

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (USAL)**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**



**TESIS DOCTORAL**

**EL DERECHO DE DESISTIMIENTO COMO MECANISMO  
PROTECTOR DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN  
ELECTRÓNICA**

**AUTOR: HENRRY SOSA OLÁN**

**DIRECTOR: JUAN PABLO APARICIO VAQUERO**

**SALAMANCA, NOVIEMBRE, 2014**



# **EL DERECHO DE DESISTIMIENTO COMO MECANISMO PROTECTOR DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**

Tesis doctoral elaborada por el Licenciado Henry Sosa Olán bajo la dirección del profesor Dr. Juan Pablo Aparicio Vaquero para la colocación del Grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca.

VºBº

El Director

El Doctorando

Salamanca, 2014



## **Agradecimientos**

### **A Dios, a mis padres y a mi hermano**

#### *Agradecimientos especiales:*

Alfonso Myers Gallardo (Jalisco)  
Alex David Hernández Domínguez (Venezuela)  
Alvaro Jiménez Pérez (Tabasco)  
Andrés Gallegos Torres (Tabasco)  
Andrés Granier Melo (Tabasco)  
Ángel Morales Velueta (Tabasco)  
Antonio González Lorente (España)  
Antonio González Torres (Costa Rica)  
Arturo Murguía Murguía (México)  
Benedicto de la Cruz López (Tabasco)  
Diego Alonso Gómez Aguilar (México)  
Francisco Javier Pacheco de Salazar (Tabasco)  
Gisselle de la Cruz Hermida (México)  
Hector Madrid Castro (Sonora)  
Javier Andrés Espadas López (Tabasco)  
Jorge Orlando Bracamonte Hernández (Tabasco)  
José Natividad Olán López (Tabasco)  
Juan Ángel Torres Rechy (Veracruz)  
María Elena Páez Median (México)  
Octavio Jiménez Pérez (Tabasco)  
Odilon Daltro de Goes (Brasil)

A los frailes del Convento de San Esteban, en especial a Fray Antonio González Lorente, Manuel Ángel, Ramón y Ricardo.

Y a todos aquellos a quienes hicieron posible la realización de la presente Tesis doctoral, muchas gracias por sus apoyos.



## ÍNDICE GENERAL

|   |     |
|---|-----|
| Abreviaturas.....   | 13  |
| Introducción .....  | 17  |
| Capítulo I .....  | 27  |
| La protección del consumidor en el Derecho de contratos, en la<br>contratación a distancia y en la LSSI .....               | 27  |
| 1.1. Europa como impulsora de una sociedad de consumo y del<br>comercio electrónico.....                                    | 27  |
| 1.2. Las ventas a distancia en la Sociedad de la Información:<br>Importancia del Comercio Electrónico .....                 | 41  |
| 1.3. Regulación de un sujeto especial: concepto de consumidor .....   | 52  |
| 1.3.1. La problemática de su delimitación conceptual .....  | 55  |
| 1.3.2. Prácticas y contratos regulados para proteger al consumidor<br>.....   | 66  |
| 1.4. La Directiva de los Derechos de los Consumidores del año 2011  | 77  |
| 1.4.1. El cambio de enfoque: de la armonización mínima a la<br>armonización plena .....                                     | 77  |
| 1.4.2. En relación con el derecho de desistimiento .....  | 89  |
| 1.5. El derecho de desistimiento como instrumento de evolución del<br>Derecho de contratos a nivel europeo y nacional ..... | 97  |
| 1.6. Propuestas de armonización y unificación en el Derecho Privado<br>europeo que prevén el derecho de desistimiento ..... | 102 |
| 1.7. El Derecho de consumo español, “obra en construcción<br>permanente” .....  | 107 |
| Capítulo II .....   | 119 |
| Naturaleza jurídica del derecho de desistimiento en los contratos<br>celebrados con consumidores .....                      | 119 |

|   |     |
|---|-----|
| 2.1. Qué “no es” el desistimiento del consumidor: los supuestos de ineficacia contractual y la perfección diferida del contrato.....  | 119 |
| 2.1.1. Nulidad.....   | 124 |
| 2.1.2. Anulabilidad.....  | 126 |
| 2.1.3. Rescisión.....   | 128 |
| 2.1.4. Revocación .....   | 130 |
| 2.1.5. Resolución .....   | 132 |
| 2.1.6. Como un contrato celebrado sujeto a condición.....   | 134 |
| 2.1.7. Como un contrato en calidad de ensayo o prueba .....   | 136 |
| 2.1.8. Contrato sujeto a arras penitenciales .....  | 138 |
| 2.1.9. Contrato sometido a término inicial .....  | 139 |
| 2.1.10. Derecho del consumidor a poner fin al contrato de duración indefinida .....   | 140 |
| 2.2. Qué es el derecho de desistimiento del consumidor.....   | 143 |
| 2.2.1. El derecho de desistimiento como figura asistemática y fragmentaria: la necesidad de un concepto general y armonizado de desistimiento en el ámbito de consumo ..... | 143 |
| 2.2.2. Antecedentes normativos del actual derecho de desistimiento en el ámbito de consumo .....  | 154 |
| 2.2.3. El desistimiento como derecho subjetivo del consumidor   | 157 |
| 2.2.4. Características y especialidades del derecho de desistimiento del consumidor. En particular, su aplicación en la contratación electrónica .....                      | 163 |
| a) Se trata de un derecho discrecional.....   | 163 |
| b) Irrenunciable para el consumidor y usuario .....   | 168 |
| c) Su ejercicio tiene carácter temporal.....  | 170 |
| d) Libertad de forma para su ejercicio.....   | 172 |
| e) Es una declaración de voluntad recepticia.....   | 175 |



|  |     |
|--|-----|
| f) Sin penalización alguna para el consumidor.....   | 179 |
| g) Su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado .....  | 180 |
| h) Puede tener su origen tanto legal como contractualmente   | 181 |
| 2.2.5. Otros supuestos de desistimiento en el ámbito de consumo .....  | 187 |
| 2.2.5.1. El derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil .....   | 187 |
| 2.2.5.2. El derecho de desistimiento en los contratos de servicios financieros a distancia y seguros .....   | 191 |
| 2.2.5.3. El derecho de desistimiento en los contratos de crédito al consumo.....   | 198 |
| 2.2.5.4. El derecho de desistimiento en la venta a plazo de bienes muebles .....   | 202 |
| 2.2.5.5. El derecho de desistimiento en los contratos de aprovechamiento por turno .....   | 206 |
| 2.2.5.6. ¿Es realmente un derecho de desistimiento el supuesto regulado en el artículo 160 TRLGDCU? .....  | 208 |
| 2.2.6. Recapitulación.....   | 213 |
| Capítulo III .....   | 217 |
| Perfeccionamiento y ejecución del contrato electrónico como forma del contrato a distancia .....   | 217 |
| 3.1. Marco normativo de la contratación a distancia y electrónica: la prestación de servicios por Internet en España .....                                     | 217 |
| 3.2. Concepto y características del contrato a distancia .....   | 227 |
| 3.2.1. La ausencia física de comprador y vendedor para la celebración del contrato: contratos de formación sucesiva y contratos de formación instantánea ..... | 236 |

|  |     |
|--|-----|
| 3.2.2. La oferta y la aceptación se realizan necesariamente a través de una técnica de comunicación a distancia .....    | 240 |
| 3.2.3. Sistema de venta organizado por el vendedor .....   | 243 |
| 3.3. La contratación electrónica como modalidad de la contratación a distancia: generalidades .....                      | 247 |
| 3.3.1. Concepto de contrato electrónico: ámbito objetivo y subjetivo .....   | 247 |
| 3.3.2. Principios que rigen la contratación electrónica .....  | 252 |
| 3.4. Información precontractual .....  | 260 |
| 3.4.1. Información precontractual en materia de contratación a distancia .....   | 267 |
| 3.4.2. Requisitos formales del contrato a distancia .....  | 274 |
| 3.4.3. Información precontractual en la contratación electrónica .....   | 278 |
| 3.5. Formación y Perfección del contrato .....   | 290 |
| 3.5.1. Oferta .....  | 290 |
| 3.5.2. Aceptación .....  | 293 |
| 3.5.3. Información postcontractual en la contratación a distancia y, en particular, en la contratación electrónica ..... | 298 |
| 3.5.4. Consecuencias del incumplimiento de los deberes contractuales de información .....                                | 304 |
| 3.5.5. Momento de perfección del contrato .....  | 309 |
| 3.5.6. Lugar de perfección del contrato, foro de competencia y Ley aplicable .....                                       | 314 |
| 3.6. Ejecución del contrato .....  | 322 |
| 3.6.1. Obligación del vendedor: la entrega de la cosa .....  | 323 |
| 3.6.2. Obligaciones del comprador: en particular el pago .....   | 332 |
| 3.7. Códigos de conducta .....   | 338 |

|   |     |
|---|-----|
| Capítulo IV .....   | 343 |
| Régimen jurídico del derecho de desistimiento en la contratación electrónica .....                              | 343 |
| 4.1. Marco normativo .....  | 343 |
| 4.2. El plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento: su inicio y cómputo.....                          | 347 |
| 4.2.1. Inicio y cómputo del plazo en contratos electrónicos de bienes.....                                      | 352 |
| 4.2.2. Inicio y cómputo del plazo en contratos electrónicos de servicios .....                                  | 355 |
| 4.2.3. Consecuencias del incumplimiento del deber de información sobre el plazo del derecho desistimiento ..... | 357 |
| 4.3. Forma y prueba del ejercicio del derecho de desistimiento .....  | 366 |
| 4.4. Excepciones al derecho de desistimiento.....   | 379 |
| 4.5. Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento .....   | 390 |
| 4.5.1. Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en contratos sobre bienes.....                        | 392 |
| 4.5.2. Desistimiento y riesgos .....  | 399 |
| 4.5.3 Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en contratos de servicios.....                         | 402 |
| 4.5.4. Restitución de las prestaciones.....   | 409 |
| 4.5.4.1. Regulación normativa .....   | 409 |
| 4.5.4.2. Restitución recíproca de las prestaciones.....   | 410 |
| 4.6. Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos vinculados.....                        | 414 |
| Conclusiones .....  | 421 |
| Bibliografía.....   | 433 |



