepciones serían el Derecho francés y belga. En Francia el art. L.111-1 de *Code de la consommation* «todo profesional que vende bienes o presta servicios, antes de la conclusión del contrato, el

con los institutos del Derecho romano como son el dolo, la violencia/intimidación y el error (*dolus, metus y error*), como regla general, los deberes de información solo tienen un carácter tuitivo cuando se celebra el contrato en determinadas circunstancias. Es el caso de la contratación a distancia, (o bien dada la complejidad [contratos de créditos o seguros]). En dichas circunstancias el consumidor tiene dificultades para ponderar la naturaleza jurídica del propio contrato. En el *Common Law* existe el principio según el cual antes de la perfección del contrato, el contratante debe solicitar la información que considere oportuna (*caveat emptor*)³³⁷. La Directiva 2011/83 debe considerarse como un avance en la configuración del Derecho del consumidor ya que incorpora aspectos que redundan en la protección del mismo.

Otra cuestión no aclarada es si la armonización plena reducirá la acción legislativa de los Estados miembros. Si la

consumidor debe conocer las características esenciales del bien o servicio». En Bélgica en su art. 30 de la Ley de prácticas de comercio sobre la información y protección del consumidor: «no más tarde del momento de conclusión de la venta, el vendedor debe aportar de buena fe al consumidor la información correcta y útil, relativa a las características del producto o servicio y de las condiciones de venta». En España *vid.*, art. 60.1 y 2 TRLGDCU.

³³⁷ *Vid.*, FLEISHER, H. *Information asymmetrie inm Vetragrescht*, Munchen, 2001, p. 813. Aunque es cierto que este principio con la inclusión de las normas *implied terms* se ha desnaturalizado y transformado en un principio *caveat venditor*.

Directiva tiene por objetivo regular de forma absoluta las informaciones que el empresario ha de aportar al consumidor. En sede de la propia Directiva los Estados de la UE no podrán legislar sobre otros deberes de información inspirados en conceptos generales como la buena fe o *culpa in contrahendo*³³⁸.

³³⁸ *Vid.*, IHERING, R. V. «Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen», 4 JhJb, 1861, pp. 1-113. a teoría de la *culpa in contrahendo* parte de la segunda mitad del siglo XIX, cuando RUDOLF VON IHERING trató de resolver la cuestión de si la parte que había cometido un error esencial en la celebración de un contrato respondía frente a la otra del daño causado por su culpa. Se ha de precisar que la *culpa in contrahendo* no solo basa su fundamento en la teoría de IHERING, sino también en los principios de buena fe y en el enriquecimiento injusto. *Vid.*, GIL WALLIN, S. «Liability under precontractual agreements under their application under colombian Law and CISG», *Nordic Journal of Commercial Law*, N°1, 2007, p. 2. Una exégesis del Derecho romano permite afirmar que la parte que ocasiona la nulidad del contrato debe responder frente a la otra del daño causado por dicha anulación. Pero no porque el contrato sea nulo, sino porque debiendo tener conocimiento de ello, no advirtió a la otra, causándole con ello un perjuicio. Dicha doctrina fue recogida por autores posteriores y desarrollada en diversos preceptos, tanto del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), como del cc y de Obligaciones suizo. Aunque en ninguno de ellos se establece como principio general de responsabilidad de la fase precontractual. Será a mitad del siglo XIX cuando dicho principio se materialice en los arts. 197 y 198 del Código civil griego (1940), primero, y en los arts. 1.337 y 1.339 del Código civil italiano, además del art. 45 del Código civil de la extinta Checoslovaquia de 1950. Posteriormente también lo harían otros códigos como el portugués o el ZGB de la República Democrática Alemana. Pero fue la jurisprudencia alemana la que considerándola como un supuesto de responsabilidad basada en la confianza

Con ánimo de evitar posibles contradicciones las cláusulas y conceptos generales deberían ser interpretados en sede de la Directiva 2011/83/CE³³⁹.

La diversidad de regímenes contractuales entre los Estados miembros de la UE perjudica al mercado interior³⁴⁰. Hasta la transposición de la Directiva 2011/83 en sede de contratación a distancia, únicamente Francia, Luxemburgo y Hungría obligaban al comerciante a indicar su número de teléfono³⁴¹. Mientras que en Alemania, Bélgica, Eslovenia,

(*Vertrauenshaftung*), creó su fundamento teórico. *Vid.*, GARCÍA RUBIO, M. Y OTERO CRESPO, M. «La responsabilidad precontractual en Derecho contractual europeo», *Revista de Análisis del Derecho InDret*, 2010, p. 5.

³³⁹ *Vid.*, EBERS, M. «De la armonización mínima al armonización plena», *Revista de Análisis del Derecho InDret*, Barcelona, 2010, p.16.

³⁴⁰ En considerandos 1 a 7 de la Propuesta de Reglamento sobre Derecho Europeo de Compraventa [COM (2011) 635 final, de 11 octubre 2011]). La Directiva 2011/83 no es una norma que regule el régimen contractual en materia de consumo, como tampoco lo fue en su gestación, ya que la versión final ha tenido un contenido que se ha visto mermado respecto a la propuesta inicial, donde se planteaba una armonización plena del régimen de venta y garantías y de cláusulas contractuales. En cordero, e. «Cómo transponer la Directiva de consumidores al Derecho español», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 1, 2012. p. 109.

³⁴¹ *Vid.*, SHULTE NOLKE, H. & BORGER, A. «Distance selling Directive 97/7» en SHULTE NOLKE, H. & FLEISHER, C. & EBERS, M. *Ec consumer Aquis Law Compendium, The consumer Aquis and its transposition in the Member States*, Sellier European Law, Munchen, 2008, p. 329.

España, Finlandia e Italia, los consumidores han ser informados de la existencia del derecho de desistimiento, y en su caso, de que tal derecho no existe³⁴².

Pese a ello el legislador europeo no ha realizado una armonización plena mediante la Directiva 2011/83, es más, según el art. 3.5 de la misma, «no se afectará a las disposiciones del Derecho contractual nacional, como por ejemplo las normas sobre validez, formalización y efectos de los contratos». Tras largo tiempo en su elaboración y su omnicompreensivo título quizás se esperaba de ésta, un carácter derogatorio de la normativa de consumo preexistente en la UE, que mejorase y coordinase en único cuerpo la normativa de consumo, aunque en opinión de algunos autores no ha sido así³⁴³. Cabe inferir que

³⁴² Ibidem.

³⁴³ Vid., CARRASCO PERERA, A. «Un mapa de situación: Directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de Derechos de los consumidores», *Revista de Derecho de consumo CESCO*, 1, 2012, p. 89. Desde el punto de vista sistemático es sorprendente que en el considerando (12) de la Directiva 2011/83/CE, la Directiva 25/2009 no sea citada junto a las Directivas 2006/123/CE de mercado interior y 2000/31/CE relativa a los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Se puede inferir que la nueva Directiva no armoniza sino que complementa y mantiene una dispersión normativa que en modo alguno ayuda a la armonización plena. Además, malogra la esencia de la propia Directiva desnaturalizando el contenido de la misma. Vid., en considerando (2) se apunta hacia una labor de «simplificar y actualizar la normativa aplicable y eliminar incoherencias y lagunas no deseables»; CORDERO, E. «Cómo transponer la Directiva de consumidores», *op. cit.*, p. 109.

el propósito de armonización plena queda bastante lejos de la realidad.

El propósito con el que se elaboró la Directiva 2011/83 fue el de eliminar las posibles barreras para mejorar los intercambios comerciales [Considerando (7) de la Directiva], en otras palabras, realizar una armonización máxima. Se regulan algunas cuestiones que se consideran «fundamentales» del *iter* contractual realizado por consumidores³⁴⁴.

La Directiva incide especialmente en la plena información precontractual de los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil considerando (5), aunque no se culmina el mencionado propósito³⁴⁵. El considerando (12) hace

³⁴⁴ En concreto, la Directiva regula las siguientes materias: a) El derecho de información de los consumidores en contratos distintos de los contratos a distancia y fuera de establecimiento (art. 5.1 de la Directiva); b) nueva regulación afecta al ámbito de aplicación del régimen propio de contratos a distancia y fuera de establecimiento art. 3.3 de la Directiva); c) efectos que el ejercicio del derecho de desistimiento en un contrato a distancia o fuera de establecimiento ha de tener en los contratos complementarios (art. 15 de la Directiva); d) régimen relativo a la obligación de entregar la cosa vendida (art. 18 de la Directiva); e) régimen de transmisión del riesgo (art. 20 de la Directiva); f) efectos que la falta de consentimiento expreso ha de tener sobre la obligación del consumidor de pagar costes adicionales (art. 22 de la Directiva); g) prohibición de cargar a los consumidores tasas por utilización de medios de pago que superen el coste asumido por el comerciante (art. 19 de la Directiva).

³⁴⁵ *Vid.*, CARRASCO PERERA, A. «Un mapa de situación: Directivas de cláusulas abusivas...» *op. cit.*, p. 89.

referencia a la Directiva de servicios de la sociedad de la información en donde se dice que «los Estados miembros deben de seguir teniendo la posibilidad de imponer requisitos de información adicionales aplicables a los prestadores de servicios establecidos en su territorio». Solo en el sentido del art. 3.2 se entiende al servicio de la sociedad de la información como un sector específico y distinto de la contratación a distancia. La Directiva 2011/83 tampoco armoniza la regulación en materia contractual a nivel interno de los Estados (*ex art. 3.5*), concretamente la validez del contrato, ni las vías de recurso generales en materia contractual (considerando 14). Según la Directiva 2011/83 antes de que el consumidor quede obligado mediante el contrato a distancia, el empresario debe de poner a disposición de aquél, la información «de forma clara y comprensible» (*ex art. 6.1, 7.1 y 8.1*) acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas³⁴⁶.

³⁴⁶ a) características de los bienes y servicios y el soporte utilizado; b) identidad del comerciante; c) dirección geográfica del establecimiento del empresario, fax teléfono y correo; e) el precio, incluidos impuestos y gastos adicionales f) coste de utilización de la técnica de comunicación a distancia sobre tarifa básica; sistema de pago, entrega y funcionamiento, con indicación de la fecha en que el comerciante se obliga a ejecutar su obligación principal, g) forma de pago, entrega y funcionamiento; h) derecho de desistimiento, condiciones, plazo y forma para ejercerlo, así como el modelo de formulario reproducido en anexo I, letra B, de la Directiva; h) cuando este derecho no exista por ser un supuesto excluido, la indicación de que el consumidor no le asiste este derecho; i) la referencia a que el

Con el propósito de incentivar la contratación a distancia la profesora MENDOZA LOSANA, propone que en las comunicaciones telefónicas cuando el comerciante se comunique con el empresario (*ex art. 21 Directiva 2011/83*) se clarifique que se debe entender por coste de utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, por tanto deberá definirse el concepto de «tarifa básica»³⁴⁷ respecto al coste de la técnica de comunicación utilizada³⁴⁸. Parece oportuno sumarse a la iniciativa mencionada ya que el

consumidor asume el coste de devolución de los bienes en caso de desistimiento; j) en caso de desistimiento el consumidor habrá de abonar unos gastos razonables cuando haya solicitado expresamente que se incide en la prestación del servicio antes de que expire el plazo a desistir; k) cuando no se haya previsto el derecho de desistimiento; l) información de garantía y posventa; m) asistencia de posventa; n) códigos de conducta; o) la duración del contrato y las condiciones de resolución; p) duración mínima del contrato; q) los depósitos o garantías financieras exigidas por el consumidor; r) la funcionalidad de los contenidos digitales; s) la interoperatividad pertinente de los programas. en art. 6 Directiva 2011/83.

³⁴⁷ *ex art. 97 TRLGDCU* «f) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la *tarifa básica*».

³⁴⁸ *Vid.*, MENDOZA LOSANA, A. I. «Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del Anteproyecto de Ley por que se modifica el Texto refundido para la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007», *Revista de Derecho de Consumo CESCO*, N° 9, 2014, p. 7.

consumidor puede desconocer el coste del medio utilizado, pero para ello queda por determinar que se debe entender por tarifa básica. La falta de transparencia supone un obstáculo para el desarrollo del comercio en la zona de la UE. En este sentido la Agenda Digital Europea mediante la eliminación de barreras digitales, pretende crear unos 340.000 millones de euros extra. Tan solo el 15 % de los consumidores europeos compra a través de internet fuera de su país, mientras el 44% lo hace dentro de país en la UE. Los pequeños comercios online desearían vender dentro de la UE pero ello supondría un coste adicional de adaptación a las leyes de los diferentes estados de la UE de 9000 millones de euros. Si hubieran las mismas reglas para todos en la UE el 57% de empresas incrementarían sus servicios online³⁴⁹. Lo cual lleva a pensar que toda eliminación de cualquier obstáculo será beneficioso para el consumidor europeo y hará a las empresas en la UE más competitivas y propiciarán un mayor crecimiento.

En materia de información precontractual sería deseable que el legislador de la UE mediante la Directiva 2011/83, hubiera establecido que la información exigida al empresario, además de ser «clara y comprensible» fuera «veraz», tal como reza la Directiva 29/2005 sobre prácticas comerciales desleales.

³⁴⁹ Why need a Digital Single Market. European Commission, http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-factsheet_en.pdf

Si la información suministrada por un empresario fuera clara y comprensible pero fuera engañosa, se incumpliría la Directiva de 29/2005, pero no la Directiva 2011/83 por lo que se echa en falta un coordinación de ambas Directivas³⁵⁰.

2.2.2 *El deber de información precontractual en la Directiva 2011/83.
Forma de suministrar la información en la contratación a distancia*

El empresario ha de facilitar la información teniendo en cuenta «las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente vulnerables»³⁵¹. Esta referencia recuerda el término adoptado por la Directiva 2005/29 de prácticas desleales en la se utiliza al concepto de «*consumidor medio*», con el fin de determinar que prácticas son desleales. La cuestión es saber que grupo de consumidores han de entenderse por vulnerables, dicha cuestión deberá dilucidare bajo el prisma de la Directiva 2011/83 que acuña dicho concepto³⁵².

La información precontractual no puede ser alterada al incorporarse al contrato, a menos que ambas partes dispongan

³⁵⁰ En CARRASCO PERERA, A. «Un mapa de situación: Directivas de cláusulas abusivas...» *op. cit.*, p. 89.

³⁵¹ Considerando (34) Directiva 2011/83.

³⁵² La apreciación del consumidor *particularmente vulnerable* habrá se entenderá bajo la perspectiva del *consumidor medio*, «average consumer», indicada por la Directiva 2005/29/CE. *Vid.*, LUZAK, J. A. & MAK, V. «The consumer Rights Directive», *Centre for the Study of the European Contract Law*, 1, 2013, p. 9.

«expresamente lo contrario» (*ex art. 6.5 Directiva 2011/83*), siendo el comerciante el que pruebe el correcto cumplimiento de sus deberes informativos (*ex art. 6.9 Directiva 2011/83*). Dicho acuerdo interpartes sólo podrá modificar el contenido de la información, pero no alterará los deberes de información establecidos al vendedor o prestador de servicios. Obsérvese que los mayores requerimientos informativos de la Directiva 2011/83 sólo son aplicables a la información sobre las condiciones sustantivas del contrato (art. 6.1, letras a, e, o y p), pero no se introducen modificaciones respecto al deber de poner a disposición del destinatario la información sobre el procedimiento contractual (art. 10.1 Directiva 2000/31 y 27.1 LSSICE). Y es que los Estados podrán imponer o mantener deberes respecto al contenido de la información a suministrar de conformidad con las Directivas 2000/31 y 2006/123³⁵³ [Considerando (12) y art. 6.8. Directiva 2011/83], siempre que no entren en conflicto con los deberes derivados de la Directiva 2011/83, en cuyo caso prevalecerá ésta³⁵⁴.

³⁵³ Directiva 2006/123 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, *Diario Oficial de la Unión Europea* de 27 de diciembre de 2006.

³⁵⁴ *Vid.*, MENDOZA LOSANA, A. «Novedades en la contratación *on line* con consumidores», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, p. 3. A diferencia de otras Directivas (*Cfr.* arts. 10.1 y 11.2 Directiva 2000/31 de comercio electrónico), la Directiva 2011/83 no se pronuncia expresamente en este sentido, pero en virtud de los principios básicos del Derecho del consumidor, no se han de admitir pactos

2.2.2.1 Información necesaria en la propia Directiva

El art. 6 Directiva 2011/83 prescinde de algunas menciones que eran obligatorias en la derogada Directiva 97/7, como las condiciones en que era posible prestar el servicio equivalente (*ex art. 7.3* Directiva 97/7); o el plazo de validez de la oferta y el precio (*ex art. 4.1 h*) Directiva 97/7). Quizá debido al enorme aumento de tiendas virtuales se haya prescindido dicho requisito, lo cual favorece al empresario, ya que permite adaptarse rápidamente a las condiciones del mercado. En el ordenamiento jurídico español dicha cuestión ya estaba resuelta por el art 27.3 LSSICE³⁵⁵:

El legislador español ha transpuesto la directiva europea en la norma española en los art. 60 (disposición generales) y 97 del TRLGDCU, transcribiendo íntegramente el art. 6.1 de la

modificativos de los deberes de información o confirmación del contrato en los contratos con consumidores.

³⁵⁵ Vid., ARROYO AMAYUELAS, E. «Comentario al art. 27 LSSI», en CÁMARA LAPUENTE, S. Comentarios a las normas de protección de consumidores: texto refundido RDL 1/2007 y otras leyes complementarias vigentes en España y en la Unión europea, Colex, Madrid, 2011, p. 1732. art 27. 3 LSSICE «las ofertas realizadas por vía electrónica serán válidas durante el periodo que fije el oferente, o en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios el servicio».

Directiva 2011/83 y añadiendo parte del Considerando (19) de la misma³⁵⁶.

El empresario que ofrezca bienes y servicios ha de disponer de varios puntos de contacto dirección postal, número de fax y correo electrónico para facilitar una comunicación eficaz y directa. El TJCUE ha declarado la exigencia de una comunicación «rápida y eficaz» obligando al empresario a comunicarse con sus clientes o cualquier destinatario sin intermediarios, de tal forma que la respuesta se realice sin demora³⁵⁷. Por lo tanto no podrá utilizarse un único medio como el correo electrónico ya que el consumidor puede que no tuviera acceso a internet.

El propósito perseguido en cuanto a la forma en los contratos celebrados con consumidores, no encaja con ninguna de las funciones tradicionalmente asignadas a la forma escrita. A saber, la protección de los contratantes contra la precipitación, la determinación del momento de perfección del contrato o la preconstitución de una prueba de mismo. De las Directivas europeas se puede concluir que el fin de la forma es principalmente informar al consumidor³⁵⁸. El Derecho de la UE

³⁵⁶ *Vid.*, MARCOS FRANCISCO, D. «Hacia un Derecho uniforme en la Unión Europea», *Actualidad Civil*, 12, La Ley, 2012, p. 1326.

³⁵⁷ STJCE de 16 de octubre de 2008, TJCUE 2008, 240.

³⁵⁸ *Vid.*, SANTOS MORÓN, M. J. «Forma contractual y desarmonización comunitaria», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, N^o 2, 2010, p. 210.

para impedir la asimetría contractual impone numerosas obligaciones en cuanto a la aportación de información por parte del empresario³⁵⁹. Antes de que el contrato sea perfeccionado, el comerciante ha de poner a disposición del consumidor la información precontractual, «de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas» (ex art. 8.1 Directiva 2011/83). La información precontractual será proporcionada en función del medio de comunicación utilizado. La información deberá ser legible ya sea en soporte duradero (ex art. 8.1 Directiva 2011/83)³⁶⁰, o por escrito. No será válido el envío de un enlace³⁶¹ u otro sitio de internet. En este sentido el TJCE el 5 de julio de 2012 resolvió una cuestión prejudicial respecto a una compra a distancia de productos informáticos en la que se incumplió la normativa de la UE. El consumidor recibe un correo electrónico en el que se le facilita una clave y un usuario

³⁵⁹ En este mismo sentido la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo europeo, de 8 de octubre de 2008, sobre el derecho de los consumidores, COM(2008) 614 final en considerando (17) «Los consumidores deben tener derecho a recibir información antes de celebrar el contrato...En las transacciones a distancia y fuera del establecimiento, el comerciante siempre debe facilitar información sobre las modalidades de pago, entrega, funcionamiento y tratamiento de reclamaciones, ya que pueden no resultar evidentes por el contexto».

³⁶⁰ En los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil el soporte papel será el más utilizado. En cambio en los contratos a distancia la utilización del soporte papel es minoritaria.

³⁶¹

para acceder a otro sitio de internet. Dicho correo carece de información sobre el derecho desistimiento aunque es cierto que abriendo el enlace es posible encontrar información sobre la misma. El TJCE resuelve que dicha información no es ni «facilitada» ni «recibida» por el consumidor. Éste no ha de informarse mediante la apertura de enlace alguno, ya que la información ha de suministrarse directamente. Además, la información tampoco ha sido suministrada en «soporte duradero»³⁶², y no se garantiza el hecho de que no se haya podido alterar su contenido, así como su revisión en un tiempo adecuado ³⁶³. La Directiva 2011/83 en su art. 8.4 cita expresamente:

³⁶² STJCE 5 de julio de 2012 C-94/11. El TJCE entiende que para que el soporte sea duradero debe permitir al consumidor almacenar la información (dirigida personalmente hacia él), y para ello debe incorporar una serie de garantías, como su almacenamiento, al igual que el soporte papel, y la posesión de la información mencionada en esa disposición (*ex art. 5.1 Directiva 97/7*), para que en caso necesario pueda ejercer sus derechos. *Vid.*, CALVO SAN JOSÉ, M. J. «La protección de los consumidores en el ámbito de la contratación a distancia», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 31, Pamplona, 2001, p. 6. La importancia de que la información se realice en *soporte duradero*, quizás por entender el carácter efímero de determinadas tecnologías como la televisión y teléfono. Es preciso que se realice por escrito y con la debida antelación de los datos necesarios para la correcta ejecución del contrato.

³⁶³ *Vid.*, RALUCA STROIE, I. «La información sobre el derecho de resolución del contrato celebrado a distancia ha de ser facilitado al consumidor por un escrito o en otro soporte duradero. No sirve la

«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...»

Si el contrato se celebra mediante una técnica de comunicación a distancia en la que son limitados el espacio o el tiempo, (ej. el caso de teléfono móvil o en anuncio de televisión). Previamente a la celebración del contrato, el comerciante facilitará mediante soporte utilizado: las características básicas de los bienes y servicios, la identidad del comerciante, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y en el caso de los contratos de tracto sucesivo las condiciones de resolución (*ex art. 6.1 a), b), e), h) y o)*). Si el contrato se realiza mediante teléfono y el comerciante llama al consumidor para ofertarle algún producto o servicio, aquél deberá revelar su identidad, (o bien el nombre de la persona por la que actúa). Además, deberá aclarar el objetivo comercial de la llamada (*ex art. 8.5*).

Si el contrato se realiza mediante sistema electrónico, el consumidor antes de realizar el pedido ha de disponer de la información referente a las características principales de los bienes y servicios, precio completo, (incluidos impuestos y gastos adicionales), la duración del contrato, y en su caso, la

remisión a un hipervínculo a un sitio de internet», *Notas Jurisprudenciales. Revista de CESCO de Derecho de Consumo*, 2012, p.2

duración de las obligaciones del consumidor³⁶⁴. En los contratos de tracto sucesivo el precio incorporará los costes del período de facturación y en caso de no poder determinar el coste total, se deberá informar del precio en función del consumo (ej. céntimos e euro por segundo).

No basta con facilitar la información o ponerla a disposición, por ello en el botón de aceptación será fácilmente identificable la expresión «pedido con obligación de pago» u otra similar. En caso contrario, el consumidor no quedará obligado al pedido realizado. (*ex art. 8.2 Directiva 2011/83*). Al iniciarse el procedimiento en los sitios *web* es preciso que se indiquen de forma clara y legible la existencia de alguna restricción de entrega y que modalidades de pago existen³⁶⁵.

2.2.2.2 Incongruencias de la propia Directiva 2011/83

La propia Directiva 2011/83 advierte que en caso de contradicción con las Directivas del comercio electrónico 2000/31 y mercado interior 2006/123. Según lo dispuesto en aquella, concretamente en los arts. 6.8.1er párrafo³⁶⁶ y 8.9³⁶⁷,

³⁶⁴ *ex arts. 5 c) y 6 c) Directiva 2011/83.*

³⁶⁵ Respecto a la información precontractual es preciso señalar que en el art. 8 de la Directiva 2011/83 establece que se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre la celebración de contratos realización de pedidos por vía electrónica establecidos en los arts. 9 y 11 de la Directiva 2000/31 (*ex art. 8.9 Directiva 2011/83*).

³⁶⁶ Los requisitos de información establecidos en la presente Directiva se entenderán como adicionales a los requisitos que figuran

prevalecerían éstas sobre aquélla. Sin embargo el art. 6.8.2³⁶⁸ párrafo de la Directiva 2011/83 pone de manifiesto la falta de congruencia, ya que afirma la prevalencia de la propia Directiva 2011/83 sobre el resto de Directivas³⁶⁹.

2.3 Obligaciones previas a la contratación en el Derecho español

El legislador con base en el art. 51 CE dispone una tutela sobre los consumidores en los actos previos a la formación de los contratos, especialmente en los celebrados a distancia. Es importante garantizar la adecuada formación del

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

³⁶⁷ *Ex* art. 8.9 Directiva 2011/83 «El presente artículo se entenderá 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»

³⁶⁸ «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»

³⁶⁹ *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. «La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores...» *op. cit.*, p. 21; MENDOZA LOSANA, A. «Los contratos celebrados distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE», *Revista de Derecho de Consumo CESCO*, N° 1, 2012, p. 54.

consentimiento de los contratantes, aunque el esquema básico del contrato se fundamenta sobre la igualdad de las partes este hecho junto al mercado garantizan la consecución de lo que se denomina «*justicia contractual*»³⁷⁰.

En el código civil español no se observa ninguna norma que imponga el deber de información acerca de las características del bien o servicio o de sus condiciones. Se regulan de forma implícita a través de los vicios del consentimiento, error y dolo.

2.3.1 *Contenidos y plazo para aportar la información*

El empresario debe facilitar la información «antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente» (*ex art. 60.1 TRLGDCU, en la redacción dada por la Ley 3/2014; la redacción anterior se refería a «antes de contratar»*). Pero el art. 60.1 TRLGDCU no señala con qué antelación debe hacerse, ésta dependerá del tipo de contrato. En cualquier caso debe ser la necesaria para que el consumidor pueda asimilar la información recibida y ponderar para decidir si contrata o no³⁷¹.

³⁷⁰ *Vid.*, SANTOS MORÓN M. J. «Información precontractual, forma y prueba del contrato», en (Coord.), BOTANA GARCÍA, G. Y RUIZ MUÑOZ, M. *Curso de protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw-Hill, 1999, p. 136.

³⁷¹ *Vid.*, GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, La Ley, 1994, p. 137.

La cuestión es determinar qué información ha de aportarse en cada caso. El legislador español ha optado por el sistema de listados de información obligatoria. El art. 60 TRLGDCU obliga al empresario a informar sobre las «características principales» del contrato («características esenciales», en la vieja redacción del art. 60.1 TRLGDCU), y en particular, sobre sus condiciones negociales y económicas. El art. 60.2 TRLGDCU contiene una lista de menciones obligatorias³⁷², lista que es aún más extensa y detallada tras la nueva redacción de este precepto³⁷³. El establecimiento de listas de deberes de información ha sido criticada por parte de la doctrina³⁷⁴. El exceso de información puede distorsionar la toma de decisiones, por ello quizá sería más adecuada la adopción de una regla general sobre la información. Sería suficiente con

³⁷² Este modelo de listados informados obligatorios se acoge también en la legislación sectorial: arts. 97 y 152 TRLGDCU, 10.3 y 12.2 Ley 16/2011, 9.1 Ley 4/2012, 3.1 Ley 43/2007, 27.1 Ley 34/2002, 7 Ley 22/2007, Norma 6^o de la Circular del Banco de España 5/2012, etc.

³⁷³ El nuevo art. 60.2 TRLGDCU mejora la redacción y extensión de algunas de las menciones existentes, e introduce nuevas menciones obligatorias. *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, J. M. «Información precontractual en contratos con consumidores: cuándo, qué y cómo informar», *Revista de Derecho de Consumo CESCO*, diciembre 2014, p. 2.

³⁷⁴ El profesor CARRASCO PERERA las califica de «cáncer en el cuerpo del Derecho de consumo» en CARRASCO PERERA, A. «Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de derechos de los consumidores», (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Pamplona, Civitas, 2012, p. 314.

informar sobre las características principales del contrato y de aquellos elementos que permitan definir y comparar el contrato frente a otros en el mismo sector del tráfico, indicando igualmente las cláusulas o características que se apartan de las que son comunes en ese sector. Es importante destacar que no todas las menciones obligatorias del art. 60.2 TRLGDCU tienen la misma importancia. Algunas hacen referencia sobre las condiciones principales del contrato (ej. sujetos, objeto del contrato, incluyendo el precio). Otras sobre elementos accesorios, pero que pueden tener importancia porque rigen las vicisitudes del contrato (ej. fecha de entrega del bien o ejecución del servicio, condiciones de resolución de un contrato de duración indefinida, o la existencia de garantía comercial), recuerdan los derechos de que dispone el consumidor como la garantía legal o el derecho de desistimiento) o bien facultan para el ejercicio de los mismos (ej. procedimiento para atender quejas y reclamaciones).

La información que se suministra debe satisfacer varias características³⁷⁵ pero en lo que respecta a los aspectos formales

³⁷⁵ i) ha de ser comprensible y clara-. Esto supone que está redactada de tal modo que puede ser aprehendida por un consumidor medio sin que le suponga un esfuerzo excesivo. Para ello es preciso que sea fácilmente perceptible y legible, que sea susceptible de comprensión directa (sin reenvíos a otros documentos), y que se facilite en una lengua que el destinatario pueda comprender (el nuevo art. 60.4 TRLGDCU requiere que se facilite al menos en castellano). ii) Ha de ser suficiente, esto es, sobre cada una de las menciones

la información precontractual, el TRLGDCU no exige con carácter general una forma determinada (por eso, cabe la forma verbal), aunque en sede de contratación a distancia es preceptiva la forma escrita³⁷⁶.

Lo cierto es que la forma escrita favorece al consumidor en un doble sentido: le permite conocer esa información de forma estable, y le sirve para comprobar si lo establecido ha sido finalmente plasmado en el contrato celebrado. Por otro lado es beneficioso para el empresario ya que constituye el medio de prueba para acreditar que ha cumplido su deber de información precontractual. No obstante la carga de la prueba del cumplimiento del deber de informar recae sobre el empresario, como ahora establecen los arts. 97.5 y 97.8 TRLGDCU.

obligatorias ha de informarse de todos sus aspectos relevantes, de manera que el consumidor pueda hacerse una idea exacta de los elementos que lo conforman. (iii) Ha de ser veraz, es decir, exacta y ajustada a la realidad. Están prohibidas las informaciones inexactas y las omisiones engañosas, que pueden confundir al consumidor, induciéndole a error (arts. 5, 7 y 19 y ss. de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; arts. 20, 60.1 y 97.2 TRLGDCU). (iv) Ha de facilitarse al consumidor de forma gratuita. *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, J. M. «Información precontractual en contratos con consumidores...», *op. cit.*, p. 2.

³⁷⁶ *Ex art.* 98.6 TRLGDCU; 10.2 Ley 16/2011, 3.3 Ley 43/2007, 14.2 y 20.2 Ley 2/2009, y 8.2 Ley 4/2012

2.3.2 *Diferencias significativas respecto al régimen precedente y consecuencias del incumplimiento del deber de información en la contratación a distancia*

1) *Diferencias significativas respecto al régimen precedente*

El art. 96 TRLGDCU recogía lo dispuesto por el derogado art. 39 LOCM³⁷⁷ pero con algunas diferencias: a) en el art. 39 LOCM se citaba «propuesta de contratación», mientras que el art. 96 TRLGDCU incorpora el título «comunicaciones comerciales» en el que literalmente se afirma: «en todas las comunicaciones comerciales deberán constar inequívocamente su carácter comercial». La redacción no parece provista de excesivo valor jurídico³⁷⁸, quizá el legislador podría describir que se debe entender por «comunicación comercial» sin más. El cambio no parece demasiado relevante, quizá el legislador quiere hacer énfasis en la transparencia, para que en todo momento el consumidor sepa que está ante una oferta comercial vinculante; b) en el párrafo tercero del art. 96 TRLDCU se menciona el uso por parte del empresario de técnicas de comunicación, que consisten en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana, donde previamente se requiere el consentimiento expreso del consumidor. En el nuevo

³⁷⁷ Derogado por la entrada en vigor de la Ley 3/2014, de 27 de mayo de 2014.

³⁷⁸ *Vid.*, FERNÁNDEZ PÉREZ, N. «Régimen de información», *El nuevo régimen de la contratación a distancia de consumidores*, N°1, La Ley, Madrid, octubre 2009, p. 1.

TRLGDCU no hay modificación alguna, tan solo el encabezamiento del título del art. 96 difiere del TRLGDCU específica «comunicaciones comerciales a distancia»; c) se suprime la alusión a las condiciones generales por redundante, pero no se cambia nada en el TRLGDCU, tan solo se introduce «sin el consentimiento del consumidor».

En definitiva si la propuesta tiene carácter de oferta y se diera la aceptación por parte del consumidor, el contrato se entenderá perfeccionado. Por lo que no se entenderá como *publicidad* o como *invitatio offrendum* (mera invitación a contratar). Si la propuesta dirigida al consumidor reúne los requisitos de una oferta haciendo referencia a los elementos del contrato, será indiferente la intención del vendedor, (ej. la venta realizada mediante catálogo)³⁷⁹.

Antes de iniciar el procedimiento de contratación el prestador de servicios debe informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca³⁸⁰. Información que según el art. 18.2 TRLGDCU deberá «ser veraz, eficaz y suficiente» e

³⁷⁹ Vid., BERCOVITZ, R. «Comentarios a los artículos 38-48 LOCM», en BERCOVITZ Y LEGUINA, J. (Coords), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Madrid, 1997, p. 63.

³⁸⁰ Así el art. 8 del TRLGDCU reconoce como derecho de los consumidores el derecho a recibir una información correcta de los bienes y servicios por parte de aquellos que los suministran o producen

incorporarse a todos los productos y servicios³⁸¹. En opinión de algún autor debería haberse refundido los términos «veraz» y «comprensible» en el art. 97 TRLGDCU³⁸², pero dicho extremo no se comparte ya que dichos términos están incorporados en el art. 18 TRLGDCU y éste parece su sitio natural.

La información deberá aportarse con base en los siguientes criterios (arts. 27 LSSICE y 60 y 97 del TRLGDCU):

- a) Características principales de los bienes o servicios.
- b) Identidad del empresario incluido el nombre comercial. *ex art. 97 b) TRLGDCU.*
- c) Dirección completa del empresario y número de teléfono, nº de fax y dirección de correo electrónico. Y cuando proceda la dirección del empresario por cuya cuenta actúe.
- d) Precio total incluidos los impuestos y tasas de los bienes o servicios y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares. El contenido

³⁸¹ La exigencia de veracidad y suficiencia está relacionada con la necesidad de no conculcar el principio de veracidad y en consecuencia, que no cause error en los destinatarios, así como con la faceta o aspecto negativo de la información en el sentido de abstenerse de dar información errónea. En ZURRILLA CARIÑANA, M. A., «El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios en el nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios», *Comentarios a la Ley de consumidores. Revista de Derecho de Consumo CESCO*, p. 2.

³⁸² *Vid.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A. Comentarios al art. 97 TRLGDCU, *Grandes Tratados*, Aranzadi, Pamplona, septiembre 2009, p. 4.

de esta información será relevante cuando implique la utilización de una técnica de comunicación no ordinaria, especialmente en las comunicaciones telefónicas (por ejemplo, las llamadas a líneas 902 ó 906, respecto de las cuales habría que informar acerca del coste de la llamada)³⁸³. Debiendo informar del coste mínimo del uso de la técnica de comunicación a distancia art. 97 f), calculando el tiempo mínimo que se precise para que el consumidor pueda perfeccionar el contrato, y no solamente del coste por minuto³⁸⁴.

e) Procedimiento de pago, entrega y ejecución. En referencia a los gastos de entrega la falta de mención al respecto, presupone que una vez aceptada la oferta los gastos no pueden ser repercutidos al comprador, ya sea por estar incluidos en el precio o bien porque deba suponerse que corren a cargo del vendedor.

f) Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración³⁸⁵.

³⁸³ *Vid.*, ARROYO APARICIO, A. Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 181.

³⁸⁴ *Vid.*, GRAMUNT FROMBUENA, M. D. «La protección del consumidor en los contratos electrónicos», en BARRAL VIÑALS, I. *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 65.

³⁸⁵ El Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de que en la compraventa de viviendas, realizada de forma presencial, se garantice la información antes y después de la realización del contrato. Es razonable pensar que es mucho más necesaria cuando el consumidor opera a distancia. En Sentencia del Tribunal Supremo de 30 mayo 2011, Ref. Aranzadi, - n° 3995; Sentencia del Tribunal Supremo de 15

g) Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

h) Existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

i) cuando proceda el coste que deba de asumir en la devolución el consumidor en caso de desistimiento para el caso en que no puedan devolverse por correo.

j) En el caso de que el consumidor ejercite el derecho de desistimiento con arreglo al art. 98.8 o 99.3 los gastos que este deba abonar conforme al 108.3 TRLGDCU

k) Cuando con arreglo al art. 103 TRLGDCU no proceda el derecho de desistimiento.

l) Recordatorio de una garantía legal

m) La existencia de un servicio de postventa y garantías comerciales.

n) La existencia de códigos de conducta

marzo 2010, Ref. Aranzadi - n° 2347; Sentencia del Tribunal Supremo 29 de septiembre de 2004, Ref. Aranzadi - n°, 5688, «subrayan que la defensa del consumidor en la adquisición de una vivienda, se articula a través un conjunto de normas previas y posteriores al contrato, que tienen que ver con garantía de una información precisa sobre lo que va a ser objeto de la venta y que va a obligar al vendedor a adecuarse a la normativa publicitaria en vigor, veraz y no engañosa, en el particular relativo a las características físicas y jurídicas de la vivienda.

o) La duración del contrato cuando proceda y la de las obligaciones derivadas *ex art. 97.1 q)* TRLGDCU.

p) Cuando proceda la existencia de depósitos u otras garantías financieras que el consumidor deba de pagar. *Ex art. 97.1 r)* TRLGDCU.

q) La funcionalidad de productos digitales incluidas las medidas técnicas de protección, al igual que la interoperabilidad del contenido digital *ex art. 97.1 t)* TRLGDCU.

2) Consecuencias del incumplimiento del deber de información en la contratación a distancia

En el art. 100 TRLGDCU tras la reforma de la Ley 3/2014 si el empresario incumple el deber de información precontractual, según lo establecido en los art. 98.7³⁸⁶ y 99.2³⁸⁷ TRLGDCU. El contrato podrá ser anulado a instancia del consumidor mediante vía de acción o excepción *ex art. 100 TRLGDCU*³⁸⁸: sólo en el supuesto de falta de información por parte del empresario, respecto a la facultad de desistimiento

³⁸⁶ Por un lado las condiciones descritas en el art. 97.1 TRLGDCU, y por otro, la pérdida del derecho de desistimiento en el caso de suministro de contenido digital (*ex art. 103 m)* TRLGDCU).

³⁸⁷ La copia del contrato firmado o la confirmación del mismo.

³⁸⁸ El nuevo art. 100.1 TRLGDCU modificado mediante el art. 28 Ley 3/2014. «El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, de acuerdo con los artículos 98.7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o excepción». se

otorgada al consumidor, se alarga el plazo de desistimiento, y no así la anulación del contrato³⁸⁹.

La Directiva 2011/83 continua sin proporcionar reglas claras sobre las consecuencias de la infracción de los deberes de información precontractual. Aunque la legislación española si adopta determinadas medidas³⁹⁰.

El art. 5.5 de la Directiva 2011/83 establece que las menciones obligatorias de la información forman parte del contrato entre el comerciante y el consumidor, esto es: por un lado que la información incorrecta puede dar lugar a una acción de incumplimiento; y por otro, que siendo parte del contrato, la

³⁸⁹ En el art. 71.3 TRLGDCU se establece un plazo de 12 meses, a diferencia de la anterior redacción 3 meses) contar desde la ejecución del contrato pero la nueva Directiva 2011/83 en su art. 10 modificaba los efectos en caso de incumplimiento de la obligación del empresario. El periodo actual será de 12 meses desde la expiración del desistimiento inicial, de acuerdo con el art. 9.2. la Directiva 2011/83. ha ampliado el plazo de ejercicio de dicho derecho en el supuesto de que no se informe al consumidor. *Vid.*, BERMÚDEZ BALLESTEROS M. S. «El cumplimiento irregular de los deberes de información y documentación de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil se sanciona con la anulabilidad del mismo y consiguiente restitución de las prestaciones», *Notas Jurisprudenciales*, 2012, p. 3.

³⁹⁰ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 21 de septiembre de 2012, Ref. El Derecho, nº - 251889 FJ. 2º. En la que se reafirma la ineficacia solicitada por un consumidor por incumplimiento de los requisitos de forma y documentación exigida legalmente por el empresario. El requisito de la forma es piedra angular del sistema como garantía del consumidor.

información no puede ser modificada, salvo que exista acuerdo previo entre las partes (*ex art. 5.5 Directiva 2011/83 in fine*). En opinión de profesor TWIGG-FLESNER queda un largo camino por recorrer hasta establecer un conjunto claro y sistemático de remedios o sanciones en caso de incumplimiento del deber de información³⁹¹.

Dos son las posibles soluciones para paliar los efectos del incumplimiento: a) prolongar el período de desistimiento en caso de no cumplir los requisitos exigidos; b) establecer como día de inicio para el cómputo del ejercicio de desistimiento el cumplimiento de los deberes de información sin establecer un plazo previo. En la Directiva 2011/83 se optó por la primera opción con lo que el plazo de desistimiento se amplió a 12 meses³⁹². Si durante dicho periodo si el empresario facilitara la información referida se iniciaría un plazo de 14 días naturales en el que se podría ejercer del derecho de desistimiento, después del cual precluirá el plazo (*ex art. 10.2 Directiva 2011/83*).

³⁹¹ Aunque hay dos excepciones en los que las consecuencias están claramente establecidas: a) cuando el comerciante no informa de los gastos adicionales [*ex art. 6.1 e*] el consumidor no debe pagarlos; b) cuando el empresario no informa del derecho de desistimiento (*ex art. 10.2 Directiva 2011/83*) *Vid.*, TWIGG-FLESNER, C. «La Directiva sobre derecho de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo en la Unión Europea», CÁMARA LAPUENTE, S. Y ARROYO AMAYUELAS, E. *Revisión de normas Europeas y nacionales de protección al los consumidores*, Civitas, 2012, p. 95.

³⁹² *Ex art. 10.1 Directiva 2011/83*.

Se debe distinguir el derecho de resolución del derecho desistimiento. Las diferencias de ineficacia sobrevenida se verificaban en el derogado art. 44 de la LOCM³⁹³. Pero tras su derogación no parece haber facultad para resolver o anular el contrato, salvo lo dispuesto en la nueva redacción del art. 100 TRLGDCU según el cual será anulable el contrato por acción o excepción en el que no se le haya facilitado la copia o la confirmación del propio contrato conforme a lo dispuesto en art. 98.7³⁹⁴ y 99.2³⁹⁵.

El art. 78 TRLGDCU dispone que la falta de ejercicio de desistimiento no obsta para el ulterior ejercicio de la acción de

³⁹³ Introducido por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre y derogado en sus arts. 39 a 48 Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Sentencia Audiencia Provincial de Alicante de 27 enero 2010, Ref. Aranzadi, - n °113314. FJ 1°. El derogado art. 44.1 LOCM disponía que «el comprador dispondrá de un mínimo de siete días para desistir del contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos» y el art. 44.5 «en caso de que le vendedor no haya cumplido con tal deber de información, el comprador podrá resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde que aquel en el que se entregó el bien..»³⁹³.

³⁹⁴ El empresario deberá facilitar la confirmación del contrato en un soporte duradero después de la celebración del contrato y antes de la ejecución del mismo incluirá toda la información del art. 97.1 TRLGDCU; la información de la pérdida de consentimiento en los casos del art. 103 m) TRLGDCU.

³⁹⁵ El empresario deberá aportar una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo previo consentimiento previo del consumidor. Ex art. 99.2 TRLGDCU.

nulidad o resolución del contrato conforme a derecho. Llamaba la atención que el TRLGDCU previo a la reforma de la Ley 3/2014 en sus arts. 92 a 106 también regulaba los contratos a distancia pero no establecía la facultad resolutoria en los casos de falta de información³⁹⁶. Pero dicha cuestión ha sido modificada por el art. 100 TRLGDCU con la entrada en vigor de la Ley 3/2014 de 27 de marzo de 2014. Anteriormente únicamente en los supuestos de falta de información sobre el derecho de desistimiento (*ex* art. 102 TRLGDCU) se concede un plazo especial para el ejercicio de dicho derecho (*ex* art. 71.3 TRLGDCU)³⁹⁷. Cabe pensar que pudo habersele olvidado al legislador haber regulado dicho extremo³⁹⁸.

³⁹⁶ La diferencia entre la resolución y el desistimiento reside en que éste último no está basado en causa alguna, mientras que el aquél precisa que concurra incumplimiento de la contraparte del deber. Se puede consultar BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S. «Consulta remitida por la OMIC del Ayuntamiento de Cartagena en relación con el derecho de desistimiento por el consumidor y la resolución del contrato de consumo por falta de conformidad», *Centro de estudios de Consumo CESCO*, septiembre de 2013, p. 6.

³⁹⁷ *Vid.*, FERNÁNDEZ PÉREZ, N. «Régimen de información», *El nuevo régimen de la contratación a distancia de consumidores*, N°1, La Ley, Madrid, octubre 2009, p.35.

³⁹⁸ *Vid.*, PICATOSTE BOBILLO, J. «Derecho de la información en la contratación con consumidores», *Actualidad civil*, N° 4, La Ley, febrero 2011, p. 425.

En síntesis tras la entrada en vigor de la Ley 3/2014 de 27 de marzo, la reforma del TRLGDCU ha dado coherencia y mayor rigor sistemático y ha de entenderse como positiva.

3. INFORMACIÓN POSTERIOR A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

3.1 Deber de confirmación del contrato en la UE

Además de los deberes precontractuales analizados previamente, la Directiva 2011/83 exige al empresario facilitar la confirmación del contrato en soporte duradero en un «plazo razonable» desde su celebración y «a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio» (*ex art. 8.7 Directiva 2011/83*).

En los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil el consumidor debe recibir una copia del contrato firmado o una copia del mismo³⁹⁹. Debiendo ser en papel, o con expreso consentimiento del consumidor en un soporte duradero. El art. 7.2 Directiva 2011/83 no dispone cual será el contenido de la confirmación lo cual resulta extraño. Hay que verificarlo al leer el art. 7.4 a) en la prestación de servicios donde se indica que la contestación debe contener toda la información según el art. 6. Asimismo se puede verificar el contraste entre el

³⁹⁹ *Ex art. 7. 2 Directiva 2011/83.*

art. 7.2 con el 8.7 de la Directiva 2011/83, ya que éste último regula el contenido de la confirmación en contrato a distancia. Además la Directiva no dice cuando la información ha de aportarse en los contratos celebrados fuera de establecimiento mientras que en los contratos a distancia como muy tarde ha de suministrarse en el momento de entrega o suministro de servicios⁴⁰⁰.

Esta confirmación ha de incluir la información precontractual, si no se hubiera facilitado previamente en soporte duradero [art. 8.7 *a*) y en su caso, la confirmación del consentimiento del consumidor y de su conocimiento de la pérdida del derecho de desistimiento [art. 8.7, *b*)]. Junto a lo anterior la última disposición que exige al consumidor que presente en soporte duradero de forma expresa la solicitud cuando desee la prestación de servicios o suministro de agua, gas, electricidad o calefacción mediante sistema urbano de inicio durante plazo de desistimiento (*ex* art. 8.8 Directiva 2011/83).

En el mismo sentido la Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea⁴⁰¹ en su art. 24.5 NCCE insiste en la confirmación del contrato «El comerciante deberá acusar recibo

⁴⁰⁰ *Cfr.* art. 8.7 *a*) Directiva 2011/83.

⁴⁰¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea, 11 de octubre de 2011. 635 final.

por vía electrónica y sin demora indebida de la oferta o la aceptación enviada por la otra parte».

Los Estados podrán establecer o mantener el deber de confirmar el contrato electrónico en soporte duradero (ej. tarjeta de memoria, disco duro del ordenador o correo electrónico) (art. 7.7 Directiva 2011/83) que ya está contemplado por la legislación española vigente (arts. 28.1 LSSICE⁴⁰² y 98.1 y 98.7 TRLGDCU tras la reforma de la Ley 3/2014 de 27 de marzo de 2014)⁴⁰³.

Respecto a las obligaciones post contractuales del TRLGDCU y la Directiva 2011/83 anteriormente a la reforma del TRLGDCU existían diferencias importantes. La Directiva requiere que la confirmación del contrato se realice en soporte duradero, en cambio el TRLGDCU previo a la reforma, permitía que el deber de información post contractual se realizase por

⁴⁰² Art. 28.1 LSSICE «El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios: a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o; b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario».

⁴⁰³ *Vid.*, MENDOZA LOSANA, A. «Novedades en la contratación on line con consumidores», *Novedades. Revista de Derecho de Consumo CESCO*, mayo 2012, p. 5.

escrito, a menos que el consumidor se opusiera. En dicho caso podría aportarse en cualquier otro soporte adecuado a la técnica de comunicación a distancia (*ex art. 98.3 TRLGDCU*). En cambio en la redacción actual de los arts. art. 98.1 y 98.7 TRLGDCU exige aportar la información en formato duradero.

Ante el incumplimiento del deber de información post contractual existen dos sanciones jurídicas, a saber: a) sanción administrativa similar a la de incumplimiento de aportación de la información precontractual cuyo fundamento legal es el art. 49.2 *b*) del TRLGDCU; b) por otro lado una sanción civil (*ex art. 71.3⁴⁰⁴ y 105 TRLGDCU*)⁴⁰⁵. La Directiva 2011/83 remite a las legislaciones de los Estados miembros para que se determine «el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente

⁴⁰⁴ *Ex art. 71.3 TRLGDCU* «Si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato, si el objeto de éste fuera la prestación de servicios».

⁴⁰⁵ *Ex art. 105.1 TRLGDCU* «Si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1.i), el periodo de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 104.

El art. 6.1 de la derogada Directiva 97/7 conllevaba la extensión del plazo de desistimiento hasta tres meses en los que podrá ejercitarse dicho derecho.

Directiva» (*ex art. 24 Directiva 2011/83*), ocupándose únicamente de los casos en los que no se informa al consumidor debidamente del derecho de desistimiento (ampliando el plazo a doce meses). Este es uno de los aspectos más criticables de la Directiva 2011/83 por no haber previsto con carácter general consecuencias de la infracción de los deberes de información precontractual y de confirmación del contrato. O lo que es lo mismo, no conceder al consumidor alternativas en el ámbito negocial ante el incumplimiento de los mencionados obligaciones por parte del empresario⁴⁰⁶.

3.2 Deber de confirmación del contrato en el ordenamiento español

Las obligaciones del empresario no se limitan a aportar la información precontractual al consumidor, el comerciante tiene una serie de obligaciones post contractuales aunque solamente para los contratos celebrados a distancia.

En el contrato electrónico la Ley exige que el oferente confirme de forma escrita de la recepción de la aceptación (art. 28 LSSICE). El consumidor tiene derecho a recibir la factura en papel y no podrá quedar condicionado al pago de cantidad económica alguna (*ex art. 63.3 TRLGDCU*). Así la confirmación

⁴⁰⁶ *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. «La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores...», *op. cit.*, p. 19.

documental de la contratación debe identificarse con la facturación⁴⁰⁷.

Tras la reforma de la Ley 3/2014 según la redacción 98.7 TRLGDCU:

«el empresario deberá facilitar al consumidor la confirmación del contrato en soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia a más tardar en el momento de la entrega de los bienes o antes de la entrega de los bienes o antes de la ejecución del servicio»⁴⁰⁸.

Como requisitos forma establecidos en la nueva redacción del art. 99. 2 del TRLGDCU⁴⁰⁹:

«el empresario deberá facilitar al consumidor y usuario una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o, si este está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, incluida, 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 a que se refiere el art. 103. m)»

⁴⁰⁷ Vid., BERROCAL LANZAROT, A. I. «Guía práctica de Ley 3/2014, de 27 de marzo de 2014 por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios», *Actualidad Civil*, La Ley 2014, La Ley Digital, (última consulta el 3 de febrero de 2015).

⁴⁰⁸ Ex art. 100.1 TRLGDCU en el que se establece las consecuencias del incumplimiento en la entrega de contrato al consumidor.

⁴⁰⁹ Ex art. 100.1 y 108.3 b) 3º del TRLGDCU.

3.2.1 Consecuencias del incumplimiento

Si el empresario incumple el deber de documentación del contrato según el art. 100 TRLGDCU, el contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor una copia o la confirmación del mismo, conforme al artículo 98.7, «podrá ser anulado a instancia del consumidor por vía de acción o excepción». Esta sanción aparecía ya recogida en el antiguo art. 112 TRLGDCU, si bien únicamente para los contratos celebrados fuera de establecimiento. Tras la reforma se aplica igualmente en los contratos a distancia, en este sentido conviene hacer alguna consideración al respecto.

En primer lugar, se ha de apuntar que éste artículo no responde a la transposición de la Directiva 2011/83. No se contempla la sanción en caso de incumplimiento de los requisitos formales, dejando libertad a cada Estado miembro su determinación. En España la Ley 3/2014 ha optado por mantener la sanción anteriormente prevista para los contratos celebrados fuera del establecimiento, añadiendo alguna pequeña precisión⁴¹⁰. Por eso puede plantearse en relación con el

⁴¹⁰ Antes de la reforma el art. 112 TRLGDCU establecía que ante el incumplimiento de las exigencias de formalización y documentación éste podría ser anulado a instancia del consumidor, tras la reforma se añade «por vía de la acción o excepción» *Vid.*, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ. L. «Los requisitos formales de los contratos celebrados a distancia tras la reforma del texto refundido de ley general de

citado art. 100 TRLGCU la misma controversia que con la anterior redacción a la reforma. Respecto al deber de formalización del contrato que se impone al empresario (si bien respecto a los contratos celebrados fuera del establecimiento) y la acción prevista legalmente en caso de incumplimiento.

Se discute si la sanción establecida es la anulabilidad o la nulidad radical. Si se entiende que la documentación es un requisito esencial debe inferirse que el efecto es la nulidad.

En caso de incumplimiento de las obligaciones formales, pese a la falta de claridad en el TRLGDCU, la anulabilidad para ser el efecto establecido. Así el art. 100 TRLGDCU legitima exclusivamente al consumidor para instar la invalidez del contrato ya que si la sanción fuese la nulidad radical, lo sería *ipso iure*, esto es, no sería a instancia de parte sino que podría ser declarada de oficio por parte del juez⁴¹¹. Se insiste en el dato de que el legislador haya atribuido únicamente la legitimación al consumidor⁴¹². Aunque es cierto que la reforma introducida

consumidores y usuarios», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 7, 2014. Aranzadi Insignis (visitada 21 de noviembre 2013).

⁴¹¹ *Vid.*, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. «Los requisitos formales de los contratos celebrados a distancia tras», *op. cit.*, (visitada 21 de noviembre 2013).

⁴¹² *Vid.*, BARBER CÁRCAMO, R. «Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles (arts. 107-113)», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, p. 1045.

por la Ley 3/2014 precisa mucho más la anterior redacción del TRLGDCU. Puede ser que haya autores que se decanten por nulidad radical, motivando que para el ejercicio de la anulabilidad se requiere demanda o reconvención, por ser insuficiente la sola excepción, interpretando *sensu contrario* art. 408 LEC. Hay autores que son partidarios de una interpretación en la que la anulabilidad es un medio adecuado ya que puede hacerse valer oponiendo excepción si necesidad de reconvenir⁴¹³.

3.2.2 Factura a nombre distinto del comprador

En el caso de que hubiera un error en la factura en la que figura a nombre de persona distinta del consumidor-verdadero comprador. Ej. pieza de recambio de coche comprada por internet por un empresario autónomo. Suponiendo que el coste de la pieza sea inferior a 3.000 €, bastaría con la expedición de una factura simplificada⁴¹⁴. Respecto al contenido de dicho

⁴¹³ Siguiendo a los profesores DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN, la anulabilidad puede instarse por el demandado para conseguir la absolución de la demanda, mediante oposición de excepción, sin que se precise reconvenir (es decir, sin ejercitar a su vez una acción contra el demandante u otras personas), es lo que deriva naturalmente de la tradición histórica y de la forma de expresarse el Código Civil (*ex art. 1824 cc, e implícitamente arts. 1148 y 1853 cc*), *Vid.*, DELGADO ECHEVARRÍA, J. Y PARRA LUCÁN, M. A. Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica, Dykinson, Madrid, 2005, p. 96.

⁴¹⁴ Según art. 4.2 RD 1619/2012 «tendrán la consideración de ventas al por menor las entregas de bienes muebles corporales o

factura debe seguirse lo establecido en el art. 7 del RD 1619/2012 «el número de identificación fiscal, así como el nombre y apellidos, razón o denominación social completa del obligado a su expedición», por lo que no será necesario incluir los datos del destinatario de la operación⁴¹⁵.

4. CONTROL MEDIANTE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

4.1 Antecedentes

La expresión *lex contractus* se crea jurídicamente a finales del siglo III a.C. y en la primera mitad del siglo II a.C. en una sociedad políticamente ordenada por la *Res publica*, y con una incipiente economía de mercado basada principalmente en la propiedad de la tierra, (pequeñas o medianas extensiones de tierra) y en las actividades agropecuarias propias de la explotación del fundo. En esa búsqueda de rentabilizar al máximo la tierra se va a propiciar la creación de determinados instrumentos jurídicos muy apropiados para minimizar el gasto y maximizar el beneficio los recursos concretamente las

semovientes en las que el destinatario de la operación no actúe como empresario o profesional, sino como consumidor final de aquellos».

⁴¹⁵ *Vid.*, GARCÍA MONTORO, L. «Devolución del precio del producto no conforme adquirido mediante contratación a distancia», *op. cit.*, p. 2.

condiciones generales de la contratación. Por tanto para los empresarios y profesionales el uso de las condiciones generales se convierte en un instrumento realmente imprescindible. Su uso se basa en la necesidad de racionalización de la actividad contractual de empresarios, a los que permite ahorrar recursos (ya que no es operativo negociar cada contrato). La realidad sobre la que se crean dichas condiciones generales, es un escenario contractual en el que aún no están bien definidos los tipos contractuales⁴¹⁶. Pese a dicha indefinición, las variantes admitidas se centran en dos contratos, arrendamiento y compraventa. Asimismo se debe señalar que la formación misma de la expresión «condiciones generales de la contratación» se basa en una «contratación indiferenciada» o «intercambiable», todavía no sujeta a modelos cerrados y típicos, que persigue tipificarse con base en esas condiciones generales⁴¹⁷. Es MARCO PORCIO CATÓN en su *Manual de Derecho agrario*, el libro de *agri cultura* en el que mejor sintetiza la naturaleza de las condiciones generales⁴¹⁸. CATÓN afirma que entre esas habilidades figura el conocimiento de ciertas reglas

⁴¹⁶ *Vid.*, CASTRESANA, A. «Las definiciones de propuesta de reglamento relativo a una normativa de común de compraventa europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, Nº 1, marzo 2013, p. 123.

⁴¹⁷ *Ibidem*

⁴¹⁸ *Vid.*, MARCO PORCIO CATÓN, *De agri cultura*, Estudio preliminar, traducción y notas de A. Castresana, Madrid, Tecnos, 2009, pp. LXXVIII-XCI.

básicas del Derecho, lo cual permite al propietario celebrar cuantos negocios jurídicos aseguren la máxima rentabilidad propuesta. Probablemente CATÓN no persigue una corrección jurídica máxima cuando escribe uno de los capítulos más importantes de la historia del Derecho contractual romano. Tan solo quiere mostrar a los jóvenes las condiciones de contratación más ventajosas para el propietario de la granja en la adjudicación de obras o en la venta de productos agrícolas. Y además instruye a los jóvenes sobre la necesaria inclusión en esas Condiciones de contratación de ciertas garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la otra parte del negocio jurídico, o que sirven para minimizar las pérdidas en caso de incumplimiento. En algunos capítulos del libro CATÓN se convierte en un experto jurista, y creando las condiciones generales de contratación que darán contenido jurídico concreto a cuantos negocios celebre el propietario de la explotación. CATÓN emplea sistemáticamente el término latino *lex* que toma el valor de «condiciones del negocio», donde el propietario establece las condiciones generales de contratación unilateralmente para dar contenido a ese contrato, tantas veces como lo celebre y con quienes como contraparte lo haga. La *lex* se convierte en Derecho vinculante para las partes, y es la determinación unilateral de los elementos accesorios del contrato: el contenido de las prestaciones, el término de

ejecución previsto para las mismas, las garantías adoptadas, el foro ante eventuales incumplimientos, etc. La *lex catoniana* aclara la definición de la Propuesta europea⁴¹⁹: condiciones generales de contratación son «cláusulas previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes»⁴²⁰.

En ocasiones se plantean problemas en los contratos celebrados mediante condiciones generales, ya que éstas son instrumento óptimo para la introducción de todo tipo de prácticas abusivas (exoneración de responsabilidad del predisponente, transferencia de riesgos y costes al adherente, cláusulas de sumisión expresa que de hecho imposibilitan al adherente el acceso a los Tribunales, precios inesperados, etc.) de dudosa ética, ante las que el legislador debe actuar. Por ello se hace necesaria la promulgación de una disciplina jurídica específica, que regule la estandarización del negocio jurídico⁴²¹.

⁴¹⁹ Cfr. ZIMMERMANN describe la integración de esta Propuesta relativa a la normativa común de compraventa europea en el proceso de ordenación del Derecho civil europeo, con un completo análisis crítico en el que se señalan los avances y también los retrocesos de los distintos instrumentos normativos para la armonización del Derecho privado. Vid., ZIMMERMANN, R. «Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht», *Juristische Blätter*, N° 134, 2012, p. 2.

⁴²⁰ Vid., CASTRESANA, A. «Las definiciones de propuesta de reglamento relativo a una normativa de...», *op. cit.*, p. 124.

⁴²¹ Vid., PAGADOR LÓPEZ, J. «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas», (Coord.)

A finales del siglo XX en Alemania se elaboró la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación, (concretamente en 1976). Ésta fue introducida en bloque en el BGB, aunque con ciertas reticencias, cuestionándose si debía introducirse en la parte general (como anexo a los párrafos que tratan sobre la declaración de voluntad (*ex art. §116 y 145 ss.*), o bien en el libro segundo del Derecho de obligaciones. Al final se decidió incluir bajo las reglas generales de los contratos incorporando una nueva sección intitulada «formación o configuración (*Gestaltung*)». Respecto a las relaciones negociales mediante condiciones generales de la contratación (*ex art. § 305–310 BGB*). Así las condiciones generales formaron parte del contrato solo si el predisponente, empresario (*Verwender*): 1) siempre que se haga expresa referencia a ellas, o bien las exhiba de manera clara; 2) toda vez que facilite al cliente la posibilidad de tener conocimiento de su contenido. Así el cliente debe ser consciente de su existencia y razonablemente pueda entender y prestar su consentimiento tácito o expreso (*ex art. §305b*). Las interpretaciones dudosas perjudicaran al predisponente 305c párrafo 2 d conforme la aforismo romano *ambiguitas contra stipulatiorem (quia clarius loqui potuisset)*⁴²². Además del principio

MIRANDA SERRANO, L. M. Y PAGADOR LÓPEZ, J. *Derecho privado de los consumidores*, § Capítulo III. El Derecho Digital (última visita 3 de febrero de 2015).

⁴²² *Vid.*, FLORÍA HIDALGO, M. D. «De rebus dubiis», *Boletín de la Facultad de Derecho*, N° 10–11, 1996, p. 131 y 142. En el título del libro 34

de transparencia que la propia jurisprudencia alemana ha ido desarrollado en 305c 1.2 BGB⁴²³.

4.2 Concepto

En el ámbito objetivo según el art. 1.1 de LCGC «Son condiciones generales las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

En su aspecto subjetivo sus ámbitos subjetivos de aplicación difieren, por cuanto la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación se aplica a todo contrato que

del Digesto, bajo la rúbrica de Rebus Dubiis se contiene 29 fragmentos que lo que tratan es de establecer son reglas de interpretación general para proceder en casos dudosos. Por otro lado la expresión «*ambiguitas*», «*ambigue*» especialmente en «*Quotines...ambigua oratio est*». El término *ambiguitas* aparece reiteradas ocasiones en fuentes prejustinianas y justinianas. Han sido especialmente estudiadas las cláusulas utilizadas en los testamentos para manumitir a los esclavos que planteaban dudas sobre la validez y eficacia, en estos casos se establecía *in obscuro pro libertate*. En caso de duda se resolvía a favor de la libertad del esclavo. De igual forma en la actualidad se resuelve a favor del adherente o consumidor. *In dubio pro consumatore*.

⁴²³ *Vid.*, WACKE A. «Las reformas más importantes del BGB desde su promulgación en 1900,...», *op. cit.*, p. 705.

contenga condiciones generales celebrados entre un profesional (predisponente u oferente) y cualquier persona física o jurídica (adherente), no necesariamente consumidor, pues el adherente, aclara el art. 2.2 LCGC podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad⁴²⁴.

4.3 Características

La obligación de poner a disposición del destinatario la información referida se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de internet. El primer control realizado es el de inclusión o incorporación, cuyo objeto es asegurar que el adherente (consumidor) tenga al menos la posibilidad de conocer y comprender las cláusulas predispuestas. Es preciso que las cláusulas sean comprensibles y accesibles. El requisito de la comprensibilidad se cumple cuando están redactadas de modo concreto, claro y sencillo, con posibilidad de comprensión directa (*ex* art. 5.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de LCGC). Se exige también que resulten materialmente accesibles para el adherente, de manera que éste pueda conocer su contenido previa o simultáneamente a la perfección del contrato (arts. 7 a) LCGC). Si el contrato se redacta por escrito, y las condiciones generales están en el

⁴²⁴ *Vid.*, ARNALDO ALCUBILLA, E. Y ZAMARRA ÁLVAREZ, C. M^º. «Condiciones Generales de la contratación», *Enciclopedia Jurídica*, La Ley, 2008. § concepto (Última consulta 3 de febrero de 2008).

reverso del contrato, la doctrina ha entendido que las cláusulas se consideran accesibles si en el anverso, justo encima de la firma del adherente, existe una referencia expresa a la existencia de las cláusulas y su ubicación⁴²⁵. No obstante, si en el contrato figuran condiciones generales de contratación, con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario para que éstas en su caso puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

4.3.1 Contratación electrónica

La reforma de la Ley 3/2014 trae consigo la derogación del art. 5.4 de la LCGC, se suprime el texto:

«En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la

⁴²⁵ Vid., PAGADOR LÓPEZ, J. «Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales», en NIETO CAROL, U. (Dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 252; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. «Comentario al art. 5», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ -CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, Aranzadi, 2000, p. 154.

contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma⁴²⁶.

Respecto a la confirmación del contrato se ha suprimido la referencia a 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, y la referencia a la formalización gratuita para el consumidor, salvo que se formalizase en la escritura pública⁴²⁷.

Con la entrada en vigor de la Ley 3/2014 se modifica el párrafo b) del apartado 1 del art. 80 en los siguientes términos :

«Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al

⁴²⁶ Como se verá *ut infra* se opera sobre bases homogéneas en la regulación del derecho de desistimiento aplicable a la contratación a distancia al derogar la Disposición derogatoria única diversas normas que establecen distintos mecanismos de desistimiento regulado de forma parcialmente diferente así: el desistimiento para la ventas a distancia entre empresarios [arts. 44 LOCM y 45 de la LCGC, y el derecho de resolución para la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales (art. 4 del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales)].

⁴²⁷ *Vid.*, BERROCAL LANZAROT, A. I. «Guía práctica de Ley 3/2014, de 27 de marzo de 2014...», *op. cit.*, La Ley Digital, (última consulta 3 de febrero de 2015).

milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura».

Así, los contratos con consumidores que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [en el que incluye la reforma del art. 81 TRLGDCU, la cual ha de entenderse como positiva ya que incorpora mecanismo de control de las condiciones de la contratación por parte de la propia administración (mediante órganos o entidades correspondientes de las CCAA y de las corporaciones competentes en materia de defensa de consumidores)⁴²⁸, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes deberán cumplir como requisitos para su validez, además, de: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) buena fe⁴²⁹, y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones

⁴²⁸El art. 81 TRLGDCU también ha sido modificado por la Ley 3/2014 en el que se dispone que estarán obligadas a remitir las condiciones generales de contratación que integren dichos contratos, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud.

⁴²⁹Lo cual a veces es como no concretar nada pudiendo acudir a criterios jurisprudenciales y doctrinales que resuelven casos similares, conforme a la aplicación de los arts. 7 y 1258 cc *Vid.*, QUIÑONERO CERVANTES, E. «Las cláusulas abusivas», (Coord.) HERRERA CAMPOS, R.

de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas, como novedad ahora, la accesibilidad y legibilidad, de forma que faculte al consumidor a tener el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. Por lo tanto no se cumple dicho requisito, si el tamaño de la letra del contrato es inferior al milímetro y medio o el contraste con el fondo es tan insuficiente que, dificulta la lectura⁴³⁰.

En el ámbito europeo ha de destacarse alguna diferencia entre *ACQP* y *DCFR*, con la normativa común de compraventa europea en la cual no obliga a que se aporten de forma textual las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos que se realicen electrónicamente. Realmente en la normativa común existe una regla según en la que «el comerciante deberá garantizar que las cláusulas contractuales se pongan a disposición del consumidor en caracteres inteligibles, alfabéticos o de otro tipo, a través de un soporte duradero y que permita la lectura y la grabación de la información contenida en el texto, así como su reproducción de forma tangible» (*ex art. 24.4 NCCE*)⁴³¹. Sin embargo, la vulneración de dicha obligación se sanciona,

Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada, Universidad de Almería, Vol. 3, 2000, p. 1486.

⁴³⁰ *Ibidem*.

⁴³¹ La Propuesta está enfocada a posibilitar que los comerciantes, en el momento de la conclusión de contratos de compraventa, contratos de suministro de contenidos digitales y contratos de servicios

no con el hecho de tener esas cláusulas por no incluidas, sino solamente con la indemnización por daños (*ex art. 29.1 NCCE*)⁴³².

Las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio. Ello obliga al prestador a mantener actualizada su página Web, dado que mientras las ofertas sigan presentes en la página, el destinatario podrá exigir su aplicación.

4.3.2 Contratación telefónica

Cuando el empresario contacte telefónicamente con un consumidor para perfeccionar el contrato, se precisará la confirmación la oferta por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor, en un soporte duradero. La oferta no será

relacionados, cuenten con un conjunto común de normas y utilicen las mismas cláusulas contractuales en todas sus transacciones transfronterizas (*ex art. 1.2 de la Propuesta de Reglamento*). Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 11 de octubre de 2011. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:ES:PDF>

⁴³² *Vid.*, EBERS, M. «Control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», *Revista para el análisis del Derecho InDret*, Barcelona, enero 2012, p. 16.

vinculante hasta que el consumidor haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito ya sea en papel, por fax, correo electrónico o por un mensaje de SMS. Así se asegura que el consumidor forme adecuadamente su consentimiento de lo que está aceptando al garantizarse que recibe la información precontractual, extremo que no se puede dar si se realiza una única conversación telefónica. El art. 98.6 del TRLGDCU:

«en caso de que un contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono, el empresario deberá confirmar la oferta al consumidor por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor sólo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito»

El legislador español pretende aportar una mayor seguridad jurídica en sede de contratación a distancia, especialmente en los contratos de luz, gas y telecomunicaciones, lo que en opinión de algunos autores supondrá un freno a la actividad comercial⁴³³. Esto quiere decir que la grabación sonora no permitirá probar el consentimiento contractual ni la adhesión del cliente al contrato, ni como justificante del cumplimiento de los deberes de confirmación de la oferta (*ex* arts. 8.1 Directiva y 98.1 TRLGDCU) ni del contrato (art. 8.7 a) Directiva 2011/83 y 98.7 TRLGDCU). Pero dicha apreciación no

⁴³³ *Vid.*, MENDOZA LOSANA, A. «Inminente reforma de la Ley General de Consumidores y Usuarios», *Centro de Estudios de Consumo CESCO*, 2013, p. 4.

debe de compartirse ya que el hecho de exigir que el consentimiento se preste en un medio escrito (ej. correo electrónico o SMS) no resta agilidad ni rapidez al mercado.

De acuerdo con el respeto de la legislación nacional en materia contractual (*ex art. 3.5 Directiva 2011/83*), se permite a los estados de la UE regular de distinta forma el establecimiento del vínculo negocial. Se exige que la confirmación de la oferta se realice en soporte duradero y condiciona la validez del contrato telefónico a la firma (manuscrita o electrónica) por el consumidor de la oferta o del acuerdo enviado por escrito (*ex art. 8.6 Directiva 2011/83*). En España, el art. 2 del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regulaba la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.4 de la Ley 7/1998, queda derogado por la entrada en vigor de la reforma del TRLGDCU.

Condicionar la validez y eficacia del contrato a la entrega en soporte duradero implica dejar a la comunicación telefónica como una mera fuente de información sin carácter vinculante⁴³⁴. Cuestión que choca contra el carácter consensual y el principio de libertad de forma (*ex arts. 1254 y 1278 cc*) del ordenamiento jurídico español. Cuyo principio proviene del Ordenamiento de Alcalá de 1348, en el capítulo XVI que habla de las obligaciones. «*De como vale la obligación entre absentes aunque no aya*

⁴³⁴ *Vid.*, art. 98.6 TRLGDCU

estipulación»⁴³⁵. En las obligaciones ya se manifestaba el principio espiritualista, mediante el cual, el mero consentimiento bastaba para que el contrato fuera válido⁴³⁶.

⁴³⁵ Ordenamiento de Alcalá de 1348, en el capítulo XVI que habla de las obligaciones: «pareciendo que se quiso un ome obligar à otro por promision, ò por algund contracto, ò en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos a quienes se obligò, è non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulacion, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; ò que fue fecha la obligacion del contracto entre absentes; ò que fue fecha à Escribano publico, ò à otra persona privada en nombre de otro entre absentes; ò que se obligò uno de dar, ò de façer alguna cosa à otro: mas que sea valedera la obligacion ò el contracto que fueren fe-chos en cualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar à otro, èfaçer contracto con el cumplir aquello a que se obligó... mandamos que todavía valga dicha obligación i contrato que fuere hecho, en cualquier manera que uno se quiso obligar a otro». En JORDÁN DE ASSOR, I. y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. El ordenamiento de las Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes del Alcalá de Henares de 1348, Joaquín Ibarra Impresor de SM, Madrid, 1774, p. 26.

⁴³⁶ Según el cual, como se sabe, lo esencial para poder hablar que un contrato sea válido y eficaz no es la forma sino el aspecto consensual o espiritual. Es decir desde que hay consentimiento existe contrato, siendo indiferente la forma utilizada por las partes para manifestarlo; de modo que desde ese instante, es decir, desde que se lleve a cabo a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica. Es decir desde que haya un consentimiento válido y eficaz, las partes quedan obligadas al cumplimiento de lo pactado y a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (arts. 1.254 y 1.278 C.c.). En MIRANDA SERRANO, L. Y PAGADOR LÓPEZ, J. «Formación y ejecución del contrato electrónico. Aproximación a a una realidad comercial emergente», *Estudios de Consumo*, N° 85, 2008, p. 83.

Desde un punto de vista económico pese a que pueda pensarse que permita crear un sistema más rígido y menos ágil, que puede restar competitividad a sectores como el de las telecomunicaciones y seguros⁴³⁷. El hecho de confirmar un contrato mediante un SMS o un simple correo electrónico es posible desde cualquier dispositivo Smartphone, y en modo alguno puede suponer un obstáculo a la libertad económica y de contratación, más bien al contrario, ya que aporta un grado de seguridad jurídica muy deseable sobre todo en sede de contratación a distancia.

⁴³⁷ *Vid.*, MENDOZA LOSANA, A. «Inminente reforma de la Ley...», *op. cit.*, p. 5.

§ VI. MOMENTO Y LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

1. INTRODUCCIÓN

Tanto el código de comercio como el código civil establecen una solución similar respecto al momento de perfección del contrato a distancia. «Desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe⁴³⁸ (arts. 1262 cc y 54 Ccom)».

⁴³⁸ El art. 2 de la Propuesta de Reglamento de compraventa Europea: «se entenderá por «buena fe contractual»: una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión». El valor semántico nuclear del término *fides* que explica muy bien CICERÓN como *fit quod dicitur* (cumplir la palabra dada), y que expresa «la lealtad a la palabra dada» como valor ético de conducta. que se cumple la auténtica etimología de *fides* cuando se hace lo que se dice». Una idea reiterada en *De officiis* 1,7, 23: «osemos, sin embargo, imitar a los estoicos que buscan con afán la etimología de las palabras y tengamos por bueno que *fides* se ha llamado así porque se hace lo que se dice». También ISIDORO DE SEVILLA reitera estas mismas ideas en ORÍGENES 8, 2, 4: «se ha dado el nombre de *fides* cuando se ha llevado a cabo totalmente lo que se ha dicho o prometido, y por eso se ha llamado *fides*, porque se hace aquello que se acordó entre uno y otro...».