## Abreviaturas

|                     |   |
|---------------------|---|
| AC                  | Actualidad Civil  |
| ACQP                | <i>Acquis Principies</i>  |
| ADC                 | Anuario de Derecho Civil  |
| Ar. Civ             | Aranzadi Civil.   |
| Art.                | Artículo  |
| BOE                 | Boletín Oficial del Estado  |
| CC                  | Código Civil  |
| Ccom                | Código de Comercio  |
| CDC                 | Cuadernos de Derecho y Comercio   |
| CESL                | <i>Common European Sales Law</i> (COM (2011) 635 final, de 11 de octubre)   |
| <i>Cfr.</i>         | Confróntese   |
| CNUDMI/UNCITRAL     | Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional  |
| DDC                 | Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores   |
| Dir.                | Directiva   |
| DN                  | Derecho de los negocios   |
| DOCE                | Diario Oficial de la Unión Europea  |
| EC                  | Estudios sobre consumo  |
| Ed.                 | Edición   |
| <i>Et al</i>        | y otros   |
| Ibídem              | en el mismo lugar   |
| InDret              | Revista para el Análisis del Derecho  |
| Ley de Consumidores | 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, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre |
| LGDCU               | Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios   |
| LOCM                | Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista  |
| LSSI                | Ley 24/2002, de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico  |
| MCFR                | <i>Draft Common Frame of Reference</i>  |
| Op.cit              | obra citada   |

|         |   |
|---------|---|
| PDDC    | Propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores, de 8 de octubre de 2008 (COM [2008] 614 final)   |
| RCE     | Revista de la contratación electrónica  |
| RDBB    | Revista de Derecho Bancario y Bursátil  |
| RDL     | Real Decreto Ley  |
| RDM     | Revista de Derecho Mercantil  |
| RDP     | Revista de Derecho Privado  |
| RdPat   | Revista de Derecho Patrimonial  |
| REDI    | Revista de derecho informático  |
| STJCE   | Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas  |
| TFUE    | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea   |
| TJCE    | Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas   |
| TRLGDCU | Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) |
| TUE     | Tratado de la Unión Europea   |
| UE      | Unión Europea   |
| Vid.    | Véase   |
| Vol.    | Volumen   |







## Introducción

El derecho de desistimiento del consumidor se une a las figuras típicas de ineficacia contractual (resolución, rescisión, nulidad, anulabilidad, etc.). El presente Trabajo tiene como fin principal dejar testimonio de cómo la figura comentada ha cobrado gran importancia, tanto teórica como práctica, dentro de la teoría de las obligaciones y contratos y comprobar cómo se aplica a un sector en pleno auge en la actualidad: la contratación electrónica de bienes y servicios.

En el Derecho Español, no existe un concepto uniforme de lo que debe entenderse por desistimiento en los contratos de consumo. Aunque existe una definición legal (art. 68.1 TRLGDCU), ésta se encuentra incompleta. En cambio, la descripción que brindamos en nuestro estudio se aplica analógicamente, no sólo a la materia de contratación a distancia, sino también a otros sectores, en donde se encuentra regulada la figura tales como los contratos de crédito al consumo, los de tiempo compartido, o los servicios financieros a distancia, entre otros.

La función principal del derecho de desistimiento es proteger al consumidor en ciertas formas de conclusión del contrato, por lo tanto, es un derecho que no se ha generalizado, sino que en cada Directiva en que se encuentra regulado tiene su razón de ser, sus propias excepciones, y su propio régimen jurídico. Con esto no queremos decir que existan distintos derechos de desistimiento, sino que son diferentes supuestos, los cuales comparten las mismas características, las cuales describiremos en el Capítulo II de la presente Tesis, en donde analizamos su naturaleza jurídica.

El Trabajo que presentamos se encuentra dividido en cuatro capítulos, los cuales tienen como objetivo analizar el derecho de desistimiento en la contratación electrónica tanto a nivel comunitario como en la normativa española.

En el primer capítulo, describimos cómo la Unión Europea se ha preocupado por construir un marco jurídico para proteger al consumidor, lo cual se ve reflejado en diversas Directivas y Reglamentos.

El antecedente directo de estas normas lo encontramos en el “*Programa preliminar de la Comunidad Económica de Protección al consumidor*” (1975). Asimismo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prevé que se adopten políticas que incluyan la protección del consumidor (arts. 114 y 169).

Hace algunos años, la ley modelo UNCITRAL, en materia de contratación electrónica de las Naciones Unidas (ONU), puso las bases para que la mayoría de los países regularan el comercio electrónico. En este sentido, la UE no se quedó atrás y también aprobó normas que regularan el fenómeno comentado, razón por la cual, se adoptaron la *Directiva 2000/31/CE, de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico* y la *Directiva 1999/93/CE, de Firma Electrónica* (y, en la actualidad, el *Reglamento 910/2014*). Ambos instrumentos, tienen como objetivo elevar la protección del consumidor cuando éste realice compras a través de Internet.

La *Directiva de la Sociedad de la Información* juega un papel importante, debido a que engloba otros conceptos entre los que encontramos el “*Comercio Electrónico*”, el cual se desarrolla a través de Internet, y es por medio de este canal de comunicación que las ventas a distancia han ido creciendo poco a poco, puesto que es común que las empresas ofrezcan sus productos y servicios utilizando el correo electrónico, o bien habilitando una página *web*.

El concepto de *consumidor* ha sido uno de los caballos de batalla a nivel comunitario y nacional; prueba de ello son las diversas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en donde se ha excluido a las personas jurídicas que adquieren bienes o contratan servicios con fines de lucro. En este sentido, las Directivas y Reglamentos que brindan un concepto de consumidor, coinciden en los siguientes elementos: que sea *una persona física* y que *adquiera bienes o contrate servicios sin fines de lucro*.

Por otra parte, una de las cuestiones centrales en las que ponemos un énfasis especial, es en el de la técnica legislativa empleada por el legislador europeo. Desde 1984 hasta el año 2001, las Directivas de consumo fueron de armonización *mínima*, después el legislador optó por el enfoque de armonización *plena* en ciertos aspectos, con el objetivo de armonizar y unificar ciertas materias, tratándose de evitar la fragmentación jurídica. Lo anterior tiene como base el *Libro Verde de consumidores* del año 2001 y 2007, así como diversas Decisiones. A esto habría que añadir la aparición de propuestas como el Marco Común de Referencia y los Principios ACQUIS. Este último proyecto pone las bases de cómo debería armonizarse el Derecho de Consumo a nivel comunitario. En cambio, el Marco Común de Referencia no se sabe a cierta ciencia qué es: para un sector de la doctrina podría servir como un instrumento opcional; para otros, se trata de un proyecto de Código Civil en materia de obligaciones y contratos a nivel comunitario.

La contratación por Internet ha ido creciendo en la UE, tal y como se muestra en los Eurobarómetros de los años 2008, 2011 y 2013. Ante tal situación, el legislador europeo se ha visto en la necesidad de adoptar medidas que beneficien a los consumidores, entre las que encontramos los deberes precontractuales de información y el derecho de desistimiento. La figura jurídica mencionada se encuentra regulada actualmente en cuatro Directivas: la *Directiva de servicios financieros a distancia*, la *Directiva de tiempo compartido*, la *Directiva de crédito al consumo* y la *Directiva sobre los Derechos de los Consumidores del año 2011* (DDC). Este último cuerpo normativo unifica y armoniza, tal y como veremos, el derecho de desistimiento, tanto en contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil como en materia de contratación a distancia.

A nivel nacional, el Derecho de Consumo español ha sido y será una “*obra en construcción permanente*”, debido a que el Derecho evoluciona, apareciendo nuevos problemas; ejemplo de ello, lo encontramos en materia de contratación a distancia, la cual ha sido retocada por el legislador europeo con la aprobación de la DDC, norma que modificó

tanto formal como sustancialmente el Derecho de Obligaciones y Contratos dentro de los Estados miembros, entre ellos, España.

En el capítulo II abordamos la naturaleza jurídica del *derecho de desistimiento en los contratos de consumo*, para lo cual comparamos las distintas formas de ineficacia contractual (anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, etc.). Las figuras jurídicas mencionadas en poco o nada se asemejan al desistimiento, tal y como quedará demostrado en su momento, cuando definamos qué es el derecho de desistimiento. Éste tiene unas características propias, que se aplican en materia de servicios financieros, tiempo compartido, crédito al consumo, contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y contratación a distancia, excluyéndose el derecho a poner fin a los contratos de duración indefinida regulados en el artículo 62 TRLGDCU, o el supuesto previsto en el artículo 160 del mismo texto legal para el caso de los viajes combinados.

El desistimiento del consumidor se configura como un derecho nuevo, el cual surge de las políticas legislativas de la UE. No obstante, cabe aclarar que este derecho no se puede separar de la teoría de obligaciones y contratos, debido a que sus efectos tienen como consecuencia la restitución recíproca de las cosas (arts. 1.303-1.308 del CC). Sin embargo, estos varían, dependiendo ante qué tipo de contratos nos encontremos. Si el desistimiento recae sobre bienes los efectos que produce son “*ex tunc*”, es decir, se pretende volver al estado de la cuestión, tal y como se encontraba desde el inicio. En cambio, si sus efectos recaen sobre servicios, el efecto es “*ex nunc*”, por lo tanto, no existe retroactividad al no poder volver a la situación inicial.

En el capítulo III, estudiaremos el “*contrato electrónico*” como una modalidad de la contratación a distancia. En este sentido, para que un contrato sea considerado a distancia debe cumplir con los siguientes requisitos: la oferta y la aceptación tienen que realizarse “*sin la presencia física simultánea*”, tiene que haber “*ausencia física tanto del comprador como del vendedor*” y el vendedor debe contar con un “*sistema de venta*”.

La contratación electrónica cuenta con ciertos principios como el de equivalencia funcional, buena fe, neutralidad tecnológica, libertad de forma e inalteración del derecho de obligaciones de contratos. No

obstante, no se puede decir que sea una materia autónoma, es decir, alejada de la teoría de obligaciones y contratos, ya que encuadra perfectamente dentro de ésta.