La primera cuestión que debe plantearse es si rige en sede de contratación a distancia el art. 1.262 cc, el cual dispone que el contrato realizado a distancia se presume celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta cuando el que la acepta está en otro lugar o bien el art. 54 Ccom, que sigue el mismo criterio ¿existe alguna regla específica aplicable en sede de contratación a distancia?.

La razón que hace cuestionarse el lugar donde el que se entiende celebrado el contrato a distancia, no es sólo para determinar el juez competente que deba conocer las posibles crisis contractuales, también para conocer la ley aplicable en conflictos de Derecho internacional⁴³⁹. Este hecho cobra especial relevancia cuando el contrato es celebrado por medios electrónicos. Se debe determinar las reglas aplicables que establezcan el lugar de celebración del contrato a distancia, ya sea aplicando las reglas generales (*ex* art. 1262 cc–o bien mercantiles –el art. 54 Ccom) o quizás una regla especial. La cuestión ha sido clarificada con base en al art. 29 LSSICE⁴⁴⁰ el

⁴³⁹ *Vid.*, SALINAS VERDAGUER, E. «Régimen aplicable a los contratos celebrados por internet», en SOLER PASCUAL, L. A. en *Boletín de Contratación Inmobiliaria de Derecho*, El Derecho, mayo 2008, p. 6.

⁴⁴⁰ *Ex* art. 29 LSSICE «Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios».

cual establece un régimen especial para los contratos celebrados electrónicamente, dicha norma distingue si el contratante es consumidor o no, de forma que si una de las partes fuera consumidor el contrato se entiende celebrado en el lugar donde éste tenga la residencia habitual, mientras que si las partes otorgantes fueran profesionales o empresarios se presume, *iuris tantum*, que el contrato es celebrado en el lugar donde resida el prestador de servicios. Así el legislador busca promocionar el comercio electrónico facilitando al consumidor su labor y aportando a éste una mayor confianza.

El lugar en que ha de entenderse celebrado un contrato es determinante para establecer el régimen jurídico al que ha de someterse (*ex art. 26 LSSICE*). En Derecho español la norma general para la contratación entre personas no presentes, es que el contrato se presume celebrado en el lugar en que la persona emitió la oferta de aceptación. En cambio en este apartado la LSSICE diferencia entre si alguno de los contratantes tiene o no la consideración de consumidor. De forma que los contratos celebrados por vía electrónica, en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Por el contrario, los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios (*ex art. 29*

LSSICE)⁴⁴¹. Así lo determina Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el que un consumidor mediante internet adquiere unos móviles a un empresario situado en domicilio distinto del consumidor⁴⁴². Mientras que si ambos contratantes actúan empresarialmente (*ex art. 29.2 LSSICE*) se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios, salvo que las partes acuerden otra cosa⁴⁴³.

⁴⁴¹ Sentencia de Audiencia Provincial de Málaga de 17 de diciembre de 2007, Ref. El Derecho n.º 357159 FJ 2º por el que se entenderán «el carácter de abusivas las cláusulas o estipulaciones que impliquen la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor».

⁴⁴² Auto del Tribunal de Justicia del País Vasco de 16 de enero de 2007 El Derecho Ref. n.º 25472 FJ 2º. Auto del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007, El Derecho Ref. n.º 184701 FJ único en el que se refiere precisamente a la contratación por Internet, optando por el domicilio de quien acepta la oferta. En el mismo sentido Auto del Tribunal Supremo de 7 octubre 2004, El Derecho Ref. n.º 227260 FJ único y 5 noviembre 2004, El Derecho Ref. n.º 227260 FJ único, en este último caso por una adquisición mediante subasta realizada en Internet. También en Auto de Juzgado de lo mercantil de Bilbao de 1 de septiembre de 2008, El Derecho Ref. -n.º 304797 en el mismo sentido se aplica el art. 51.1 LEC.

⁴⁴³ *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. «La contratación a distancia de consumo: TRDCU y Directiva 2011/83», (Coord.) MIRANDA SERRANO, L. Y PAGADOR LÓPEZ, J. *Derecho privado de los consumidores*, Marcial Pons, Barcelona, 2013. El Derecho Digital, (última consulta 3 de febrero de 2015).

2. MOMENTO EN LA VINCULACIÓN ENTRE EMPRESARIO Y CONSUMIDOR EN CONTRATOS REALIZADOS TELEFÓNICAMENTE

El nuevo art. 98 del TRLGDCU introducido por el art. 19 del Anteproyecto de Ley de reforma del TRLGDCU (Requisitos formales de los contratos) incluye una innovación importante respecto a los contactos telefónicos a instancia del empresario para la celebración de contratos telefónicos. El art. 98.6 establece:

«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 firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito, en papel o mediante correo electrónico, fax o sms».

En sede de contratación a distancia la Directiva 2011/83 en art. 8.6 faculta a los estados miembros a legislar respecto a la exigencia de un confirmación para la perfección del contrato:

«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 solo 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».

La CNC (Comisión Nacional de la Competencia) actualmente integrada en la CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) ⁴⁴⁴ determinó en informe (Expediente S/0184/09) de Gas Natural relativo a las limitaciones a la contratación con consentimiento verbal recabado telefónicamente y con grabación telefónica en el que un operador no otorgaba validez al consentimiento. Este hecho a juicio de la CNC impedía al consumidor la posibilidad de cambio de suministrador. Por ello y sin perjuicio de las particularidades de este asunto, la CNC determinó que debía otorgarse validez a la contratación telefónica, sin que el consentimiento precisase una ulterior confirmación escrita, de forma que permitiera garantizar la identidad del cliente y su voluntad inequívoca ⁴⁴⁵. El caso de la contratación de servicios

⁴⁴⁴ La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha entrado en funcionamiento el 7 de octubre de 2013, agrupando las funciones destinadas a garantizar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos.

⁴⁴⁵ España. Informe del CNC sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 8 de mayo de 2013, p. 5. La CNC recuerda que su interpretación no debe obstaculizar por parte del suministrador de origen de forma innecesaria ni desproporcionada la competencia, y por ello se debe ajustar a lo dispuesto por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. *Boletín Oficial del Estado*, 4 julio de 2007 n° 159, p. 28848. En concreto el diferimiento de la vinculación del consumidor o usuario en el momento en que otorgue el

telefónicos a distancia se debía entender totalmente válida la perfección del contrato realizado mediante vía telefónica pero la entrada en vigor de la Ley 3/2014 ha modificado dicho extremo⁴⁴⁶. Anteriormente el consentimiento era eficaz «siempre que conste por palabras que con claridad lo expresen o por hechos que con toda evidencia lo signifiquen». En este caso el mismo día que un suministrador remite carta informando que se procederá al envío de la mercancía solicitada, el peticionario mediante llamada telefónica desiste. No existe concurso de voluntades cuando sólo media la manifestación de un propósito retirado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte⁴⁴⁷. Se da validez a la llamada telefónica como medio de comunicación.

consentimiento su consentimiento por escrito no puede demorar la tramitación del cambio de suministrador.

⁴⁴⁶ Sentencia de Audiencia Provincial de Toledo de 18 febrero de 1999, Ref. Aranzadi - n° 3709. FJ 2°.

⁴⁴⁷ Sentencia Tribunal Supremo de 7 junio de 1986, Ref. Aranzadi n° 3296. FJ 3°. En este caso el mismo día que un suministrador remite carta informando de que se procederá al envío de la mercancía solicitada, el peticionario mediante llamada telefónica desiste. En este caso no existe concurso de voluntades cuando sólo media la manifestación de un propósito, retirado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte.

3. LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO A DISTANCIA.
LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE. ALUSIÓN AL CASO
DE CONTRATOS CON CONSUMIDORES (B2C)

En la contratación realizada por internet no es preciso que se modifiquen los criterios respecto a otros tipos de venta, en los que la oferta y la aceptación ya está regulada. En sentido contrario LARROSA AMANTE opina que dichos criterios no son apropiadas, ya que la oferta se realiza mediante internet, y esto no implica que el lugar donde se hiciera coincidir con el domicilio particular o social del ofertante. Sin olvidar que dicho criterio es el que sigue la Ley de Enjuiciamiento Civil para determinar la competencia territorial en los procesos civiles (*ex* art. 50 y 51LEC)⁴⁴⁸. Por un lado el art. 1262 cc y al art. 54 Ccom⁴⁴⁹ si bien ambos preceptos establecen como lugar donde se hizo

⁴⁴⁸ *Vid.*, LARROSA AMANTE, M. A. «Régimen aplicable a los contratos celebrados por internet», en SOLER PASCUAL L. A. *Boletín de Contratación Inmobiliaria de Derecho*, El Derecho, mayo 2008, p. 2.

⁴⁴⁹ *Vid ad ex.*, GIL NOGUERAS distingue entre lo dispuesto en el art. 1262 cc y art. 54 Ccom español. Respecto al primero se exige el conocimiento ambas partes de forma positiva, mientras que en el segundo eso no sucede, ya que existe una aceptación previa del oferente, y el aceptante trata de transmitir el consentimiento por el sistema proporcionado por el oferente. El primero es un sistema de cognición y el otro un sistema denominado de expedición en cuanto a la creación del concurso de voluntades. GIL NOGUERAS, L. A. «Régimen aplicable a los contratos celebrados por internet», en SOLER PASCUAL L. A. *Boletín de Contratación Inmobiliaria de Derecho*, El Derecho, mayo 2008, p. 1.

la oferta para determinar el cumplimiento de la obligación. El profesor MIRANDA SERRANO critica la poca atención prestada por legislador español a la formación del contrato, y afirma que la regulación es deficitaria. Por el contrario destaca la labor realizada por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM)⁴⁵⁰. Algunos de los más destacados civilistas y mercantilistas abogan por una aplicación extensiva de las reglas del contrato de la CNUCCIM⁴⁵¹ (parte II arts. 14 a 24) respecto a las reglas de formación de los contratos, con el propósito de que el ordenamiento español recogiera las reglas del CNUCCIM y no se privase de la internacionalidad exigida como requisito en su ámbito de aplicación⁴⁵².

⁴⁵⁰ A la citada convención se le reconoce una notable calidad fruto de la síntesis de las instituciones del *Civil Law* continental y del *Common Law* anglosajón. En ILLESCAS ORTIZ, R. «Derecho Uniforme del Comercio Internacional», *Estudios de Derecho mercantil homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 1799.

⁴⁵¹ *Vid.*, DIEZ PICAZO, L. «La formación del contrato», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, N° 1, 1995. p. 5 y 6; VICENT CHULIÁ, F. Introducción al Derecho Mercantil, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 764.

⁴⁵² *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. «La aplicación en el derecho español no uniforme de la noción de oferta de contrato de la convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de mercaderías en torno a la ofertas a personas indeterminadas», *Law Review, International Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 3, N° 2, diciembre 2013, p. 1.

La determinación de la ley aplicable en estos contratos se realiza mediante el art. 26 de LSSICE, éste remite a las normas de derecho internacional privado⁴⁵³ del ordenamiento jurídico español. Concretamente a los arts. 2 y 3 LSSICE, y según lo dispuesto por el art. 10.5 cc será aplicables ambas normas cuando el prestador de servicios de la sociedad de la información⁴⁵⁴ se encuentre en España y los servicios prestados por ellos aunque no se encuentren establecidos en España, en otro estado miembro de la UE si el destinatario de los servicios esta ubicado en España y se trata de contratos celebrados con

⁴⁵³ Norma de conflicto tiene *grosso modo* por objetivo: en primer lugar en caso de discrepancia internacional determinar mediante remisión en primer lugar el ordenamiento de acuerdo con las disposiciones materiales para que el litigio sea resuelto; en segundo lugar fijara la jurisdicción competente para la resolución la cual procederá de la aplicación de la regla sustantiva nacional que remita la correlativa de conflicto. *Vid.*, GARRO, A. M. «Armonización y Unificación del Derecho privado en América Latina esfuerzo, tendencia y realidades», *Centro di studi e ricerche di diritto comparatto e straniero*, Roma, 1992, p. 25; ILLESCAS, R. «Derecho mercantil y Globalización», *Anuario de Facultad de Derecho Universidad autónoma de Madrid*, N° 9, 2005, p. 81.

⁴⁵⁴ La Ley 34/2002 LSSICE recoge en su Exposición de Motivos la definición de prestador de servicios de la sociedad de la información como «la persona física o jurídica que proporciona un servicios de la sociedad de la información».

consumidores o bien con relación a alguna de las materias dispuesta por el art. 3 LSSICE ⁴⁵⁵.

Si una de las partes es un consumidor y el prestador de servicios perteneciese a la UE el consumidor podrá interponer demanda en su lugar de residencia de acuerdo con la normativa (*ex art. 5 del Convenio de Roma*)⁴⁵⁶. Respecto a la aplicación de la Ley el mencionado precepto, como norma de conflicto, indica la aplicación de la ley del Estado donde el consumidor tuviera residencia habitual.

Cuestión distinta es que el prestador de servicios se encuentre fuera de la UE en cuyo caso la jurisdicción y la ley aplicable se determinarán conforme a las reglas habituales del Derecho internacional privado. Por tanto la jurisdicción competente se atribuirá conforme a lo dispuesto por el Reglamento 44/2001 pudiendo el consumidor interponer demanda: a) ante los tribunales donde tenga domicilio el empresario; b) ante los tribunales del lugar donde estuviera domiciliado el consumidor, (medida de carácter tuitiva hacia el propio consumidor); c) ante el tribunal que ambas partes acuerden. Es preciso señalar que el empresario solo podrá demandar al consumidor en los tribunales del domicilio de éste

⁴⁵⁵ *Vid.*, MORENO GARCÍA, J. A. «Régimen aplicable a los contratos celebrados por internet», en SOLER PASCUAL L. A. *Boletín de Contratación Inmobiliaria de Derecho*, El Derecho, de mayo 2008, p. 5.

⁴⁵⁶ Convenio de Roma 18 de julio de 1980

ex art. 16.2 Reglamento 44/2001 aplicándose la Ley del Estado del tribunal donde se interponga la demanda.

Sin perjuicio de lo anterior se debe precisar que el Reglamento 44/2001 no es aplicable en Dinamarca siendo preciso acudir al Convenio de Bruselas. De igual forma ocurre con los países como Noruega, Suiza e Islandia en cuyo caso deberá remitirse al Convenio de Lugano⁴⁵⁷. En ambos casos dichos convenios atribuyen la competencia judicial al foro del domicilio del consumidor siendo aplicable la ley de éste ⁴⁵⁸.

Por último en caso de que no pudieran aplicarse los mencionados Convenios sería preciso acudir a la normativa de atribución competencial *ex art. 22 LOPJ*. Los tribunales españoles podrán entrar a conocer los asuntos que afecten a los consumidores en los siguientes casos: a) cuando las partes se hayan sometido tacita o expresamente a los juzgados y tribunales españoles; b) cuando el demandado tenga domicilio en España; c) en la venta de plazos de bienes muebles corporales o de préstamos destinados a la adquisición; d) bien cuando la celebración del contrato fuera precedida por alguna oferta personal en España o bien el propio consumidor hubiera

⁴⁵⁷ Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil realizado en Lugano el 16 de septiembre de 1988.

⁴⁵⁸ *Vid.*, ORTEGA DÍAZ, J. F. «Contratos electrónicos. La cuestión de la perfección y el soporte contractual», *Revista del Comercio Electrónico*, N° 86, 2007, p. 74.

realizado en territorio español los actos indispensables para la celebración del contrato, siendo se aplicación en dichos supuestos la legislación española.

En definitiva una gran mayoría los contratos realizados a través de internet se entenderían incluidos en este supuesto, lo cual beneficiaría al consumidor e iría en detrimento del interés del empresario. Por ello debe rechazarse una interpretación extensiva de la propia norma y negar la competencia de los tribunales españoles siempre que el asunto carezca de una vinculación clara con España⁴⁵⁹.

4. LUGAR DE TRIBUTACIÓN DEL CONSUMIDOR DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

A finales de 1996 el Departamento del Tesoro de Estados Unidos publicó un estudio sobre las pautas que el sistema fiscal federal norteamericano debía de adoptar respecto a la contratación electrónica. Se aludían a tres elementos fundamentales sobre los que debía sustentarse la política fiscal federal en relación con el comercio electrónico. En primer lugar,

⁴⁵⁹ *Vid.*, CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en internet, Colex, Madrid, 2001, p. 92.

el llamado principio de neutralidad⁴⁶⁰, según el cual las operaciones similares a aquellas otras efectuadas en el ámbito comercial deben tributar de forma similar. De forma que no deben de establecerse diferencias en virtud de que la operación comercial ha sido realizada en forma tradicional o electrónica, ya que ello podría dar lugar a la creación de incentivos al cambio de naturaleza de la transacción o de la localización de quienes intervienen en la misma. En segundo lugar sería recomendable la aplicación de los actuales principios de fiscalidad internacional, ya que que la sustitución de dichos principios por otros nuevos únicamente habría de producirse en casos excepcionales. Por último lugar se sugería la conveniencia de que el nuevo marco legislativo tributario del comercio electrónico que eventualmente se acordase fuese lo suficientemente general y flexible como para afrontar y plantear soluciones al futuro desarrollo tecnológico y a las nuevas formas de realizar negocios que pudieran originarse⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ Cfr. MACARRO OSUNA, J. M. Y MARIÍN RODRÍGUEZ, J. M. «La neutralidad fiscal como meta de la construcción europea. análisis de la fiscalidad indirecta»,

http://www.researchgate.net/profile/Jose_Miguel_Martin_Rodriguez/publication/272174958_La_neutralidad_fiscal_como_meta_de_la_construccion_europea_Analisis_de_la_fiscalidad_indirecta/links/54ddf3700cf22a26721d68c9.pdf (última consulta junio de 2015).

⁴⁶¹ Vid., Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce Department of the Treasury Office of Tax Policy Washington, D.C, November, 1996. <http://www.treasury.gov/resource->

Unos de los sectores con un amplio crecimiento es de los libros electrónicos. Ya que uno de cada tres lectores opta por leer libros digitales, según recogía el Informe de la Sociedad de la Información en España 2014. El porcentaje de los lectores de libros digitales donde la mayoría de los internautas utiliza el formato digital 62%, aunque curiosamente prefieren masivamente el formato tradicional 67%⁴⁶².

El objetivo de esta Directiva 38/2002⁴⁶³ es crear condiciones de competencia equitativas en el ámbito de la fiscalidad indirecta aplicada al comercio electrónico, para empresas de la Unión Europea (UE). La Directiva prevé asimismo simplificar y aclarar al máximo el cumplimiento de las normas por parte de las empresas establecidas en terceros países. Estas medidas modernizan las normas que regulan el lugar de prestación de los servicios a efectos del IVA, con el fin

center/tax-policy/Documents/internet.pdf (última consulta junio de 2015); CALVO VÉRGEZ, J. «La aplicación del iva en el ámbito del comercio electrónico», *Crónica Tributaria*, N° 135, 2010, p. 30.

⁴⁶² La sociedad de la Información 2014, Fundación Telefónica, https://publiadmin.fundaciontelefonica.com/index.php/publicaciones/add_descargas?title=Sociedad+de+la+Informaci%C3%B3n+en+Espa%C3%B1a+2014&code=323&lang=es&file=siE2014.pdf&_ga=1.72339539.1778898405.1433611259

⁴⁶³ Directiva [2002/38/CE](#) del Consejo, de 7 de mayo de 2002, por la que se modifica y se modifica temporalmente la Directiva [77/388/CEE](#) respecto del régimen del impuesto sobre el valor añadido aplicable a los servicios de radiodifusión y de televisión y a algunos servicios prestados por vía electrónica

de tener en cuenta el sector del comercio electrónico. Hasta ahora, el sistema común del impuesto sobre el valor añadido en lo tocante a la [base imponible uniforme](#)⁴⁶⁴ no abordaba adecuadamente la cuestión de los servicios suministrados por vía electrónica, por la simple razón de que este tipo de prestaciones no se había previsto cuando se creó el sistema fiscal actual. En consecuencia, la aplicación de las anteriores normas sobre el IVA a este tipo de transacciones tenía resultados discriminatorios y perversos. Así, con las normas anteriores, los servicios originarios de la UE prestados por vía electrónica en general quedaban sujetos al IVA, independientemente del lugar de consumo, mientras que no ocurría así con los procedentes de países terceros, pese a ser suministrados en la UE. Ahora cuando un operador de la UE presta este tipo de servicios a una empresa establecida en otro Estado miembro, el lugar de

⁴⁶⁴ «Las instancias europeas suprimen los controles fiscales en las fronteras interiores en cualquier operación efectuada entre Estados miembros, aproximan los tipos del impuesto sobre el valor añadido (IVA) de los países comunitarios y establecen, con carácter temporal, un periodo transitorio que facilite el paso al régimen definitivo de gravamen de los intercambios intracomunitarios». Sexta directiva sobre IVA: base imponible uniforme

http://europa.eu/legislation_summaries/other/l31006_es.htm

prestación es el lugar donde está establecida la empresa cliente⁴⁶⁵.

Las primera modificaciones en materia tributaria han sido insuficientes para abordar el comercio electrónico pero lentamente se está logrando una armonización. Debe tenerse en cuenta que no es fácil debido a la complejidad del tipo impositivo indirecto. Por ello debería simplificarse en la medida de lo posible para garantizar las obligaciones fiscales lo cual mejoraría la seguridad jurídica⁴⁶⁶.

A partir del 1 de enero de 2015 entra en vigor la Directiva comunitaria de 2008⁴⁶⁷ según cual la tasa de IVA que grava los libros digitales será la del país donde se encuentre el consumidor (para la CEE, el ebook (libro electrónico) no es un producto, sino un servicio digital). Hasta hace poco el IVA imponible tributaba en el país donde estuviera domiciliado el prestador del servicio. Para el consumidor el IVA que pague por

⁴⁶⁵ IVA: régimen especial aplicable a los servicios prestados por vía electrónica

http://europa.eu/legislation_summaries/taxation/l31044_es.htm

⁴⁶⁶ *Vid.*, SÁNCHEZ SERENA, E. «La fiscalidad indirecta del comercio electrónico on line», (Coord.) DELGADO GARCÍA, A. M. Tributos en la sociedad de la información, IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, N° 18, p. 70. (última consulta 6 junio de 2015).

⁴⁶⁷ Directiva 112/2006 del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido. Diario de la Unión Europea, L. 347 de 11 de febrero de 2006. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2006L0112:20110101:ES:PDF>

la compra de libros a empresas extranjeras se recaudará en el país donde resida. Anteriormente las empresas domiciliadas en otro miembro de la UE liquidaban el IVA recaudado en el país donde estuvieran domiciliadas. La directiva afectará a las empresas que vendan libros que tengan su domicilio social en Luxemburgo, cuya tasa de IVA para el ebook es del 3%, contraviniendo la Directiva 112/2006 ⁴⁶⁸ y a pesar de las amonestaciones recibidas. Por lo tanto, Amazon y Kobo deberán aplicar un tipos impositivo del 21% a los libros digitales que vendan en España. Este cambio propiciaría que Luxemburgo dejara de ingresar alrededor 800 millones de euros al año, mientras que Reino Unido y Alemania se beneficiarán con alrededor de 350 millones de euros cada uno por años⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ «La Comisión pide a Francia y a Luxemburgo que modifiquen los tipos del IVA que aplican a los libros digitales. Desde el 1 de enero de 2012, Francia y Luxemburgo aplican un tipo reducido del IVA a los libros digitales, lo que es incompatible con las disposiciones actuales de la Directiva sobre el IVA. En efecto, en virtud de esta Directiva, los libros digitales son servicios prestados por vía electrónica y la aplicación de un tipo reducido a esta clase de servicios no es posible. Esta situación provoca falseamientos importantes de la competencia en detrimento de los operadores de los otros 25 Estados miembros de la Unión en la medida en que las compras de libros digitales pueden realizarse fácilmente en un Estado miembro distinto del de residencia del consumidor y que las normas actuales prevén la aplicación del tipo del IVA del prestatario, y no el del cliente».

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-794_es.htm

⁴⁶⁹ E-book prices may rise as VAT law kicks in. *The bookseller*

Por otro lado esta medida también beneficiará a las empresas que vendan ebooks en el resto de países de la UE ya tendrán las mismas condiciones impositivas que Amazon y Kobo. Quizá se provoque en el resto de la zona de la UE un aumento de los precios en Amazon, Kobo y Nook, para compensar la merma de ingresos por la subida del IVA. La alternativa sería la creación de un IVA reducido como es el caso del libro impreso en España. La duda es cómo van a afrontar este cambio los pequeños minoristas y las editoriales y autores que practican la venta directa. A partir del 1 de enero van a tener que enfrentarse a la obligación de aplicar diferentes tasas de IVA y de hacer cobros en diferentes países. Para facilitar esta obligación se ha establecido en todo el ámbito comunitario un nuevo régimen al que podrán acogerse voluntariamente las empresas prestadoras de estos servicios.

Este nuevo régimen opcional denominado «*Mini Ventanilla Única*» o «*Mini One-Stop Shop*» (MOSS), tiene como propósito *minorar*⁴⁷⁰ las cargas fiscales indirectas que pudieran devengarse para los operadores conforme a las nuevas normas de localización de estos servicios con entrada en vigor en 2015 (a

<http://www.thebookseller.com/news/e-book-prices-may-rise-vat-law-kicks>

⁴⁷⁰ Resulta llamativo que la Agencia Tributaria española califique este nuevo sistema como una forma de «minorar» o reducir las cargas fiscales indirectas, cuando lo que persigue realmente es recaudar el IVA del país del consumidor.

partir de dicha fecha el servicio se presumirá localizado en el Estado de la UE donde resida del consumidor final y no en el del prestador de servicios)⁴⁷¹.

Se permitirá que los empresarios no tengan que identificarse y darse de alta en cada Estado de la UE, sino que podrán presentar sus declaraciones de IVA desde un único punto en web donde se hayan identificado⁴⁷². La Mini Ventanilla Única solo será aplicable por aquellos empresarios que presten servicios electrónicos y cuyo destinatario sea un particular establecido o con domicilio o residencia en un Estado miembro distinto del de la sede del prestador. La Mini Ventanilla Única no resulta aplicable cuando los destinatarios de los servicios sean los particulares establecidos en el mismo Estado miembro donde está establecido el empresario o profesional o bien cuando los servicios se presten exclusivamente a empresarios o profesionales⁴⁷³.

⁴⁷¹ El nuevo régimen permitirá que los empresarios o profesionales no tengan que identificarse y darse de alta en cada Estado de consumo, sino que podrán presentar sus declaraciones de IVA desde un único punto en el Portal Web de su Estado de Identificación. Para ello, deberán expresamente registrarse en este régimen

⁴⁷² http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio_es_ES/La_Agencia_Tributaria/Campanas/One_Stop_Shop/_INFORMACION/Informacion_General/Mini_Ventanilla_Unica__Mini_One_Stop_Shop__MOSS_/Mini_Ventanilla_Unica__Mini_One_Stop_Shop__MOS S_.html.

⁴⁷³ ¿Se puede utilizar la ventanilla única para todo tipo de servicios?
<http://goo.gl/UXoVGw>

§ VII. DERECHO DE DESISTIMIENTO

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de desistimiento y periodo (*Cooling off period*) asociado son conceptos relativamente nuevos en el Derecho privado. Aunque aparece por primera vez en la propuesta de estatutaria de *Reurecht* para los compradores en 1891⁴⁷⁴. Pero no fue hasta 1969 cuando se incorporase propiamente a la legislación en Alemania⁴⁷⁵. Una de las principales instituciones de protección del consumidor en los contratos a distancia es el derecho de desistimiento. En sede de contratación a distancia el consumidor padece una carencia de información, pues sólo se conoce el producto por la presentación comercial que de éste hace el empresario o a través de catálogos, imágenes televisivas o páginas web⁴⁷⁶. Puede existir una falta de reflexión en la

⁴⁷⁴ Cfr. Propuesta de HECK publicó en *Procedimiento 21 st German Lawyers*, Vol. 2, 1891, p. 180.

⁴⁷⁵ En Alemania *Auslandienwesmente-Gesetz* relativa a ventas *inter alia* para inversores extranjeros. En Holanda en 1973 *Colportagewer* relativa las ventas fuera de establecimiento mercantil.

⁴⁷⁶ Así se señala en el Considerando (37) de la Directiva 2011/83 del Parlamento Europeo y del Consejo, «Dado que en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento».

medida en que la oferta le llega fuera de los medios tradicionales de contratación. Se habla de una relación contractual asimétrica en la que los consentimientos de ambas partes (empresario y consumidor) no son homologables⁴⁷⁷.

El objeto de este trabajo es el estudio del derecho de desistimiento realizado mediante la forma comparativa respecto varios ámbitos. En primer lugar el análisis del *Common Frame of*

⁴⁷⁷ *Vid.*, PASQUAU LIAÑO, M. «Ventas a distancia», en Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria, (Dir.) PIÑAR MAÑAS, J. L. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. Madrid, 1997, p. 299; SOLA TEYSIERE, J. La venta a distancia en el comercio minorista. Régimen jurídico y control administrativo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 506; ARROYO APARICIO, A. Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Según la Ley 47/200, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias, Pamplona, 2003, p. 329. Sin embargo, JUSTE MENCÍA, J. «Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)», La Ley, N° 6, 1997, p. 1624, matiza el argumento de falta de reflexión, en el sentido de que en los contratos negociados a distancia el consumidor «no se encuentra ante una súbita situación contractual, en la que inesperadamente se le propone la adquisición de un producto o el disfrute de un servicio. La mayor parte de las técnicas de contratación a distancia no son, en tal sentido, agresivas».

*Reference*⁴⁷⁸ para tratar de clarificar si se está ante la natural pretensión del *Action Plan*⁴⁷⁹, esto es, el grado de armonización y coherencia del acervo de la UE en sede de contratos con consumidores. Se deberá tener en cuenta las posibles limitaciones metodológicas de los Principios del Derecho Contractual Europeo creados por el *Acquis Group*⁴⁸⁰. En segundo lugar el estudio de la legislación española a luz de la nueva reforma del TRLGDCU y la Propuesta de Anteproyecto de la Ley de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos⁴⁸¹ (en lo sucesivo PALMOC), con el

⁴⁷⁸ El Marco Común de Referencia expresa las reglas y principios que los investigadores ha estimado mejor para la regulación de contratos y obligaciones no contractuales, lo que puede ser de gran utilidad realizado mediante el «método funcional», en los *comparative approaches*, especialmente para la adopción de las mejores normas en la resolución de problemas (*better approach rules*). En INFANTE RUIZ, F. J. «Entre lo político y lo académico un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo», *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2008, p. 41.

⁴⁷⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho Contractual más coherente, *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 15 de marzo de 2003.

⁴⁸⁰ El *Action plan* puede servir como base común para la revisión del Derecho existente en el campo contractual para evitar incoherencias y propiciar un sistema más homogéneo, además puede aportar un importante valor en la interpretación de la Ley europea. En *Acquis Group*. European Research Group on Existing EC Private Law. www.acquis-group.org.

⁴⁸¹ Publicado por el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia de enero de 2003.

propósito de verificar el grado de asimilación del Derecho europeo por parte del ordenamiento jurídico español.

En último lugar la idea de que se permitiera a los consumidores la posibilidad de inspeccionar físicamente el objeto que deseen adquirir en un compromiso vinculante. Dicho privilegio debería estar a disposición de todos los consumidores con el propósito de evitar una «subsidiación cruzada» (*Cross subsidiation*) o subvención de un grupo de consumidores sobre otro. De forma que aquellos consumidores que no quieran o no necesiten inspeccionar el objeto se les debe permitir la posibilidad de excluir el derecho de desistimiento. Quizás una solución podría ser definir el derecho de desistimiento como una opción que los consumidores podrían ejercer si están dispuestos a pagar su precio⁴⁸². Dicha opción parece razonable pero está por ver que la eliminación del derecho de desistimiento se repercuta en el precio final, y todo ello no redunde en detrimento de la seguridad jurídica.

La armonización plena en el derecho de desistimiento los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento ha sido introducida con el propósito de eliminar las barreras resultado de la armonización mínima de la venta a domicilio (*doorstep selling*). Es el capítulo III de la Directiva 2011/83 en su

⁴⁸² *Vid.*, EIDENMULLER, H. Y FAUST, F. Y GRICOLEIT, H. C. «Hacia una revisión del *Acquis* de consumo», en AAVV CÁMARA LAPUENTE, S. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Pamplona, 2012, p. 117.

art. 9 el comienzo y la duración del desistimiento, en al art. 10 las consecuencias de la omisión del empresario del deber de información. El ejercicio del derecho propiamente en el art. 11. Los efectos del ejercicio del mismo sobre consumidor y comerciante en art. 12, 13, 14. Los efectos sobre los contratos accesorios en el art. 15 y las excepciones al derecho en art. 16 de la mencionada Directiva.

La formación del consentimiento adquiere especial relevancia el derecho de desistimiento del consumidor. Se regula entre otros en el art. 6 la Directiva 2002/65⁴⁸³, bajo la denominación de «derecho de rescisión», término poco adecuado al reservarse en nuestro Derecho el término de rescisión para supuestos de ineficacia sobrevenida de un contrato por causar lesión a una parte o bien por haberse suscrito en fraude de acreedores ⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Directiva 2002/65 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

⁴⁸⁴ Según de CASTRO BRAVO, F. El negocio jurídico, Civitas, Madrid, 1985, p. 520: «la rescisión es también, como la anulabilidad, una figura de ineficacia, en la que el ejercicio de la acción impugnatoria se deja en poder de la persona protegida; pero que, a diferencia de la anulabilidad, no deriva de un vicio del negocio, ni viene a declarar la inexistencia de éste, sino que se limita a ser un remedio *in extremis*, arbitrado para evitarle al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley, pero que se estima especialmente injusto. Se puede

2. CONCEPTO

La función del desistimiento (*withdrawal*) es la de permitir al consumidor que realiza una compra a distancia valorar e inspeccionar las cosas que no pudo ver cuando contrató pudiendo dejar si efecto el negocio jurídico realizado si el consumidor así lo estima conveniente. La razón del desistimiento en la venta a distancia es la información asimétrica mencionada *supra*, mientras que en las ventas celebradas fuera de establecimiento es el «déficit psicológico» que pueda experimentar el consumidor⁴⁸⁵. Éste último puede interferir a la hora de tomar un decisión racional de forma que se contribuya a establecer un criterio común para mejorar la seguridad jurídica de los consumidores y empresarios, con el objetivo de mejorar la protección al consumidor para dar un mayor equilibrio de los intereses⁴⁸⁶. En definitiva la Directiva en opinión de algunos autores ha sido un acierto en cuanto a la

afirmar que el negocio rescindible es: un negocio válidamente celebrado, pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley estima especialmente injusto y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado».

⁴⁸⁵ *Vid.*, TERRY, E. «The Right of Withdrawal, the Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference», en SHULZE, R. *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2009, p. 147.

⁴⁸⁶ Considerando (7) de Directiva 2011/83.

armonización en la duración y el ejercicio del derecho de desistimiento⁴⁸⁷.

El desistimiento es la facultad del consumidor de desvincularse del contrato tras un breve lapso de tiempo de 14 días sin alegar causa alguna—*ex art. 68 y 102 TRLGDCU*. Dicho acto es calificado como rescisión, retractación, resolución o denuncia unilateral, y se continua utilizando por el legislador de forma diversa—*ex art. 10 Ley 22/2007 LCPFDC*⁴⁸⁸—. Aunque la aplicación del *nomen iuris* no ha sido unívoca, dos son las facultades extintivas atribuidas al consumidor.

Con independencia de la denominación dada, la clave es diferenciar el carácter *ad nutum* o causal otorgado a la facultad extintiva. Se pueden establecer dos supuestos diferentes: a) los casos en los que el consumidor está facultado para desvincularse dentro de un plazo señalado en el propio contrato sin necesidad de alegar causa alguna, ni tampoco el incumplimiento de la otra parte. Por tanto un derecho de

⁴⁸⁷ *Vid.*, HALL, E. Y HOWELLS, G. Y WATSON, J. «The Consumer Rights Directive—An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law, *European Review of Contract Law*, Vol. 8, junio 2012, p. 155.

⁴⁸⁸ En este caso el plazo indicado es de catorce días naturales a diferencia de lo establecido en art. 68 TRLDCU, art.10 LCPFDC Ley sobre comercialización de productos financieros destinados a los consumidores; otros autores califican el desistimiento como revocación, arrepentimiento en ÁLVAREZ VEGA, M. I. «Protección jurídica del consumidor...», *op. cit.*, p. 330.

desistimiento unilateral⁴⁸⁹ ; b) en este segundo grupo el consumidor ha de alegar una causa justificada ya que la facultad de desistir está condicionada a una de las obligaciones de la contraparte, generalmente el deber de información. Es la forma establecida en el art. 1.124 cc con ciertas peculiaridades⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Tal y como señala el art. 68.1 TRLDCU el consumidor no ha de alegar causa alguna de ejercicio del derecho de desistimiento, sino que es ejercitable *ad nutum*. El derecho de arrepentimiento no es un remedio frente al incumplimiento del empresario o proveedor; tampoco un mecanismo de defensa del consumidor que ha sufrido un vicio de consentimiento. El derecho de desistimiento es un mecanismo de protección del consumidor o adherente que ha contratado sin haber tenido opción de conocer de manera directa las características del producto o servicio sino sólo con base en las descripciones unilateralmente facilitadas por el empresario. Esta asimetría entre la posición del empresario y la del consumidor, esa desventaja de éste respecto de aquél, que no se compensa con la información que ha de recibir el consumidor con carácter previo, la que justifica el derecho de desistimiento. No que no hace falta alegación de causa alguna. No es precisa la falta de conformidad del bien o servicio con la descripción dada por el empresario; ni siquiera la decepción del consumidor por no coincidir las cualidades del bien o servicio con sus expectativas. El consumidor puede desistir por cualquier causa, también por su carácter voluble, inconstante o caprichoso, y sin necesidad de alegarla. *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, J. J. «Comentario a los artículos 38 a 48», *op. cit.*, p. 325, puesto que la ley reconoce la facultad de desistir «libremente», sin necesidad de alegar causa alguna, es difícil incluso apelar al abuso del derecho para limitar su ejercicio; CLEMENTE MEORO, M. E. «El derecho e desistimiento en los contratos a distancia», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N° 16, 2006, p. 183.

⁴⁹⁰ *Vid.*, BUSTO LAGO, J. M. «El desistimiento del consumidor...», *op. cit.*, p. 2. En el desistimiento unilateral se consolida el derecho de

El desistimiento de un contrato es «la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado notificándolo así a la otra parte contratante, en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar esa decisión y sin penalización de ninguna clase»-*ex art. 68.1 TRLGDCU*-. Ni la Directiva 2011/83 ni tras la entrada en vigor de la Ley 3/2014 de 27 de marzo que reforma el TRLGDCU 1/2007, de 16 de noviembre definen expresamente el derecho de desistimiento.