Una vez visto el ámbito objetivo y subjetivo de la contratación a distancia y la contratación electrónica, estudiaremos el momento en que se perfecciona el contrato. Con la entrada en vigor de la LSSI, volvió a revivir la polémica entre contratación entre presentes y contratación entre ausentes. Para resolver la problemática comentada, se reformaron el artículo 1.262.1 CC y 54 CCom, unificando y adoptándose la teoría de la recepción matizada por la teoría del conocimiento. Estas reglas juegan un papel importante a la hora de que el consumidor contrate por medio de canales de comunicación, tales como el correo electrónico o mediante página *web*, pues dependiendo de uno u otro estaremos ante contratos de formación instantánea o contratos de formación sucesiva.

Otro de los temas que cobra relevancia en materia de contratación a distancia es el de los deberes contractuales de información previstos en los artículos 60, 97 y 98 TRLGDCU, los cuales se amplían cuando el contrato se realice por medios electrónicos, al tener la obligación el PSSI de cumplir con lo establecido en los artículos 10, 27 y 28 de la LSSI.

La DDC y su correspondiente transposición a nuestro Derecho amplían y mejoran los deberes contractuales de información al distinguir claramente entre bienes y servicios, e incluyendo a la contratación electrónica al mencionar expresamente el “contenido digital” (art. 2.11). Estamos de acuerdo con este tipo de previsiones; no obstante, la norma citada en sus artículos 5 y 6 hace una repetición de ciertos deberes contractuales, lo cual es criticable, debido a que, en nuestra opinión, la técnica jurídica empleada por el legislador europeo no fue la correcta.

Por lo que respecta a la regulación de la infracción de los deberes contractuales de información, en el ámbito de consumo no existe una postura uniforme, es decir, es fragmentaria, razón por la cual ha de estarse al caso concreto. En materia de contratación a distancia, la normativa vigente permite al consumidor desistir del contrato en el plazo de un año en el supuesto de que el empresario incumpla con el deber de

confirmar los deberes contractuales. Lo mismo ocurre si se omite la información relativa al derecho de desistimiento, esto con independencia de las sanciones administrativas. Para el caso de que la contratación se realice por medios electrónicos, será de aplicación la LSSI, la cual clasifica las sanciones administrativas en *leves*, *graves* y *muy graves*; dependiendo del tipo de información que se omita se estará a una u otra.

Es criticable la fragmentación de la regulación normativa de los deberes contractuales de consumo, en el sentido de que no hay una postura uniforme, lo cual entendemos perfectamente, confirmándose una vez más nuestro argumento en el sentido de que existen diversos supuesto de desistimiento, los cuales se encuentra regulados en distintas Directivas de consumo (p. ej., la Dir. 2002/65/CE, *de servicios financieros a distancia*), las cuales han sido creadas para una problemática específica y, por ende, diferente. Para reafirmar nuestro dicho, basta con leer la Exposición de Motivos de cada una de las normas en donde se encuentra recogida la figura objeto de nuestro estudio, para darse cuenta de lo que aquí apuntamos.

A nivel comunitario existen normas que se ocupan de la materia procesal y foro de competencia cuando una parte es considerada consumidor, tal es el caso del Reglamento Bruselas I y el Reglamento Roma 1. Ambas normas cobran importancia a la hora de proteger al consumidor activo que contrata a través de Internet. Además con este tipo de previsiones no importa que el contrato sea intracomunitario, extracomunitario o relativamente comunitario, todos los cuales se encuentran bien delimitados por los textos normativos comentados.

La ejecución del contrato es otro de los aspectos que cobran relevancia en materia de contratación electrónica. La Ley exige al vendedor cumplir con sus obligaciones en el plazo de 30 días naturales a más tardar, de lo contrario el consumidor puede resolver el contrato. El pago mediante tarjeta de crédito es la forma más habitual en el comercio electrónico, por lo tanto, el legislador se ha visto en la necesidad de regularla, protegiendo al consumidor en contra de actos fraudulentos (art. 112 TRLGDCU). Ahora bien ¿qué sucede cuando el bien no es conforme, es decir, no cumple con las características del contrato, o simplemente no

funciona? La *Directiva 99/44/CE, de bienes de consumo* establece una serie de remedios a los cuales puede recurrir el consumidor para el caso de que exista falta de conformidad (arts. 114-127 TRLGDCU). Caso contrario ocurre en la materia de servicios, en donde se aplican las tradicionales reglas del CC.

Los Códigos de Conducta son normas deontológicas, que mejoran la protección del consumidor en muchos aspectos, de ahí la importancia que cobran, al generar seguridad jurídica y brindar confianza para las partes contratantes. La actuales *Directivas de tiempo compartido, comercio electrónico, servicios financieros* y la DDC fomentan su regulación. En materia de contratación electrónica, las mayoría de las grandes empresas que ofrecen sus productos o servicios en Internet, se encuentran adheridas a códigos de conducta que, habitualmente mejoran las condiciones del desistimiento otorgado al consumidor, respetando siempre los límites previstos en la regulación legal.

En el capítulo IV, explicaremos el régimen jurídico del derecho de desistimiento en el marco de la contratación electrónica, el cual en la legislación actual se ha uniformado por medio de la *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, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, ya que anteriormente era triple, es decir, existían tres normas que lo regulaban a la vez: LOCM, R/D 1906/1999 y el TRLGDCU. Ante tal panorama, había confusión y fragmentación jurídica, dificultándose su estudio. Sin embargo, la transposición de la DDC acabó con esta problemática, al derogar las disposiciones contenidas en la LOCM y derogar por completo el R/D 1906/1999, el cual chocaba tajantemente con el principio de armonización plena.

En la actualidad, el plazo para desistir del contrato que tiene el consumidor en materia de contratos a distancia es de 14 días *naturales*, regla que acaba con las discrepancias que existieron en los distintos Estados miembros en este punto, al no existir unanimidad de lo que debe entenderse por día “hábil”. No obstante, el cómputo del plazo mencionado

varía dependiendo del tipo de contrato ante el que nos encontremos, ya sea bienes o servicios.

Por otra parte, con la aprobación de la DDC se puso fin a la discusión de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del desistimiento en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y contratos celebrados a distancia, lo cual había sido uno de los dolores de cabeza a nivel comunitario, siendo determinante el papel del TJCE al pronunciarse en diversas sentencias.

La forma y prueba del ejercicio del derecho de desistimiento es otra de las cuestiones cruciales, sobre la que tanto a nivel comunitario como nacional, se han pronunciado los Tribunales en distintas sentencias. Existen diversas formas a través de las cuales el consumidor puede ejercer el derecho que le asiste. No obstante, como a él le corresponde la prueba del ejercicio, debe dejar constancia de ello. En este sentido, la actual DDC y el TRLGDCU implementan dentro de sus respectivos Anexos un formulario de desistimiento, el cual se convierte en un elemento formal del contrato, debido a que su incumplimiento total o parcial, puede ocasionar, tanto sanciones civiles como administrativas para el empresario.

Una vez ejercido el derecho de desistimiento, surgen obligaciones tanto para el vendedor como para el consumidor; en este sentido el vigente TRLGDCU (art. 74.1) reconduce directamente a la restitución recíproca contemplada en el CC (arts. 1.303-1.308). Además para el caso de contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, se especifican los efectos del desistimiento en bienes y servicios y sobre los contratos vinculados (arts. 106-108 TRLGDCU). Asimismo, existen reglas especiales, por lo que respecta al riesgo de pérdida o deterioro del bien cuando todavía éste no ha sido entregado al consumidor (art. 66 *ter* TRLGDCU). Cabe aclarar que las reglas comentadas se encuentran reguladas en la mayoría de las condiciones generales de las empresas que se dedican al comercio electrónico; en todo caso ahora, se materializan de manera expresa en una Ley.



El soporte metodológico teórico y científico de la presente Tesis lo constituyen los trabajos científicos de diversos autores, los cuales han contribuido en buena medida a la construcción de nuestra teoría del desistimiento en el ámbito del consumo. En el Derecho español existen pocas monografías que hablen del desistimiento como forma de ineficacia del contrato en el ámbito del consumo; incluso se llega a confundirlo con otras figuras jurídicas como la revocación o la resolución, debido en buena medida a que, en el pasado, las fronteras entre una y otra no se encontraban perfectamente delimitadas. La cuestión hoy se encuentra resuelta, tal y como analizamos en el Capítulo II. Se trata de un derecho nuevo, el cual tiene como punto de partida a nivel europeo, la *Directiva 85/577/CEE, de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil*. Para reafirmar nuestro argumento, basta con echarle un vistazo a los manuales clásicos del Derecho de Obligaciones y Contratos, los cuales hablan de manera escueta del desistimiento, incluso algunos ni lo mencionan.

Para efectuar un estudio amplio del tema se utilizaron una serie de métodos específicos de investigación de los problemas y de las cuestiones de carácter social, donde destacamos los siguientes:

1.-La “*interpretación*” de los artículos que se refieren a los contratos celebrados por los consumidores en materia de contratación a distancia, tanto a nivel comunitario como a nivel nacional.

2.-El “*análisis*” del fenómeno, de las acciones, las tendencias, las causas, la evolución histórica del derecho de desistimiento en materia de contratación a distancia con consumidores.

3.-La “*síntesis*” de los elementos comunes entre los ordenamientos jurídicos español y comunitario, para poner de relieve las características generales y particulares referidas al derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica con consumidores.

4.-La “*comparación*” entre las disposiciones del TRLGDCU, la DDC, el ACQUIS, el MCFR y el CESL.

5.-La “*clasificación*” para evaluar y delimitar diversos tipos de ineficacia contractual, tanto en su forma como en su contenido.

Una vez definido el objeto de nuestro estudio, cuál es su función y la metodología utilizada, en las próximas líneas trataremos de responder a los siguientes interrogantes: ¿Qué es el derecho de desistimiento del consumidor? ¿En qué consiste? y ¿Cuál es su importancia práctica y su régimen jurídico, en particular, en el marco de la contratación electrónica?

Por último, es importante mencionar que la gran mayoría de las ideas defendidas, se encuentran presentes en el común del Derecho comparado, y no sólo en el español. No obstante, hemos centrado nuestros razonamientos en este último por tratarse de un estudio elaborado en España; ello no es óbice para que un momento se voltee la mirada al Derecho alemán, al francés o italiano. Muestra de ello es la revisión de diversas legislaciones estatales a nivel comunitario, las cuales se encuentran citadas a lo largo del presente Trabajo.

## Capítulo I

### La protección del consumidor en el Derecho de contratos, en la contratación a distancia y en la LSSI

#### 1.1. Europa como impulsora de una sociedad de consumo y del comercio electrónico

En los últimos 20 años la Sociedad de la Información ha crecido de manera acelerada, por lo tanto, la Unión Europea (en adelante UE) ha creado mecanismos legales de protección en diversos sectores de la contratación, como es el caso de la contratación a distancia. Por otro lado, el comercio electrónico, el cual se desarrolla en gran medida por medio de Internet, ha potenciado la compra de bienes y contratación de servicios. De ahí la necesidad de armonizar y unificar un marco normativo a nivel comunitario, con el fin de aprovechar el mercado interior europeo<sup>1</sup>.

La aprobación de la *Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia*, así como de la *Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico*, y la publicación en octubre de la *Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores*, en donde se armonizan las materias de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratación a distancia, han marcado un precedente en la regulación de las ventas a distancia a nivel comunitario, sobre todo en las transacciones en las cuales participa un consumidor. A lo largo del presente capítulo,

---

<sup>1</sup> Vid. Exposición de Motivos de la *Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico* en sus Considerandos uno y dos señala: “1) La Unión Europea tiene como objetivo crear una unión cada vez más estrecha entre los Estados y los pueblos europeos, así como asegurar el progreso económico y social. De conformidad con el apartado 2 del artículo 14 del Tratado, el mercado interior supone un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento están garantizadas. El desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en el espacio sin fronteras interiores es un medio esencial para eliminar las barreras que dividen a los pueblos europeos.

(2) El desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos”.

trataremos de analizar los aspectos más relevantes de las normas comentadas, con el fin de ver la evolución de la materia objeto de nuestro estudio a nivel europeo.

Con la aprobación del *Tratado de Roma* (1957) se pusieron las bases para la creación de un mercado común en Europa, el cual tuvo como objetivo principal la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales. En la actualidad, estas libertades fundamentales se encuentran reconocidas en el artículo 114 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (en adelante TFUE)<sup>2</sup>, el cual aclara lo siguiente: “*El Parlamento Europeo y el Consejo [...] adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior*”. Además, este precepto atribuye competencia al legislador comunitario para armonizar las legislaciones nacionales en la materia comentada, siempre y cuando, se siga fortaleciendo el mercado interior”<sup>3</sup>. De esta manera, los Estados miembros no pueden introducir obstáculos o barreras que impidan el desenvolvimiento del mercado; al contrario, de lo que se trata es de que haya una armonización de reglas comunes.

En un inicio, la regulación del mercado común a nivel comunitario pretendió lograr la prohibición de los monopolios y una política agrícola, lo cual dio pauta para la creación del fondo de orientación y garantía agrícola (FEGA)<sup>4</sup>. Sin embargo, la protección del consumidor como fin en sí misma quedó olvidada, razón por la cual, se le dejaba en indefensión al no brindarle seguridad jurídica. No obstante, actualmente, el TFUE prevé en su artículo 169 la protección del consumidor como uno de los principios rectores. Por otra parte, dentro de dicho Tratado se trata de impulsar tanto la política tecnológica como la económica (arts. 120 y 179

---

<sup>2</sup> DOCE C núm. 115, de 9-V-2008.

<sup>3</sup> En el TFUE se reconocen las siguientes libertades fundamentales: Libre circulación de mercancías (art. 34 ss.); Libre circulación de trabajadores (art. 45 ss.); Libertad de establecimiento (art. 49 ss.); Libre circulación de servicios (art. 56 ss.); y Libre circulación de capitales (art. 63)

<sup>4</sup> Vid. más sobre el Tratado de Roma en: <http://www.historiasiglo20.org/europa/traroma.htm>. [Con acceso el 3-XII-2009].

del TFUE). Cabe destacar que ambas políticas son los pilares sobre los que se construye la consolidación del mercado común.

La aportación principal del Tratado de Roma en el ámbito comunitario fue el *principio de libre circulación de mercancías* (art. 26 del TFUE)<sup>5</sup>, el cual como aclara GONZÁLEZ VAQUÉ, tiene como fin “[A]segurar la libre circulación de mercancías en los ámbitos y sectores no armonizados, ha redundado en beneficio de los consumidores al permitir una constante ampliación de la gama de productos disponibles a precios que, gracias al inherente incremento de la competencia no cesan de representar un porcentaje cada vez menor al presupuesto familiar”<sup>6</sup>. El principio que venimos comentando, guarda una estrecha relación con el principio de reconocimiento mutuo<sup>7</sup>.

Por otro lado, con la firma del *Tratado de Lisboa*<sup>8</sup> los principios citados en el párrafo anterior se fortalecieron (*cfr.* arts. 26 y 30), al seguir con la política de un mercado sin fronteras interiores, con libre circulación de mercancías, personas servicios, capitales y prohibición de los derechos de aduana de importación entre los Estados miembros. En está

---

<sup>5</sup> *Cfr.*, sobre este punto GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “De Roma Niza: medio siglo de libre circulación de mercancías en la comunidad europea”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 3, 2007, especialmente págs. 7-10, el autor pone como ejemplo las siguientes sentencias que han construido a través del tiempo el *Principio de libre circulación de mercancías: Húlises Usagés* de 7 de febrero de 1985, asunto C-240/83, la cual declaró que los principios de libre circulación de mercancías, libre competencia y libertad de empresa son “principios generales” en el Derecho Comunitario; la sentencia *Dassonville* de 11 de julio de 1974, asunto C-8/74, que estableció el concepto de “efecto equivalente”, prohibiendo a los Estados miembros obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente el comercio intracomunitario.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La noción de consumidor *normalmente informado* en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las comunidades Europeas: la sentencia *Gut Springenheide*”, *DN*, núm. 103, 1999, pág. 10.

<sup>7</sup> *Vid.* [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/internal\\_market\\_general\\_framework/121001b\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/internal_market_general_framework/121001b_es.htm). [Con acceso el 3-III-2012], el principio de reconocimiento mutuo garantiza la libre circulación de mercancías y servicios sin que sea necesario armonizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Así pues, la venta de un producto legalmente fabricado en un Estado miembro no puede estar prohibida en otro Estado miembro, aunque las condiciones técnicas o cualitativas difieran de las impuestas a los propios productos. Existe una única excepción: en caso de interés general (protección de la salud, los consumidores o el medio ambiente) se aplican condiciones estrictas. El mismo principio se aplica en materia de servicios.

En general, prevalecen las normas del Estado miembro de origen, lo que garantiza el respeto del principio de subsidiariedad, evitando la instauración de una normativa detallada a escala comunitaria y garantizando un mayor respeto de las tradiciones locales, regionales y nacionales y, lo que permite asimismo el mantenimiento de la diversidad de los productos y servicios. El reconocimiento mutuo constituye así un medio pragmático y potente de integración económica.

<sup>8</sup> *Vid.* Tratado de Lisboa, DOCE núm. C 306, de 17-XII-2007.

línea, el *Reglamento número 764/2008 del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2008 por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro y se deroga la Decisión número 3052/95/CEE* tiene como fin establecer las normas y procedimientos que deberán seguir las autoridades de un Estado miembro, siempre y cuando se respeten los siguientes requisitos (art. 1.2)<sup>9</sup>:

- a) *La prohibición de introducir en el mercado ese producto o tipo de producto;*
- b) *La modificación o el ensayo adicional de ese producto o tipo de producto antes de que pueda introducirse o mantenerse en el mercado; y*
- c) *La retirada del mercado de ese producto o tipo de producto.*

Actualmente el principio de reconocimiento mutuo se encuentra estipulado en el artículo 95 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Un segundo esfuerzo por lograr una política común de consumo en el ámbito de la Unión Europea se vio reflejado en la *Cumbre de París* celebrada los días 22 y 23 de octubre de 1972 en la ciudad mencionada, en donde se señaló la necesidad de reforzar y coordinar las acciones a favor de la protección de los consumidores<sup>10</sup>.

Asimismo, esta Cumbre dio como resultado que en 1973, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa aprobara la *Carta Europea de protección de los consumidores*, siendo el primer documento que reconoció los derechos de los consumidores al establecer las siguientes prerrogativas: “a) el derecho a la protección y a la asistencia de los consumidores; b) el derecho a la reparación del daño que resienta el consumidor por la circulación de productos defectuosos o por la difusión de mensajes engañosos o erróneos; c) el derecho a la información y a la educación; y d) el derecho de los consumidores a organizarse en

---

<sup>9</sup> *Vid.* GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “El Reglamento n.º 764/2008: un instrumento para agilizar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo por lo que se refiere a la libre circulación de mercancías”, *DN*, núm. 222, 2009, págs. 5- 17.

<sup>10</sup> *Vid.* Texto completo de la Cumbre de París en: <http://www.cepc.gob.es/>. [Con acceso el 24-VI-2011].

asociaciones y a ser representados en diversos organismos, para expresa opiniones sobre decisiones política y económicas inherentes a la disciplina del consumo”<sup>11</sup>.

Es importante aclarar que, como antecedente directo de la Cumbre de París y de la Carta Europea de protección de consumidores, encontramos el *Programa Preliminar de la Comunidad Económica de Protección al Consumidor*<sup>12</sup>; dicho Programa vio al consumidor como una persona interesada en los diferentes campos de la vida social, es decir, ya no como a un simple comprador, razón por la cual, se le atribuyeron cinco derechos básicos:

- a) derecho a la protección de su salud y su seguridad;
- b) derecho a la protección de sus intereses económicos<sup>13</sup>;
- c) derecho a la reparación de los daños;
- d) derecho a la información y la educación;
- e) derecho a la representación (derecho a ser escuchado).