3. FUNDAMENTO

La sociedad ha pasado del consumo de subsistencia a un consumo de abundancia e inmediatez extraordinario. Con ello los medios de venta son sumamente agresivos en la comercialización de productos y servicios, lo que ha provocado que el legislador reaccionase estableciendo mecanismos de protección para el consumidor. Éste puede contratar de forma irreflexiva algo que no se corresponda con la oferta planteada por el empresario.

arrepentimiento del consumidor por lo que se concede desligarse del contrato celebrado en un tiempo determinado, exonerándose de las obligaciones contraídas sin que para ello haya que alegar causa alguna, y por lo general sin que deba desembolsar gasto o pagos. El fundamento de dicha facultad unilateral se desvía de las del contratante del código civil, hasta llegar al punto de contrariar los principios fundamentales básicos *ex art. 1256 cc*.

Hay jurisprudencia que afirma que el desistimiento se debe sustentar en las condiciones fácticas en las que se ha contratado, ya que éstas puede que no hayan sido idóneas para la formación de la voluntad y el consentimiento. En sede de venta a distancia (sin haber podido reconocer el bien), o incluso el caso de derecho de aprovechamiento por turno «*time sharing*» (tiempo compartido) se realizan técnicas enormemente agresivas⁴⁹¹. Hay autores que opinan que el fundamento debe basarse en las asimetrías de información que existen entre las partes⁴⁹².

⁴⁹¹ *Vid.*, en Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de octubre de 2000 Ref. El Derecho n^o . 49088 refiriéndose a las empresas de multipropiedad pero que es extrapolable a los consumidores en los que se imponen condiciones semejantes «Esta forma de contratación en masa debido a las técnicas de venta agresiva, sin duda impide realizar una opción sosegada y reflexiva sobre las condiciones esenciales y accesorias del objeto del contrato y por ello es esencial contar con la garantía del derecho de desistimiento, para que transcurrido un plazo prudencial y ya de vuelta a su país de origen con el debido asesoramiento técnico pueda calibrar adecuadamente el alcance de su compra y desligarse o retractarse válidamente del vínculo concertado. La insistencia agobiante de la venta, la oferta momentánea, la promesa de premios, el aislamiento, la premura en la firma de los documentos esenciales de la venta, puede distorsionar la realidad y viciar el consentimiento prestado por el consumidor».

⁴⁹² *Vid.*, EIDENMULLER, H. Y FAUST, F. Y GRICOLEIT, H. C. «Hacia una revisión del *Acquis* de consumo», en AAVV CÁMARA LAPUENTE, S. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Pamplona, 2012, p. 117.

De forma excepcional se ha establecido el derecho de desistimiento, de revocación o de arrepentimiento – términos más adecuados que el de tardía reflexión como fundamento de derecho –⁴⁹³. El ordenamiento jurídico trata de proteger al consumidor de sí mismo, frente a sus propios actos⁴⁹⁴. Desde la perfección del contrato nace la obligación, y según ULPIANO los pactos han de observados según el principio – *pacta sunt servanda*⁴⁹⁵ –. En este sentido SAVIGNY afirma que pese en el Derecho romano de obligaciones se extinguió, el vestigio del antiguo simbolismo, la convención de sus elementos constitutivos y diversas manifestaciones conserva el tipo de legislación romana imperial⁴⁹⁶. En la actualidad es muy

⁴⁹³ *Vid.*, ÁLVAREZ VEGA, M. I. Protección jurídica del consumidor sobre endeudado o insolvente, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 330.

⁴⁹⁴ *Vid.*, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. «Tarjetas de crédito y tutela del consumidor», Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar, colección de estudios de Derecho Judicial, 50, Madrid, 2004, p. 463.

⁴⁹⁵ *Cfr.* ULPIANO trata esta importante cuestión jurídica en el contenido edictal de pretor *de patis conventis* en el que se transcribe: *pacta conventa servabo* (conservaré los pactos convenidos por las partes dice el pretor). También el CJ 2.3.12, del 230.

⁴⁹⁶ *Vid.*, SAVIGNY, M. F. C. El sistema de Derecho romano actual, F. Góngora y compañía, Madrid, p. 10. hace referencia al Digesto: «*quid enim tam congrua fidei humanae, quan, ea, quae inter eos placnerunt, servare*»: por lo que la obligación literal en su organismo jurídico que no ha sido enteramente abolida en algunas legislaciones modernas; de las estipulación ha desaparecido el valor de las fórmulas, no así el carácter obligatorio de la promesa verbalmente hecha y aceptada.

cuestionable que dicha afirmación sea sostenible en sede de contratación del consumidor bajo el amparo del derecho de desistimiento.

El *pacta sunt servanda* tiene una doble vertiente; una positiva y otra negativa: la positiva implica que las partes que contratan se obligan a lo pactado, así como a cualquier otra consecuencia derivadas de las fuentes de interpretación e integración del ordenamiento jurídico—*ex art. 1258 cc*—. La vertiente negativa considera que carece de importancia cualquier elemento o circunstancia que no venga expresamente manifestados, o bien, se deduzcan mediante la interpretación o integración del contrato. Por lo tanto los contratos serán vinculantes respecto a lo expresamente pactado, y de forma simultánea se ve delimitado por lo acordado, por lo que ningún elemento externo al contrato debe afectar las obligaciones que nacen de él—aspecto negativo—⁴⁹⁷.

En un contrato se requiere el asentimiento de ambas partes (*per assem partium*): aunque dicho principio es matizable en los contratos celebrados por consumidores a quienes se les ofrece legalmente un omnímodo derecho de desistimiento *ad*

⁴⁹⁷ Vid., CASTIÑEIRA JEREZ, J. «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, Aranzadi, Pamplona, julio-diciembre 2012. p. 73. En contra de esta interpretación GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. «Presuposición y riesgo contractual: Introducción al estudio del riesgo contractual», *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio 1987, p. 573.

nutum durante un cierto tiempo tras la celebración del contrato (la denominada fase enfriamiento o *cooling-off period* en el derecho contractual angloamericano)⁴⁹⁸.

El desistimiento se articula como una forma de paliar el déficit informativo que experimenta el consumidor durante momentos previos a la perfección del contrato. Solo con la debida reflexión se comprueba la extensión del compromiso y en el caso del comercio a distancia, la verificación del producto una vez que lo ha recibido⁴⁹⁹.

Como elemento esencial en la defensa del consumidor y usuario se analizará de forma comparativa el derecho de desistimiento desde la perspectiva internacional, europea y nacional. El Derecho internacional privado y los principios UNIDROIT. Respecto al ámbito comunitario los trabajos previos al Comisión con la nueva Directiva 2011/83: y ordenamiento español especialmente la reforma del TLGDCU que regula el desistimiento. Al igual que las derogadas Directivas 85/577 y 97/7, y la nueva Directiva 2011/83 faculta al consumidor que realiza un contrato a distancia a poder poner fin a la relación contractual de forma libre durante un período de tiempo. En su Exp. de Motivos se hace alusión al fundamento

⁴⁹⁸ Vid., DOMINGO OSLÉ, R. «Principios de Derecho global», Aranzadi, Madrid, 2006, p. 122.

⁴⁹⁹ Vid., ÁLVAREZ VEGA, M. I. «Protección jurídica del consumidor...», *op. cit.*, p. 330.

de este derecho, el cual no difiere de las aportaciones de las Directivas 85/577 y 97/7⁵⁰⁰. De una parte «dado que las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe de disponer el derecho de desistimiento»; de esta forma el legislador comunitario está aludiendo al *riesgo de incumplimiento o decepción*, de forma que el consumidor puede recibir un bien o servicio defectuoso o que no se ajuste o lo demandado, lo que no es improbable en un contrato a distancia, dado que la aceptación del contrato se emite sin poder ver el producto o conocer las características del servicio⁵⁰¹. Aunque la Directiva 2011/83 no lo cita en su Exp. de motivos existe una cierto *efecto reactivador del consumo*, ya que el consumidor en el momento de contratar cuenta con la

⁵⁰⁰ Vid., GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. «Derecho de desistimiento» en AAVV (Dirs). REBOLLO PUIG, M. Y IZQUIERDO CARRASCO, M. *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU*, Iustel, Madrid, 2011, p. 1257.

⁵⁰¹ Vid., MIRANDA SERRANO, L. M. «Contratos celebrados a distancia», en AAVV (Dirs). REBOLLO PUIG, M. Y IZQUIERDO CARRASCO, M. «La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU», Iustel, Madrid, 2011, p. 1445. También la jurisprudencia alude al riesgo de incumplimiento o decepción: el peligro de contratar a distancia conlleva que el consumidor hasta la llegada del producto, desconoce con certeza como es en realidad y si verdaderamente se ajusta a sus deseos y al ofrecimiento del vendedor » Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid 1 de abril de 2005, El Derecho ref. nº . 43358 FJ. 5º

facultad de «separarse» de los contratos celebrados tras emitir el consentimiento negocial si estiman que no les beneficia⁵⁰².

4. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica es la esencia de las cosas como fuente de actividad, por lo que determinará qué efectos produce atendiendo a su papel en la relación negocial⁵⁰³. El *nomen iuris* utilizado por las distintas Directivas ha sido diversa, así la Directiva 85/577 lo nombra como «rescisión» del contrato y en otros «renuncia». Asimismo la Directiva 2011/83 utiliza el término «desistimiento» y en su art. 12 del Directiva 2011/83, se alude a los efectos que produce el desistimiento en la relación negocial, que no es otro que la extinción de las obligaciones inter partes.

El derecho de desistimiento no es una facultad de revocación otorgada por la Ley en determinados casos, para extinguir de forma unilateral el contrato. Más bien sería un derecho de desistimiento *ad nutum* definido por la doctrina como un derecho potestativo que puede ser ejercido por uno o

⁵⁰² Respecto a la contratación a distancia en «Desistimiento del consumidor en la contratación electrónica en AAVV (Coord.), BOTANA GARCÍA, G. *Comercio electrónico y protección de consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, p. 587 y 588.

⁵⁰³ Del vocablo latino *natura*, traducción del griego *physis*.

ambos sujetos contratantes, sin que se precise justa causa⁵⁰⁴. La cuestión es diferenciar el carácter *ad nutum* o causal de la facultad extintiva. Encontramos dos grupos claros⁵⁰⁵: 1) aquéllos donde el consumidor tiene la potestad de desvincularse, en un plazo establecido, de la relación contractual sin alegar causa alguna: en este caso antes un desistimiento unilateral pudiendo denominarse revocación, retractación o denuncia unilateral; 2) en el supuesto de que el consumidor deba alegar causa justificada para desistir, en cuyo caso la desvinculación debe ir precedida del incumplimiento de alguna de las obligaciones de la contraparte-generalmente el deber de información-. Este segundo caso es un derecho de resolución establecido en el art. 1124 cc con ciertos matices⁵⁰⁶.

-Los contratos celebrados a distancia no son contratos de *perfección diferida o aplazados* sino negocios perfectos. En el mismo sentido el art. 12 de la Directiva 2011/83, establece que el

⁵⁰⁴ En ÁLVAREZ MORENO, M. El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales, Derecho Reunidas, Madrid, 2000, p. 22. En el mismo sentido KLEIN, M. «El desistimiento unilateral del contrato», Civitas, Madrid, 1997, p. 312.

⁵⁰⁵ Vid., MIRANDA SERRANO, L. M. «La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrado a distancia y extramuros en los establecimientos mercantiles», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, N° 11, La Ley, Madrid, segundo semestre 2012, p. 21.

⁵⁰⁶ Vid., BUSTO LAGO, J. M. El desistimiento del consumidor, *Grandes Tratados*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 2.

ejercicio de desistimiento extingue obligaciones entre las partes de ejecutar el contrato. Aunque el contrato es vinculante y puede obligarse a cumplimiento de sus respectivas prestaciones. Pero la eficacia del mismo es provisional hasta que no transcurra el plazo para desistir, si bien el consumidor tiene la capacidad de provocar su claudicación mediante el ejercicio de desistimiento que cumple la función de forma analógica a la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento negocial⁵⁰⁷.

La asimetría económica y jurídica del consumidor respecto al empresario ha llevado al legislador europeo a definir un marco legal común de los consumidores que intente equilibrar la situación de vulnerabilidad en el *iter* negocial⁵⁰⁸.

5. FORMA DEL EJERCICIO DE DESISTIMIENTO

⁵⁰⁷ *Vid.*, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. «Derecho de desistimiento...», *op. cit.*, p. 1246. Respecto a la vinculación obligacional, la reserva mental— *reservatio mentalis*—no impide el vínculo jurídico si la voluntad declarada ha generado confianza en el destinatario con base en el principio de buena fe. —*ex* art. 1258 cc—en DE CASTRO, F. «El negocio jurídico», Civitas, Madrid, 1985, p.120. Entre un principio voluntarista (voluntad interna) y otro declaracionista (voluntad expresada). También el art. § 116 del B.G.B. alemán—establece que si la reserva hecha es conocida por el destinatario la declaración es nula—. El art. 244. 2º del cc portugués de 1966. *Vid ad ex.*, ALBALADEJO, M. Derecho civil I, Bosch, Barcelona, 2002, p. 653.

⁵⁰⁸ *Vid.*, TERRY, E. «The Right of Withdrawal, the Acquis Principles...», *op. cit.*, p. 147.

Como regla general la forma para ejercer el desistimiento es libre *ex art. 11 Directiva 2011/83*. Pero parece lógico que se extienda el uso de un formulario al que se refiere la propia Directiva art. 6.1 *h)* en el que el comerciante se obliga a informar sobre el plazo y los procedimientos para ejercer dicho derecho «así como le modelo de formulario de desistimiento reproducido en el anexo I, letra B». Además los Estados no establecerán ningún otro requisito formal al modelo de formulario de desistimiento distinto del establecido en el anexo I, letra B. Antes del vencimiento del plazo el consumidor habrá de comunicar al empresario su decisión de desistir del contrato pero según el art. 11 Directiva 2011/83 podrá: 1) utilizar un modelo de formulario de desistimiento que figura en anexo I letra B; o bien, 2) realizar otro tipo de declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato. Además el art. 11.3 dispone que el empresario pueda ofrecer al consumidor la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el otro modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo, o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del comerciante: en ese supuesto el comerciante debe comunicar a la mayor brevedad en su soporte duradero el acuse de recibo de haber ejercido el derecho de desistimiento⁵⁰⁹. Se debe acudir a la normativa española en art. 23.3 LSSICE:

⁵⁰⁹ *Cfr.* art. 23.3 Ley LSSICE 34/2002, de 11 de julio

«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 un soporte electrónico».

Lo expuesto indica que el ejercicio de desistimiento es una declaración unilateral de voluntad de carácter recepticio⁵¹⁰. De forma que los efectos de la declaración desplegarán sus efectos desde el momento en que haya sido recibida por parte del empresario.

El consumidor habrá ejercido su derecho a desistir si dentro del plazo establecido de 14 días naturales *ex art. 9.2 y 10 Directiva 2011/83*. De forma similar la nueva redacción del art. 71.4 TRLGDCU:

«Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento».

Se deberá verificar la fecha de expedición de la declaración de desistimiento, es decir no tiene carácter recepticio hace falta

⁵¹⁰ Según Sentencia de Audiencia Provincial de Guadalajara de 2 de septiembre de 1993, Ref. El Derecho nº . 13590 FJ 1º. «Es una declaración de voluntad recepticia, lo que significa que su eficacia como tal requiere que el destinatario de la reclamación haya tenido acceso a la misma. En el supuesto de autos la simple emisión de una carta, sin acuse de recibo, y de un telegrama cuya recepción no consta no es suficiente a los efectos pretendidos; de ahí que haya de estimarse prescrita la acción ejercitada por aplicación de lo establecido en el art. 1968.2 CC»

que llegue a su destinatario pero no dentro del plazo establecido en el art. 71.1 TRLGDCU de 14 días naturales. Es la declaración lo que se debe emitir tempestivamente aunque el empresario lo reciba una vez que haya expirado dicho plazo⁵¹¹.

Respecto a la carga de la prueba esta recae sobre le consumidor *ex* Considerando (44) Directiva 2011/83; art. 11.4 Directiva 2011/83 y art. 72 TRLGDCU. Será posible acreditar por cualquier medio que aceptado en Derecho especialmente respecto a la realización en el plazo tempestivo. Lo importante es que en caso de acudir a los tribunales se pueda acreditar que se ha realizado dentro del plazo. Tal como establece el Considerando (44) de la Directiva 2011/83:

«el consumidor debe seguir siendo libre de desistir del contrato empleando sus propios términos, siempre que su declaración de que se quiere desistir del contrato dirigida al comerciante sea inequívoca. Una carta, una llamada telefónica o un devolución de bienes acompañadas de una declaración clara podría satisfacer este requisito, si bien la carga de la prueba de haber desistido en los plazos establecidos por la Directiva debe recaer sobre el consumidor».

Subyace la pregunta ¿sería un medio válido de si el desistimiento realizado por vía telefónica?. Pues bien, en el caso de que el desistimiento se realice por vía telefónica alguna sentencia establece que no queda acreditado desistimiento por

⁵¹¹ *Vid.*, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. «Derecho de desistimiento», CÁMARA LAPUENTE, S. *Revisión de normas Europeas y nacionales de protección al los consumidores*, Civitas, Pamplona, 2013, p. 219.

parte del consumidor⁵¹². Aunque hay otras que si han aceptado realizar el desistimiento de forma telefónica⁵¹³. Parece oportuno que la prueba sea de carácter documental siempre conforme a la buena fe, aunque por otro lado no tiene sentido exigir una prueba tan estricta que haga dicho derecho impracticable⁵¹⁴. Así e TJCUE en el caso *Heininger* Asunto C-481/99.

«La Comisión interpreta que esta disposición es merecedora amplia de forma que no constriña al consumidor al empleo de una forma concreta o determinada, siempre que quede demostrada su voluntad de resolver el contrato y se comunique al comerciante dentro del plazo y forma».

6. ARMONIZACIÓN EN EL COMIENZO, EN LA DURACIÓN Y LIMITACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

⁵¹² En referencia al art.9 LVPBM la sala cita expresamente la rescisión llevada a cabo vía telefónica en Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de noviembre de 2012, Ref. Aranzadi, - n°11179.FJ 3°.

⁵¹³ En Sentencia de Audiencia Provincial de Asturias de 31 de octubre de 2003, Ref. El Derecho, n° . 205217, FJ 2°; Sentencia de Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2000, Ref. El Derecho, n° 76290 establece en su FJ 2°: «la demandada comunica a la vendedora telefónicamente su voluntad de desistir de la compraventa»; «quedó resuelta por el desistimiento, por lo que dado lo preceptuado por el art. 14.2 de la Ley 7/95 reguladora del Crédito al Consumo».

⁵¹⁴ *Vid.*, BELUCHE RINCÓN, I. El derecho de desistimiento del consumidor, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 62

Las diferencias respecto a los plazos de derecho de desistimiento en los distintos estados de la UE precisa de la unificación en los contratos a distancia tanto en su comienzo como en la extensión del tiempo límite para su ejercicio⁵¹⁵. Se unifican con 14 días establecidos en el art. 9 Directiva 2011/83⁵¹⁶. Cuestión que se hace necesaria para una completa armonización con otras directivas que incorporan derecho de desistimiento⁵¹⁷. Autores como EIDENMULLER no comparten la extensión del plazo de desistimiento⁵¹⁸, en cambio otros son

⁵¹⁵ En considerando 40 y 43 de la Directiva 2011/83 respecto a la ampliación del plazo, en caso de que el empresario no haya informado adecuadamente al consumidor.

⁵¹⁶ Aunque eran 10 días lo sugerido en 4.8.1 del Libro Verde de la Comisión Europea sobre la Revisión en Materia de Consumo, de 8 de febrero de 2007, COM(2006) 744 final.

⁵¹⁷ Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros (con excepción de seguros de vida y pensiones personales), *Diario de la Unión Europea*, n° L 271, de 9 de febrero de 2002; Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, y que deroga la vieja Directiva 87/102/CEE, *Diario de la Unión Europea*, n° L 133, de 22 mayo de 2008; Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, *Diario de de la Unión Europea*, n° L 33, de 3 febrero de 2009.

⁵¹⁸ *Vid.*, EIDENMULLER, H. «Why Withdrawal Rights?», *European Review of Contract Law*, N° 1, 2011, p. 4. Crítica sobre la extensión del

partidarios de mantener el plazo actual principalmente porque son cada vez más los contratos celebrados *on line*. De esta forma se propicia la realización de contratos transfronterizos dentro de los estados de la UE. Así se podrían eliminar las barreras que dificultan el comercio *on line* como son: a) el hecho de que las partes no pueden verse directamente en el momento de la celebración del contrato; b) que el consumidor frecuentemente tiene problemas para identificar bienes o servicios y; c) la dificultad que el consumidor evaluar los bienes y servicios que le son presentados. En definitiva y siguiendo a LOOS hay razones totalmente justificadas para unificar y establecer un plazo (*cooling off period*) de 14 días naturales en el caso de las ventas celebradas fuera de establecimiento, arrendamiento de vivienda (*time sharing*) y en los contratos complejos o vinculados, mientras que en el caso de ventas a distancia se mantienen ciertas dudas al respecto⁵¹⁹. Con base en el principio de seguridad jurídica y para el adecuada formación del consentimiento del consumidor, parece lógico mantener la uniformidad del periodo de desistimiento para todos los contratos mencionados incluso de la venta distancia, pese a las dudas albergadas por algunos autores.

plazo para el ejercicio en los contratos fuera de establecimiento sin una reflexión crítica de la Comisión.

⁵¹⁹ *Vid.*, LOOS, M. «Right of Withdrawal», en HOWELLS, G. Y SHULZE, R. *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier, Munich, 2009, p. 248 y 250.

6.1 En cuanto al plazo que puede ejercerse el plazo de desistimiento

6.1.1 Duración

Para los contratos celebrados a distancia la Directiva 2011/83 otorga al consumidor un plazo de 14 días para el ejercicio de desistimiento (*ex art. 9* Directiva 2011/83). El propósito es eliminar las diferencia respecto a los plazos existentes en la UE dependiendo del Estado donde se celebre el contrato⁵²⁰. De forma extraordinaria el plazo para desistir se establece en doce meses cuando el comerciante no facilite la información del derecho de desistimiento⁵²¹. Pero si en ese *interin* el comerciante aportase dicha información el plazo para

⁵²⁰ Considerando (40). Directiva 2011/83

⁵²¹ *Vid ad ex.*, art. 105 TRLGDCU tras la reforma de la Ley 3/2014. La forma en que la Directiva 2011/83 exige que el comerciante informe al consumidor del desistimiento se recoge en el art. 6.1 letra h); en concreto, la información ha de comprender «las condiciones, el plazo y los procedimientos» para ejercer el derecho y «el modelo de formulario de desistimiento reproducido en el anexo I, letra B». Basta que no se proporcione alguna de esta información (p. ej., no se entregue el formulario de desistimiento), aunque la restante sea muy completa y exhaustiva, o que la información, pese a ser completa, no sea clara y comprensible (p. ej., se informa al consumidor del desistimiento en un idioma distinto de aquel en el que se celebra el contrato), para que deba considerarse incumplido este deber de informar, con la consecuente ampliación a doce meses del plazo para desistir. Ver más en MIRANDA SERRANO, L. M. «La Directiva 2011/83/UE...», *op. cit.*, pp. 96 y ss.

dejar sin efecto la relación volvería a ser de 14 días (ex art. 10 Directiva 2011/83). El computo se debería entender en días naturales, de no ser así, supondría una dificultad añadida determinar los días hábiles en función del lugar⁵²².

El anterior TRLGDCU incorporaba dos plazos distintos uno de siete días hábiles con carácter general (ex arts. 71.1 y 101.1 TRLGDCU) y otro extraordinario de tres meses solo aplicable cuando el empresario incumpliese su deber de información (ex at. 69.1 y 101.1 TRLGDCU).

Para determinar los plazos mencionados se debe tener en cuenta la expedición de la declaración de desistimiento realizada por el consumidor. Según el art. 11.2 Directiva 2011/83 el consumidor habrá desistido cuando haya envidado la comunicación relativa al ejercicio de desistimiento antes de que finalice dicho plazo. Queda fijada una regla parecida a la del art. 71.4 TRLGDCU que trata de resolver aquellos problemas en los que exista un *intervallo temporis* más o menos largo entre el momento en que el consumidor emita la declaración y aquel en que es recibida y conocida por el empresario⁵²³.

⁵²² Vid., DOMÍNGUEZ LUELMO, V. «Derecho de desistimiento» en AAVV CÁMARA LAPUENTE, S. *Revisión de normas Europeas y nacionales de protección a los consumidores*, Civitas, Pamplona, 2012, p. 213. Ver considerando (41) de la Directiva 2011/83.

⁵²³ Vid., MIRANDA SERRANO, L. M. «Derecho de contratos. Claves de la regulación del desistimiento negocial en la Directiva 2001/83» (Coord.) MASSAGUER FUENTES, J. Y ALONSO ESPINOSA, F. J. *Estudios de*

En opinión del profesor MIRANDA SERRANO ón del régimen de desistimiento de los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento mercantil debe considerarse positiva, ya que no parece lógico mantener ambos sistemas con una regulación distinta ⁵²⁴ . Asimismo dichos sistemas comparten cierta identidad de razón, estos es, la ausencia de los lugares donde habitualmente se celebran dichos contratos ⁵²⁵ . Debe compartirse dicha opinión ya que la unificación del desistimiento en aquellos realizados a distancia y extramuros de sede mercantil simplifica el sistema de plazos. El hecho de que el consumidor no sea informado no obsta para que se le prive del ejercicio de su derecho por el mero lapso de tiempo.⁵²⁶

Derecho Mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá, Tirant lo Blanch, Valencia, octubre 2013, p. 1181.

⁵²⁴ *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. «Derecho de contratos...», *op. cit.*, p. 1182.

⁵²⁵ Se recoge el mismo criterio que otras directivas en cuanto al plazo 14 días de desistimiento. En art. 6.1 Directiva 2002/65/CE sobre contratación a distancia de servicios financieros, el art. 6.1 Directiva 2008/122/CEE sobre aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico, y el art. 14.1 Directiva 2008/48/CE sobre crédito al consumo.

⁵²⁶ *Vid.*, ARROYO AMAYUELAS, E. «La contratación a distancia en la Directiva de protección de los derechos de los consumidores», en AAVV (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Pamplona, 2012, p. 266.

Criticable debe ser la decisión adoptada por la Directiva 2011/83 al otorgar 12 meses para desistir en los casos en los que el empresario no facilite al consumidor la información oportuna. Mejor sería no determinar plazo y permitir el ejercicio de desistimiento siempre que el empresario no informase al consumidor. Criterio compartido por la jurisprudencia del TJCE en el caso *Martín Martín /EDP editores SL* en los se constata que el deber de informar al consumidor del derecho de desistimiento subyace un verdadero un interés público⁵²⁷. Por tanto la omisión del deber de información no debería propiciar la ampliación del plazo sino que debería permitir el ejercicio del derecho de desistimiento hasta que el empresario no hubiera cumplido con su deber de información: Asimismo el TJCE en los asuntos *Heininger*⁵²⁸, *Schulte*⁵²⁹ y *Hamilton*⁵³⁰, interpretó que la

⁵²⁷ STJUE de 17 de diciembre de 2009: Conformes, *Vid ad ex.*, SANTOS MORÓN, M. J. «La exigencia de forma en los contratos con consumidores. Una propuesta de *lege ferenda*», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º. 23, 2009, p. 250 y ss.; BELUCHE RINCÓN, I. El derecho de desistimiento del consumidor, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 73; BASOZABAL ARRUE, X. «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 62, N.º 2, 2009, p. 668. También en esta sentido, ARNAU DE REVENTÓS, L. «Plazo para desistir en los contratos con consumidores», *Anuario de derecho civil*, Vol. 64, N.º 1, 2011, p. 195.

⁵²⁸ STJUE de 13 de diciembre de 2001, asunto C-481/99; *Vid ad ex.*, EBERS, M. Y ARROYO I. Y AMAYUELAS, E. «Heininger» y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* Sentencia TJCE de 13 de diciembre del 2001,

Directiva 85/577 no permite que los legisladores nacionales otorguen un plazo de un año, a partir de la fecha de la celebración del contrato como fecha límite para el ejercicio del derecho de desistimiento. Siempre que el empresario incumpla su deber (formal) de informar del desistimiento negocial. El consumidor no podrá ejercer éste derecho si no hubiera sido adecuadamente informado de su existencia.

Aunque el consumidor no esté en posesión material de los bienes, y no se haya iniciado el plazo de ejercicio de desistimiento, nada impide el que se ejerza dicho derecho⁵³¹.

6.1.2 Cómputo

Para constatar los efectos que pueda desplegar el derecho de desistimiento es necesario indicar el inicio plazo en el que consumidor debe ser informado. Todas las directivas incluyen la obligación del empresario de informar adecuadamente al consumidor aunque existen diferencias. En el caso de no haber informado al consumidor en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, el periodo de desistimiento (*cooling*

Asunto C- 481-99, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N^o 9 , 2006, p. 407.

⁵²⁹ STJUE de 25 de octubre de 2005, asunto C-305/03.

⁵³⁰ STJUE de 10 de abril de 2008, asunto C-412/06,

⁵³¹ En considerando (40) de la Directiva 2011/83 viene recogido dicho extremo: «el consumidor debe poder ejercer el derecho de desistimiento antes de entrar en la posesión material de los bienes».

off period) se iniciará cuando el contrato es celebrado y el consumidor es informado de dicho derecho. Es básico establecer el tiempo que rige en la aplicación de del mismo, para establecer las consecuencias derivadas de éste⁵³². En los contratos de prestación de servicios comienza en el momento de la conclusión del mismo, para la entrega de cosas (*goods*) se establece como fecha de inicio la entrega de la misma, y en el caso de que se hayan entregado en diferentes lotes se iniciará el cómputo desde la entrega del último⁵³³. La misma regla ha sido aplicada los *quasi-servicios* (*quasi-services*)⁵³⁴, su cómputo se iniciará desde el momento de su celebración⁵³⁵.

En el caso de que el empresario no aporte la información preceptiva, HALL critica el margen de tiempo otorgado por diversas razones⁵³⁶; a) el plazo marcado es distinto respecto a

⁵³² En considerando 40 y 43 Directiva 2011/83 se establece la duración para el ejercicio del mismo y las consecuencias en caso de que el empresario no haya informado convenientemente al consumidor.

⁵³³ En art. 9 Directiva 2011/83. Establece que en la entrega periódica de diversos lotes, el plazo se iniciará desde la entrega del primero de ellos.

⁵³⁴ En donde no se definen ni como contratos de venta de bienes ni como prestación de servicios. En considerando (19) de Directiva 2011/83.

⁵³⁵ En art. 9. 2 c) de Directiva 2011/83.

⁵³⁶ *Vid.*, HALL, E. Y HOWELLS, G. Y WATSON, J. «The Consumer Rights Directive—An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law, *European Review of Contract Law*, Vol. 8, junio 2012, p. 157.

otras directivas como la de servicios financieros y tiempo compartido (*time sharing*)⁵³⁷; b) supone una pérdida de derecho del consumidor ya que en el caso de los contratos celebrados fuera de establecimiento, en sede de Directiva de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil⁵³⁸, no existía plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento⁵³⁹; c) supone un perjuicio para el consumidor ya que no se reconoce la posibilidad de que éste pudiera cambiar de decisión, si hubiera sido informado adecuadamente sobre cuestiones esenciales del contrato. En definitiva esta regulación es lesiva para los intereses del consumidor y favorece al empresario ya que no aportando la información impediría el ejercicio de desistimiento aunque podría ejercerlo si tuviera conocimiento de esta posibilidad.

El derecho de desistimiento se someterá desde el punto de la UE a revisión contemplando el modelo del *Common Frame of*

⁵³⁷ Un plazo ilimitado para las Directivas 85/577 y Directiva 2008/48. Una extensión del periodo a 3 meses en el caso de la Directiva 97/7. Una prolongación del plazo de 3 meses en caso de omisión de información esencial en la contratación, e incluso de 1 año en el supuesto de no aportar la información del derecho de desistimiento en la Directiva 2008/122.

⁵³⁸ Directiva 85/577/CEE y la Directiva 97/7/CE, quedan derogadas a partir del 13 de junio de 2014.

⁵³⁹ *Vid ad ex.*, 481/00 *Heininger v Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG* [2001] ECR I-9945 (ECJ).

*Reference*⁵⁴⁰ verificando si el derecho de desistimiento está dentro de las aspiraciones del modelo del *Action Plan*⁵⁴¹. Éste informe valora la mejora en la coherencia y calidad del acervo comunitario en el ámbito contractual, con independencia de las limitaciones de los principios del Derecho contractual europeo realizados por el *Acquis Group*⁵⁴² en los distintos sectores donde es aplicable. Posteriormente el derecho de desistimiento se analizará dentro del ordenamiento español a la luz de las reformas del TRLGDCU y del Anteproyecto de Ley modernización del código civil en materia de obligaciones y

⁵⁴⁰ *Vid.*, VON BAR, C. Y CLIVE, E. Y SCHULTE NOLKE, H. «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law» Draft Common Frame of Reference (DCFR), Sellier, European Law publishers, Munich, 2009.

⁵⁴¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relaciones. «Un derecho contractual Europeo más coherente». Plan de acción. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 15 de marzo de 2003.

⁵⁴² El Grupo *Acquis*, fundado en 2002, actualmente consta de más de 40 juristas de casi todos los Estados miembros UE. Su propósito es: a) aumentar la coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual; b) promover la elaboración de cláusulas contractuales de carácter general a nivel comunitario; c) analizar si otros problemas relativos al Derecho contractual europeo pueden exigir soluciones no sectoriales. En <http://www.acquis-group.org/>. El grupo *Acquis* trabaja exclusivamente sobre el acervo comunitario, no plantea innovación alguna ni resolver las lagunas de los ACQP *Vid.*, ARROYO AMAYUELAS, E. «Los principios del Derecho contractual Comunitario», *Anuario de Derecho civil*, N^o. L 11-1, enero 2008, p. 211.

contratos (a partir de ahora PALMOC). Así quedará patente el grado de europeización del Derecho privado español.

Existe una variada casuística en el derecho de desistimiento en nuestra legislación actual. La Ley de 26/1991 de 21 de noviembre, hoy derogada establecía sobre los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil la exigencia formal de documentación del contrato o de la oferta contractual, un derecho fundamental en la defensa del consumidor y usuario: el derecho de revocación del consentimiento prestado (*ex art. 5 a 7*). Se le atribuye al consumidor la facultad de revocar libremente su declaración de voluntad sin alegar causa alguna y sin ningún coste, ni si quiera aquél que derive de la de la posible devaluación del bien adquirido, siempre que el uso sea conforme a su naturaleza: el plazo de ejercicio de éste derecho era de 7 días desde la recepción del bien.

La Ley de 28/1998 de venta a plazos de bienes muebles otorga al comprador un derecho a desistir en el contrato de 7 días hábiles contando desde la entrega debiendo de notificarlo al vendedor y en su caso al financiador mediante carta certificada o cualquier medio fehaciente (*ex art. 9*).

La Ley 22/2007 de 11 de julio de comercialización a distancia de servicios financieros otorga al consumidor el derecho a desistir del contrato realizado a distancia sin alegar

motivo alguno y sin penalización alguna cuyo plazo es de 14 días naturales para su ejercicio (*ex art. 10.2 del actual LCDSF*)⁵⁴³.

6.2 La voluntad unilateral como causa de extinción de las relaciones obligatorias.

El Código civil no contempla ningún precepto que establezca con carácter general la voluntad unilateral como causa de extinción de las obligaciones. Es el art. 1156 cc el que enumera las causas de extinción. En algunos casos como el contrato de obra, el comitente puede desistir del contrato en cualquier momento *ad nutum* – *ex art. 1594 cc* –; en la sociedad civil se extingue por la voluntad de cualquiera de sus socios cuando se hubiera constituido por tiempo indefinido o cuando la naturaleza del contrato de sociedad no se deduzca un término para ella y siempre que el socio que desista lo haga de buena fe⁵⁴⁴. La Ley del contrato de agencia de forma más detallada hasta en nueve artículos regula el desistimiento. En otros casos existen

⁵⁴³ España. Ley 22/2007 de 11 de julio de 2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, *Boletín Oficial de Estado* de 12 de julio de 2007, N.º 166, p. 29985.

⁵⁴⁴ *Vid.*, SIRVENT GARCÍA, J. «Desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica», *Perspectivas del Sistema Financiero*, N.º 96, 2009, p. 67.

contratos en los que el desistimiento recibe otro nombre⁵⁴⁵. La doctrina viene afirmando la posibilidad de desistir en los contratos de tracto sucesivo de duración indefinida para alguna de las partes pueda extinguir las obligaciones. De hecho en un contrato de duración indeterminada, aunque no se manifieste debe de permitirse desistir del mismo en cualquier momento, sin pacto previo, aunque será precisa que concurran cuestiones como relación duradera, que no tenga fijado término y que exista una relación *intuitu personae* en las que si una de las partes considera frustrada la confianza, puede ser motivo de poner fin a la relación⁵⁴⁶.

6.3. Derecho de desistimiento y derecho de garantía

El derecho de desistimiento corresponde a un supuesto distinto del de derecho de garantía. Puede suceder que el derecho de desistimiento no proceda, y en cambio si pueda

⁵⁴⁵ En el caso del mandato se le reconoce al mandante la capacidad de poder revocar el mandato *ad nutum* a su propia voluntad. *Vid.*, CRESPO AULLÉ, La división de la comunidad de bienes, *Lex nova*, Salamanca, 1993, p. 117.

⁵⁴⁶ *Vid.*, DÍEZ PICAZO, L. «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», Vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 2008, p. 1085-1086

ejercitarse el derecho de garantía por no concurrir el principio de conformidad⁵⁴⁷.

7. DERECHO DE DESISTIMIENTO TRAS LA REFORMA DEL TRLGDCU

La Ley 3/2014 reforma el Capítulo III (Derecho de desistimiento) Tit. III (Contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y contratos a distancia) del TRLGDCU 1/2007 como consecuencia de la transposición de la Directiva 2011/83. La facultad de desistir viene establecida en el art. 68 a 79 del TRLGDCU. En sede de contratación a distancia y

⁵⁴⁷ El principio de conformidad viene recogido en el art. 6 de la Ley 23/2003 de garantías de Venta de Bienes de consumo y actualmente en el art. 116 del TRLGDCU: en cámara oficial de comercio e industria de Madrid. Nueva normativa sobre garantías sobre garantías en la venta de bienes de consumo: aplicación en España de la Directiva 199/44/CE, Tucán, Madrid, 2003, p. 124. «La cuestión de compatibilidad entre el desistimiento y la devolución del producto sin que fuera realmente un ejercicio del desistimiento del contrato, sino más bien una cortesía del establecimiento: en este sentido si un hipermercado sobre el que se informa a los clientes que los cd's y la ropa interior no se canjea. «la cuestión que se plantea hace referencia al atención comercial que permite devolver productos por el simple desistimiento del cliente pero se excluye en dicha atención las ropa interior y los cd's: Esto no tiene nada que ver con el plazo de responsabilidad del comerciante por falta de uniformidad de la Ley 23/2003 que reconoce a los consumidores que no permite dichas exclusiones puesto que los derecho reconocidos por la norma son irrenunciables ».

fuera de establecimiento en los arts. 102 hasta el 109 del TRLGDCU. Sus características más importantes son:

7.1. El TRLGDCU trata de consolidar una facultad general de desistimiento contractual

En el art. 68.2 TRLGDCU «en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción publicidad o en el propio contrato»: de forma que la Ley –en sentido general– o bien el propio contrato –*ex* art. 79 TRLGDCU –se puede reconocer la facultad de desistir. La crítica de iba dirigida a la oportunidad pérdida de generalizar el desistimiento⁵⁴⁸. El art. 102 TRLGDCU no discrimina entre supuestos legales o contractuales.

El nuevo art. 102 del TRLGDCU establece que: «salvo las excepciones previstas en el art. 103, el consumidor o usuario tendrá derecho a desistir del contrato durante el periodo de 14 días naturales sin indicar motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en los art. 107.2 y 108 TRLGDCU».

⁵⁴⁸ *Vid.*, CARRASCO PERERA, A. «La defensa de los consumidores y usuarios. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *Revista de Derecho de Consumo CESCO*, p. 1. Se la define como arbitraria ya que no se entiende que hayan quedado fuera de la refundición ciertos aspectos de la Ley de Servicios de la Información y del Comercio electrónico (LSSICE).

7.2 Se trata de un desistimiento *ad nutum*.

El consumidor no tiene que justificar su decisión aunque existen límites como son la exigencia de buena fe y la interdicción del abuso de Derecho⁵⁴⁹.

7.3 Gratuidad.

Este es quizás uno de los elementos más destacados que tiene el consumidor a su alcance. Por un lado, no podrá pactarse penalización o prima en contraprestación de su ejercicio ni en los efectos del mismo. Aunque en ocasiones existen penalizaciones por desistir pese a estar prohibidas, aparecen de forma encubierta bajo otros conceptos. Pero ya sea oculta o bien incorporado dentro de las cláusulas del contrato (ej. penalización de 30 euros en caso de que desista) éstas serían nulas. Además se considerarían abusivas en virtud de los arts. 82.4 b) y 86.7 TRLGDCU⁵⁵⁰. Para evitar dichas situaciones se

⁵⁴⁹ Sentencia de Audiencia Provincial de Valencia 22 de junio de 2012. Ref. El Derecho nº 241728 en FJ 3º «anula por abusiva excesiva y alude desde la perspectiva y principio general de equilibrio de prestaciones» ya que «resultaría tremendamente injusto y contrario a la buena fe contractual».

⁵⁵⁰ Vid., BERMÚDEZ BALLESTEROS M. S. «solicitud de portabilidad ¿es posible repercutir gastos en el consumidor en caso de desistimiento?», *Revista de Derecho de Consumo CESCO*, 26 de febrero de 2014. p. 3.. En este mismo sentido MENDOZA LOSANA, A. *Revista de Derecho de Consumo. CESCO*, N° 6, 2013, p. 309.

deberá facilitar la información precontractual sobre los gastos asociados al medio de pago, transporte, entrega y cualquier otro gasto por lo que en el caso de que no se hubiera aportado, el consumidor no deberá abonar los gastos o tasas asociadas al medio de pago, de tal forma que el consumidor conozca siempre el precio final⁵⁵¹.

No se podrían generar gastos como los de devolución del propio bien. Es el art. 68.1. II el que establece la nulidad de cláusulas que impongan al consumidor una penalización. Asimismo según el art. 73 TRLGDCU, el desistimiento no implicará «gasto alguno». En STJCE en interpretación del art. 6 de la Directiva 97/7 de contratación a distancia⁵⁵², concluye que la mencionada Directiva impide que el vendedor pueda retener el precio, pagando una cantidad equivalente a los costes que para el profesional supuso el envío del producto al consumidor. Por tanto solo podrá imputársele al consumidor los

⁵⁵¹ La información imperfecta puede favorecer el uso de cláusulas contractuales leoninas. Por ello la legislación sobre consumidores puede remediar parcialmente mediante estandarización de la información que el empresario deba proporcionar. Como ejemplo la Directiva 87/102/CEE de 22 de diciembre de 1986 reformada por la 90/80 y 98/7 mediante la cual se impuso que tasa anual equivalente se expusiese de forma entendible, y a la sazón, las condiciones del crédito para los consumidores. En GÓMEZ POMAR, F. «Relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia», N°113, *InDret*, enero 2003, p. 18.

⁵⁵² STJCE C-489/7 de 3 de septiembre de 2009

costes de devolución. Como novedad en el nuevo TRLGDCU se detallan las obligaciones de reembolso y el reparto de los gastos⁵⁵³. Se entiende que la interpretación del TJCE es muy oportuna para que el consumidor pueda decidir, y en su caso desistir, contribuyendo a establecer una adecuada competencia en el mercado. En la STJCE C-489/7 de 3 de septiembre de 2009 se entiende según lo dispuesto en la Directiva 97/7/CE en art. 6.1 y 2, en materia de consumo, los contratos celebrados a distancia, no se le podrá exigir al consumidor la indemnización por el uso de un producto si ejerciere el derecho de desistimiento dentro del plazo establecido ya que privaría a éste del uso de su libertad sin posibilidad para la reflexión⁵⁵⁴. En caso de disminución del valor de los bienes será de aplicación del nuevo art. 109.2 del TRLGDCU que dispone la responsabilidad del consumidor salvo que se ocasione como

⁵⁵³ También puede verse LLORENTE SANSEGUNDO, I. «La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a la exigencia de la Directiva 2011/83/UE sobre derecho de los consumidores», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, N° 2, octubre 2013, p. 386

⁵⁵⁴ Sin perjuicio de los establecido anteriormente las disposiciones no se oponen a que se imponga al consumidor una indemnización por el uso del bien cuando su uso fuera incompatible con los principios del Derecho civil, fuera contra la buena fe y propiciara el enriquecimiento sin causa, siempre que no menoscabe la citada Directiva 97/7 (que quedará derogada a partir de 13 de junio de 2014 según Directiva 2011/83/UE). Para ver más CORTÉS MARÍN, J. M. «Jurisprudencia del TJCE, septiembre-diciembre 2009», *Revista de Derecho comunitario Europeo*, N° 35, 2010, p. 265.

consecuencia de una manipulación necesaria debía a la naturaleza de los bienes. El consumidor no será responsable de una disminución de valor cuando el empresario no informe del derecho de desistimiento dispuesto en el art. 97.1 i). La regla especial del mencionado art. 109.2 TRLGDCU no precisa la reforma de la regla supletoria contenida en el art. 74.2 TRLGDCU. En la que el consumidor no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, ya sea por la naturaleza del mismo o bien según lo pactado debido a su uso.

Si el consumidor no pudiera devolver pudiera devolver la prestación se estará a lo dispuesto en el art. 75 TRLGDCU⁵⁵⁵. Asimismo el tenor del art. 346.2 del BGB alemán establece: «en lugar de la devolución o restitución el deudor estará obligado a abonar el valor equivalente». 1) cuando la devolución o la restitución no sean posibles por la naturaleza de lo adquirido; 2) cuando haya consumido, enajenado, gravado, transformado o modificado el objeto recibido; 3) en caso de deterioro o

⁵⁵⁵ *Vid.*, COSTAS RODAL, L. «El derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil en la proyectada reforma de la Ley de consumidores y usuarios», *Revista Doctrinal de Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 8, 2013, p. 7.

desaparición del objeto recibido; queda excluido sin embargo el desgaste derivado del uso normal del bien⁵⁵⁶.

Ante el incumplimiento de deber de información del desistimiento únicamente será imputable al consumidor cuando omitiera la diligencia debida en estos asuntos (*ex art. 75.2 TRLGDCU*). Se ha de coincidir con el profesor CARRASCO PERERA en que es un paso positivo en la defensa del consumidor en sede de venta a distancia ⁵⁵⁷. El legislador español mantiene la misma postura en el art. 102.2 del actual TRLGDCU:

«serán nulas del pleno derecho las cláusulas que imponga al consumidor una penalización por el ejercicio del derecho de desistimiento o la renuncia del mismo».

Respecto a la imputación de los gastos, del art. 107 TRLGDCU dispone:

«que el empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor incluidos en su caso, los costes de entrega...antes de que hubieran transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido

⁵⁵⁶ *Vid.*, LAMARCA MARQUÉS, A. AAVV LAMARCA MARQUÉS, A. Y DOLHER, N. Y KIRCHEIM, P. *Código civil alemán y Ley de introducción al Código civil*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

⁵⁵⁷ *Vid.*, CARRASCO PERERA, A. «Los costes de desistimiento en la venta a distancia», *Actualidad Jurídica*, N° 802, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 2 y 3.

informado de la decisión de desistimiento de conformidad con el art. 106»⁵⁵⁸.

Aunque posteriormente en art. 107 del TRLGDCU se afirma que:

«el consumidor solo soportará los costes directos de devolución⁵⁵⁹ salvo que el empresario haya aceptado asumirlos o no haya informado al consumidor de que le corresponde asumir esos gastos»

En la última reforma del TRLGDCU en el texto enviado al Senado el legislador dispone en art. 108.1 TRLGDCU que «el consumidor y usuario solo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir esos costes»⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Tener en cuenta la Disposición Transitoria única según la cual «Las disposiciones de esta ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014».

⁵⁵⁹ En cambio no podrán imputarse retroactivamente al consumidor los gastos de envío si éste ejerciera su derecho de desistimiento (STJUE de 15 de abril de 2010 *Handelsgesellschaft Heine*, C-511/2008). La Directiva impone al proveedor en caso de rescisión por el consumidor una obligación de restituir todas las sumas abonadas por éste con motivo del contrato, sea cual fuere la causa del abono: las sumas abonadas en la Directiva indican «todas» las cantidades para cubrir los gastos ocasionados por el contrato.

⁵⁶⁰ Informe de la ponencia del Proyecto de reforma de la Ley por la que se modifica el TRLGDCU, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. 19 de febrero de 2014, N° 71-4, p. 24.

7.4 Carácter unilateral recepticio

La cuestión es que medios han de utilizarse para que sea efectivo el derecho de desistimiento, aunque no se requiera una forma determinada. La voluntad del consumidor debe de notificarse de forma fehaciente al empresario⁵⁶¹. De forma que cualquier forma será válida cualquier forma. El art. 106.1 TRLGDCU establece:

«el consumidor podrá usar un formulario de desistimiento o bien realizar otro tipo de declaración inequívoca en la que se señale su decisión de desistir en el contrato».

Se permite al consumidor cumplimentar y enviar electrónicamente un formulario, o bien, cualquier declaración inequívoca mediante la web del empresario. De forma que el oferente sin dilación deberá enviar un acuse de recibo en soporte duradero de dicho desistimiento⁵⁶². Toda comunicación de desistimiento debe de enviarse en el plazo ordinario de 14 días o el extraordinario de 12 meses y la carga de la prueba de haber ejercitado el derecho recaerá sobre el consumidor.

⁵⁶¹ *Cfr.* art. 68.1 TRLGDCU «...notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido...». Y siguiendo el art. 70 TRLGDCU: y «El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. En todo caso se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos».

⁵⁶² *Vid.*, art. 106.2 TRLGDCU.

Tras la lectura del nuevo texto puede plantearse si es válida el desistimiento tácito, ya que el nuevo texto a diferencia del anterior no cita la devolución del propio producto como forma de ejercer el desistimiento a diferencia del art. art. 70 TRLGDCU *in fine*. Otra alternativa podría ser el desistimiento realizado verbalmente aunque el art. 106.4 TRLGDCU afirma que la carga de la prueba recaerá sobre el consumidor por lo que cabe inferir que no es una posibilidad vetada por la propia Ley⁵⁶³.

7.5 Nuevos plazos para desistir

7.5.1 Antecedentes

El ejercicio del derecho de desistimiento establecía anteriormente un plazo de 7 días naturales⁵⁶⁴. Desde antes de la

⁵⁶³ Cfr. art. 72 TRLGDCU en jurisprudencia menor de Sentencia de Audiencia Provincial de Vizcaya de 8 de abril 2003 Ref. El Derecho n°- 127140, en FJ 2°; Sentencia de Audiencia Provincial de Ávila de 10 de junio 2003, Ref. El Derecho n°- 208092 en FJ 5° «al no enviar la declaración de desistimiento mediante correo certificado u otro medio que permitiese tener constancia de la revocación hay que concluir que el demandado no ha probado lo que dijimos es carga suya por establecerlo expresamente»; en Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona 10 de octubre de 2012, Ref. El Derecho n°- 297423 en FJ 4° se alude al desistimiento verbal acreditado mediante factura telefónica.

⁵⁶⁴ España. Con la entrada en vigor de la Ley 3/2014, de 27 de marzo de 2014, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes

refundición hasta la entrada en vigor de la Ley 47/2002 que reforma la LOCM, se entendía que debido al silencio normativo—a excepción del art. 4 RD 1906/1999 (derogado) en ningún caso se hablaba de días hábiles—el plazo debía entenderse de acuerdo con al art. 5 cc, en cuyo caso se hablaría de días naturales⁵⁶⁵. El art. 44.1 LOCM hablaba de días hábiles y especificaba: «será la ley del lugar donde se ha entregado el bien la que determine qué días han de tenerse por hábiles»⁵⁶⁶.

7.5.2 *Tras la reforma de la Ley 3/2014*

Salvo que se establezca en el contrato un tiempo superior al plazo mínimo: El nuevo TRLGDCU fija un plazo de 14 días naturales cuyo *dies a quo* será: a) en los contratos de prestación

complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 16 de noviembre de 2014, *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de marzo, n.º 79 p. 26967. Han sido derogados desde el art. 39 al 48 de la LOCM; el apartado 4 del art. 5 de la LCGC y el RD 1906/1999 de 17 de diciembre. Se derogan el art. 71 TRLGDCU que establecía *días hábiles*.

⁵⁶⁵ *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. «Derecho de contratos. Claves de la regulación de desistimiento negocial en la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores» en MASSAGUER, J. Y ALONSO ESPINOSA, F. *Estudios de Derecho Mercantil Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1182.

⁵⁶⁶ Sentencia de Audiencia Provincial de Segovia, de 30 de septiembre de 2011 Ref. La Ley - n.º 265. FJ 1º en la que se cita el art. 44 de LOCM.

de servicios, desde la celebración del mismo⁵⁶⁷; b) en los contratos de compraventa de bienes desde la posesión material de éstos (*ex art. 104 del TRLGDCU tras la reforma de la Ley 3/2014*)⁵⁶⁸. A su vez en la compraventa de bienes existen diferentes reglas especiales: a) el consumidor encarga múltiples bienes en un único pedido y éste se entrega de forma separada. La regla establece que el plazo comienza en el momento en que el consumidor adquiere la posesión del último bien; b) el caso en que el consumidor recibe el bien y éste está compuesto por diferentes componentes que se entregan de forma separada, así el plazo para desistir se inicia en el momento en que el consumidor adquiere la posesión material del último

⁵⁶⁷ *Vid.*, PANIZA FULLANA, A. «Contratación a distancia y defensa de los consumidores: su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio minorista y Ley de Servicios de la Sociedad de el a Información», Comares, Madrid, p. 340. En los contratos de prestación de servicios el desistimiento se configura como un derecho de reflexión más que como un desistimiento propiamente dicho; GONZÁLEZ LEÓN, C. «El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos celebrados a distancia», (Coord.) HERRERO GARCÍA, M. J. Y GARCÍA VICENTE, R. Y VAQUERO PINTO, M. J. *La contratación en le sector de la distinción comercial*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 142.

⁵⁶⁸ *Ex art. 9.2 a) y b) de la Directiva 2011/83*. Dicha distinción es acertada en el sentido determinados servicios no son restituibles *in natura* una vez, sí el inicio de cómputo para desistir se daría desde el momento en que se ejecuta la obligación principal de ejecutar el servicio. *Vid.*, RUBIO TORRANO, E. «Nueva directiva sobre derecho de los consumidores», *Aranzadi civil-mercantil. Revista Doctrinal*, Vol. 1, N° 9, 2012, p. 18.

componente; c) la entrega de bienes en diferentes lotes o partes el caso de la compra de una enciclopedia formada por diferentes volúmenes cuya entrega se realiza de forma periódica el cómputo para desistir se realiza desde el momento en que se adquiere la posesión material del último tomo⁵⁶⁹. La doctrina acoge positivamente la reforma de la Directiva 2011/83, y a la sazón el nuevo TRLGDCU-ya que el legislador español la ha asumido casi literalmente-. Si bien cierto que la redacción es algo farragosa ha de entenderse positiva ya que aclara cuestiones respecto al cómputo de plazos para el ejercicio de desistimiento, en los casos en los que el empresario deba entregar varios bienes en un solo acto al consumidor⁵⁷⁰.

Se trata en definitiva de un plazo de caducidad de carácter preclusivo de forma que no se permite la interrupción ni la suspensión: de otra forma se protegería en exceso al consumidor y pondría en peligro la seguridad del tráfico jurídico. Por tanto tendrá en consideración la fecha de expedición de la declaración de desistimiento – *ex* art. 71.4 TRLGDCU –.

⁵⁶⁹ *Ex* art. 9.2 *iii*) Directiva 2011/83; art. 104. b) 3º TRLGDCU tras reforma de la Ley 3/2014.

⁵⁷⁰ *Vid.*, MIRANDA SERRANO, L. M. «Derecho de contratos...», p. 1182; COSTAS RODAL, L. «El derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil en la proyectada reforma de la Ley de consumidores y usuarios», *Revista Doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 2, Nº 8, 2013, p. 30.

El legislador europeo ya era consciente de la inseguridad jurídica que había generado respecto a los plazos de desistimiento si no existiera un único criterio respecto a los plazos. Según el art. 102. 1 TRLGDCU el plazo será de 14 días naturales sin indicar el motivo. En el reformado art. 71.1 TRLGDCU pasa a establecerse un nuevo plazo legal supletorio en el supuesto de que la normativa legal no lo determine y por lo que respecta los arts. 68 y ss seguirán siendo con carácter supletorio (*ex art. 68.3 TRLGDCU*)⁵⁷¹.

7.6 Efectos del desistimiento

El desistimiento conlleva la desvinculación del consumidor respecto del contrato y la extinción de todas las obligaciones⁵⁷². Según la reciente modificación recogida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo de 2014 art. 66 bis TRLGDCU. El consumidor solo asumirá el coste previsto en los arts. 107.2⁵⁷³ y 108⁵⁷⁴: del TRLGDCU.

⁵⁷¹ *Vid.*, COSTAS RODAL, L. «El derecho de desistimiento en los contratos a distancia...», *op. cit.* p.3

⁵⁷² *Vid.*, LOSS, M. «Rights of Withdrawal», HOWELLS G. Y SHULZE, R. *Modernising And Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, p. 239.

⁵⁷³ *Ex art.* 107.2 TRLGDCU «en caso de que el consumidor y usuario haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el

Como consecuencias propiamente del ejercicio de desistimiento. Son efectos típicos y generales en cualquier modalidad: ineficacia o restitución (*ex art. 74 TRLGDCU*).

Existen dos posibilidades respecto al efecto sobre el contrato; a) los efectos del desistimiento *ex tunc* por lo que el contrato será ineficaz desde el momento de la perfección, y no desde la declaración de desistimiento⁵⁷⁵; b) por otro lado, un efecto *ex nunc* en supuesto de que no se retrotraigan sus efectos al momento de la perfección contrato. Las distintas normas de consumo y el actual art. 74 TRLGDCU plantean un sistema

empresario no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven».

⁵⁷⁴ *Ex art. 108 TRLGDCU* «Salvo si el propio empresario se ofrece a recoger los bienes, el consumidor y usuario deberá devolverlos o entregarlos al empresario, o a una persona autorizada por el empresario a recibirlos, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de 14 días naturales a partir de la fecha en que comunique su decisión de desistimiento del contrato al empresario, de conformidad con el artículo 106. Se considerará cumplido el plazo si el consumidor y usuario efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido el plazo de 14 días naturales». El consumidor y usuario sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir esos costes»

⁵⁷⁵ Aunque autores como DÍEZ PICAZO afirman que los efectos del desistimiento son *ex nunc*, es decir, desde el momento en que se produce el desistimiento, en ningún caso, desde que se celebró el contrato. Esto significa que las prestaciones que se hubieran realizado quedan consolidadas. *Vid.*, DÍEZ PICAZO, L. Fundamentos del Derecho Civil...» *op. cit.*, p. 1087

con eficacia retroactiva *ex tunc* con restitución de la cosa y el precio⁵⁷⁶.

7.6.1 *Contratos relativos a la adquisición de bienes*

No obstante el art. 74 TRLGDCU indica cuales son las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento⁵⁷⁷. De modo que en los contratos en que haya sido entregadas la cosas, el consumidor ha de devolver el objeto del contrato en las mismas condiciones en las que fue entregado. Las reglas general aplicables en caso de defecto de norma especifica son que según el art. 1.303 cc, los contratantes deberán restituirse recíprocamente de las cosas que hubieran sido materia de contrato, con sus frutos y el precio con los intereses. De forma que siguiendo lo establecido por el art. 1.308 cc mientras uno de los contratantes no realice la devolución, el otro no puede ser compelido a cumplir.

7.6.2 *Contratos de prestación de servicios.*

Anteriormente a la TRLGDCU la normativa era LOCM y LCFEM no era demasiado clara al respecto y no se afirmaba con

⁵⁷⁶ *Vid.*, BUSTO LAGO, J.M. «El desistimiento...» *op. cit.*, p. 7

⁵⁷⁷ Sentencia de Audiencia Provincial de Cantabria de 8 de noviembre de 2012, Ref. La Ley nº 212487 FJ 1º. El consumidor debe acreditar el ejercicio de derecho de desistimiento o bien hacer uso de la facultad resolutoria que obtendría los efectos previstos en el art. 1303 cc en caso de que hubieran deficiencias en el servicio.

rotundidad que fuera factible el desistimiento en los contratos de prestación de servicios. El derogado art. 7 LCFEM aludía a la imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor equivalente al citado 75 TRLGDCU en cuyo caso el consumidor podría desistir dentro del plazo establecido sin tener que restituir el valor de la prestación recibida, exigiendo la devolución del precio⁵⁷⁸.

Una postura razonable conforme al TRLGDCU es que se pueda ejercer el derecho de desistimiento — *ex* art. 71, 73 y 74 TRLGDCU —. La regla general es que «no habrá de reembolsar cantidad alguna...por el uso del servicio». Aunque la regulación del desistimiento de los contratos celebrados a distancia en el art. 103 TRLGDCU excluye salvo pacto en contrario y entre otros supuestos «los contratos de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado con el acuerdo del consumidor...».

7.6.3 Eficacia de contratos vinculados

Cuando el prestador de servicios o vendedor requiere de un tercero para financiar al consumidor se precisa el llamado contrato vinculado⁵⁷⁹. La actual Directiva 2008/48/CE reconoce

⁵⁷⁸ Dicho caso estaba contemplado en el derogado art. 7 LCFEM.

⁵⁷⁹ *Vid.*, LA ROCCA, D. La qualità dei soggetti e i rapporti de credito, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1992, p. 146.

del derecho de desistimiento al consumidor (*ex art. 14 Directiva 2008/48/CE*)⁵⁸⁰.

Pese a que el financiador no es parte del contrato de adquisición, su colaboración activa con el proveedor justifica que se anuden los efectos de dicho contrato⁵⁸¹. De forma que la ineficacia del contrato principal va a afectar al crédito vinculado, introduciendo una importante excepción al principio de relatividad de los contratos establecido en art. 1257 cc, estableciendo medidas protectoras para el consumidor⁵⁸². Especial efecto es el generado tras el ejercicio del derecho de desistimiento que afecta a los contratos vinculados⁵⁸³. Si el consumidor ejerce el derecho de desistimiento respecto del contrato de crédito debe de ponerlo en conocimiento del financiador en plazo de 14 días naturales⁵⁸⁴. El cómputo se inicia

⁵⁸⁰ Directiva 2008/48/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

⁵⁸¹ *Vid.*, ESCUIN IBAÑEZ, I. Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo, Marcial Pons, Granada, 2002, p. 2.

⁵⁸² *Vid.*, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. «Vinculación contractual de la Ley 7/1995 de Crédito al consumo», (Coord.) LLAMAS POMBO, E. *Estudios de Derecho de obligaciones*, La Ley, Madrid, 2006, p. 342.

⁵⁸³ *Cfr.* art. 29 Ley 16/2011, de 24 de junio de Contratos de Crédito al Consumo, el legislador define el crédito vinculado como aquel que sirve exclusivamente para financiar el contrato que permite la prestación de servicios o la entrega de bienes.

⁵⁸⁴ La Exp. de Motivos de LCCC alude al derecho del consumidor a desistir del contrato de crédito, en cuya regulación se han seguido los

desde la fecha de celebración del contrato, o si fuera posterior, en el momento en que el consumidor recibe el documento contractual (*ex* en el art. 14 de la Directiva 2008/48/CE de Crédito al consumo)⁵⁸⁵. El consumidor deberá devolver al prestamista el capital recibido y el interés acumulado entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital. Deberá restituir estas cantidades sin demora, y a más tardar a los 30 días de haber enviado la notificación de desistimiento. El prestamista no podrá reclamar al consumidor ninguna otra cantidad, excepto la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la administración pública⁵⁸⁶.

Por tanto cuando el consumidor deje de estar obligado por el contrato principal lo estará también respecto del de financiación y sin penalización alguna⁵⁸⁷.

criterios que rigen para el ejercicio de este derecho en la comercialización a distancia de servicios financieros. *ex* art. 28 LCCC.

⁵⁸⁵ Directiva 2008/48/CE es el reconocimiento al consumidor del derecho de desistimiento (art. 14), que se regula en condiciones similares a las de la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

⁵⁸⁶ *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, M. J. «La nueva regulación europea del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008)», *Centro de Estudios de Consumo CESCO*, mayo 2008, p. 5.

⁵⁸⁷ En este sentido la Sentencia Audiencia Provincial de Alicante de 24 de diciembre de 2002, Ref. El Derecho nº 109932 considera que la cancelación del primer contrato implica como consecuencia la

El art. 14.2 y 15.1 en la derogada LCC exigía un acuerdo previo «exclusivo» entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes. Lo cual hacía improbable que pudiera el consumidor ejercer el desistimiento⁵⁸⁸. El profesor MARÍN LÓPEZ criticaba la exigencia del acuerdo previo y sobre todo de que fuera de forma «exclusiva»⁵⁸⁹. La cuestión es si existe una unidad comercial como afirma la propia Directiva 2008/48, cuando el proveedor del bien o servicio financia el crédito al consumo y no tanto si existe un acuerdo previo en «exclusiva».

El legislador español ha mejorado la regulación de financiación a través de contratos vinculados mediante la Ley de

ineficacia del contrato de financiación por ausencia de referencia clara al derecho de desistimiento; También en Sentencia Audiencia Provincial de Tarragona de 22 de diciembre de 2003, Ref. El Derecho nº - 220149, FJ 3º se presenta un contrato mixto o complejo, en el que se alude al carácter vinculante del contrato de préstamo de un curso realizado a distancia.

⁵⁸⁸ *Vid.*, ESCUIN IBAÑEZ, I. «Las adquisiciones financiadas...», *op. cit.*, p. 111.

⁵⁸⁹ La regulación de los contratos vinculados regulados en Directiva 2008/48. La nueva redacción del art. 29 LCCC difiere notablemente de la establecida en la Directiva 87/102/CEE. Se debe entender por contrato de crédito sirva exclusivamente para financiar un contrato de adquisición de bienes o servicios específicos, y que los dos contratos constituyan una unidad comercial desde un punto de vista objetivo [art. 3 n), que abandona, con acierto, el requisito del acuerdo previo «en exclusiva» recogido en los derogados art. 15 de LCC y art. 11 Directiva 87/102/CEE.

contratos de crédito al consumo, al transponer la nueva Directiva 2008/48⁵⁹⁰.

Existe una unidad comercial cuando el proveedor del bien o servicio financia el crédito al consumo. Si ese financiador es un tercero y se sirve de la intervención del proveedor del bien en la preparación o celebración del contrato de crédito; o bien cuando los bienes o servicios específicos vienen expresamente indicados en el contrato de crédito⁵⁹¹.

Los efectos de los contratos vinculados en la financiación total o parcial del bien, o servicio contratado están regulados en las disposiciones generales del art. 77 TRLGDCU⁵⁹²:

«cuando se ejercite el derecho de desistimiento en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor, incluidos los

⁵⁹⁰ *Ex* art. 29 LCCC y art. 3 *n*) Directiva 2008/48 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. «el contrato en cuestión sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos, y ii) los dos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo».

⁵⁹¹ *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, M. J. « La nueva regulación europea del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE...», *op. cit.*, p. 5 y 6.

⁵⁹² En el mismo sentido el art. 44 de la LOCM: Por tanto no se incluyen en este supuesto los contratos de financiación obtenidos por el consumidor directamente de una persona o entidad que no haya acordado previamente con el vendedor la financiación del contrato a distancia *vid.*, BOTANA GARCÍA, G. «Contratos a distancia», *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, p. 242.

contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento del empresario».

Se ha unifica la regulación de los contratos celebrados fuera de establecimiento y a distancia. La nueva redacción de art. 76 bis del TRLGDCU regula el ejercicio de derecho de desistimiento en contratos complementarios⁵⁹³. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en art. 29 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. El desistimiento del contrato principal provoca la ineficacia del crédito vinculado en los siguientes casos: a) cuando el proveedor del bien o servicio conceda facilidades crediticias, de forma que el proveedor y financiador sean la misma persona; b) cuando exista una colaboración planificada entre el proveedor del bien o servicio y el financiador⁵⁹⁴.

⁵⁹³ España. Ley de contratos de crédito al consumo; *Boletín Oficial del Estado*, Texto consolidado, n° 151, de 28 de marzo de 2014, p. 17. Según art. 29 LCCC debe entenderse por contrato complementario «aquél por el que el consumidor adquiere bienes y servicios relacionados con el contrato principal y dichos bienes o servicios son proporcionados por el empresario o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el empresario».

⁵⁹⁴ La Jurisprudencia clarifica el concepto de contrato vinculado. En Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2011 Ref. El Derecho - n° 13874 FJ 6° «El crédito al consumo debe examinarse desde una perspectiva unitaria, porque pese a que existan varios contratos, existe una conexión entre todos ellos por la interacción de fines entre las distintas relaciones jurídicas. En el caso que se analiza aparecen unos contratos de arrendamiento de servicios de enseñanza

Actualmente los contratos vinculados están regulados por art. 29 LCCC (derogando los arts. 14.2 y 15 de Ley 7/1995 de 23 de marzo de Crédito al Consumo)⁵⁹⁵.

Las Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012 y de 4 de febrero de 2013 confirman lo establecido por las sentencias precedentes. Esto es, que se observa exclusividad ya que ésta reside en las efectivas posibilidades que razonablemente hubiera dispuesto cada consumidor para optar por otro concedente de crédito distinto señalado por los

conectados con unos contratos de financiación, resultando imposible otorgar una tratamiento aislado y diferenciado a cada de las relaciones jurídicas que surgen de tales negocios. La consecuencia, tal y como ya se ha fijado por esta sala en Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2009, Ref. El Derecho - nº 283153 y de Sentencia del Tribunal Supremo 19 de febrero de 2010 Ref. El Derecho - nº 11510 es que basta con que el prestamista convenga con el proveedor de los servicios una retribución a cargo de este, para que la gratuidad respecto del consumidor, pese a estar expresamente pactada en la financiación, deba considerarse excluida en el conjunto de la operación, dada la aptitud potencial del oneroso contrato conexo como instrumento para provocar una repercusión en la contraprestación pactada en el otro contrato».

⁵⁹⁵ *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2009 Ref. El Derecho - nº 283153 en FJ 2º; Sentencia del Tribunal Supremo 19 de febrero de 2010 Ref. El Derecho - nº 11510 en FJ 5º; Sentencia del Tribunal Supremo 1 de febrero de 2011 Ref. El Derecho - nº 6683 FJ 5º; Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2011, Ref. El Derecho - nº 10621 y Sentencia del Tribunal Supremo 4 marzo de 2011. Ref. El Derecho - nº 13874 FJ 2º.

proveedores⁵⁹⁶. No obstante en Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona⁵⁹⁷ pese a no existir los requisitos establecidos en la Ley 7/1995, establece una conexión causal (basada en la teoría de la causa), concretamente en la causa del contrato de préstamo⁵⁹⁸. En Sentencia de Tribunal Supremo de 25 noviembre de 2009 y de 19 de febrero de 2010 se constata dicha conexión causal⁵⁹⁹.

Se expone el concepto de exclusividad como «la efectiva posibilidad de que razonablemente, hubiera dispuesto cada consumidor para optar por contratar con otro concedente de crédito distinto del señalado por las proveedoras y al que las

⁵⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012 Ref. El Derecho n.º. 201035; Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2013 Ref. El Derecho n.º. 13853.FJ único.

⁵⁹⁷ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de septiembre de 2007 Ref. El Derecho - n.º 190285.

⁵⁹⁸ En este mismo sentido MARÍN LÓPEZ, M. J. «Dictamen jurídico...», *op. cit.*, p. 1770. La doctrina de la causa en virtud de la cual, dos contratos estarán vinculados cuando a través de ellos, las partes pretendan alcanzar un único resultado económico. En el ámbito del crédito al consumo, habrá vinculación contractual cuando los dos contratos se han celebrado con el fin de facilitar al consumidor la adquisición de bienes de consumo con pago a plazos; esto es, cuando los dos contratos puedan considerarse, en función de datos objetivos, como partes de una única operación.

⁵⁹⁹ *Vid.*, MARÍN LÓPEZ, M. J. «Una nueva STS (la sexta) sobre contratos vinculados STS de 20 de julio de 2012». *Notas Jurisprudenciales, Centro de Estudios de Consumo CESCO*, 2012, p. 2.

mismas estaban vinculadas por acuerdo previo»⁶⁰⁰. La finalidad es proteger la libertad de decisión del consumidor en la elección del financiador. «En el supuesto de que esta libertad de decisión no se haya respetado, se deben proteger sus intereses extrayendo consecuencias jurídicas de una conexión contractual determinada sin su colaboración, ya desde el origen de la operación»⁶⁰¹.

Sería conveniente que en *lege ferenda* el legislador coordinase los distintos textos legislativos, con ánimo de evitar reiteraciones innecesarias en arts. 76 bis, 77 TRLGDCU y el art. 29 de LCCC⁶⁰².

⁶⁰⁰ En Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2009 en FJ 2º y repetida en otras Sentencia del Tribunal Supremo 20 de enero de 2011 (FJ 5º) 22 de febrero de 2011 (FJ 6º) y de 4 de marzo de 2011 (FJ 6º).

⁶⁰¹ En Sentencia del Tribunal Supremo 4 de febrero de 2013 Ref. El Derecho - nº 13853. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo trata de resolver si hay vinculación entre el contrato de financiación y el de prestación de servicios. La cuestión planteada en casación aludía a la no aplicación de la reforma del Ley 62/2003 art. 15 de LCC hoy derogada, que extendió el concepto de exclusividad a aquellos en que exista una colaboración planificada entre prestamista y proveedor.

⁶⁰² *Vid.*, HUALDE MANSO, T. «Anteproyecto de Ley de modificaciones del Texto Refundido de la Ley General de Defensa y Usuarios», Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 7.

7.7 Posible ejercicio de otras acciones aunque no se ejercite el derecho de desistimiento

En palabras de CUESTA RUTE «el no ejercicio del derecho de desistimiento no excluye que pueda extinguirse la relación contractual en cualquiera de los supuestos en que sabemos que toda relación puede extinguirse con carácter general»⁶⁰³. De forma que se permite la posibilidad de impugnación mediante otros medios como la resolución o nulidad. Según el art. 78 TRLGDCU:

«La falta de ejercicio de desistimiento en el plazo fijado no será obstáculo para el posterior ejercicio de la acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho».

En ocasiones incluso los tribunales pueden declarar la nulidad de oficio de determinadas contratos por haber incumplido los requisitos formales en materia de desistimiento del propio contrato⁶⁰⁴. Cabe también plantearse qué sucedería

⁶⁰³ *Vid.*, CUESTA RUTE, J. M. Y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, E. «Persona física y consumidor», *Ponencia en I Congreso Internacional Sobreendeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Universidad Complutense de Madrid, 19 de noviembre de 2008. pp. 1-10.

⁶⁰⁴ En Sentencia del Tribunal Supremo 25 noviembre de 2009 Ref. El Derecho - n° 283153 en FJ 1º«No obstante, pese a que en el suplico de la demanda no se había ejercitado acción de anulación de los contratos de financiación, dicho Tribunal los consideró nulos, en aplicación del art. 4 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, por

ante un incumplimiento del vendedor ¿puede el consumidor dejar de pagar las cuotas del crédito?

El consumidor puede ejercitar los derechos que le correspondan frente al prestamista, siempre que concurren los siguientes requisitos ⁶⁰⁵ :

i) Los bienes o servicios objeto del contrato no se han entregado en todo o en parte, o no son conforme a lo pactado en el contrato, ii) El consumidor ha reclamado de modo judicial o extrajudicial, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no ha obtenido la satisfacción a la que tiene derecho.

Aunque tampoco aquí la Ley aclara a qué derechos se refiere, se entiende que puede oponerse al pago de las cuotas en caso de evidente incumplimiento del vendedor pero no se clarifica del todo cómo se liquidan los contratos vinculados en protección del consumidor.

8. COMPETENCIA JUDICIAL. LA NECESARIA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

incumplimiento de los requisitos de forma que, respecto de la facultad de revocar, exige el art. 3 de la misma Ley, y aplicó el régimen de liquidación del vínculo contractual propio de tal modalidad de ineficacia».

⁶⁰⁵ España. Ley de contratos de crédito al consumo, *Boletín Oficial del Estado*, En art. 29 Ley 16/2011, de 24 de junio, de LCCC.

En el ámbito del comercio internacional ha sido constante el esfuerzo para lograr una armonización del Derecho privado, o al menos establecer una serie de reglas que permitan eludir la aplicación de los «derechos nacionales». Aunque no siempre es así, ya que recientemente un juzgado alemán ha adoptado medidas cautelares suspendiendo la aplicación de la controvertida aplicación Uber que presta servicios a los usuarios que quieren desplazarse con un coste reducido⁶⁰⁶. El Tribunal basa su competencia en el artículo 5.3 Reglamento Bruselas I («Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro [...]) en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso»), por entender que en Alemania, y en concreto en Frankfurt, donde la sociedad demandada proporciona los servicios, se está produciendo un daño. Al fundar su competencia en ese criterio, el tribunal alemán solo puede

⁶⁰⁶ Resolución del Landgericht o juez de distrito de Frankfurt am Main, de 25 de agosto de 2014, 2-03 O 39/14). El Landgericht de Frankfurt adopta medidas cautelares frente a una sociedad holandesa que explota en Europa la aplicación Uber, a través de la que proporciona a sus clientes una red de transporte conectando pasajeros con conductores de vehículos registrados en su servicio. La resolución se adopta como consecuencia de la demanda interpuesta por una entidad alemana del sector del taxi que afirma que la actuación de la sociedad holandesa vulneraba las normas alemanas en materia de competencia desleal.

conocer de los daños generados en Alemania y no de los que, en su caso, pudieran producirse en otros Estados de la UE, donde también se ofrecen las aplicaciones. Para conocer de ellos la competencia correspondería, bien a los tribunales holandeses, del domicilio del demandado (art. 2 Reglamento Bruselas I), que podrían conocer de los perjuicios generados en toda la UE, bien a los tribunales de cada uno de los Estados en los que se produce un daño establece, además las reglas de competencia territorial), cuya competencia se limitaría, como en este caso la alemana, al daño sufrido en su territorio. El tribunal aplica la ley alemana, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1 del Reglamento Roma II, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados»)⁶⁰⁷.