En conexión con los cinco principios que se le reconocen al consumidor en este documento es importante destacar la opinión de

---

<sup>11</sup> OVALLE FAVELA, J., “Los derechos de los consumidores”, *Revista de Derecho Privado Nueva Serie*, núm. 12, 2005, pág. 78; asimismo el autor pone de relieve tres momentos claves en materia de protección al consumidor, teniendo sus orígenes en los Estados Unidos de América. El primero tuvo lugar durante la mitad del siglo XX, señalando como los factores responsables el aumento de los precios de los artículos de consumo y los escándalos relativos a las sustancias farmacéuticas, lo cual dio como resultado la aprobación de la Ley sobre las sustancias alimenticias y farmacias, Ley sobre inspección de carne y la creación de la Comisión Federal para el Comercio. El segundo momento, se da durante la mitad del decenio de los años treinta, con la propuesta de los consumidores por el aumento incontrolable de los precios en plena crisis económica, originando las reformas para fortalecer la *Pure Food and Drug Act* y con la ampliación de poderes normativos de la Comisión para el Comercio, a fin de combatir las actividades ilícitas o fraudulentas. Y el tercer y último período se inició a la mitad del decenio de los sesenta. Lo relevante de este periodo es el discurso del 15 de marzo de 1962 del presidente John F. Kennedy, en el cual señaló la necesidad de una legislación susceptible de asegurar los siguientes derechos a los consumidores: el derecho a la seguridad, el derecho a ser escuchado, el derecho a ser informado y el derecho a elegir libremente. (*Ibidem*, págs. 77-78).

<sup>12</sup> *Vid.* Texto completo del Programa Preliminar, DOCE núm. C 092, de 25-IV-1975.

<sup>13</sup> Bajo esta denominación (“intereses económicos”), señala BOTANA GARCÍA: “quedan englobadas una serie de reglas dirigidas a proteger al consumidor frente a contratos que incluyen cláusulas abusivas, a la publicidad engañosa, a los métodos de comercio agresivos, a la insuficiencia de los servicios de asistencia a la clientela etc. En definitiva, con el derecho a la protección de los intereses económicos del consumidor se está haciendo referencia al tratamiento y control de aquellas actividades comerciales que puedan serle económicamente perjudiciales de forma injustificada” (BOTANA GARCÍA, G. A., *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, J. M. Bosch Editor, S.A., Zaragoza, 1994, págs. 20-21).

OVALLE FAVELA<sup>14</sup> cuando aclara que “una comparación entre los cinco derechos fundamentales del consumidor reconocidos en forma explícita en el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea, del 14 de abril de 1975, y los seis derechos que en forma implícita enuncian las Directivas de las Naciones Unidas, del 16 de abril de 1985, lleva a la conclusión evidente de que ambos documentos reconocen exactamente los mismos derechos, con la única variante de que las directrices señalan por separado el derecho a la información y el derecho a la educación, aunque los regula conjuntamente. La clara influencia del programa preliminar sobre las directrices se advierte con mayor intensidad en la reglamentación de cada uno de estos derechos”.

Como podemos observar, el *Programa Preliminar de 1975* se puede considerar cómo un hito en relación con los derechos de los consumidores, debido a su influencia en los posteriores Tratado y Acuerdos que reconocerían una mayor protección al consumidor en el ámbito comunitario.

Por otro lado, con la revisión del Tratado de Roma y la implementación del mercado interior, surge el *Acta Única Europea*<sup>15</sup>, la cual fue firmada en Luxemburgo, el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros, a los que siguieron Dinamarca e Italia, entrando en vigor el 1 de julio de 1987. Lo relevante de dicha Acta en la protección del consumidor es la previsión del artículo 100 A, el cual define la integración de un mercado sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada. A nuestro parecer, esta Acta no produjo grandes cambios por lo que respecta al ámbito del consumo.

Siguiendo con la mejora de protección al consumidor en el ámbito Europeo el 7 de febrero de 1992 se firma el *Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht)*<sup>16</sup>, el cual reguló una serie de acciones concretas en materia de consumo (art. 129), quedando redactado de la siguiente forma:

---

<sup>14</sup> OVALLE FAVELLA, J., “Los derechos de los consumidores...,” *op.cit.*, pág. 81.

<sup>15</sup> *Vid.* Texto completo del Acta Única Europea (DOCE núm. L 169, de 29-VI-1987).

<sup>16</sup> *Vid.* Texto completo del *Tratado de la Unión Europea* (DOCE núm. C 224, de 31-VIII-1992).



1. “La comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

a) Medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior.

b) Acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.

2. El consejo con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al comité Económico y social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificará a la comisión”.

La previsión del artículo comentado fortalece el mercado común, y por lo tanto, se incentiva la compra de bienes y contratación de servicios dentro de los distintos Estados miembros, garantizándose a su vez una elevada protección jurídica a los consumidores. Asimismo es importante mencionar que el Tratado que venimos comentando, introdujo la noción de “consumidor normalmente informado”<sup>17</sup> y la denominada *labelling doctrine*, figuras cuyo objetivo principal es el de evitar, entre otras cosas, la publicidad engañosa. A todo esto habría que añadir que la consolidación de las expresiones mencionadas se ve reflejada en normas

---

<sup>17</sup> Cfr. GONZÁLEZ VAQUÉ L., “La noción de consumidor *normalmente informado*...,” *op.cit.*, págs. 5-8, el autor señala que con el nuevo artículo 129 A de Tratado de Maastricht no sólo se alcanza un elevado nivel de protección al consumidor, sino que también se establecen medidas concretas como la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una *información adecuada* (la cursiva es nuestra). En su estudio, GONZÁLEZ VAQUÉ hace un análisis de las sentencias más relevantes que se han establecido en el ámbito de la Unión Europea, en relación con la noción de “consumidor informado”, prestando especial atención a la sentencia *Gut Springenheide* de 16 de julio de 1998. En dicha sentencia la cuestión debatida fue la demanda en contra de la empresa *oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt-Amt für Lebensmittelüberwachung*, comercializadora de huevos, ya que en el embalaje de los huevos comercializados se incluía una nota con la mención siguiente: “10 huevos frescos-6 cereales” el Tribunal consideró que dicha nota inducía a error al consumidor, ya que la gallinas no se alimentan sólo de 6 cereales y que los huevos ofrecen cualidades especiales, y que el artículo 14 del reglamento 1907/90 señala: los embalajes no podrán llevar más indicaciones que las previstas en el presente reglamento (*vid.* Texto completo de Reglamento (CEE) nº 1907/90, del Consejo de 26 de junio de 1990 relativo a determinadas normas de comercialización de huevos, (DOCE núm. L 173, de 6-VII- 1990). El Tribunal dictó sentencia, notificando a la empresa que suprimiera dicha leyenda, además de imponerle una multa; este precedente se estableció en razón de la noción de un consumidor medio, normalmente informado y razonable, atento, perspicaz, sin haber realizado evaluación alguna, ni informes de opinión o informes periciales.

como la *Directiva 2006/114/CE*<sup>18</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que sustituye a la anterior *Directiva 84/450/CEE* del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y comparativa (arts. 2,3 y 4), así como la *Directiva 2005/29/CE*, de prácticas comerciales desleales (arts. 6 y 7). Por lo tanto, cuando las empresas realicen negocios con consumidores tienen la obligación de informarle de todos sus derechos, ya que de incumplir dicha obligación se harían acreedoras a la sanción correspondiente, dependiendo del caso en concreto.

Tuvieron que pasar cinco años de la celebración del Tratado de la Unión Europea para que surgiera el *Tratado de Ámsterdam*<sup>19</sup>, el cual modificó varios aspectos sustanciales en materia de protección al consumidor, por ejemplo: la inclusión de nuevos derechos de los consumidores, la distinta ubicación de los mismos, la incorporación de la denominada “cláusula horizontal” en la política de protección de consumidores, la clarificación desde una perspectiva jurídico formal del tipo de actuaciones específicas que se podrán adoptar en el ámbito comunitario para la protección de los consumidores y, por último, la supervisión de medidas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros<sup>20</sup>. A este Tratado le siguieron otras medidas adoptadas por la Unión Europa, para seguir fortaleciendo la política de protección al consumidor<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Vid. DOCE núm. L 376 de 27-XII-2006.

<sup>19</sup> Vid. El Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en la ciudad neerlandesa de Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. DOCE núm. C 325, de 12-XII-2002, versión consolidada.

<sup>20</sup> Vid. CORCHERO PÉREZ, M y GRANDE MURILLO, A., *La protección de los consumidores, especial referencia al estatuto de consumidores de Extremadura*, págs. 58-60:

Tales medidas son las siguientes:

- a) Plan de Acción de Prioridades de la Política de los Consumidores (que comprendió los años de 1996-1998), en cuyo marco se promulga la *Directiva 98/127/CE* del parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación de los intereses de los consumidores; y el Plan de acción de Acción sobre Acceso de los Consumidores a la Justicia y Reglamentación de los Litigios de Consumo en el Mercado Interior.
- b) El Plan de Acción Sobre Política de los Consumidores (de 1999 a 2001): durante este periodo surgen las Euroventanillas con el fin de que los consumidores tengan un mejor contacto con las empresas. Se dictan las recomendaciones, *CE/98/228* relativa al dialogo al seguimiento y a la información para facilitar la

Asimismo, en el año 2006 se emite la *Decisión número 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de Diciembre de 2006, por la que se establece un Programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de consumidores (2007-2013)*<sup>22</sup>. Durante este periodo se aprobó la *Directiva 2008/122/CE de aprovechamiento por turno* que establece grandes cambios, por lo que respecta al derecho de desistimiento, tal y como veremos más adelante<sup>23</sup>.