Siempre se ha afirmado que la existencia de diversos ordenamientos jurídicos desincentiva la contratación internacional ya que implica un estudio del ordenamiento, de las consecuencias de su incumplimiento y de cuál sería el derecho aplicable. Los costes de transacción conllevan en

⁶⁰⁷ *Vid.*, TORRALBA, E. «La aplicación uber no puede ser utilizada en Alemania: el triunfo del sector del taxi», *CESCO Revista de Derecho de Derecho de Consumo*, septiembre 2014, p. 1 y 2.

multitud de ocasiones a resultados inciertos ya que no existen criterios claros que determinan el derecho aplicable o de la jurisdicción competente. De tal forma que los contratantes optan por asumir normas ajenas a los derechos nacionales para someterse a arbitraje. En este sentido han surgido normas como la Convención de Viena sobre compraventa internacional; reglas modelos sectoriales como las relativas a créditos documentarios, INCOTERMS y propuestas de régimen general como los principios UNIDROIT en los contratos internacional⁶⁰⁸.

En la Unión Europea se tiende la armonización del mercado interior en virtud del art. 114 TFUE⁶⁰⁹. A día de hoy todavía no puede hablarse de «mercado único» ya que todavía existen 27 derechos privados en la UE, por tanto deberá precisarse cuál es el derecho aplicable. Los estudios demuestran que el comercio dentro de la Unión Europea es todavía relativamente pequeño, de hecho, los consumidores prefieren comprar en empresas de propia nacionalidad ya que desconfían, al igual que muchas PYMES se dedican al comercio nacional porque no quieren estudiar el derecho aplicable en otros países

⁶⁰⁸ *Vid.*, VALPUESTA GASTAMINZA, E. «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la unión europea, lastrado por la protección al consumidor», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, N° 1, p. 200.

⁶⁰⁹ *Vid ad ex.*, art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial de Unión Europea*, 30 de marzo de 2010, p. 94.

de la Unión⁶¹⁰. Por todas estas razones se ha impulsado el desarrollo de la unificación del Derecho privado entre consumidores en los distintos países de la UE.

⁶¹⁰Algunos autores a la internacionalización ha sido clave en el mantenimiento de las cifras de facturación y rentabilidad entre 2007 y 2010. Sin embargo se apunta hacia una hipótesis y es que la salida al exterior exija un sobreesfuerzo financiero que atenúa los efectos positivos. *Vid.*, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, P. Y GALLEGO RODRÍGUEZ, E. Y RIVERO FERNÁNDEZ, D. Y LAGO PEÑAS, S. «El impacto de la internacionalización sobre empresas: Evidencia empírica para el caso español», MPRA, marzo 2014, p. 9.

§ VIII. EJECUCIÓN DEL CONTRATO

1. EJECUCIÓN DEL CONTRATO A DISTANCIA

El plazo de ejecución del contrato será de treinta días desde la celebración del mismo, concretamente desde la aceptación del consumidor o desde la remisión de su oferta⁶¹¹. En el caso de que no se cumpliera dicho plazo se debe inferir que es un incumplimiento suficiente⁶¹². Debe destacarse el carácter dispositivo de la norma («salvo que las partes hayan acordado otra cosa»), aunque por razón de la naturaleza ordenadora del Derecho de esta clase, será una pauta para juzgar el carácter abusivo de las cláusulas que se aparten de él (*ex arts. 82 TRLGDCU y 8.2 LCGC*), al margen de que el propio

⁶¹¹ Del latín *exsecutio,-nis* acto de poner en obra algo. Según el art 109 TRLGDCU «Salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el empresario deberá ejecutar el pedido sin ninguna demora indebida y a más tardar en el plazo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato».

⁶¹² Cuya «importancia» o carácter esencial está predeterminado legalmente para solicitar la resolución del contrato, cuya disciplina será la propia del Derecho común *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Y GARCÍA VICENTE, J. R. «La contratación con consumidores», Valencia, Tirant lo Blanch, marzo 2010, p. 1443.

TRLGDCU califique como abusivas cláusulas que se refieren al cumplimiento del contrato. Así, y por lo que se refiere a lo expresamente regulado en materia de contratos a distancia son abusivas las cláusulas que establezcan un «plazo excesivamente largo para satisfacer la prestación debida» (*ex art. 85.1 TRLGDCU*) o la consignación de fechas meramente indicativas.

El instrumento del control judicial de las cláusulas contractuales es un sustitutivo del Derecho imperativo es menos invasivo en la autonomía negocial de las partes⁶¹³. Salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el empresario deberá ejecutar el pedido a más tardar en el plazo de 30 días a partir del día siguiente a aquel en que el consumidor y usuario haya prestado su consentimiento para contratar (art. 109 TRLGDCU).

2. CONSECUENCIA DE LA FALTA DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO A DISTANCIA

En caso de no ejecución del contrato por parte del empresario por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado, el consumidor y usuario deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar cuanto antes, y en cualquier caso en un plazo de 30 días como máximo, las sumas que haya abonado. En el supuesto de que el

⁶¹³ *Vid.*, EIDENMULLER, H. Y FUAST, Y F. GRIGOLET, C. Y WAGNER, ZIMMERMAN, R. «Hacia una revisión del *acquis de consumo*», *op. cit.*, p. 119.

empresario no realice este abono en el plazo señalado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad (*ex art. 104 TRLCU*). De no hallarse disponible el bien o servicio contratado, cuando el consumidor y usuario hubiera sido informado expresamente de tal posibilidad, el empresario podrá suministrar sin aumento de precio un bien o servicio de características similares que tenga la misma o superior calidad. En este caso, el consumidor y usuario podrá ejercer sus derechos de desistimiento y resolución en los mismos términos que si se tratara del bien o servicio inicialmente requerido, sin que le sean exigibles los costes directos de devolución (*art. 105 TRLGDCU*)⁶¹⁴.

Tras la reforma del TRLGDCU realizada por la Ley 3/2014 se elimina la alusión a los contratos celebrados fuera de los contratos mercantiles. Se unifica el régimen de los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil, además se elimina la alusión a la facultad a desistir conforme los

⁶¹⁴ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 28 junio 2012, Ref. Aranzadi - n° 11133. En FJ 5° establece que el art. 105 TRLGDCU reconoce al consumidor el derecho a ser oído para toda sustitución de materiales, aunque ésta sea necesaria y de mayor calidad; otorgando al consumidor de forma limitada, los derechos de resolución y desistimiento en el cambio de materiales (*ex art. 118 y ss. TRLGDCU*).

establecido el capítulo II del título I del propio libro. La nueva redacción del art. 110 TRLGDCU *in fine* incorpora la facultad de reclamar los daños y perjuicios en lo que se exceda en el doble del importe adeudado.

3. SUSITUCIÓN DEL BIEN O SERVICIO CONTRATADO A DISTANCIA.

La reforma de la Ley 3/2014 *ex* nuevo art. 111 TRLGDCU trae una nueva redacción del supuesto en el que no puede suministrarse el bien o servicio contratado, siempre que el consumidor fuera debidamente informado (de forma expresa) de dicho extremo. El empresario debe de suministrar otro producto de la misma o superior calidad. Sin perjuicio de ello el consumidor podrá ejercer las acciones de desistimiento en los términos dispuestos para los viene adquiridas desde inicio. Se elimina la obligación de acompañar con un documento manuscrito art. 111.1 y la alusión directa del caso en el que el bien solicitado no esté disponible.

La reforma del art. 111 TRLGDCU ha de entenderse como adecuada, ya que regula el supuesto de inexistencia de producto o servicio solicitado y el efecto anudado del desistimiento. El ejercicio de éste se simplifica en cuanto a sus requisitos, (tiene sentido ya que pueda hacerse mediante correo electrónico y no requerir la forma manuscrita). No reitera la forma de proceder en el caso de inexistencia del producto (como un sub epígrafe del desistimiento), en la nueva redacción se alude a la

regulación previa del desistimiento (*ex art. 102 TRLGDCU*) lo cual redunda en la claridad y sencillez del texto legal.

§ IX. PAGO MEDIANTE TARJETA

1. NORMATIVA EUROPEA EN SERVICIOS DE PAGO

1.1 Antecedentes

La creación del euro se culminó en el año 1999 y tres años después entró en circulación como moneda única, las instituciones de la UE regularon de forma uniforme los sistemas de pago dentro de la zona euro. Posteriormente en el año 2005 la Comisión Europea presentó una Propuesta para armonizar los sistemas de pago en el mercado interior, que posteriormente sería aprobada como Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007⁶¹⁵, sobre servicios de pago en el mercado interior.

El propósito de la Directiva es garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la UE como las transferencias, los adeudos directos y las operaciones de pago efectuadas mediante

⁶¹⁵ Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, *Boletín Oficial de la Unión Europea* n° . L 319, de 5 de diciembre de 2012.

tarjeta puedan realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros. Además se refuerzan y protegen los derechos de los consumidores que operan a través de los servicios de pago simplificando la utilización de los instrumentos de la zona única de pagos en euros, lo que se ha denominado SEPA (*Single Euro Payments Area*), que se ha de desarrollar por la industria privada con el impulso del Banco Central Europeo y de los Bancos Centrales Nacionales⁶¹⁶. Aunque la migración hacia los nuevos estándares SEPA ya ha comenzado, y actualmente coexisten con los esquemas nacionales, la reciente adopción del Reglamento 260/2012⁶¹⁷, el cual establece como fecha límite el 1 de febrero de 2014 para que las transferencias y adeudos

⁶¹⁶ La SEPA en español significa zona única de pago en euros y comprende 33 países: los 28 países miembros de la UE, así como Islandia, Liechtenstein, Mónaco, Noruega y Suiza. Donde ciudadanos, empresas y otros agentes económicos pueden hacer y recibir pagos en euros, con las mismas condiciones básicas, derechos y obligaciones, y ello con independencia de su ubicación y de que esos pagos impliquen o no procesos transfronterizos. La SEPA armonizará la forma de hacer pagos en euros, principalmente mediante el empleo de tres grandes tipos de instrumentos: las transferencias, los adeudos domiciliados y las tarjetas de pago. www.sepa.es

⁶¹⁷ Reglamento (CE) 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012 por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) 924/2009, *Diario de la Unión Europea* n.º L 94, de 30 de marzo de 2012.

nacionales sean reemplazados por los nuevos instrumentos SEPA⁶¹⁸.

1.2 Reformas normativas respecto al sistema de pago en la UE. Medio de pago en la nueva Directiva 2011/83

El 24 de julio de 2013 la Comisión Europea adopta una serie de medidas legislativas para actualizar el sistema de pago europeo. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior (DSP 2), por el que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2013/36/UE y 2009/110/CE, y se deroga la Directiva 2007/64/ sobre las tasa de intercambio para operaciones basadas en tarjetas.

El objetivo es propiciar mejoras en materia de pago en los interesados especialmente los consumidores europeos, teniendo en cuenta que cada vez es mayor el número de transacciones realizadas a través de tarjetas de débito o crédito, el crecimiento del comercio electrónico y la utilización de teléfonos inteligentes. Por ello la UE de acuerdo con la Estrategia 2020 y la Agenda Digital ha decidido contribuir al desarrollo del mercado europeo de pago electrónico.

⁶¹⁸ Asimismo, existen otras fechas relevantes en la migración a SEPA, tales como el 1 de febrero de 2016, para determinados productos nicho; o el 31 de octubre de 2016, para aquellos países que participan en SEPA pero cuya moneda nacional difiere del euro.

Según el art. 19 de la Directiva 2011/83, los Estados miembros han de prohibir a los comerciantes:

«cargar a los consumidores, por el uso de determinados medios de pago, tasas que superen el coste asumido por el comerciante por el uso de tales medios».

Lo que se prohíbe no es que los comerciantes apliquen determinadas comisiones asociadas al medio de pago en los contratos de venta o prestación de servicios, incluidos los de suministro de agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital (ej. comisión por pago por ventanilla o por pago con tarjeta), sino que tales comisiones superen el coste asumido por el comerciante por el empleo de tal medio de pago. Dicha prohibición no es nueva ya que la normativa sobre servicios de pago⁶¹⁹ (Directiva 2007/64/CE,

⁶¹⁹ Directiva (CE) n° 64/2007, del Consejo Europeo y del Parlamento, de 13 de noviembre de 2007, sobre Servicios de Pago en el Mercado Interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea* n°. L 319, de 5 de diciembre de 2007; España. Ley Ordinaria 16/2009, de Servicios de Pago, *Boletín Oficial del Estado*, 14 de noviembre de 2009, n° 275, p. 96887; Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo de 2010, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago, *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de mayo de 2010, n° 131, p. 46510; Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, *Boletín Oficial del Estado*, 18 de junio de 2010, n° 148, p. 52111; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y

Ley 16/2009, RD 712/2010 y Ordenes EHA/1608/2010 y EHA/2899/2011) ya permite cargar al consumidor costes asociados a los medios de pago, siempre que se informe sobre ello y el coste no exceda del importe en el que incurre el comerciante por aceptar tal medio de pago. Cuando el importe de una compra hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor y usuario titular de ella podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del empresario y del consumidor titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución, aquél quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación (art. 106 TRLDCEU)⁶²⁰.

2. PAGO A DISTANCIA EN DERECHO ESPAÑOL

protección del cliente de servicios bancarios, *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de octubre de 2011, n.º 261, p. 113242.

⁶²⁰ *Vid.*, MENDOZA LOSANA, A. «Novedades en la contratación on line...», *op. cit.*, p. 6.

2.1 Antecedentes

En las ventas a distancia «sólo podrá exigirse el pago antes de la entrega del producto cuando se trate de un pedido que se haya elaborado con algún elemento diferenciador para un cliente específico y a solicitud del mismo» (derogado art. 43 LOCM)⁶²¹. La norma debía entenderse como excesivamente protectora y restrictiva de la iniciativa empresarial ya que impide el uso de los medios de pago más habituales en la venta a distancia como es la tarjeta de crédito. Por otra lado tampoco se entendía la diferencia entre los productos elaborados con algún elemento diferenciador y aquellos realizados a medida, que excluyesen del ámbito de aplicación de toda la normativa de las ventas a distancia con base en el art. 38.3 b) LOCM⁶²².

2.2 Tarjeta de crédito

La jurisprudencia del Tribunal la Supremo entendió que las tarjetas de crédito emitidas por la entidad bancaria o gestionadas por las mismas, tenían una naturaleza análoga a la

⁶²¹ Reformado por Ley 47/2002.

⁶²² *Vid.*, MASSAGUER, J. Y PALAU, F. «Informe jurídico sobre las prácticas comerciales en España con especial atención a los aspectos considerados en la comisión del seguimiento del libro verde sobre la protección de consumidor en Europa» *Instituto Nacional de Consumo*, Barcelona, agosto 2002, p. 52. Norma modificada por art. 3 Ley 47/2003 de 19 de diciembre.

de los títulos valores (aunque éstos si son transmisibles), ya que se incorpora un derecho personalísimo e intransferible a un título, estando prohibida la transmisión a tercero del título y de los derechos que representan⁶²³. En el mismo sentido la doctrina científica ha venido considerando a las tarjetas de crédito como «títulos de legitimación o impropios, generalmente extendidos por los Bancos, entidades internacionales o grandes centros comerciales, para ser utilizadas como instrumento de pago de adquisiciones de cosas o servicios en los establecimientos mercantiles que previamente tengan aceptado ese medio de pago, así como instrumento de crédito de la entidad emisora a favor del titular de la tarjeta»⁶²⁴.

2.2.1 *Obligaciones del titular de la tarjeta*

La parte de la jurisprudencia menor afirma que el titular debe guardar y custodiar la tarjeta de crédito para evitar su posible pérdida, deterioro, robo o extravío. Dicha obligación no puede considerarse una condición abusiva ni desproporcionada, ya que está establecido en su beneficio y no en su perjuicio⁶²⁵.

⁶²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1976, Ref. Aranzadi, - n ° 4930.

⁶²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 29 junio de 2012, Ref. Aranzadi - n ° 1355.

⁶²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 1993, Ref. Aranzadi n ° 1187. FJ 5º «...cláusula, acordada de conformidad a la libertad de pactos emanados de la autonomía de la voluntad del art. 1255 del cc, es perfectamente eficaz en derecho, al no

Por lo tanto, el titular de la tarjeta debe actuar con la debida diligencia que corresponda con (*ex art. 1.104 cc*)⁶²⁶. De forma análoga en la contratación a distancia, el titular deberá custodiar las claves de acceso y no ser negligente en su uso.

2.2.2 Obligaciones del proveedor del servicio de pago

2.3 En el caso de uso fraudulento de tarjeta de crédito

La regulación de las ventas a distancia contiene también una norma dirigida a evitar la utilización fraudulenta de tarjetas de crédito, protegiendo a los titulares. El art. 12 Ley 22/2007 de 11 julio de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a Consumidores (transposición de Directiva 2002/65/CE), establecen una protección especial al consumidor

contravenir la ley, la moral ni el orden público. La indicada condición general no implica una cláusula exonerativa de la responsabilidad del establecimiento emisor, sino liberativa del riesgo derivado de la pérdida o sustracción de la tarjeta que podría surgir del uso indebido del título crediticio para el titular del mismo, por la simple comunicación al centro emisor de dichas contingencias...». carecerá de nulidad ya que dicha condición no se entenderá como abusiva según establece el art. 80 TRLGDCU (*ex art. 10.4 de la derogada Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de abril de 1984*).

⁶²⁶ La falta de diligencia del titular no impide que el ente emisor actúe conforme a Derecho, esto es, comprobando la identidad del titular de la tarjeta o que no esté caducada. Por eso la Jurisprudencia del Tribunal Supremo impone una cuantía moderada como resarcimiento con base en las culpas concurrentes.

frente a la incertidumbre jurídica que produce el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías⁶²⁷.

El art. 12 *bis* de la LSSICE obliga al proveedor de dichos servicios a informar a sus clientes de forma permanente, fácil, directa y gratuita sobre niveles de seguridad, restricción de correos no solicitados, filtrado de servicios de Internet no deseados, etc.

Cierran el círculo protector del cliente de servicios electrónicos, cuando, además, es consumidor, los arts. 147 y 148 del TRLGDCU. Los prestadores de servicios responderán de los daños y perjuicios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencia que exige la naturaleza del servicio. Más aún, cuando se trata de servicios que por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecido,

⁶²⁷ En Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de mayo de 2013, Ref. Aranzadi, - n ° 197176. FJ 3°. La sentencia establece la responsabilidad del banco prestador de servicios. Éste alega que carece de responsabilidad ya que su sistema es «muy seguro», cuestión no probada, según lo dispuesto en mencionada sentencia, ya que la carga de la prueba del correcto funcionamiento del sistema informático recae sobre el banco o proveedor del servicio de pago. (*ex art 30 LSP, Boletín Oficial del Estado*, de 13 de julio de 2010, n° 164, p. 61748); En este mismo sentido la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, 2012, p. 281 y ss.

incluyan necesariamente niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivos de determinación.

En definitiva el carácter tuitivo de las normas permite la inmediata reposición o anulación de los cargos indebidos al titular del elemento o medio de pago utilizado indebida o fraudulentamente⁶²⁸. Con este fin los titulares podrán anular el cargo siempre que éste se hubiera realizado con el número de una tarjeta de crédito, no se hubiera identificado electrónicamente (*ex art. 112 TRLGDCU*). Sin embargo en el caso de que el cargo hubiera sido realizado por el titular, la única forma que podría evitar el cargo sería proceder a la resolución o el desistimiento establecido en el art. 102 TRLGDCU. En caso contrario para los casos de ejercicio abusivo o indebido del derecho a la anulación del cargo, por ejemplo, en supuestos en los que el comprador pagase con su misma tarjeta, el titular de la tarjeta deberá resarcir al vendedor los daños y perjuicios

⁶²⁸ En el caso de que el cargo se hubiera realizado correctamente y poco después de procediera a la devolución del bien adquirido, el consumidor alega haber pagado con otra tarjeta deberá acreditar ambos extremos según art. 217.3 LEC. En Sentencia de Audiencia Provincial de Murcia de 3 de julio de 2012, Ref. Aranzadi, - n° 281983. en FJ 3°. En cambio si el consumidor negase la realización de otros cargos, acreditando mediante carta del propio banco que la tarjeta fue cancelada previamente, no debería de responsable el cargo realizado en la misma.

ocasionados como consecuencia de dicha anulación *ex art. 112 TRLGDCU*⁶²⁹.

2.3.1 Responsabilidad del proveedor de servicios de pago por operaciones de pago no autorizadas

En el caso de que se hubiera realizado un pago sin autorización del ordenante corresponde al proveedor del servicio demostrar que la operación en cuestión ha sido autenticada y que no existe fallo técnico alguno. En caso contrario se deberá reembolsar al consumidor el importe de la operación no autorizada (*ex art. 31 LSP*)⁶³⁰, todo ello sin perjuicio de las averiguaciones y acciones que pueda realizar la entidad proveedora en el servicio en defensa de sus intereses. Dentro del supuesto descrito por el art. 31 LPS se incluyen aquellas operaciones realizadas mediante tarjeta sin extravío de ésta, ya sea mediante copia o bien operaciones no autorizadas realizadas por internet.

⁶²⁹ *Vid.*, MASSAGUER, J. Y PALAU, F., «Informe jurídico sobre las prácticas comerciales...», *op. cit.*, p. 52.

⁶³⁰ España. Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago, *Boletín Oficial del Estado*, 14 de noviembre de 2009, n.º 275, p. 96907. art. 31 LSP «...el proveedor de servicios de pago del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada...».

Según el Servicio de Reclamaciones del Banco de España el uso fraudulento de una tarjeta que se obtuviera mediante una copia, no se entendería dentro del supuesto planteado por el art. 32 LSP, el cual, establece la responsabilidad del ordenante por las operaciones no autorizadas. Pero si el titular de la tarjeta no ha perdido su posesión debería entenderse que se encuentra dentro del supuesto determinado por el art. 31 LSP, por lo que a juicio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España la entidad proveedora de servicio de pago deberá devolver de forma íntegra el importe de la operación no realizada, de otra forma, para exonerarse del dicho pago ésta debería probar la comisión de alguna negligencia grave por parte del titular de la tarjeta⁶³¹.

2.3.2 Responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído

La nueva redacción del art. 112 TRLGDCU en su apartado 1º permite la anulación del cargo realizado fraudulentamente utilizando el número de la tarjeta de pago. Sin embargo en la segunda parte del art 112 TRLGDCU, si efectivamente la compra del servicio hubiese sido realizada por el consumidor titular y la exigencia de la devolución no se

⁶³¹ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, 2012, p. 283.

derivase del ejercicio del derecho de desistimiento o resolución, será el consumidor quien se verá obligado frente al empresario del resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por dicha resolución. El nuevo texto regula expresamente el caso de anulación del cargo por parte del consumidor sin causa legal. Debe de entenderse acertada la modificación del legislador del art. 112 TRLGDCU ya que elimina el régimen descrito en parte de la LOCM.

Cuando la entidad proveedora tuviera conocimiento de que se hubiera realizado un pago no autorizado, ésta deberá autenticar y acreditar que la operación fue realizada correctamente y no se debió a ningún fallo técnico. Según los dispuesto por el art. 32 LSP:

«el ordenante soportará, hasta un máximo de 150 euros, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído».

§ X. CONCLUSIONES

I. En la Antigua Roma no existía derecho del consumidor como tal, pero sí que se puede constatar la existencia implícita en el *corpus iuris civilis*. Será a finales del siglo XX cuando se consagre un estatuto propio el derecho del consumidor. Así la falta de información en la productos y servicios da como resultado la creación de las condiciones generales de la contratación. En España a diferencia de otros países no se dotó de autosuficiencia y de leyes sectoriales que dotasen de eficacia imperativa como sucedió en Alemania.

II. El concepto de consumidor determina el ámbito de aplicación de la normas de éste, y pese a su indeterminación y a ser un concepto *in fieri* o en formación. La Directiva 2011/83 debe entenderse como un paso positivo en la delimitación de los aspectos subjetivos del derecho del consumidor. No obstante persisten dudas en su delimitación, esto es, según se apliquen criterios subjetivos u objetivos. En sentido jurídico subyace un problema y es que dicho concepto no incluye al consumidor potencial o material que también es protegido por la normativa de consumidores. El legislador español e italiano han permitido la inclusión de consumidor como persona jurídica adoptando una tesis más amplia. En sentido contrario Alemania y Reino Unido han optado por un concepto más restringido.

III. Los términos consumidor cliente y consumidor final son excluyentes porque el consumidor final no puede ser empresario y el consumidor cliente lo será siempre que cumplan los requisitos. La tesis restrictiva del consumidor es seguida por la doctrina francesa, alemana y la jurisprudencia de la UE. Así consumidor es la persona física que actúa como «consumidor final privado», sin participar en actividades comerciales, empresariales o profesionales. La crítica a dicha interpretación restrictiva es que dichos consumidores pueden quedar desprotegidos, de modo que las nuevas normas resultan privadas de alcance práctico efectivo ya que no son dichas personas las que reclaman ante los tribunales.

IV. Los contratos mixtos presentan cierta complejidad a la hora de determinar la aplicación del estatuto del consumidor. Para ello según el TJCE (en el mismo sentido la considerando 20 de la Directiva 2011/83) el uso profesional «debe ser marginal e insignificante». En sentido distinto el *Marco Común de Referencia (Draft Common Frame of Reference)* se ha optado por el criterio de finalidad predominante, por lo que ante un contrato mixto (en el que concurren un fin profesional y otro privado) será consumidor si la finalidad privada supera a la profesional. El empresario podrá actuar como consumidor siempre que adquiera un producto destinado a un uso privado ajeno al objeto social. No obstante es criticable dicha interpretación con base en los siguientes argumentos: 1) dividir un único acto para poder aplicar regímenes diferentes a diferentes partes no parece razonable; 2) el empresario que actúe como tal y que utilice

parcialmente el bien o el servicio para un uso privado no debe necesitar especial protección; 3) la posible inseguridad jurídica que se plantearía en el caso no saber en cada momento para discernir que es principal y que es accesorio. A la luz de la sentencia *Gruber* del TJCE sería muy oportuno clarificar el concepto de consumidor. No se entiende que cuando la finalidad privada predomine (aunque sea por escaso margen), los supuestos consumidores dejen de serlo y pasen a ser empresarios con la premisa de que «la actividad empresarial no sea insignificante». Es preciso que el legislador europeo aclare este extremo en los contratos mixtos ya que la propia Directiva 2011/83 no lo hace. Además de todo ello el TJCE al hacer una interpretación mediante el consumidor medio normalmente informado, deja al margen a las personas realmente débiles, ya que exige un nivel de diligencia elevado por lo que en *lege ferenda* sería deseable una modificación ampliando la cobertura de las normas del consumidor modificando la tesis restrictiva del consumidor. En cambio el legislador y los tribunales españoles han interpretado de forma extensiva este concepto lo cual de calificarse como positivo.

V. Tras la reforma propiciada por la Ley 3/2014 se mejora la definición de consumidor, se incorpora al ordenamiento español el acervo de la UE, manteniéndose ciertas peculiaridades, como la inclusión de ciertas personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica como consumidores, a diferencia de otros ordenamientos como el alemán y británico. En España se entiende por consumidor la persona jurídica que actúe con

propósito ajeno a su actividad comercial, oficio y profesión. Tras la entrada en vigor del art. 3 TRLGDCU se modifica el término «ámbito ajeno» por «propósito ajeno», lo cual dota de un carácter subjetivo en detrimento de aspectos de índole objetivo. Otra modificación en la redacción del mencionado art. *supra* es la inclusión del término «oficio» y «profesión», ésta parece adecuada ya que no todos los profesionales liberales son empresarios. Parece que la intención del legislador español es dejar a los profesionales liberales (no empresarios) al margen de la protección del TRLGDCU.

VI. En España debe entenderse por consumidor aquél que adquiere un producto para uso particular y no se dedica a una actividad empresarial, profesional o comercial. Incluyendo si la actividad fuera ajena a su ámbito u objeto empresarial. Tras la reforma del art. 3.2 TRLGDCU se utiliza la expresión «con un propósito ajeno a su actividad comercial». En la propia exposición de motivos del TRLGDCU, la doctrina junto a la Jurisprudencia del TJCE son unánimes en su rechazo a dicha posibilidad. Aunque alguna sentencia en España discute dicho extremo. En definitiva se puede afirmar que la existencia de empresario-consumidor constituye una figura ciertamente residual.

VII. Pese a que se pueda otorgar estatuto de consumidor a las personas jurídicas, tal como se afirma en la Directiva 2011/83 en su considerando (13) y pese a no encontrarse en su articulado, ésto supone un obstáculo para la armonización plena. Lo que debe merecer una crítica ya que frustra el fin de la

propia Directiva, que es la creación de un marco jurídico homogéneo en toda la UE.

VIII. Aunque una persona no sea consumidor final no obsta para que sea considerado consumidor distinguiendo: a) Consumidor jurídico es aquel que realiza un acto jurídico de adquisición; y por otro lado, b) el consumidor material que es el que lleva a cabo la utilización, uso o disfrute del bien. Así, la compra del ordenador se entenderá realizada por un «consumidor» aún siendo adquirido por un empresario, el producto se destina a un uso particular y no se incorpora a una actividad empresarial, profesional o comercial. Por el contrario, el empresario que con tal condición, adquiere un bien de consumo para destinarlo a su actividad comercial o empresarial -aunque fuera del ámbito de su objeto o su especialidad-, no entraría en el concepto de «consumidor». Este es el criterio mantenido de forma mayoritaria tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Como conclusión final ninguna hipótesis teórica (concepción amplia, concepción estricta, acto de consumo o consumidor jurídico versus material) resuelve todas las cuestiones planteados por la protección de los consumidores.

IX. La delimitación del concepto de empresario no plantea tanta controversia como la de consumidor. No obstante, existen diferencias según el estado de la UE, así el legislador español transpone casi literalmente la Directiva 2011/83, en cambio la norma alemana y la británica difieren respecto a la Directiva, y a la sazón a la norma española ex art. 4 TRLGDCU. En la Directiva 2011/83 se hace alusión al «propósito» lo que aporta

un carácter subjetivo la adquisición de estatuto de empresario. En cambio en la BGB alemán y en *The Consumer Contracts Act* británico se alude al término «actúe» lo que permite inferir un aspecto objetivo basado en los hechos más que la intencionalidad.

X. La modificación del art. 38 LOCM propiciada por la Ley 3/2014, siguiendo las indicaciones de informe de la propia Comisión Nacional de Mercado y la Competencia debe de entenderse como positiva. Según ésta no será precisa ninguna comunicación de datos cuando el prestador de servicios estuviese establecido en algún Estado miembro de la UE y realice sus actividades en régimen de libre prestación. No obstante los empresarios que se dediquen a las venta a distancia deberán de comunicar en el plazo de 3 meses el inicio de su actividad al Registro de ventas a distancia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Deben de eliminarse trabas administrativas de cara a permitir una entrada y salida mercado de competidores lo cual es un elemento coadyuvante en la adecuada formación precios y en la defensa del consumidor.

XI. Exposición de Motivos de LCCH en el apartado V se contempla la posibilidad de elaborar un texto legal complementario y específico que establezca las normas que hayan de regir para los títulos cambiarios, ya que la inacción del legislador, ha propiciado que la jurisprudencia haya optado por aplicar el principio de abstracción en perjuicio de los intereses del consumidor. Sería deseable que en *lege ferenda* se contemplase la protección del consumidor en los que el éste es

obligado cambiario, sobre todo en la actualidad cuando se ha revitalizado el uso de éstos instrumentos como consecuencia de la falta de liquidez y de crédito bancario.

XII. El legislador europeo ha pasado de adoptar directivas sobre contratos específicos cuando se detectaba la necesidad de armonización pero posteriormente se optó por metas más ambiciosas como la adopción de una propuesta de reglamento opcional en la UE como un paso decisivo hacia la armonización, otorgando mayor unidad de mercado y seguridad jurídica dentro de la UE. *Study Group* y el *Marco Común de Referencia* tienen por objetivo la actualización y ampliación de los Principios del Derecho contractual europeo (Principios Lando), mientras que el *Adquis Group* se encarga de la obtención de principios, reglas y definiciones del *acquis communautaire*. Sin embargo el grupo *Adquis* en materia de defensa de consumidores sigue sin dar un resultado adecuado ya que se pierde en demasiadas sutilezas de los distintos negocios similares.

XIII. El hecho de que la Directiva de servicios financieros no se haya armonizado e incorporado en la Directiva 2011/83 resulta cuestionable. Las razones que defienden dicha postura no son del todo concluyentes. Así con base el art. 169 TFUE la UE es competente para legislar en materia de consumidor, cuya protección es mínima y la armonización plena selectiva. El problema es que se genera una dispersión normativa enorme, frustrando la defensa del consumidor. En definitiva la Directivas en sede de consumo respetan cierto nivel de

autonomía a costa de no conseguir una armonización real, por lo que la elaboración de un Reglamento quizá otorgaría una mayor armonización.

XIV. La transposición de la Directiva 2011/83 en el Reino Unido se ha realizado mediante *The legal Act Consumer contracts regulations 2013* y en menor medida *The consumers rights*. Las autoridades Reino Unido no han considerado necesario transponer al Ordenamiento jurídico los artículos 24.2, 25, 26, 28.1, 29 y 30 de la Directiva 2011/83. Tampoco han sido incorporados al Derecho nacional los artículos 32, 33, 34, etc. (Disposiciones finales) de la Directiva 2011/83. Como elemento digno de mención la definición de las disposición británica «*durable médium*» (medio duradero) es más precisa y exacta que la propia Directiva 2011/83. El legislador británico no transpuso el art. 1 de la Directiva 2011/83 que acota el objeto de la misma. Ya que los art. 7.1 y 27.1 de *the Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013* determinan su ámbito de aplicación.

XV. Se entenderá que un contrato es realizado a distancia aunque se realice de forma ocasional y el empresario tenga una pequeña estructura para ello, por lo que la interpretación de contrato a distancia debe realizarse de forma extensiva. La Directiva 2011/83 elimina la exigencia de que el sistema de contratación (o plataforma *on line*) esté organizado por el propio empresario, permitiendo que sea un tercero. Por tanto debe inferirse la exclusión de aquél contrato a distancia que se negocie en establecimiento mercantil y se perfeccione a

distancia. Tampoco será contrato a distancia aquel que se inicie mediante medios a distancia y se consume en un establecimiento mercantil.

XVI. Respecto a la contratación electrónica la entrada en vigor del nuevo Reglamento 910/2014 relativo a la identificación electrónica y servicios de confianza que deroga la Directiva 1999/93. El propósito es la mejora de la seguridad jurídica, mejorando comunicaciones electrónicas entre las empresas y ciudadanos dentro de la UE, atendiendo a la identificación y autenticación electrónica. No se precisará de transposición ya que se realiza mediante Reglamento lo cual debe entenderse como una medida acertada. De la lectura del mismo se extrae que el concepto de contrato electrónico debe excluir aquellas webs que ofrecen únicamente la información del empresario sus bienes y servicios y datos de contacto.

XVII. La modificación del TRLGDCU es un paso más hacia la racionalización del derecho del consumidor y a la sazón de la creación de un nuevo código de consumidor en España como ha realizado Francia. No obstante existen obstáculos que deberán ser superados, como son: la delimitación de competencias entre el Estado y las CCAA, la diversidad de fuentes, la escasa duración de la armonización y la coordinación con el Derecho privado general. Pese a no ser una cuestión pacífica, sería acertado que en *lege ferenda* se refundiera en un nuevo TRLGDCU la Ley de Servicios de la Información, Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Ley de Contratos de Crédito al Consumo y Ley de comercialización de productos

financieros, siguiendo el modelo francés. El argumento de la especificidad por razón de la materia no convence, máxime cuando se ha refundido la Ley de viajes combinados cuya competencia administrativa es notable. Si se aplica el criterio de norma delegante y esta afecta a los consumidores es lógico que se defienda la inclusión leyes como la de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico. Siendo positiva la reforma introducida por la Ley 3/2014, de 28 de marzo, es razonable que se califique el trabajo de refundición de tener cierto carácter arbitrario.

Parece más acertada la tesis de la refundición en único texto, teniendo bajo un mismo capítulo todos los contratos a distancia, ya que desde el punto de vista sistemático es más correcta. Así la Ley 3/2014 de 27 de marzo es un paso acertado ya que deroga en la LOCM los artículos que regulan la contratación a distancia, mientras que respeta otras de las disposiciones quizá con la intención de que perduren como Derecho general aplicable, sirviendo como norma para las relaciones puramente mercantiles.

XVIII. El *Marco Común de Referencia* puede ser el primer paso del posible código civil europeo (contiene normas destinadas a la protección del consumidor en la UE). Éste contiene elementos novedosos respecto a los *Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL)*. Ha de advertirse que no se hace distinción entre régimen mercantil y civil, ya que en el Derecho europeo de contratos se ha optado por integrar el derecho del consumidor dentro del *Marco Común de Referencia*

por lo que no será necesario crear un derecho del consumidor *ex novo*. El Derecho privado general puede satisfacer los derechos específicos del consumidor, prueba de que ello ha sido el caso alemán mediante la integración del derecho del consumidor en su código civil (BGB). Sería razonable incluir la contratación del consumidor dentro de régimen general de obligaciones y contratos. No obstante parece que por diversas razones el legislador español ha optado por un sistema en el que se mantiene un cuerpo codificado de normas de consumidor de forma similar al sistema francés. En el caso español llama la atención que en el Anteproyecto del nuevo código mercantil que en la Exposición de Motivos se afirme que la relación entre los empresarios y los consumidores sería en materia mercantil, pero realmente está regulada en otro cuerpo legal como es TRLGDCU. Quizá la propia configuración del Estado español haga difícil incorporar al código civil la normativa del consumidor y de las condiciones generales de la contratación como si se hizo en Alemania. No obstante el nuevo Anteproyecto de código mercantil ha de considerarse como un decisivo en la consolidación de la modernización del régimen de obligaciones y contratos.

XIX. La Ley 3/2014 que reforma el TRLGDCU ha derogado parte de la LOCM lo cual es una medida acertada, ya que previamente existía un solapamiento entre ambos textos legislativos, lo cual es fruto de una mala técnica legislativa. En cuanto a la regulación del propio contrato a distancia, la reforma adapta la norma española plenamente a la Directiva 2011/83.

Por tanto se excluirá de la aplicación de la norma de contratación a distancia a aquellos que carezcan de un sistema organizado de comunicación ej. los que tengan exclusivamente los datos de contacto en una página web. La ausencia entre las partes debe darse en la fase previa de la contratación y la perfección dejando al margen la ejecución del mismo. Así lo expresa la propia Directiva 2011/83 en su considerando (20). Debe excluirse como contrato celebrado a distancia aquel que se negocie en establecimiento mercantil y se perfeccione a distancia.