Con la aparición del *Libro Verde en el año 2007 sobre la revisión del acervo comunitario en materia de consumo*, se señalaron algunos problemas en relación con las Directivas que forman parte del acervo comunitario en materia de consumo, entre los que encontramos: la falta de confianza por parte de los consumidores para realizar transacciones transfronterizas y fragmentación de las normas en materias como contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, garantía de bienes de consumo y ventas a distancia, entre otras. Una de las medidas que se adoptaron para combatir los problemas citados, fue la propuesta de Directiva de consumidores en el año 2008 (en adelante PDDC) que tenía como objetivo una aplicación uniforme y armonización de diversas Directivas tales como la de *contratos negociados fuera del establecimiento mercantil, cláusulas abusivas, venta y garantía de bienes de consumo*; y la *Directiva de contratos a distancia*<sup>24</sup>. No obstante, a tan

---

transición al Euro como única moneda y CE/98/287 en relación con la doble indicación de precios y otros importes monetarios. Por lo que a nuestro tema toca, es importante señalar que durante dicho plan surge la Directiva 2000/31/CE del parlamento Europeo y del consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

- c) El 26 de febrero del año 2001 se firma el Tratado de Niza entrando en vigor el 1 de febrero de 2001, el cual no produjo ninguna modificación en lo referente a los consumidores, quedando intacto el artículo 153 del Tratado de Ámsterdam.
- d) De 2001 a 2005, la Unión Europea se preocupó por desarrollar estrategias en materia de política de consumidores, surgiendo la Directiva de servicios financieros (Directiva 2002/65/CE), y, aparece la propuesta de Directiva de de Crédito al Consumo que como veremos líneas abajo se aprobará en el año 2008 y regulará el derecho de desistimiento de manera expresa.

<sup>22</sup> Vid. DO L 404 de 30-12-2006, págs. 39-45.

<sup>23</sup> Vid. *infra*, 2.2.5.5.

<sup>24</sup> Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., "El futuro del Derecho de consumo en el nuevo entorno del Derecho contractual europeo", en REYES LÓPEZ, M. J., (Coord.): *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 46, para este autor la evolución de la protección del consumidor a nivel comunitario puede dividirse en cuatro fases: "- En la primera fase (1957-1972), la Europa de los mercaderes no prestó atención alguna a la defensa del consumidor, sino por la vía indirecta de la libre competencia y la mejora

sólo dos años de haber surgido la PDDC, apareció una nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, de diciembre de 2010<sup>25</sup>, la cual, a diferencia de la PDDC, en donde se pretendía refundir cuatro Directivas, sólo refundía dos: la *Directiva 97/7/CE*, y la *Directiva 85/577/CEE*, excluyéndose la Directiva de cláusulas abusivas y garantía de bienes de consumo, a las cuales sólo se le realizaron algunos cambios. Fruto de todo lo anterior, es la actual *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*<sup>26</sup> (en adelante DDC).

Uno de los sectores en los cuales el consumidor merece una protección especial es en el de la “**contratación a distancia**”, debido a las particularidades que presenta este tipo de contratación, tal y como tendremos ocasión de analizar en el capítulo III de la presente Tesis. La UE, ha puesto especial atención en la materia comentada. Prueba de ello, lo encontramos en la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, en donde se mencionó por vez primera la protección de los consumidores contra las solicitudes de pago de mercancías no encargadas y los

---

general de la calidad de vida. – *En la segunda fase* (1972-1984), a partir de la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de 1972 se potenció una Europa de los ciudadanos en la que había que desempeñar un papel central el consumidor; para ello se definieron sus derechos (“Programa preliminar” de 14 de abril 1975), se establecieron las líneas programáticas de actuación (segundo programa de 1981) y se potenció el comercio intracomunitario (STJCE del “Cassis de Dijon” de 20 de febrero de 1979). – *La tercera fase* (1984-2001) trajo consigo la consolidación de ese diseño sobre todo en forma de directivas, amplias (v. gr., cláusulas abusivas) o específicas (v. gr., “multipropiedad”), continuó la visión prospectiva a través de diversos “planes trienales” y reinventó la importancia de la política de protección de los consumidores mediante las reformas competenciales operadas sobre todo por el Tratado de Maastrich de 1992 y el de Ámsterdam. – *La cuarta fase* (2001) se define por la reelaboración y sistematización de las normas de consumo en busca de un mercado interior con un Derecho común más orgánico y coherente”. Fundamentalmente dos textos comunitarios abrieron el proceso de consulta y reflexión para adoptar las nuevas medidas que habían de satisfacer: la Comunicación de la Comisión europea sobre “Derecho contractual europeo”, de 11 de julio 2001 [COM (2001) 398 final] y el “Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea” [COM (2001) 531 final], presentado por la Comisión el 2 de octubre 2001”.

<sup>25</sup> Doc. 16933/10, de 10 de diciembre de 2010-COD 2008/0196.

<sup>26</sup> DO L 304 de 22-11-2011, págs. 64-88.

métodos de venta agresivos (punto 19.I). Asimismo, en la Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981, dictada en el marco del segundo *Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores* se añadía que debían estudiarse las consecuencias económicas para el consumidor derivadas de la utilización de nuevas tecnologías en el ámbito de la informática y las telecomunicaciones<sup>27</sup>. En este sentido, el tercer Programa, denominado “Nuevo impulso a la política de protección de los consumidores” (Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986), afirmó en su punto 29 lo siguiente: “*si se desea que el mercado común sea plenamente eficaz, hay que facilitar a los consumidores las compras de productos en otros países*”; y se anunció que la Comisión presentaría la propuestas apropiadas relativas a los nuevos sistemas (video texto, televisión, teléfono) que permitían al consumidor efectuar los pedidos al proveedor desde su domicilio. Con esto consideraba el legislador europeo que las operaciones transfronterizas se verían incrementadas.

Por lo que a nuestro objeto de estudio toca, debemos señalar que el 20 de mayo de 1992 se aprueba la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia<sup>28</sup>. Esta propuesta toma como punto de partida el año 1987, pues es a partir de este año cuando aparece en Europa una nueva modalidad de hacer negocios: la venta por televisión<sup>29</sup>. Sin embargo, el concepto de “venta a distancia” ya se encontraba previsto en algunos textos legales de los Estados miembros<sup>30</sup>, asimilándose en general a la venta por correo. Por otro lado, cabe destacar que la evolución de la protección del consumidor en la materia comentada surge a raíz de la comercialización de productos o servicios mediante los siguientes canales de

---

<sup>27</sup> Cfr. BOTANA GARCÍA, G. A., *Los contratos realizados fuera...*, op.cit., pág. 38.

<sup>28</sup> Vid. COM (92), 11 final, de 20 de mayo de 1992.

<sup>29</sup> Vid. Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva de contratación a distancia COM (92), 11 final de 20 de mayo de 1992.

<sup>30</sup> Por ejemplo, Dinamarca lo preveía en el capítulo 4 de la Ley 23.12.87; Francia en el Decreto 3.12.87. también, ese mismo año Portugal adoptó una ley general, la cual se refería a las ventas por correo, aunque en realidad cubre todas las modalidades de venta a distancia. En España no existía ninguna ley al respecto a escala nacional, pero varias comunidades autónomas habían legislado en el ámbito de las ventas a distancia como Aragón (1989), Galicia (1988), Valencia (1986) y había proyectos en otras comunidades como Cataluña.

comunicación: escritos, entre los que figuran la carta, el fax o el impreso dirigido a un consumidor; medios de comunicación auditivos, como el teléfono, con o sin intervención humana (p. ej., la radio); medios de comunicación visuales, entre los que encontramos el teletexto, ordenador doméstico y minitel; medios de comunicación audio-visuales tales como la televisión, lector de videocasetes o videodiscos y teléfono con imagen (vídeo teléfono).

A tan sólo cinco años de surgir la Propuesta, aparece la *Directiva 97/7/CE*,<sup>31</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Dentro de su Considerando 14 se establecía en realidad un derecho de desistimiento, aunque se utilizara la expresión rescisión<sup>32</sup>, debido a que el consumidor no tenía la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato. En esta línea, el artículo 6.1 de la normativa comentada aclaraba: “respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos el único gasto que podría imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor”.

El derecho de desistimiento es uno de los principales instrumentos para proteger al consumidor y contrarrestar los métodos de venta agresivos. Antes de que el marco normativo europeo lo regulara, algunos Estados Miembros y otros países no pertenecientes a la Unión Europea ya lo contemplaban en su normativa interna. Por ejemplo, la Ley francesa de 22 de diciembre de 1972 relativa a la protección de los consumidores en materia de venta a domicilio<sup>33</sup>, en la cual el legislador europeo se inspiró para su Propuesta de Directiva de contratos celebrados fuera de

---

<sup>31</sup> Vid. Directiva 97/7/CE (DOCE núm. L 144, de 4-VI-1997).

<sup>32</sup> Tal y como veremos en el Capítulo II de la presente Tesis cuando analicemos la naturaleza jurídica del derecho de desistimiento, aclararemos que en nada se asemeja a la figura de la rescisión.

<sup>33</sup> Ley núm. 72-1137, de 22 de diciembre de 1972, relativa a la protección de los consumidores en materia de visitas comerciales a domicilio y de venta a domicilio (Jorf de 23.12.1972)

establecimientos mercantiles de 17 de enero de 1977<sup>34</sup>. Asimismo, en el Derecho estadounidense, la Federal Trade Commission aprobó el primero de noviembre de 1972, la regla del *cooling-off period*, conocida también como “periodo de enfriamiento”<sup>35</sup>, la cual entró en vigor el 7 de junio de 1974<sup>36</sup>. La regla comentada se le concedía al consumidor en las ventas *door-to-door*. Sobre el tema volveremos<sup>37</sup>.

Dicho lo anterior y perfilando el panorama de la futura Directiva de comercio electrónico, el 19 de enero de 1999 el Consejo emitió una Resolución relativa a los consumidores en la Sociedad de la Información<sup>38</sup>. Su objetivo principal se centraba en el desenvolvimiento del consumidor ante las nuevas tecnologías (Considerando 4 g-k), en los siguientes aspectos:

- La accesibilidad y la asequibilidad;
- La facilidad de uso de equipos y aplicaciones y las competencias necesarias para utilizarlos;
- La transparencia, la cantidad y la calidad de la información;
- La equidad de las prácticas al contenido inadecuado;
- La protección de los niños frente al contenido inadecuado;-
- La seguridad de los sistemas de pago, incluida la firma electrónica;
- El régimen jurídico aplicable a las transacciones que los consumidores efectúen en el nuevo entorno respecto, tanto a la protección del régimen jurídico como a la viabilidad de las disposiciones existentes;
- La atribución de responsabilidades;
- La intimidad y la protección de los datos personales;

---

<sup>34</sup> Cfr. BOTANA GARCÍA, G. A., *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles...*, *op.cit.*, pág. 23.

<sup>35</sup> Al igual que el derecho de desistimiento, el *cooling of period* es un lapso de tiempo que se le concede al comprador para la devolución de los productos o cancelación del contrato sin penalidad alguna.

<sup>36</sup> Puede consultarse el texto FTC regulations, *Cooling-off period for door-to-door sales*, C.F.R. Part. 429; sus antecedentes se detallan en *Federal Trade Commission, Cooling-off period for door-to-door sales. Trade regulations rule and statement of basis and purpose, Federal register*, Vol. 37, núm. 207, part, II, pág. 22935.

<sup>37</sup> *Vid. infra* capítulos II y IV.

<sup>38</sup> *Vid.* DOCE núm. C 23, de 28-I-1999, (99/C23/01).

- El acceso a unos sistemas eficaces de recurso y resolución de litigio;
- La tecnología de la información como instrumento informativo y educativo.

A raíz de esto y para seguir fortaleciendo el mercado único europeo surgen la *Directiva 1999/93/CE*<sup>39</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica y la *Directiva 2000/31/CE*<sup>40</sup> del parlamento Europeo y del consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior (*Directiva sobre comercio electrónico*)<sup>41</sup>. Ambas normas tienen dentro de sus objetivos el fomento del comercio electrónico, y por ende la protección del consumidor.

Han pasado más de 35 años desde que el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea se aprobara (1975). A partir de entonces, la evolución de la protección del consumidor se ha visto reforzada a través de diversas Directivas y Reglamentos, así como también Decisiones. Cabe aclarar que, desde 1984 hasta el año 2001, las

---

<sup>39</sup> Vid. DOCE núm. L 13, de 19-I-2000. Con el fin de dar seguridad a las transacciones electrónicas, al igual que en el medio tradicional, la firma electrónica es el equivalente a la firma ológrafa. Definida en el artículo 2 de la Directiva, fracción primera, la “*firma electrónica*” se refiere a “*los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medios de autenticación*”. Sin embargo, con la entrada en vigor del *Reglamento (UE) núm. 910/2014*, queda derogada esta Directiva con efectos de primero de julio de 2016 (art. 50.1). La definición de “*firma electrónica*” (art. 3.10) varía ligeramente respecto de la Directiva.

<sup>40</sup> Vid. DOCE núm. L 178, de 17-VII-2000.

Dentro de sus considerandos 17 y 18 se da la definición de servicio de la sociedad de la información y qué se considera por servicio de la sociedad de la información.

<sup>41</sup> Cabe señalar que, en opinión de DÍEZ FRAILE, el principal aporte de la Directiva de comercio electrónico al mercado común se basa en los principios de mutuo reconocimiento y de país de origen: “[e]ste planteamiento general, basado en los principios de mutuo reconocimiento y “país de origen” [...] fue justificado por la Comisión en razón de las extraordinarias peculiaridades que presentan las actividades económicas desarrolladas a través de Internet, en las que el empresario que coloca en la red su página web no realiza ninguna actividad dirigida específicamente a nadie, ni a ningún país concreto, sino que en razón de carácter eminentemente transfronterizo de Internet...” (DÍEZ FRAILE, J. M., “Aspectos jurídicos más relevantes de la Directiva y del proyecto de la ley española de comercio electrónico”, en ORDUÑA MORENO, F. J., (Dir.): *Contratación y comercio electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 89-90).



Directivas fueron de armonización *mínima*, lo cual significaba que los Estados miembros podían elevar el nivel de protección del consumidor. Sin embargo, a partir del año 2001 la Directivas pasaron a ser de armonización *plena*, razón por la cual los Estados miembros no pueden mantener ni promulgar normas que proporcionen un nivel de protección más elevado para el consumidor en ciertos aspectos. Lo anterior tiene como objetivo mantener la armonización y unificación del Derecho de obligaciones y contratos en la UE.

Como se ha visto, el Derecho de Consumo en Europa ha sido fruto de una larga serie de instrumentos e intereses y ha cambiado nuevamente con la aparición de la DDC, del año 2011. Es, como más adelante veremos, “una obra en construcción permanente”<sup>42</sup>, en la que herramientas como el derecho de desistimiento<sup>43</sup> brindan al consumidor seguridad jurídica; y, por lo que ahora nos interesa, lo hace también en el marco de la contratación a distancia y electrónica.

## **1.2. Las ventas a distancia en la Sociedad de la Información: Importancia del Comercio Electrónico**

La materia de contratos y obligaciones ha evolucionado a través de la Historia. En el Derecho Romano primigenio, la contratación se realizaba mediante el diálogo, es decir, sin un contrato escrito. Tiempo después, la forma escrita sustituyó a la forma hablada. Hoy, con la aparición de los servicios de la Sociedad de la Información, se pretende potenciar el comercio electrónico con el fin de lograr una mayor celeridad en la vida diaria y mayor comodidad para los usuarios y consumidores; la existencia de Internet<sup>44</sup> hace posible comprar un boleto de avión o consultar el periódico desde el ordenador de casa.

---

<sup>42</sup> *Vid. infra*, 1.7.

<sup>43</sup> *Vid. infra*, 1.4.2.

<sup>44</sup> PÉREZ PRADO declara que “las principales tendencias tecnológicas previstas son la migración a redes “todo IP”, el uso creciente de las comunicaciones inalámbricas y de las plataformas de acceso inalámbricas (a modo de ejemplo, 3G WIFI, WIMAX, y satélite), el despliegue de la fibra óptica en las redes de acceso local y la transición a la TV digital. Cabe esperar efectos de gran calado en las arquitecturas de red, los servicios y los dispositivos destinados a los consumidores disponibles en la actualidad. Los agentes del

No obstante, en el comercio electrónico se presentan ciertos inconvenientes, tanto para las empresas como para el consumidor, entre los que encontramos: la inadecuación de los productos a la red, temor ante esta nueva forma de realizar negocios, los costes derivados de la inversión tecnológica, el desconocimiento del uso de las nuevas tecnologías, la falta de seguridad al existir la publicidad engañosa, la protección de datos de carácter personal, etc. Aunado a lo anterior, también existen problemas técnicos relacionados con la infraestructura de la red, como su lentitud ocasional, las conexiones fallidas y, sobre todo, la pérdida de información<sup>45</sup>.

Sin embargo, a pesar de los inconvenientes señalados en el párrafo anterior, las compras realizadas en Internet por consumidores tienen ciertas ventajas; por ejemplo, la oferta de productos es más amplia, por lo cual aumentan las posibilidades de ahorrar dinero. Por otra parte, a los consumidores que viven en zonas alejadas de los centros urbanos, se les brinda la oportunidad de acceder a productos de bajo coste<sup>46</sup>.

La Sociedad de la Información abarca diferentes aspectos de la economía, tales como la circulación de bienes, servicios, capitales y trabajos, así como también apertura a los procesos de formación de opinión en una sociedad globalizada<sup>47</sup>. La Ley de Servicios de la

---

mercado se enfrentan a nuevos competidores y buscan nuevos modelos de negocio ante los cambios que se avecinan en el mercado actual de la nueva economía” (PÉREZ PRADO, J. M., “Convergencia digital, interconexión de redes IP, y otras revoluciones tecnológicas: hacia la convergencia de la defensa de la competencia y la regulación de las comunicaciones electrónicas en la sociedad”, *RCE*, núm. 79, 2007, pág. 25).

La profesora MARTÍNEZ NADAL, señala que las nuevas tecnologías han servido de desarrollo del comercio electrónico puesto que “permiten nuevas oportunidades de negocio, una mayor celeridad en el desarrollo de las relaciones comerciales, principios todos ellos que deben presidir la organización y desarrollo de toda actividad comercial de toda actividad empresarial”. Además continua la autora señalando que, el comercio electrónico “favorece también a los consumidores, que, al poder comparar instantáneamente entre una amplia variedad de ofertas, gozan de mayor capacidad de elección, tiene a su alcance productos cada vez más especializados, y que se pueden beneficiar de una bajada de los precios a medida que desciendan los costes generales y los de infraestructuras materiales (como edificios y almacenes)” (MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio Electrónico, Firma digital y Autoridades de Certificación*, segunda edición, Madrid, 2000, págs. 31-32).

<sup>45</sup> Cfr. DE ROSELLÓ MORENO, R., *El comercio electrónico y la protección del consumidor*, Cedecs Editorial S.L, Barcelona, 2001, págs. 17-20.

<sup>46</sup> Vid., más adelante, dentro de este mismo apartado, algunos datos extraídos de los Eurobarómetros.

<sup>47</sup> Vid. TUBELLA I CASADEVALL, I., “La sociedad de la información y del conocimiento”, en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial

Sociedad de la Información (en adelante LSSI) en su anexo, inciso a) define el concepto de “servicios de la Sociedad” de la Información de la siguiente manera: “*todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario*”. Por ejemplo, la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales, la gestión de compras en la red por grupos de personas, el envío de comunicaciones comerciales y el suministro de información por vía telemática<sup>48</sup>.

Dentro de la Sociedad de la Información encontramos el concepto de “comercio electrónico” entendido como una modalidad de hacer negocios a través de Internet, ya sea a nivel nacional o internacional, en donde las fronteras no tienen límites<sup>49</sup>. Por ello, el legislador nacional e internacional se ha visto en la necesidad de crear un marco jurídico para brindar seguridad jurídica tanto a vendedores como a compradores que realicen sus transacciones en internet.

No obstante, no tendrán la consideración de “Servicios de la Información” los siguientes: los prestados por medio de telefonía vocal,

---

Pons, Madrid, 2010, págs. 459-460; para esta autora el proceso de consolidación de la Sociedad de la Información descansa sobre cuatro elementos básicos a saber: “1. La rápida implantación de las tecnologías de la información y la comunicación, relacionada con la revolución en la ingeniería genética. 2. El modelo de organización en red como modelo predominante en todas las actividades humanas de todos los ámbitos. 3. El poder decisivo de la creación del conocimiento y la gestión de la información como fuente de poder, riqueza y significación cultural, es decir, la identidad. 4. La interdependencia global de las sociedades mediante la integración de todas sus actividades en redes globales de comunicación”.