XX. La entrada en vigor del Reglamento de la UE 91/2014 trata de reforzar la confianza en las transacciones electrónicas entre los ciudadanos y empresas mejorando el servicio de internet entre los distintos miembros de la UE. Especialmente la identificación y autenticación electrónicas y esto habrá que interpretarlo según lo dispuesto en el art. 288 del TFUE.

XXI. El consumidor puede alegar falta de conformidad en el caso de la prestación o la entrega del bien no se ajuste a lo pactado, o bien, el caso en el que el vendedor no especifique que el uso es incompatible con el fin, se estaría ante una falta de conformidad. El plazo de impugnación para ejercer la acción de anulabilidad será de cuatro años, el cual tendrá carácter preclusivo, pero dicho plazo no ha de confundirse con el de garantía que es de dos años descrito en el art. 123 TRLGDCU. La anulabilidad podrá ejercerse desde el momento en que el consumidor reciba el bien o servicio (no parece razonable que sea desde que el consumidor recibiera la información

adecuada), debiendo las partes restituirse recíprocamente las prestaciones según lo dispuesto en el art. 1303 y 1308 cc. Asimismo el empresario deberá probar el cumplimiento de los requisitos que impone el art. 99.4 TRLGDCU siendo la carga de la prueba del empresario. Si el consumidor se opusiera al cumplimiento del contrato deberá empresario demostrar que ha cumplido todos los requisitos formales.

XXII. La modificación del art 98 TRLGDCU impone la obligación de aportar en un «soporte duradero» la información requerida en el at. 97 TRLGDCU. No será suficiente con facilitar la información un enlace que redirige a otra web donde verifiquen las condiciones generales y el precio. Además la aceptación de pago precisa que el botón de aceptación manifieste la expresión «pedido con obligación de pago» o similar.

XXIII. El consumidor sólo quedará vinculado cuando haya aceptado la oferta, esto es, cuando haya firmado o enviado la confirmación mediante correo-e fax o sms. Dicha medida es positiva ya que garantiza que el consumidor conozca realmente lo que está aceptando. No debe compartirse el hecho de que dicha medida pueda ralentizar la contratación. No parece razonable que el consumidor mediante vía telefónica conozca las condiciones generales del contrato, y pueda hacer valer sus derechos ante el empresario. Posteriormente el empresario deberá enviar el justificante del contrato en tiempo razonable, a más tardar a la entrega del bien o antes de la ejecución del servicio (*ex* art. 98.7 TRLGDCU). La falta de cumplimiento del

empresario permitirá al consumidor resolver el contrato en cualquier momento sin penalización alguna. En este sentido se puede utilizar la forma electrónica en siempre que se permita su reproducción tal como afirma en el art. 126.3 del BGB alemán.

XXIV. El Tribunal Supremo español ha admitido la oferta publicitaria como auténtica oferta en sede de contratación a distancia. Recientemente en el mismo sentido el Tribunal Supremo alemán ha determinado que una oferta y su correspondiente aceptación en sede electrónica desplegará plenos efectos jurídicos. La transposición de la Directiva 2011/83 ha mejorado información precontractual. En sede contratación a distancia tanto la normativa española como la alemana impone al empresario aportar la información de forma clara y comprensible aludiendo a la finalidad del negocio.

XXV. Terminológicamente parece más correcto hablar de contratación entre «personas no presentes», ya que la «contratación entre ausentes» puede tener un significado equívoco, puesto que éste se encuentra reservado jurídicamente al supuesto de ausencia legal.

Respecto a la perfección contractual parece acertada la tesis del ordenamiento español y el alemán (*Empfangstheorie*), y la normativa de compraventa europea CELS. El contrato es perfecto cuando la aceptación ha entrado en la esfera de poder del destinatario. En cambio la tesis sustentada en el *Common Law* admite la «excepción postal» según la cual una vez remitida la confirmación por parte del aceptante el contrato es perfecto.

XXVI. Antes de la entrada en vigor de la Directiva 2011/83 tan sólo Francia y Bélgica tenían regulada expresamente la obligación del empresario para informar sobre su número de teléfono al consumidor. De distinta forma en el *Common Law* existe el principio *caveat emptor* según el cual el comprador puede reclamar cualquier información antes de contratar. Sin embargo la inclusión de las *implied terms* en el Derecho anglosajón lo ha desnaturalizado y transformado en un principio *caveat venditor*. Por tanto la Directiva 2011/83 ha sido una medida acertada para intentar regular la información precontractual para el derecho del consumidor. La armonización plena impide a los estados miembros que puedan legislar sobre principios generales como la buena fe o la *culpa in contrahendo*. Para evitar contradicciones entre las cláusulas y principios generales éstos deben de ser interpretados en sede de la Directiva 2011/83. En definitiva se echa de menos una mayor coordinación de la normativa de consumo en la UE en único texto legislativo.

XXVII. Respecto a la información precontractual el coste de utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato es una información además de ser «clara y comprensible» debería añadirse que fuera «veraz» tal como indica la Directiva 29/2005 sobre prácticas comerciales desleales. La información aportada por el empresario debería definirse el concepto de «tarifa básica» establecido como requisito en la información precontractual en el art. 97 TRLGDCU. Las tecnologías digitales no conocen fronteras por lo

que no tiene sentido que cada país de la UE tenga una regulación diferente para los servicios de telecomunicaciones, derechos de autor, protección de datos o gestión del espectro radioeléctrico.

XXVIII. De las Directivas europeas se extrae que el fin es principalmente informar al consumidor y dicha información deberá aportarse teniendo en cuenta las necesidades del consumidor *particularmente vulnerable*, esto es, bajo la perspectiva del *consumidor medio (average consumer)*, indicada por la Directiva 2005/29 de prácticas desleales pero siempre bajo el criterio de la Directiva 2011/83. Los mayores requerimientos informativos se realizan sobre las condiciones sustantivas del contrato, por ello en virtud de los principios básicos del derecho del consumidor, no se han de admitir pactos modificativos de los deberes de información o confirmación del contrato en los contratos con consumidores.

El empresario deberá aportar varios medios de contacto como dirección postal, correo electrónico y número de fax. El propio TJCE afirma que dicha comunicación deberá ser «rápida y eficaz» no pudiendo utilizar un único medio de comunicación como el correo electrónico ya que el consumidor puede que no tuviera acceso a internet (aunque dicho extremo parece cada vez más improbable).

No será suficiente el envío de un enlace donde el consumidor reciba un correo electrónico en el que se facilite una clave y usuario para acceder a otro página de internet. Dicho correo carece de información sobre derecho desistimiento,

aunque es posible encontrar información abriendo el enlace. El TJCE resuelve que dicha información no es ni «facilitada» ni «recibida» por el consumidor. Además tampoco ha sido suministrada en «soporte duradero» *ex at.* 8.4 Directiva 2011/83 ya que este debe permitir al consumidor almacenar la información.

XXIX. La propia Directiva 2011/83 advierte que en caso de contradicción con las Directivas del comercio electrónico 2000/31 y mercado interior 2006/123. Según lo dispuesto en aquella, concretamente en arts. 6.8.1er párrafo y 8.9 prevalecerían éstas sobre aquella. Sin embargo mediante el art. 6.8.2º párrafo de la Directiva 2011/83 se afirma la prevalencia de la propia Directiva 2011/83, por ello cabe colegir la falta de congruencia, por lo que sería deseable una redacción más coordinada, clara y sencilla de las distintas Directivas.

XXX. La nueva redacción del art. 60 TRLGDCU se pueden extraer dos ideas, por un lado, que la oferta es vinculante y la otra que se sigue sin determinar la antelación con la que ha de aportarse la información. El contenido de dicha información es más extenso, mejorando así su redacción previa a la reforma de la Ley 3/2014. Aunque se corre el riesgo de saturar de información, sería una buena opción la adopción de una regla general que permitiera definir y comparar. Se ha derogado el art. 39 LOCM eliminado de éste «propuesta de contratación» y sustituyendo su redacción por: «en todas las comunicación comerciales deberán constar inequívocamente su carácter comercial». El cambio no parece demasiado relevante, quizá el

legislador quiere destacar la transparencia para que el consumidor, en todo momento, sepa que se le está presentando una oferta comercial vinculante. Esto no es una mera publicidad ni tan siquiera un *invitatio offrendum*, por tanto, si la oferta hace referencia a los elementos del contrato, será indiferente la intención del vendedor, por ejemplo la venta realizada mediante catálogo.

XXXI. La información ha de ser «veraz y comprensible» tal como se afirma en el art. 18 TRLGDCU, por tanto su redacción es correcta como disposición general. Algún autor apunta hacia una refundación de dichos términos en el propio art. 97 TRLGDCU, pero no parece adecuado ya que su ubicación natural es en disposiciones generales y sería redundante. En definitiva la información deberá aportarse con base en los arts. 27 LSSICE y 60 y 97 del TRLGDCU. Ante el incumplimiento del deber de información del deber de desistimiento, el consumidor podrá instar la anulación del contrato, y tan sólo ante la falta de cumplimiento del empresario se alargará el plazo de desistimiento.

XXXII. La Directiva 2011/83 continua sin proporcionar reglas claras sobre las consecuencias de la infracción de los deberes de información precontractual, queda un largo camino por recorrer hasta establecer un conjunto claro y sistemático de remedios o sanciones en caso de incumplimiento del deber de información. Aunque hay dos excepciones en los que las consecuencias están claramente establecidas: a) cuando el comerciante no informa de los gastos adicionales (*ex* art. 6.1

Directiva 2011/83 e) el consumidor no debe pagarlos; b) cuando el empresario no informa del derecho de desistimiento (*ex art. 10.2 Directiva 2011/83*). Dos son las posibles soluciones derivados del incumplimiento: a) prolongar el período de desistimiento en caso de no cumplir los requisitos exigidos como es el caso de la Directiva 2011/83 en su art. 10.1 (en España *ex art. 105 TRLGDCU*); b) establecer como día de inicio para el cómputo del ejercicio de desistimiento el cumplimiento de los deberes de información.

XXXIII. Es importante delimitar conceptos para colegir las consecuencias derivadas del incumplimiento de la aportación de información precontractual del TRLGDCU y su última reforma. Se debe aclarar la diferencia entre la resolución y el desistimiento, esto es, que él último no está basado en causa alguna, mientras que aquél precisa que concurra incumplimiento de la contraparte del deber. Las diferencias de ineficacia sobrevenida se verificaban en el derogado art. 44 de la LOCM, pero tras su derogación no parece haber facultad para resolver o anular el contrato, salvo lo dispuesto en la nueva redacción del art. 100 TRLGDCU, según el cual será anulable el contrato por acción o excepción en el caso de que no se haya facilitado la copia o la confirmación del propio contrato conforme a lo dispuesto en art. 98.7 y 99.2 TRLGDCU.

En la disposiciones generales el art. 78 TRLGDCU la falta de ejercicio de desistimiento no obsta para el ejercicio de una ulterior acción de nulidad o resolución del contrato. Llama la atención que el TRLGDCU previo a la reforma de la Ley 3/2014

en sus arts. 92 a 106, no establecían la facultad resolutoria en los casos de falta de información. Dicha cuestión ha sido modificada por el art. 100 TRLGDCU con la entrada en vigor de la Ley 3/2014 de 27 de marzo de 2014. Anteriormente únicamente en los supuestos de falta de información sobre el derecho de desistimiento (*ex* art. 102 TRLGDCU) se concede un plazo especial para el ejercicio de dicho derecho (*ex* art. 71.3 TRLGDCU). Cabe pensar que pudo habersele olvidado al legislador haber regulado dicho extremo. En síntesis la reforma del TRLGDCU ha dado coherencia y mayor rigor sistemático y ha de entenderse como positiva.

XXXIV. Ante el incumplimiento del deber de información post contractual existen dos sanciones jurídicas, a saber: a) sanción administrativa similar al incumplimiento de aportación de la información precontractual cuyo fundamento legal es el art. 49.2 *b*) del TRLGDCU; b) por otro lado una sanción civil (*ex* art. 71.3 y 105 TRLGDCU). La Directiva 2011/83 remite a las legislaciones de los Estados miembros para que se determine «el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva» (*ex* art. 24 Directiva 2011/83), ocupándose únicamente de los casos en los que no se informe al consumidor debidamente del derecho de desistimiento (ampliando el plazo a doce meses). Este es uno de los aspectos más criticables de la Directiva 2011/83, el no haber previsto con carácter general consecuencias de la infracción de los deberes de información precontractual y de confirmación del contrato.

O lo que es lo mismo, no conceder al consumidor alternativas en el ámbito negocial ante el incumplimiento de los mencionados obligaciones por parte del empresario.

XXXV. La confirmación documental de la contratación debe identificarse con la facturación. Si el empresario incumple el deber de documentación «podrá ser anulado a instancia del consumidor por vía de acción o excepción». Esta sanción aparecía ya recogida en el antiguo art. 112 TRLGDCU, si bien únicamente para los contratos celebrados fuera de establecimiento. En primer lugar, se ha de apuntar que éste artículo no responde a la transposición de la Directiva 2011/83. No se contempla la sanción en caso de incumplimiento de los requisitos formales, dejando libertad a cada Estado miembro de la UE su determinación. En España la Ley 3/2014 ha optado por mantener la sanción anteriormente prevista para los contratos celebrados fuera del establecimiento, añadiendo alguna pequeña precisión. Antes de la reforma el art. 112 TRLGDCU establecía que ante el incumplimiento de las exigencias de formalización y documentación éste podría ser anulado a instancia del consumidor, tras la reforma se añade «por vía de la acción o excepción». Se discute si la sanción establecida es la anulabilidad o la nulidad radical. Si se entiende que la documentación es un requisito esencial debe inferirse que el efecto es la nulidad.

En caso de incumplimiento de las obligaciones formales, pese a la falta de claridad en el TRLGDCU, la anulabilidad para ser el efecto establecido. El art. 100 TRLGDCU legitima

exclusivamente al consumidor para instar la invalidez del contrato ya que si la sanción fuese la nulidad radical, lo sería *ipso iure*, esto es, no sería a instancia de parte sino que podría ser declarada de oficio por parte del juez. Se insiste en el dato de que el legislador haya atribuido únicamente la legitimación al consumidor. Aunque es cierto que la reforma introducida por la Ley 3/2014 precisa mucho más la anterior redacción del TRLGDCU. La tesis de la nulidad radical se puede sustentar en el hecho de que para el ejercicio de la anulabilidad se requiere demanda o reconvención, por ser insuficiente la sola excepción, interpretando *sensu contrario* art. 408 LEC. La anulabilidad puede instarse por el demandado para conseguir la absolución de la demanda, mediante oposición de excepción, sin que se precise reconvenir (es decir, sin ejercitar a su vez una acción contra el demandante u otras personas), es lo que deriva naturalmente de la tradición histórica y de la forma de expresarse el Código Civil (*ex* art. 1824 cc, e implícitamente arts. 1148 y 1853 cc

XXXVI. En el caso de que hubiera un error en la factura en la que figura a nombre de persona distinta del consumidor-verdadero comprador. Ej. pieza de recambio de coche comprada por internet por un empresario autónomo. Suponiendo que el coste de la pieza sea inferior a 3.000 €, bastaría con la expedición de una factura simplificada. Respecto al contenido de dicha factura debe seguirse lo establecido en el art. 7 del RD 1619/2012 «el número de identificación fiscal, así como el nombre y apellidos, razón o denominación social completa del

obligado a su expedición», por lo que no será necesario incluir los datos del destinatario de la operación.

XXXVII. Es MARCO PORCIO CATÓN en su *Manual de Derecho agrario*, el libro de *agri cultura* en el que mejor sintetiza la naturaleza de las condiciones generales. CATÓN afirma que entre esas habilidades figura el conocimiento de ciertas reglas básicas del Derecho, lo cual permite al propietario celebrar cuantos negocios jurídicos aseguren la máxima rentabilidad. En el Derecho alemán el BGB introduce las condiciones generales de la contratación como medio de establecer que las interpretaciones dudosas perjudicaran al predisponente 305c párrafo 2ºd) conforme al aforismo romano *ambiguitas contra stipulatiorem (quia clarius loqui potuisset)*. El término *ambiguitas* aparece reiteradas ocasiones en fuentes prejustinianas y justinianas. Han sido especialmente estudiadas las cláusulas utilizadas en los testamentos para manumitir a los esclavos que planteaban dudas sobre la validez y eficacia, en estos casos se establecía *in obscuro pro libertate*. En caso de duda se resolvía a favor de la libertad del esclavo. De igual forma en la actualidad se resuelve a favor del adherente o consumidor. *In dubio pro consumatore*.

XXXVIII. Respecto a la confirmación del contrato se ha suprimido la referencia a 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 y la referencia a la formalización gratuita para el consumidor, salvo que se

formalizase en la escritura pública. Con la entrada en vigor de la Ley 3/2014 se modifica el párrafo b) del apartado 1 del art. 80 TRLGDCU. Así, los contratos con consumidores que utilicen cláusulas no negociadas individualmente en el que incluye la reforma del art. 81 TRLGDCU, la cual ha de entenderse como oportuna ya que incorpora mecanismo de control de las condiciones de la contratación por parte de la propia Administración (mediante órganos o entidades correspondientes de las CCAA y de las corporaciones competentes en materia de defensa de consumidores).

En el ámbito europeo ha de destacarse alguna diferencia entre ACQP y DCFR, con la *Normativa Común de Compraventa Europea (NCCE)* la cual no obliga a que se aporten de forma textual las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos que se realicen electrónicamente. Realmente en la NCCE existe una regla según en la que «el comerciante deberá garantizar que las cláusulas contractuales se pongan a disposición del consumidor en caracteres inteligibles, alfabéticos o de otro tipo, a través de un soporte duradero y que permita la lectura y la grabación de la información contenida en el texto, así como su reproducción de forma tangible» (*ex art. 24.4 NCCE*). Sin embargo, la vulneración de dicha obligación no se sanciona con el hecho de tener esas cláusulas por no incluidas, sino solamente con la indemnización por daños (*ex art. 29.1 NCCE*). Las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que

permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio. Ello obliga al prestador a mantener actualizada su página web, dado que mientras las ofertas sigan presentes en la página, el destinatario podrá exigir su aplicación.

XXXIX. En España, el art. 2 del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regulaba la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.4 de la Ley 7/1998, queda derogado por la entrada en vigor de la reforma del TRLGDCU. Condicionar la validez y eficacia del contrato a la entrega en soporte duradero implica dejar a la comunicación telefónica como una mera fuente de información sin carácter vinculante. Cuestión que choca contra el carácter consensual y el principio de libertad de forma (*ex arts. 1254 y 1278 cc*) del ordenamiento jurídico español, cuyo principio proviene del Ordenamiento de Alcalá de 1348, en el capítulo XVI que habla de las obligaciones. «*De como vale la obligación entre absentes aunque no aya estipulación*». La confirmación de un contrato mediante un SMS o un simple correo electrónico es posible desde cualquier dispositivo Smartphone, y en modo alguno puede suponer un obstáculo a la libertad económica y de contratación, más bien al contrario, ya que aporta un grado de seguridad jurídica muy deseable sobre todo en sede de contratación a distancia.

XL La razón que hace cuestionarse el lugar donde el que se entiende celebrado el contrato a distancia, no es sólo para determinar el juez competente que deba conocer las posibles crisis contractuales, también para conocer la ley aplicable en

conflictos de Derecho internacional. En los contratos celebrados por vía electrónica, en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. La Jurisprudencia menor afirma el carácter de abusivas las cláusulas o estipulaciones que impliquen la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor. Asimismo el propio Tribunal Supremo español confirma que el domicilio es de quien acepta la oferta.

Tras la entrada en vigor de la Directiva 112/2006 el día 1 de enero de 2015 se armoniza la tributación del IVA en toda la UE. En los últimos años Francia y Luxemburgo un han gravado los libros electrónicos con un 7% y un 3% respectivamente, mientras el resto de la UE ha utilizado con carácter general un 21%. El cambio propiciará que los consumidores tributen mediante el IVA en su país de residencia, lo cual parece razonable y se acomoda al fin de dicho impuesto. Además se evitará la alteración en la formación de precios y la competencia desleal en la UE. La Directiva 112/2006 debe entenderse como una medida acertada, aunque cabría otra propuesta que sería la de «armonizar a la baja» dicho impuesto como es caso español en el libro de papel establecido en el 4%.

XLI. En el caso que un suministrador remite carta informando de que se procederá al envío de la mercancía solicitada y el mismo día el petitionario mediante llamada telefónica desiste. El Tribunal Supremo español determina que no existe concurso de voluntades cuando sólo media la

manifestación de un propósito, retirado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte, dándose validez a la llamada telefónica. Incluso la CNMC determinó que debía otorgarse validez a la contratación telefónica, sin que el consentimiento precisase una ulterior confirmación escrita, de forma que permitiera garantizar la identidad del cliente y su voluntad inequívoca. Todo ello aconteció antes de la entrada en vigor de la reforma del art. 98.6 TRLGDCU.

XLII. Se debe criticar la poca atención prestada por legislador español a la formación del contrato. Por el contrario destaca la labor realizada por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM). Pudiendo hacerse una aplicación extensiva de las reglas del contrato de la CNUCCIM (parte II arts. 14 a 24) respecto a las reglas de formación de los contratos, con el propósito de que el ordenamiento español recogiera las reglas del CNUCCIM y no se privase de la internacionalidad exigida como requisito en su ámbito de aplicación.

XLIII. El derecho de desistimiento y su periodo (*Cooling off period*) asociado son conceptos relativamente nuevos en el Derecho privado. Aunque aparece por primera vez en la propuesta de estatutaria de *Reurecht* para los compradores en 1891. En Alemania *Auslandienwesmente-Gesetz* relativa a ventas *inter alia* para inversores extranjeros. En Holanda en 1973 *Colportagewer* relativa las ventas fuera de establecimiento mercantil. La aplicación del *nomen iuris* del desistimiento no ha sido unívoca. El art. 6 la Directiva 2002/65 de comercialización a

distancia de servicios financieros destinados a los consumidores habla de «derecho de rescisión», término poco adecuado al reservarse en nuestro Derecho, ya que el término de rescisión debe reservarse a supuestos de ineficacia sobrevenida de un contrato por causar lesión a una parte o bien por haberse suscrito en fraude de acreedores. Es más adecuado hablar desistimiento cuyo fundamento es la información asimétrica. Siendo ésta la facultad del consumidor de desvincularse del contrato tras un breve lapso de tiempo de 14 días sin alegar causa alguna, la clave es diferenciar el carácter *ad nutum* o causal otorgado a la facultad extintiva. La elaboración de la Directiva 2011/83 ha sido un acierto en cuanto a la armonización en la duración y el ejercicio del derecho de desistimiento.

XLIV. Con el propósito de evitar una «subsidiación cruzada» (*Cross subsidiation*) o subvención de un grupo de consumidores sobre otro, para aquellos consumidores que no quieran, o no necesiten inspeccionar el objeto, se les podría permitir la posibilidad de excluir el derecho de desistimiento. En este sentido la solución podría ser definir el derecho de desistimiento como una opción en la que los consumidores podrían ejercer si están dispuestos a pagar su precio. Dicha opción parece razonable pero está por ver que la eliminación del derecho de desistimiento se repercuta en el precio final, y todo ello no redunde en detrimento de la seguridad jurídica.

XLV. El caso de que el desistimiento se realice por vía telefónica alguna sentencia establece que no queda acreditado desistimiento por parte del consumidor. Según lo dispuesto por

el TJCUE la prueba debe ser de carácter documental siempre conforme a la buena fe, aunque por otro lado no tiene sentido exigir una prueba tan estricta que haga dicho derecho impracticable.

XLVI. Hay razones totalmente justificadas para unificar y establecer un plazo (*cooling off period*) de 14 días naturales en el caso de las ventas celebradas fuera de establecimiento, arrendamiento de vivienda (*time sharing*) y en los contratos complejos o vinculados, mientras que en el caso de ventas a distancia se mantienen ciertas dudas al respecto. Con base en el principio de seguridad jurídica y para el adecuada formación del consentimiento del consumidor, parece lógico mantener la uniformidad del periodo de desistimiento para todos los contratos mencionados incluso de la venta distancia, pese a las dudas albergadas por algunos autores.

XLVII. El legislador europeo ya era consciente de la inseguridad jurídica generada respecto a los plazos de desistimiento si no existiera un único criterio respecto a los plazos. El cómputo para el desistimiento se debería entender en días naturales, de no ser así, supondría una dificultad añadida determinar los días hábiles en función del lugar. Según el art. 102.1 TRLGDCU el plazo será de 14 días naturales sin indicar el motivo. En el reformado art. 71.1 TRLGDCU pasa a establecerse un nuevo plazo legal supletorio en el supuesto de que la normativa legal no lo determine. Por lo que respeta los arts. 68 y ss seguirán siendo de carácter supletorio (*ex art. 68.3 TRLGDCU*).

XLVIII. Debe considerarse positiva la unificación del régimen de desistimiento de los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento mercantil, ya que no parece lógico mantener ambos sistemas con una regulación distinta. Asimismo dichos sistemas comparten cierta identidad de razón, estos es, la ausencia de los lugares donde habitualmente se celebran dichos contratos.

XLIX. Criticable debe ser la decisión adoptada por la Directiva 2011/83 al otorgar 12 meses para desistir en los casos en los que el empresario no facilite al consumidor la información oportuna. Mejor sería no determinar plazo y permitir el ejercicio de desistimiento siempre que el empresario no informase al consumidor. Criterio compartido por la jurisprudencia del TJCE en el caso *Martín Martín/EDP editores SL* en los se constata que el deber de informar al consumidor del derecho de desistimiento subyace un verdadero un interés público.

L. Tras la lectura del art. art. 70 TRLGDCU *in fine*. Parece que el desistimiento tácito no sea aceptado ya que se precisa una conducta activa del consumidor ya sea procediendo a la devolución del bien o enviándose el formulario de desistimiento o incluso manifestase por cualquier otro medio acreditado en derecho. Otra alternativa podría ser el desistimiento realizado verbalmente aunque el art. 106.4 TRLGDCU establece que la carga de la prueba recaerá sobre el consumidor por lo que debe colegirse que no es una posibilidad vetada por la propia Ley,

ya que en algún caso ha sido acreditado mediante la factura telefónica.

LI. El desistimiento conlleva la desvinculación del consumidor respecto del contrato y la extinción de todas las obligaciones. Existen dos posibilidades respecto al efecto sobre el contrato; a) los efectos del desistimiento *ex tunc* en los que el contrato será ineficaz desde el momento de la perfección, y no desde la declaración de desistimiento; b) por otro lado, un efecto *ex nunc* donde no se retrotraigan sus efectos al momento de la perfección contrato. Las distintas normas de consumo y el actual art. 74 TRLGDCU plantean un sistema con eficacia retroactiva *ex tunc* con restitución de la cosa y el precio. Los efectos el desistimiento fueran *ex nunc* esto implicaría que las prestaciones que se hubieran realizado quedan consolidadas.

LII. ¿El desistimiento del contrato principal debe tener como efecto anudado la resolución del contrato vinculado que financie al primero? En España la Jurisprudencia consultada considera que la resolución del contrato principal provoca la del contrato vinculado. Actualmente los art. 77 TRLGDCU y 29.2 LCCC regulan los contratos vinculados. Acertadamente en el art. 3 n) de la Directiva 2008/48 se ha eliminado la exigencia el acuerdo previo «en exclusiva» que exigía la derogada Directiva 87/102/CEE. Asimismo el legislador español ha eliminado la exigencia de la «exclusividad» (*ex* derogado art. 15 LCC) para entender que en el contrato vinculado no es necesaria la citada exclusividad (*ex* art. 29 LCCC). El Tribunal Supremo español entiende que la exclusividad «reside en las efectivas

posibilidades que razonablemente hubiera dispuesto cada consumidor para optar por otro concedente de crédito distinto señalado por los proveedores». La cuestión radica en la existencia de una unidad comercial cuando el proveedor del bien o servicio financia el crédito al consumo, y no tanto si existe un acuerdo previo en exclusiva. Por tanto sería conveniente que el legislador en *lege ferenda* coordinase los distintos textos legislativos, con ánimo de evitar reiteraciones innecesarias en los arts. 76 bis, 77 del TRLGDCU y el art. 29 de LCCC.

LIII. El titular de la tarjeta debe actuar con la debida diligencia que corresponda con De forma análoga en la contratación a distancia, el titular deberá custodiar las claves de acceso y no ser negligente en su uso. La falta de diligencia del titular no impide que el ente emisor actúe conforme a Derecho, esto es, comprobando la identidad del titular de la tarjeta o que no esté caducada. Por eso la Jurisprudencia del Tribunal Supremo impone una cuantía moderada como resarcimiento con base en las culpas concurrentes.

§ XI. BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, A.

-«La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico», *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 18, 2000, pp. 297-340.

-Derecho de consumo: análisis jurídico privado para la Ley General para la Defensa de consumidores de 2007, Dykinson, Madrid, 2012.

ADAME GODGARD, J. «La regla periculum est emptoris aplicada a la compraventa internacional de mercaderías».

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2108/14.pdf>
(última consulta junio 2015).

ALBALADEJO, M. Derecho civil I, Bosch, Barcelona, 2002.

ALFARO ÁGUILA- REAL, J. Las condiciones generales de la contratación, Civitas, Madrid, 1991.

ALONSO PÉREZ, M. «Periculum est emptoris y Frag. Vat. 16 (PAPINIANO 3 resp.)», *Anuario de Historia del Derecho español*, N° 31, 1961, pp. 363-388.

ALPA, G.

-«Nuevos aspectos de la tutela del consumidor. La ley italiana de consumidores de 2 de julio de 1998», *Actualidad Civil*, N° 1, La Ley, 1999, p. 15-30.

-Il Diritto dei consumatori, Roma Bari, 1999.

ALONSO BENITO, L. E. «Los orígenes del consumo de masas», *Estudios de consumo*, N° 6, 1985, pp. 12-19.

ÁLVAREZ MORENO, M. «El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales», Derecho Reunidas, Madrid, 2000.

ÁLVAREZ RUBIO, J. «Ante la posible reforma jurídico del viaje combinado en la unión europea», (Dir.) TOMILLO URBINA, J. & (COORD.) ÁLVAREZ RUBIO, J. *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Civitas, Pamplona, junio 2011, pp. 163-198.

AMELOTII, M. «Negocio, documento y notario de la evolución del Derecho romano», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 29, 1990, pp. 133-146.

ARNAU DE REVENTOS, L. «Plazo para desistir en los contratos con consumidores», *Anuario de derecho civil*, Vol. 64, N° 1, 2011, pp. 157- 196.

ARNALDO ALCUBILLA, E. Y ZAMARRA ÁLVAREZ, C. M^a. «Condiciones Generales de la contratación», *Enciclopedia Jurídica*, La Ley, 2008. § concepto (última visita 3 de febrero de 2008).

ARROYO AMAYUELAS, E.

-«La contratación a distancia en la Directiva de protección de los derechos de los consumidores», en AAVV (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Pamplona, 2012, pp. 237-283.

-«Comentario al art. 27 LSSI», en Cámara Lapuente, S. *Comentarios a las normas de protección de consumidores: texto refundido RDL 1/2007 y otras leyes complementarias vigentes en España y en la Unión europea*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1724-1733.

-«Los principios del Derecho contractual Comunitario», *Anuario de Derecho civil*, núm. L 11-1, enero, 2008.

ARROYO APARICIO, A.

-Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Según la Ley 47/200, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias, Aranzadi, Pamplona, 2003.

-Los contratos a distancia en la Ley de ordenación del comercio minorista, Aranzadi, Pamplona. 2003.

-«El impacto de la Directiva sobre los Derechos de los Consumidores en el ordenamiento español», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 867, 2013, pp.16-18.

BARBER CÁRCAMO, R. «Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles (arts. 107-113)», en (Dir.) CÁMARA

LAPUENTE, S. Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, Colex, Madrid, 2011, pp. 1024-1053.

BASOZABAL ARRUE, X. «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 62, Nº 2, 2009, pp. 647-712.

BAR-GRILL, O. & BEN-SHAHAR, O. «Regulatory Techniques in Consumer Protection: a critique o European Consumer Contract Law», *New York University School of Law*, Nº 12, junio 2012, pp. 1-30.

BELUCHE RINCÓN, I. El derecho de desistimiento del consumidor, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.

-«Comentarios a los artículos 38-48 LOCM», en (Coords), BERCOVITZ, R. Y LEGUINA, J. *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Madrid, 1997.

-«Ámbito de aplicación de derechos de los consumidores», *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores*, Madrid, 1987.

-«Comentario al art. 3», en (Dir.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Pamplona, Aranzadi, 2009.

-«El concepto de consumidor» en AZPARREN LUCAS, A. *Hacia un código de consumidor*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Y GARCÍA VICENTE, J. R. «La contratación con consumidores», *Tirant lo Blanch*, Valencia, marzo 2010, p. 1443-1582.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S.

-«Consulta remitida por la OMIC del Ayuntamiento de Cartagena en relación con el derecho de desistimiento por el consumidor y la resolución del contrato de consumo por falta de conformidad», *Centro de estudios de Consumo CESCO*, septiembre de 2013. pp. 1-7.

-«Compraventa de un bien de consumo celebrada entre empresarios: ¿se aplica el régimen de garantías del TRLGDCU?», *CESCO Centro de Estudios de Consumo*, noviembre 2014. pp. 1-4.

BERNAD MAINAR, R. «En torno a la naturaleza jurídica del precontrato», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 742, pp. 353-382.

BERROCAL LANZAROT, A. I. «Líneas maestras de la ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de Defensa de consumidores y usuarios», *Actualidad civil*, N° 6, La Ley, Madrid, abril 2014.

BOTANA GARCÍA, G. «Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Diario La Ley*, N° 8301, abril 2014.

BERROCAL LANZAROT, A. I. «Guía práctica de Ley 3/2014, de 27 de marzo de 2014 por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios», *Actualidad Civil*, La Ley 2014, La Ley Digital.

BOURCART, G. «Esquisse historique du droit commercial», *Annales du droit commercial*, 1924.

BLASCO, Y. «Notas sobre la recepción de la parte general de Savigny en España», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad*, N° 2, 1999, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 11-36.

BLAS, S. Y PÉREZ, A. L. «Aspectos más relevantes de las ventas celebradas fuera de los establecimientos mercantiles: la venta a distancia», *Estudios sobre consumo*, (75), 2005.

BLONDO BIONDI, *Contratto e stipulatio*, corso di lezioni Milano, Giuffrè, 1953.

BUSTO LAGO, J. M. Y ÁLVAREZ LATA, N. Y PEÑA LÓPEZ, F.:

-«La posición del consumidor y del usuarios en el ordenamiento jurídico español», *Grandes tratados. Reclamaciones de consumo*, Aranzadi, Pamplona, noviembre 2010.

-Contratos electrónicos, *Grandes Tratados*, Aranzadi, Pamplona, noviembre 2010.

-El derecho de resolución del consumidor por incumplimiento del deber de información por el empresario: Concepto y fundamento, *Grandes Tratados*, Aranzadi, Pamplona, noviembre 2010, pp. 1-8.

BUSTOS PUECHE, J. E. «Derecho Civil, Derecho Mercantil. Derecho del Consumo», *La Ley*, 1990, Nº 3, pp. 857-864.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. «El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios» en BLASCO GASCÓ, F. Y CLEMENTE MEORO, M. *Estudios jurídicos homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 377-400.

CALAIS-AULOY, J. Y STEINMETZ, F. *Droit de la consommation*, Dalloz, París, 2000, pp. 6 -14.

CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en internet*, Cóllex, Madrid, 2001.

CALVO SAN JOSÉ, M. J. «La protección de los consumidores en el ámbito de la contratación a distancia», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 31, Pamplona, 2001.

CALVO VÉRGEZ, J. «La aplicación del iva en el ámbito del comercio electrónico», *Crónica Tributaria*, Nº 135, 2010, pp. 29-86.

CÁMARA LAPUENTE, S.

-«El concepto legal de «consumidor», en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Marzo 2011, pp. 84-117.

-«Comentario al art. 3», en (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, Colex, 2011.

CASTELLANOS RUIZ, E. «Las normas de Derecho internacional privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico», *Cuadernos de Derecho transnacional*, Octubre 2009, Vol. 1, N° 2, pp. 134-159.

CORDERO LOBATO, E. ¿Cómo transponer la Directiva de consumidores al Derecho español?, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 1, 2012, pp. 108-115.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Operaciones internacionales de consumo» en CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, Vol. 2, Comares, Granada, 2012.

CARRASCO PERERA, A.:

-El Derecho de consumo en España: presente y futuro, *Instituto Nacional de Consumo*, Madrid, 2002.

-«La defensa de los consumidores y usuarios. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*.

-«Un mapa de situación: Directivas de cláusulas, de prácticas desleales y de derechos de los consumidores», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 1, 2012.

-«Texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *Aranzadi civil*, N°1, 2008. pp. 2215-2225.

CASTIÑEIRA JEREZ, J. «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevinida de las circunstancias»,

Revista Aranzadi de Derecho patrimonial, Pamplona, julio-diciembre 2012.

CASTRESANA, A. «Las definiciones de propuesta de reglamento relativo a una normativa de común de compraventa europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, Nº 1, marzo 2013, pp. 103-124.

CAVANILLAS MÚJICA, S. «El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios», Nº 1, *Aranzadi civil*, Pamplona, 2008. pp. 2133-2166.

CERAMI, P. Y PETRUCHI, A. *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2010.

CHENDEB, R. *Le régime juridique du contrat de consommation. Étude comparative*, París, 2010.

CLEMENTE MEORO, M. E. «El derecho e desistimiento en los contratos a distancia», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº 16, 2006, pp. 163-184.

COCA PAYERAS, M. «El Derecho contractual europeo y la armonización del Derecho civil en la Unión», en (Dirs.) FERRER VANDRELL, M. P. Y MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. *Principios de Derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales*, Dykinson, Madrid, 2009.

CORTÉS MARÍN, J. M. «Jurisprudencia del TJUE, septiembre-diciembre 2009», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 35, 2010, pp. 257-322.

COSTAS RODAL, L. «El derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera de

establecimiento mercantil en la proyectada reforma de la Ley de consumidores y usuarios», *Aranzadi Civil-Mercantil Revista Doctrinal*, Vol. 2, N° 8, 2013. pp. 33-40.

COMISIÓN EUROPEA. «Cuadro de indicadores de consumo», Luxemburgo, Octubre, 2012.

CUESTA RUTE, J. M. Y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, E. «Persona física y consumidor», *Ponencia en I Congreso Internacional Sobreendeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Universidad Complutense de Madrid, 19 de noviembre de 2008. pp. 1-10.

CRESPO AULLÉ, F. La división de la comunidad de bienes, Lex nova, Salamanca, 1993.

CRESPO, D. Y LÓPEZ, R. «Comentarios de la CNC sobre las necesarias modificaciones del a CNC» *Revista de competencia y sectores regulados*, N° 68, marzo 2009.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.

-Derecho informático, Aranzadi, Pamplona, 1993.

-«La identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior europeo», *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, N° 19, tomo 2, La Ley, octubre 2014, § Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento Europeo sobre identificación electrónica. www.laleydigital (última consulta diciembre de 2014).

DE CASTRO, F. El negocio jurídico, Civitas, Madrid, 1985.

DE LA TORRE OLID, F. «Actualidad de los cuasi contratos. Revitalización del art. 1981 cc para la tutela de los consumidores

en el sector financiero», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 739, septiembre 2013, pp. 2951-2982.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.

-Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Vol. 2 , Madrid, Civitas, 1993.

-«La formación del contrato», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, N° 1, 1995. pp. 5-32.

-Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Vol. 1, Madrid, Civitas, 1996.

DI MAJO, A. «Il Codice del Consumo. Aggiornamento», en BESSONE, M. *Istituzioni di Diritto Privato*, G. Giappichelli, Torino, 2009.

DOMINGO OSLÉ, R. «Principios de Derecho global», Aranzadi, Madrid, 2006.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. «Derecho de desistimiento» en AAVV CÁMARA LAPUENTE, S. *Revisión de normas Europeas y nacionales de protección al los consumidores*, Civitas, 2012, pp. 209-236.

EBERS, M.

-«De la armonización mínima al armonización plena», *Revista para el análisis del Derecho InDret*, Barcelona, 2010, pp. 1-47.

-«Control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», *Revista para el análisis del Derecho InDret*, Barcelona, enero 2012, pp. 1-46.

EBERS, M. Y ARROYO I AMAYUELAS, E. «Heininger» y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* Sentencia TJCE de 13 de diciembre del 2001, Asunto C- 481-99, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 9 , 2006, pp. 407-442.

EIDENMULLER, H. «Why Withdrawal Rights?», *European Review of Contract Law*, Nº 1, 2011.

EIDENMULLER, H. Y FUAST, Y F. GRIGOLET, C. Y WAGNER, ZIMMERMAN, R. «Hacia una revisión del *acquis de consumo*», (Coord.) CÁMARA LAPUENTE, S. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Pamplona, 2012, pp. 107-161.

ENNECERUS L. *Derecho civil, Parte general*, 3.^a ed., Vol. II, primera parte, Barcelona, Bosch, 1981.

ESCUIN IBAÑEZ, I. *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*, Marcial Pons, Granada, 2002.

FERNÁNDEZ MASÍA, E. «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001», *Estudios sobre consumo*, Nº 63, 2002, pp. 1-37.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N. «Régimen de información», *El nuevo régimen de la contratación a distancia de consumidores*, Nº1 , La Ley, Madrid, octubre 2009, p. 1-53.

FONT GALÁN, J. A. «El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios», en FONT GALÁN, J. A. Y LÓPEZ MENUDO, F. *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1999, pp. 55-101.

FLORÍA HIDALGO, M. D. «De rebus dubiis», *Boletín de la Facultad de Derecho*, N° 10-11, 1996, pp. 131-142.

FUNDACIÓN TELEFÓNICA «La sociedad de la información en España», *Colección Informe Telefónica*, Ariel, Barcelona, 2013.

GADEA SOLER, E. «La protección del consumidor en caso de utilización de efectos cambiarios en la conclusión de operaciones de consumo», TOMILLO URBINA, J. Y ÁLVAREZ RUBIO, J. *La protección jurídica de los consumidores como motor del desarrollo económico*, Civitas, Pamplona, 2012, p. 522-528.

GALLART CASES, R. «El momento de la perfección entre ausentes», *Revista jurídica de Cataluña*, 1960, pp. 290-300..

GALLEGO DOMÍNGUEZ, «Derecho de desistimiento» en AAVV (Dirs). REBOLLO PUIG, M. Y IZQUIERDO CARRASCO, M. «*La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU*», Iustel, Madrid, 2011.

GALLEGO SÁNCHEZ, E. «Reflexiones críticas sobre la venta a distancia de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista tras el RD Legislativo 1/2007 de 16 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Práctica de Tribunales*, 61, Sección Estudios, Junio 2009, La Ley, Madrid, 2009.

GARCÍA RUBIO, M. P. «Algunas consideraciones sobre le normas del obligaciones y contratos de la propuesta de Código mercantil», *Revista de Derecho civil*, N° 1, Vol. 1, enero 2014, pp. 7-27.

GARCÍA RUBIO, M. Y OTERO CRESPO, M. «La responsabilidad precontractual en Derecho contractual europeo», *Revista de Análisis del Derecho InDret*, 2010. pp.1-62.

GARRO, A. M. «Armonización y Unificación del Derecho privado en América Latina esfuerzo, tendencia y realidades», *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1992.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. «Presuposición y riesgo contractual : Introducción al estudio del riesgo contractual», *Anuario de Derecho Civil*, Abril-junio, 1987.

GAYO, Consensu fiunt obligationes, *Institutiones*, III, 135.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. Estructura y función del tipo contractual, Bosch, Barcelona, 1979.

GOLDSCHMIDT, L. Universalgeschichte des Handelrechts: 1. Lieferung. Vol. 1. F. Enke, 1891.

GONZÁLEZ LEÓN, C. «El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos celebrados a distancia», (Coord.) HERRERO GARCÍA, M. J. Y GARCÍA VICENTE, R. Y VAQUERO PINTO, M. J. *La contratación en el sector de la distinción comercial*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 125-162.

GIL WALLIN, S. «Liability under precontractual agreements under their application under colombian Law and CISG», *Nordic Journal of Commercial Law*, 1, 2007, pp. 1-20.

GRAMUNT FROMBUENA, M. D. «La protección del consumidor en los contratos electrónicos», en BARRAL VIÑALS, I. (eds.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003.

GÓMEZ POMAR, F. «Relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia», N°113, *InDret*, enero 2003, pp. 1-22.

GÓMEZ POMAR, F. Y GIL SALDAÑA, M. «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *Revista para el análisis del derecho InDret*, N° 1, enero 2012, pp. 1-27

GÓMEZ POMAR, F. Y GANUZA FERNÁNDEZ, J. J. «Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo», *Indret*, Vol. 2 , 2011, pp. 1-29.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L.

-«La noción de consumidor medio y miembro de un grupo particular de consumidores en el Reglamento n° 1924/2006 (declaraciones nutricionales y propiedades saludables en los alimentos)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2007, N° 247, p. 9-19.

-«Transposición de la Directiva 2011/83 al Derecho del Reino Unido (The consumer contracts; Information, cancellation, additional charges) Regulations 2013» *CESCO Revista de Derecho de consumidor*, N° 9, 2014, pp.130-145.

GUGLIERI SIERRA, J. «La forma en los negocios jurídicos. Su valor», *Libro homenaje a Juan Berdmans Vallet de Goytisolo*, Vol. 6, Madrid, 1988.

HALL, E. & HOWELLS, G. & WATSON, J. «The Consumer Rights Directive—An Assessment of its Contribution to the

Development of European Consumer Contract Law, *European Review of Contract Law*, Vol. 8, junio 2012, pp. 139-167.

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ-CASQUET, F. «El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos», GARCÍA MEXÍA, P. *Principios de Derecho en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 427-484.

HONDIUS, E. «The notion of consumer: European Union versus Member States», *Sidney Law Review*, N° 1, 2006, pp. 89-98.

HUALDE MANSO, T. «Anteproyecto de Ley de modificaciones del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios», Aranzadi, Pamplona, 2012.

IHERING, R. V. «Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen», 4 *JhJb*, 1861.

ILLESCAS ORTIZ, R.

-«Derecho Uniforme del Comercio Internacional», *Estudios de Derecho mercantil homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 1781-1800.

-«Derecho mercantil y Globalización», *Anuario de Facultad de Derecho Universidad autónoma de Madrid*, N° 9, 2005, pp. 79-94.

«La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y dogmática contractual electrónica», *Revista de Comercio Electrónico*, N° 84, 2007, pp.1-15.

INFANTE RUIZ, F. J. «Entre lo político y lo académico un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo», *Revista para el análisis del Derecho*, abril 2008, pp.1-41.

JANSEN, N. & ZIMMERMANN, R. «A European Civil Code in all but name: discussing the nature and purposes of the Draft Common Frame of Reference», *The Cambridge Law Journal*, N° 69, 2010, pp. 98-112.

JORDÁN DE ASSOR, I. Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. El ordenamiento de las Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes del Alcalá de Henares el año de mil trescientos cuarenta y ocho, Joaquín Ibarra Impresor de S.M, Madrid, 1774.

JUSTE MENCÍA, J. «Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)», *La Ley*, N° 6, 1997, pp. 1615-1632.

KLEIN, M. «El desistimiento unilateral del contrato», Civitas, Madrid, 1997.

LACALLE, P. «Presentación general de Anteproyecto» (Traducc.) HINOJOSA, F. en *El contrato de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del código francés*, Panamericana, Bogotá, 2006, pp. 21-27.

LA CRUZ BERDEJO, J. L. Elementos de Derecho civil, tomo II, *Derecho de obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2003.

LAMANDA, V. «Le droit Francais et Européen de la consummation», *Revista de la Faculta de Direito da Univeridade de Sau Paulo*, Vol. 104, 2009, pp. 179-195.

LANDO, O. «The main purpose of the Principles is to serve as a first draft of a part of a European Civil Code», *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, p. 364 <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-13.pdf> (última consulta marzo de 2015).

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.

-«Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil», *La Ley*, 2, 1989.

-«La forma en los contratos», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1993.

LA ROCCA, D. *La qualità dei soggetti e i rapporti de credito*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

LARA GONZÁLEZ, R. «La publicidad engañosa y comparativa», (Coord.) CÁMARA LAPUENTE. *S. Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 691-714.

LARROSA AMANTE, M. A. *Derecho de consumo, Protección legal del consumidor*, El Derecho, Madrid.

LEHMANN, K. *Lehrbuch des handelsrechts. Veit y comp*, 1912.
BOURCART, G. «Esquisse historique du droit commercial», *Annales du droit commercial*, 1924,

LLORENTE SAN SEGUNDO, I. «La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a la exigencia de la Directiva 2011/83/UE sobre derecho de los consumidores», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, N° 2, octubre 2013, pp. 371-397.

LOOS, M. «Right of Withdrawal», en HOWELLS, G. & SHULZE, R. *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier, Munich, 2009, pp. 236-277.

LÓPEZ ESCUDERO, M. «Protección de los consumidores», (Dir.) MANGAS MARTÍN, A. Y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 621-644.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A. «Sobre la aplicabilidad a los agricultores del Ley General de para La Defensa de Consumidores y Usuarios», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, n° 6-7, 1987, pp. 11-17..

LUZAK, J. A. & MAK, V. «The consumer Rights Directive», *Centre for the Study of the European Contract Law*, Nº1, 2013. pp. 1-20.

MACARRO OSUNA, J. M. Y MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M. «La neutralidad fiscal como meta de la construcción europea. análisis de la fiscalidad indirecta», http://www.researchgate.net/profile/Jose_Miguel_Martin_Rodriguez/publication/272174958_La_neutralidad_fiscal_como_meta_de_la_construccion_europea_Analisis_de_la_fiscalidad_indirecta/links/54ddf3700cf22a26721d68c9.pdf (última consulta 8 de junio de 2015).

MADRID PARRA, A. Contratación electrónica en *Estudios jurídicos homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, (Coord.) IGLESIAS PRADA, J. L., Vol. 3, 1996, pp. 2913-2958.

MAK, V. «Policy Choices in European Consumer law: Regulation through Targeted Differentiation», *European Review of Contract Law*, Nº 2, 2011.

MARCOS FRANCISCO, D. «Hacia un Derecho uniforme en la Unión Europea», *Actualidad Civil*, N°12, La Ley, 2012.

MARÍN LÓPEZ, M. J.:

-«Dictamen jurídico sobre le caso English Opening School (crédito al consumo, cesión de créditos y contratos vinculados), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 677, 2003.

« La nueva regulación europea del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008)», *Centro de Estudios de Consumo CESCO*, mayo 2008, pp. 1-6.

«¿Puede el consumidor desvincularse del contrato de crédito al consumo? El derecho de desistimiento en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo», *Centro de Estudios de Consumo CESCO*, 2011.

«Una nueva STS (la sexta) sobre contratos vinculados STS de 20 de julio de 2012». *Notas jurisprudenciales, Centro de Estudios de Consumo CESCO*, 2012.

«Comentarios al proyecto de reforma de la LGDCU. El nuevo concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU», *Centro de Estudios de Consumo. CESCO*, diciembre 2013, pp. 2-9.

«El «nuevo» concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 9, 2014.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. «Vinculación contractual de la Ley 7/1995 de Crédito al consumo», en (Coord), LLAMAS POMBO, E. *Estudios de Derecho de obligaciones*, La Ley, Madrid, 2006.

MUÑOZ, A. F. «La pax romana», *Cosmovisiones de paz en el mediterráneo antiguo y medieval*, Granada, 1998, pp. 191-228.

LAMARCA MARQUÉS, A. art. § 241-432 AAVV LAMARCA MARQUÉS, A. Y DOLHER, N. Y KIRCHEIM, P. *Código civil alemán y Ley de introducción al Código civil*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

LÓPEZ ESCUDERO, M. «Protección de los consumidores», (Dir.) MANGAS MARTÍN, A. Y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. *Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 633-644.

MASSAGUER, J. Y PALAU, F. «Informe jurídico sobre las practicas comerciales en España con especial atención a los aspectos considerados en la comisión del seguimiento del libro verde sobre la protección de consumidor en Europa» *Instituto Nacional de Consumo*, Barcelona, agosto 2002, pp. 1-61.

MENDOZA LOSANA, A.:

-«Los contratos celebrados distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE», *Revista de CESCO de Derecho de Consumo*, N° 1, 2012. pp. 45-60.

-«Novedades en la contratación on line con consumidores», *Novedades. Revista CESCO de Derecho de Consumo*, mayo 2012, pp. 1-9.

-«Inminente reforma de la Ley General de Consumidores y Usuarios», *Centro de Estudios de Consumo. CESCO*, 2013, pp. 1-5.

-«Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del Anteproyecto de Ley por que se modifica el Texto

refundido para la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 9, 2014, pp. 60-75.

MIRANDA SERRANO, L. M.

-«La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrado a distancia y extramuros en los establecimientos mercantiles», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, N° 11, La Ley, Madrid, segundo semestre 2012, pp. 77-134.

-«La aplicación en el derecho español no uniforme de la noción de oferta de contrato de la convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de mercaderías en torno a la ofertas a personas indeterminadas», *Law Review, International Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 3, N° 2, diciembre 2013, pp.1-26.

MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LÓPEZ, J. «Formación y ejecución del contrato electrónico. Aproximación a una realidad negocial emergente», *Estudios de Consumo*, N° 85, 2008, pp. 77-92.

MIRANDA SERRANO, L. M. «Derecho de contratos. Claves de la regulación del desistimiento negocial en la Directiva 2001/83» (Coord.) MASSAGUER FUENTES, J. Y ALONSO ESPINOSA, F. J. *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, octubre 2013, pp. 1181-1207.

MORENO-LUQUE CASARIEGO, C. «Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles», en DE LEÓN ARCE, A. (Dir.), *Derecho de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

NICOLIELLO, N. Diccionario del latín jurídico, Euros Editores, Montevideo, 2004.

NORDHAUSEN SCHOLLES, A. «Information requirements», HOWELLS, G. & SHULZE, R. *Modernising and Harmonising consumer Contract Law*, Sellier, Munich, 2011, pp. 213-237.

OLIVA BLÁZQUEZ, F. «El anteproyecto de código mercantil en el contexto de proceso de unificación de Derecho Europeo de Contratos», *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, N° 3 julio septiembre, 2014, pp. 37-66.

ORTEGA DÍAZ, J. F. «Contratos electrónicos. La cuestión de la perfección y el soporte contractual», *RCE*, N° 86, 2007, pp. 51-111.

ORTUÑO BAEZA, M. T. «La regulación de los viajes combinados por el TRLGDCU: novedades más significativas en la protección del consumidor turístico», *Práctica de Tribunales*, N° 63, Sección Estudios, La Ley, Madrid, 2009.

OSSORIO MORALES, Crisis dogmática del contrato, *ADC*, tomo I, 1952.

OUGHTON, D. & LOWRY, J. *Textbook on consumer law*, Blackstone Press, London, 1997.

PAISANT, G. «La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations à distance et le "tele-achat"», *JCP*, Vol. 2, 1988.

PAGADOR LÓPEZ, J. «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas», (Coord.) MIRANDA SERRANO, L. M. Y PAGADOR LÓPEZ, J. *Derecho privado de los consumidores*, 2012, pp. 109-144.

PANIAGUA ZURERA, M. «La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores» en MIRANDA SERRANO, L. M. *Derecho privado de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 19-62.

PASTOR TEMPERE, M. C. «El viaje combinado en el RD 1/2007 Texto Refundido Ley General de Defensa de Consumidores y leyes complementarias», *Cuadernos de turismo*, N° 25, 2010, pp. 99-124.

PANIZA FULLANA, A. «Contratación a distancia y defensa de los consumidores: su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio minorista y Ley de Servicios de la Sociedad de el a Información», Comares, Madrid, 2003.

PASQUAU LIAÑO, M. «Ventas a distancia», (Dir.) PIÑAR MAÑAS, J. L. Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997.

PAZ ARES RODRÍGUEZ, C. & BERMEJO GUTIÉRREZ, N. & SÁENZ LACAVE, M. I. «La formación electrónica del contrato; nada nuevo bajo el sol», (Coord). SALA ARQUER, M. & MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J. *Derecho sobre Internet*, 2008, pp. 125-139.

PEDIO, Digesto 2, XIV, 1, párrafo 3.

PERÉZ GURREA, R. «Código de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 729, 2012, pp. 670-673.

PÉREZ PEREIRA, M. «Derecho de la contratación electrónica», en ILLESCAS ORTIZ, R. *Revista de la contratación electrónica*, N° 14, marzo 2001, pp. 75-78.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. El proceso de modernización del Derecho contractual europeo, Dykinson, Madrid, 2013.

PEGUERA POCH, M. «En el menú opciones, elija «deshacer» ; el derecho el derecho a desistir en el contrato electrónico», en AAVV. (Coord.), COTINO HUESO, L. *Consumidores y usuarios de las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PENDÓN MELÉNDEZ, M. A.:

-«Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», *Derecho de los negocios*, N° 208, La Ley, Madrid, febrero 2012, pp. 14-46.

-La perfección en el contrato de Derecho Privado, Reflexiones su régimen legal a la luz de las nueva formas de contratación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

PFORTZSCH, B. «Crónica de jurisprudencia alemana sobre comercio electrónico y sociedad de la información», *Revista de Derecho y nuevas tecnologías*, N° 9, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 1-10.

PICATOSTE BOBILLO, J. «Derecho de la información en la contratación con consumidores», *Actualidad civil*, N° 4, La Ley, febrero 2011, pp. 372-464.

PICOD, F. «Article II-98 protection des consommateurs», (Coord.) BOURGORGUE-LARSEN, L. & LEVADE, A, *Traite établissant une Constitution pour l'Europe*, Brulant, 2005, pp. 494-502.

PIZZIO, J. P. Code de la consommation, París, 1995,

PETRUCCI, A. «Orígenes romanísticos de la buena fe objetiva en la contratación mercantil», *Anuario Mejjicano de Historia del Derecho*, N° 15, 2003, pp. 601-615.

PRATS ALBENTOSA, L. «El futuro Código Mercantil. Entre la unidad de mercado y la seguridad jurídica», *Revista Escritura pública*, N° 85, 2013, pp. 24-27.

PUIG BRUTAU, J. Fundamentos de Derecho Civil, t. II, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1988.

QUIÑONERO CERVANTES, E. «Las cláusulas abusivas», (Coord.) HERRERA CAMPOS, R. *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Universidad de Almería, Vol. 3, 2000, pp. 1485-1492.

RAINIE, L. & WELLMAN, B. «Future of networked», *New Scientist*, 215,

RALUCA STROIE, I.

-«La información sobre el derecho de resolución del contrato celebrado a distancia ha de ser facilitado al consumidor por un escrito o en otro soporte duradero. No sirve la remisión a un hipervínculo a un sitio de

internet», *Notas Jurisprudenciales. Revista de CESCO de Derecho de Consumo*, 2012.

-«La información sobre el derecho de resolución del contrato celebrado a distancia», *Revista de CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 3, 2012.

RAMELLA, A. Tratado de correspondencia en materia civil y mercantil, Reus, Madrid, 1987.

REDING, V. «Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional», *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, abril 2011. pp. 1-7.

RIESCO TERRERO, A. «Notariado y documentación notarial Castellano Leonesa de los siglos X-XIII». *2ª Jornadas científicas sobre documentación de la Corona de Castilla (siglos XIII-XV)*, Universidad Complutense, Madrid, 2003, pp. 129-164.

ROCA GUILLAMÓN, J. «Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)», en *Derecho de obligaciones. XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012, Universidad de Murcia, Murcia, 2013.

ROCA SASTRE, R. M. «La forma en el negocio jurídico», *Revista de derecho privado*, Madrid, 1948.

ROCCO, A. «Principios de Derecho mercantil», *Revista de Derecho privado*, Vol. 3, Madrid, 1931.

ROGEL VIDE, C. «Momento y lugar de formación del contrato», *La Ley*, Nº 4, 1982, pp. 1253-1271.

ROVIRA MOLA, A. Y PALOMAR BARÓ, A. «Problemas de la contratación entre personas distantes», *Anuario de Derecho civil*, Vol. 11, Nº 1, pp. 147-224.

RÖSLER, H., «Consumers and Consumer Protection Law», BASEDOW, J. & HOPT, K.J. & ZIMMERMANN, R. & STIER, A. *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2012.

RUBIO TORRANO, E. «Nueva directiva sobre derecho de los consumidores», *Aranzadi civil-mercantil. Revista Doctrinal*, Vol. 1, Nº 9, 2012, pp. 17-29.

RUIZ JIMÉNEZ, J. «La ruptura de los tratos preliminares puede ocasionar responsabilidad si alguna de las partes ha actuado de mala fe», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 709, 2008, pp. 2196-2200.

SABAH GOMEZ SOARES, F. «La prueba en la contratación electrónica de consumo», *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*, Nº 3, diciembre 2009, pp. 1-28.

SALAZAR REVUELTA, M. «El deber de información transparencia y responsabilidad antes los depósitos de los clientes por parte de la banca; precedentes romanos», *Revista Internacional de Derecho romano*, octubre 2013, pp. 88-152.

SALINAS VERDAGUER, E. «Régimen aplicable a los contratos celebrados por internet», en SOLER PASCUAL L. A. *Boletín de Contratación Inmobiliaria de Derecho*, *El Derecho*, mayo 2008, pp. 5-6.

SÁNCHEZ ARISTI, R. *Protección jurídica de los consumidores*, Dykinson, Madrid, 2003.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. Tarjetas de crédito y tutela del consumidor. Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar, *Estudios de Derecho Judicial*, Nº 50, Madrid, 2004, pp. 439-484.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, P. Y GALLEGO RODRÍGUEZ, E. Y RIVERO FERNÁNDEZ, D. Y LAGO PEÑAS, S. «El impacto de la internacionalización sobre empresas: Evidencia empírica para el caso español», MPRA, marzo 2014, pp. 1-18.

SÁNCHEZ LERÍA, R. «Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo», *Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, Nº 3, 2014, pp. 1-32.

SHANDI, Y. «La formation du contract a distance par voie electronique», *Universite Robert Shuman Strasborg III*, junio 2005. p. 26. <http://scd-theses.u-strasbg.fr/123/01/shandi28062005.pdf> (última visita 28 de diciembre de 2014)

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.:

-«Comentario al art. 92 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentario al Texto Refundido de la Ley general para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 1181-1199.

-Comentarios al art. 97 TRLGDCU, *Grandes Tratados*, Aranzadi, Pamplona, septiembre 2009, p.1-10.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A. «Artículo 102» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO. R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Aranzadi, 2009, pp. 1290-1298.

SÁNCHEZ LORENZO, S. «Vías y límites a la unificación del derecho privado europeo: Soft Law versus Hard Law o comisión contra Parlamento» *Derecho Privado europeo; Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la UAM*, Pamplona,

SANTORO PASARELLI, F. Doctrina general de Derecho civil, *Revista de Derecho privado*, Madrid, 1964.

SANTOS MORÓN, M. J.

-«Información precontractual, forma y prueba del contrato», en (Coords.), BOTANA GARCÍA, G. & RUIZ MUÑOZ, M. (*Curso de protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw-Hill, 1999, pp. 133-163.

-«La exigencia de forma en los contratos con consumidores. Una propuesta de lege ferenda», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº. 23, 2009, pp. 223-254.

-«Forma contractual y desarmonización comunitaria», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, Nº 2, Octubre 2010, pp. 202-220.

SAVIGNY, M. F. C. El sistema de Derecho romano actual, F. Góngora y compañía, Madrid,

SCAEVOLA, «Comentario al art.1262 cc», *Código civil*, Tomo XX, Madrid, 1904.

SÁNCHEZ SERENA, E. «La fiscalidad indirecta del comercio electrónico on line», (Coord.) DELGADO GARCÍA, A. M. Tributos en la sociedad de la información, IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, Nº 18, pp. 60-71.

SERRANO FERNÁNDEZ, M. Y SÁNCHEZ LERÍA, R. «Del Código Civil a las directivas comunitarias: un recorrido por el deber de información precontractual al consumidores», *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, N° 31, mayo-agosto 2013, pp. 23-61.

SHULTE NOLKE, H. «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa», (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. *La revisión de las normas europeas y nacionales en protección de consumidores*, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 63-79.

SIRVENT GARCÍA, J. «Desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica», *Perspectiva del sistema financiero*, N° 96, 2009.

SOLA TEYSIERE, J. *La venta a distancia en el comercio minorista. Régimen jurídico y control administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SOSPEDRA NAVAS, J. P. *El control de constitucionalidad: las manifestaciones de constitucionalidad con origen en el sistema de fuentes*, *Práctica de los procesos jurisdiccionales*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

TÁCITO, C. C. *Las historias de Cayo Cornelio Tácito*, Imprenta Real, Madrid, 1794.

TAPIA SÁNCHEZ, M. R. «La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia», *Perspectivas del Sistema Financiero*, N° 96, 2009, pp. 29-65.

TERRY, E. «The Right of Withdrawal, the Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference», en SHULZE, R. *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2009.

TOMILLO URBINA, J. «Tipicidad del usuario de servicios sanitarios como consumidor», (Dir.) TOMILLO URBINA, J. Y ÁLVAREZ RUBIO, J. *La protección jurídica de los consumidores como motor del desarrollo económico*, Civitas, Pamplona, 2011, p. 355-375.

TORRENT RUIZ, A. «Actividad bancaria e inflación en época diocleciana-constantiniana», *Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, IURA, N° 57, 2009, pp. 49-90.

TORRES LANA, J. A. «La integración de la publicidad en la oferta contractual y turística», AAVV, *Turismo y defensa del consumidor*, Jornadas jurídicas, Palma de Mallorca, 1991.

TRIPODI, E. M. «Consumattori e diritto dei consumatori. line di evolucione e codice del consumo», N° 206, *Altalex*, 2005.

TWIGG-FLESNER, C. «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto de derecho de consumo de la Unión Europea», (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. Y ARROYO AMAYUELAS, E. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Pamplona, Civitas, 2012, pp. 81-106.

URBANO CASTRILLO, E. «El documento electrónico; aspectos procesales », *Cuadernos de Derecho Judicial* , N ° 10, *Lex Nova*, pp. 525-632.

VAN HUFFEL, M. «Contract a distance, services financiers et contrats conclus à distance et commerce électronique», *Revue Eueropéene de Droit de la Consomation*, N° 1, 2001, pp. 295-340.

VALPUESTA GASTAMIZA, E. «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea,

lastrado por la protección al consumidor», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, Nº 1, pp. 199-216.

VATIER FUENZALIDADA, C. «El agricultor ante la Ley de protección de consumidores», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 3-4, 1986, pp. 5-12.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ. L. «Los requisitos formales de los contratos celebrados a distancia tras la reforma del texto refundido de ley general de consumidores y usuarios», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 7, 2014. Aranzadi Insignis digital (visitada 21 de noviembre 2014).

VÉRGEZ SÁNCHEZ, M. «Régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de establecimiento. Una aproximación al derecho europeo», *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea, Homenaje a José Girón de Tena*, Madrid, 1991, pp. 1187-1204.

VICENT CHULIÁ, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant Lo Blanch, 17ª Ed, Valencia, 2004.

VON BAR, C. Ponencia ¿Desde el proyecto del marco común de referencia hacia un Reglamento?, Principios definiciones y normas optativas de Derecho privado europeo, Universidad Autónoma de Madrid, 29 abril 2010.

VON BAR, C. Y CLIVE, E. Y SCHULTE-NÖLKE, H. «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law», *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Sellier European Law publishers, Munich, 2009.

WACKE, A. «Las reformas más importantes del BGB desde su promulgación en 1900, con especial referencia al derecho de obligaciones». *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2, 2013, pp. 699-710.

ZIMMERMANN, R.

-Estudios de Derecho privado europeo, Civitas, Madrid, 2000.

-El Nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado, Bosch, Barcelona, 2008.

-«Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht», *Juristische Blätter*, N° 134, 2012, pp. 2-22.

ZURUTUZA ARIGITA, I. «Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, N° 6, 2013, pp. 65-105.

ZURRILA CARIÑANA, M. A. «El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios en el nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios», *Comentarios a la Ley de consumidores. Revista CESCO de Derecho de Consumo*, pp. 1-7.

§ XII.LEGISLACIÓN

Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo

Directiva (CE) n° 7/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. *Diario Oficial de la Unión Europea*, n°. L 144, de 04 de junio de 1997.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n°. L 80526, de 21 de abril de 1993.

Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo [COM (2001) 398 final, de 11.7.2001].

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relaciones. «Un derecho contractual Europeo más coherente». Plan de acción. DOCE de 15.3.2003.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Derecho contractual europeo más coherente, Plan de Acción [COM (2003) 68 final, de 12.2.2003]

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado

interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), *Diario de la Unión Europea*, nº L 149/22 de 11 junio de 2005.

Directiva 2006/123 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, *Diario Oficial de la Unión Europea* de 27 de diciembre de 2006.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo europeo, de 8 de octubre de 2008, sobre el derecho de los consumidores, COM(2008) 614 final

Propuesta de Reglamento sobre Derecho Europeo de Compraventa [COM (2011) 635 final, de 11 octubre 2011]

Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17.06.2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Directiva (CE) nº 48/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE, *Diario de la Unión Europea* nº L. 66 de 22 de abril de 2008.

Directiva (CE) nº 122/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, *Diario de la Unión Europea* nº L. 033, del 3 de febrero de 2009.

Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado

interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, *Boletín Oficial de la Unión Europea* n.º. L 319, de 5 de diciembre de 2007.

Comunicación de la Comisión Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM (2010) 2020, de 3.3.2010].

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Digital para Europa [COM (2010) 245 final/2, de 19.5.2010].

Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas. COM (2010) 348 final, de 1.7.2010. COM (2011) 635 final, de 11.10.2011.

Comunicación de la Comisión relativa al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la UE COM (2009) 557 de 22.10.2009.

Reglamento (CE) 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012 por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) 924/2009, *Diario de la Unión Europea* n.º. L 94, de 30 de marzo de 2012.

Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

España. Ley 26/1984 de 19 de julio (derogada por el TRLGDCU 1/2007) General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de julio de 1984, n° . 176, p. 21686.

España. Ley 7/1996, de 15 de enero de 1996, de Ley de Ordenación del Comercio Minorista, *Boletín Oficial del Estado*, Texto consolidado 14 de julio de 2012, n° 15. p. 1243.

Italia. Codice del consumo, de 6 de septiembre de 2005, *Gazzetta Ufficiale* n°. 206 del 8 octubre de 2005.

España. Anteproyecto de Ley para la Reforma del TRLGDCU y Leves complementarias por el que se aprueba el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad*, Madrid, julio 2012. p.1-27.

España. Ley 44/2006, de 29 de diciembre de 2006 de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, *Boletín Oficial de Estado*, n° 312 de 30 de diciembre de 2006. p. 46601.

España. Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de Diciembre de 2007, n° 299, p. 51327.

España. Ley 16/2009, de Servicios de Pago, *Boletín Oficial del Estado*, 14 de noviembre de 2009, n° 275, p. 96887.

España. Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, *Boletín Oficial del Estado* de 28 de septiembre de 2013, n° . 233, p. 78787.

Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo de 2010, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago, *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de mayo de 2010, n° 131, p. 46510.

Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, *Boletín Oficial del Estado*, 18 de junio de 2010, n° 148, p. 52111.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de octubre de 2011, n° 261, p. 113242.

España. Informe de la CNC sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 8 de mayo de 2013, pp. 1-6.

Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores
COM(2008) 614 final

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. «Un marco coherente para aumentar la confianza en el mercado único digital del comercio electrónico y servicio en línea». Bruselas. COM. 2011.

§ XIII. JURISPRUDENCIA

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de 9 de noviembre de 2004 (C-70/03).

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de 5 de julio 2012 (C 94/11).

-Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992, Ref. Aranzadi, - n° 14.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1950, Ref. Aranzadi, - n° 1028.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1962 Ref. Aranzadi, - n° 3792.

-Sentencia del Tribunal Supremo 14 de marzo de 1963, Ref. Aranzadi, - n° 981.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1969, Ref. Aranzadi, - n° 1175.

-Sentencia Tribunal Supremo de 7 junio 1986, Ref. Aranzadi - n° 3296.

-Court of Appeal UK R & B Customs Brokers co Lid. Vs. United Dominions Trust Ltd., 1988, 1 All ER 847.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1995, Ref. El Derecho. n° . 977.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1999, Ref. El Derecho - nº 3709, RJ, 9369.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1964.

-Sentencia del Tribunal Supremo 29 de septiembre de 2004, Ref. Aranzadi - nº 5688,

-Sentencia del Tribunal Supremo 5 noviembre 2004, Ref. El Derecho, - nº 22726.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000, Ref. Aranzadi, - nº 9906.

-Sentencia Tribunal Supremo de 28 febrero de 2002, Ref. Aranzadi, - nº 2102.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 29 diciembre de 2003, Ref. Aranzadi, - nº 357.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2004, Ref. La Ley, - nº 1711.

-Sentencia Tribunal Supremo de 21 septiembre de 2004, Ref. Aranzadi, - nº 5576.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, Ref. El Derecho, - nº 135109.

-Sentencia del Tribunal Supremo 29 de septiembre de 2004, Ref. Aranzadi, - nº 5688.

-Auto del Tribunal Supremo de 7 octubre 2004, Ref. El Derecho, - nº 227260

-Sentencia Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005, Ref. Aranzadi, nº - 12239

-Sentencia Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007, Ref. Aranzadi nº - 472

-Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2009, Ref. El Derecho, - nº 283153.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de Ref. El Derecho, - nº 11510.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2009 Ref. El Derecho, - nº 276019.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 15 marzo 2010, Ref. Aranzadi, - nº 2347.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2011, Ref. El Derecho, - nº 6683.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 30 mayo 2011, Ref. Aranzadi, - nº 3995.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2011, Ref. La Ley, - nº 111564.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2000 Ref. 486.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2011 Ref. El Derecho, - nº 10621.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2011
Ref. El Derecho, nº 13874.

-Auto del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2014,
Ref. La Ley, nº - 143830

-Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de
junio de 2011, Ref. Aranzadi, - nº 287925.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012,
Ref. El Derecho, - nº . 201035.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2013,
Ref. El Derecho, - nº . 13853.

-Sentencia de Audiencia Provincial de Guadalajara de 2 de
septiembre de 1993, Ref. El Derecho, - nº . 13590.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12
noviembre 1993, Ref. Aranzadi, - nº 2299.

-Sentencia de Audiencia Provincial de Asturias de 26 de
septiembre de 2000, Ref. El Derecho, nº 76290.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 16 de
febrero de 2002, Ref. Aranzadi , - nº. 102109

-Sentencia de Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 4
de abril de 2002, Ref. Aranzadi,- nº . 62352.

-Sentencia de Audiencia Provincial de La Coruña de 13 de junio de
2002, Ref. Aranzadi, - nº . 215997.

-Sentencia de Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de noviembre 2002, Ref. Aranzadi, - nº . 268.

-Sentencia de Audiencia Provincial de Cantabria de 2 de abril de 2002, Ref. Aranzadi, - nº . 163582.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de junio de 2003. Ref. El Derecho, - nº . 352.

-Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de julio de 2003, Ref. Aranzadi,- nº. 219265.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 8 de abril de 2003, Ref. El Derecho, - nº 127140.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 10 de junio de 2003, Ref. El Derecho, - nº 208092.

-Sentencia de Audiencia Provincial de Asturias de 31 de octubre de 2003, Ref. El Derecho, - nº . 205217.

-Sentencia de Audiencia Provincial de Toledo de 18 febrero de 1999, Ref. Aranzadi, - nº 3709.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 17 de marzo de 2005, Ref. Aranzadi, - nº 96591.

-Auto del Tribunal de Justicia del País Vasco de 16 de enero de 2007 El Derecho Ref., - nº 25472.

-Auto del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007, Ref. El Derecho, - nº 184701

-Sentencia de Audiencia Provincial de Málaga de 17 de diciembre de 2007, Ref. El Derecho, - nº. 357159

-Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 22 abril de 2008, Ref. Aranzadi, - nº 206324.

-Sentencia Audiencia Provincial de Alicante de 27 enero 2010, Ref. Aranzadi, - nº 113314.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de mayo de 2010, Ref. La Ley, - nº 118470,

-Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 26 de mayo de 2010, Ref. Aranzadi, - nº 251533.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2009, Ref. El Derecho, - nº 397

-Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de diciembre de 2011, Ref. Aranzadi, - nº -251.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de junio de 2011, Ref. La Ley, - nº 101880.

-Sentencia Audiencia Provincial de Tarragona de 15 de mayo de 2012, Ref. El Derecho, - nº 72.

-Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de octubre de 2012, Ref. El Derecho, - nº 297423.

-Sentencia de Audiencia Provincial de Cantabria de 8 de noviembre de 2012, Ref. La Ley, - nº 212487.

-Sentencia Audiencia Provincial de Segovia 30 de septiembre de 2011 Ref. La Ley, - nº 265.

-Sentencia de Audiencia de Barcelona de 19 de diciembre de 2011, Ref. El Derecho, - nº 311792.

-Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 28 junio 2012, Ref. Aranzadi, - nº 11133.

-Sentencia de Audiencia Provincial de Murcia de 3 de julio de 2012, Ref. Aranzadi, - nº 281983.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 21 de septiembre de 2012, Ref. El Derecho, - nº 251889.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de noviembre de 2012, Ref. Aranzadi, - nº 11179.

-Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 1 marzo de 2013, Ref. Aranzadi, - nº 171662.

-Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de mayo de 2013, Ref. Aranzadi, - nº 197176.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 3 junio de 2013, Ref. Aranzadi - nº 265903.

-Sentencia Juzgado de Instrucción con competencia mercantiles de Cuenca de 4 de junio de 2012,

-Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 17 de septiembre de 2013, Ref. Aranzadi, - nº 1887.

-Sentencia de Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 1 de septiembre de 2006, Ref. La Ley, - nº 285.