<sup>48</sup> Volveremos sobre el tema cuando hablemos de los atributos del contrato electrónico (*infra*, 3.2).

<sup>49</sup> *Cfr.* VARGAS GÓMEZ-URRUTIA quien explica que el comercio electrónico se usa para describir el conjunto de las relaciones electrónicas, empresariales y no empresariales jurídicas, y no jurídicas que implican la transmisión electrónica de datos comerciales o de productos de forma digital (VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico”, *RCE*, núm. 4, 2000, pág. 32); RODRÍGUEZ CASAL y LOZA CORERA señalan que el comercio electrónico es cualquier forma de transacción comercial en la que las partes interactúan electrónicamente prescindiendo de cualquier tipo de contacto físico. Esta es una definición muy amplia, ya que según ella, abarcaría mucho más que la compra y venta de productos y/o servicios (actividad comercial *stricto sensu*). (RODRÍGUEZ CASAL, C. Y LOZA CORERA, M., “los servicios de localización y la contratación móvil en España”, *RCE*, núm. 26, 2002, pág. 41); para PÉREZ PRADO el comercio electrónico en Internet engloba a los siguientes sujetos: empresas, Consumidores, administraciones públicas, usuarios, y un número ilimitado de participantes, conocidos y desconocidos (PÉREZ PRADO, J. M., “Ciberespacio: autonomía de la voluntad y Condiciones Generales”, *RCE*, núm. 49, 2004, pág. 5).

fax o télex, el intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan; los servicios de radio difusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivideo a la carta), contemplados en el artículo 3 a) de la *Ley 25/1994*, de 12 de julio<sup>50</sup>, los servicios de radio difusión sonora y el teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas. Las exclusiones comentadas se deben a que éstas técnicas de comunicación no encuadran dentro del concepto de Servicio de Sociedad de la Información.

La contratación electrónica es la modalidad del comercio internacional y nacional que, sin duda, tiene un mayor impacto dentro de las nuevas tecnologías<sup>51</sup>. Es por ello que no es de extrañar que la UE cada día se preocupe más por mejorar el servicio en materia de telecomunicaciones. Prueba de ello, es la creación del nuevo organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE)<sup>52</sup>, cuya finalidad es mejorar las condiciones de competencia e impulsar las telecomunicaciones que evolucionan rápidamente, como la Internet móvil.

---

<sup>50</sup> Por medio de esta norma se incorpora al ordenamiento jurídico español la *Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra que la sustituya*.

<sup>51</sup> Vid. MARTÍN ARRIBAS, J. J., "Intereses económicos de los consumidores en la unión europea", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 10, 1995, pág. 29: "En el actual mercado, único europeo sería deseable que los consumidores, cuando decidan adquirir un producto o contratar la prestación de un servicio, puedan elegir no sólo libre y conscientemente, sino también en las mejores condiciones económicas para sus bolsillos. Sin embargo, cada vez se conocen más anécdotas en las que alguien ha sido víctima de una publicidad engañosa, de abusos indiscriminados, de la compra de productos defectuosos o de la recepción de pésimos servicios. De ahí que la UE, a la vez que fomenta el buen saber hacer y las prácticas correctas de los industriales y profesionales, este intensificando sus esfuerzos con miras a proteger los intereses económicos de la parte más débil en estas relaciones: los consumidores".

<sup>52</sup> Vid. IP/10/62, Bruselas 28 de enero 2010, *[EI] nuevo regulador de la UE inicia su andadura*: "El ORECE está integrado por los responsables de los 27 reguladores nacionales de las telecomunicaciones, asistidos por una oficina que prestará el apoyo profesional y administrativo necesario para su trabajo. La mayor parte de las decisiones se adoptarán por mayoría de dos tercios. Este nuevo organismo emitirá dictámenes sobre el funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones de la UE. Asimismo, el ORECE asesorará apoyará y complementará los trabajos independientes de los reguladores nacionales de las telecomunicaciones, especialmente en lo que se refiere a las decisiones reguladoras que afecten aspectos transfronterizos".

Las empresas se benefician del comercio electrónico a la hora de realizar negocios debido a que incrementan la eficiencia de las actividades, sobre todo al reducir las barreras geográficas; también hay una deslocalización de la empresa, no siendo necesario que el prestador de servicios radique en el país del consumidor; y, por último facilita la publicidad de una manera directa a través de la web. Asimismo, el consumidor ahorra tiempo y dinero, se evita desplazamientos al centro comercial y puede adquirir de manera instantánea bienes intangibles de forma digital, (p. ej., música; la licencia de un *software* entre otras cosas)<sup>53</sup>. Puede realizar sus compras las 24 horas del día desde su casa, lo cual le permite una relación directa con la empresa<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> El origen de Internet se encuentra en los Estados Unidos, a finales de los años sesenta, a través del proyecto militar conocido por sus siglas en inglés *ARPANET* (*Advanced Research Project Agency*), el cual unía mediante el uso de ordenadores, a universidades y laboratorios militares. A principios de los años ochenta (1983) *ARPANET* se divide en dos grupos de investigación, por una parte *ARPANET*, el cual se dedica a investigaciones científicas y por otra, *MILNET*, la cual se vincula a la *Defense Data Network*. Sin embargo, en 1990 desaparece *ARPANET* y se crea la *NSFnet*, red de la *National Science Foundation*. Esta institución fue el centro de operaciones de Internet hasta 1995, año en el cual es reemplazada por una serie de redes conectadas entre sí (*MSCnet*, *Sprintnet*, *ANSnet*) (cfr. GONZÁLEZ MALABIA, S., *Tutela judicial del comercio electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 39-41).

Sin duda alguna uno de los grandes pasos que ha dado Internet ha sido la creación del consorcio *World Wide Web*, el cual nació en el año 1994 con la finalidad de crear protocolos comunes asegurando su interoperabilidad. Este consorcio cuenta con poco más de 500 organizaciones alrededor del mundo las cuales han contribuido al crecimiento de la web.

En este contexto, a nivel internacional se han creado una serie de organizaciones que tienen por objeto una armonización tanto de las leyes internacionales como internas en materia de comercio electrónico. La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (*CNUDMI*) o mejor conocida por sus siglas en inglés *UNCITRAL*, *United Nations Commission on International Trade*, es una organización que ha creado una serie de Tratados y de Leyes Modelo. Una "Ley Modelo" es un arquetipo de texto legal preparado para que los legisladores consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna. Una "convención" es un instrumento vinculante con arreglo al Derecho Internacional para los Estados y otras entidades con capacidad para celebrar tratados que deciden convertirse en parte en ese instrumento. En general, sólo es posible desviarse de una Convención cuando ésta permite formular reservas a sus disposiciones. Asimismo, son una guía jurídica que los legisladores nacionales tienen como base para regular diversos fenómenos jurídicos, como la contratación electrónica, en sus respectivos ordenamientos internos.

Con el fin de brindar un mejor servicio de Internet a nivel comunitario se aprueba la *Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, por la que se modifica, entre otras, la Directiva 2002/22/CE*, la cual fue integrada al ordenamiento jurídico español, a través de la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible* y el *Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 4 de abril*. Mediante esta normativa se integra al servicio universal el acceso a comunicaciones de datos de 1 Mb por segundo de bajada, pues con dicho

Con los avances que se han dado, a través de Internet para realizar transacciones de todo tipo, el fenómeno de la contratación electrónica en los últimos años ha cobrado una relevancia muy importante, tal y como demuestran los numerosos estudios que versan sobre la materia y el vasto régimen jurídico que hay sobre la misma<sup>55</sup>.

Con el objetivo de proteger y dar seguridad jurídica a los consumidores y usuarios se han dictado una serie de normas jurídicas, las cuales tienen como objetivo evitar abusos por parte de los prestadores de servicios. El consumidor es siempre la parte más débil en una relación jurídica, y la mayoría de los contratos que se celebran con éstos son contratos de adhesión, lo cual ocasiona que no se tenga la oportunidad de discutir o negociar las cláusulas de estos contratos. Por otro lado, Internet es el canal de distribución comercial que más deprisa crece<sup>56</sup>. Sin embargo, la diferencia entre el comercio electrónico nacional y el transfronterizo es notable; mientras que el porcentaje de consumidores de la UE que realizan compras *on-line* en su país aumentó del 27 % al 33 %

---

valor la velocidad global de datos del enlace de usuario de acceso a la red aumenta, comprendiendo se tanto la capacidad de transporte de datos neta que ofrece el enlace a cada usuario como las tasas de sincronización, control, operaciones, corrección de errores y otras funciones específicas de acceso. Para la tecnología ADSL esta velocidad global se corresponde con la de sincronización de los *modems* (art. 28. b) *R/D 424/2005*).

<sup>54</sup> *Vid*, en este sentido: SANZ BLAS, S. y LÓPAZ PÉREZ, A., "Aspectos relevantes de las ventas celebradas fuera de los establecimientos mercantiles: la venta a distancia", *EC*, núm. 75, 2005, en: <http://www.consumo-inc.es>. [Con acceso el 15-X-2010], para quienes dentro de las conveniencias que ofrece contratar a través de la red se encuentran las siguientes: la posibilidad de poder comprar con tarjetas de crédito; se eliminan los problemas de tráfico y dificultades para encontrar donde estacionarse disminuyen, también se evita el hacer largas colas en los centros comerciales y cargar con la compra; agregado a lo anterior; se disfruta del confort de realizar la compra sin tener que salir de casa y con plena libertad de tiempo para realizarla; además el consumidor tiene la posibilidad de consultar precios a través de las páginas *web* eligiendo el que mejor se adapte a sus posibilidades. Las empresas se benefician al tener la ventaja de una comunicación directa con sus clientes, por lo tanto, se reduce la intermediación, stocks y puntos de venta. También, al contratar a través de la red existen *desventajas* como la desconfianza de los clientes, debido a que no hay un contacto real con el producto, por otro lado; algunos consumidores señalan no encontrarse satisfechos con el pedido, debido a que muchas veces las fotografías mostradas en Internet maquillan el producto alejándolo de la realidad; por último también señalaremos los fraudes que se cometan a diario cuando se contrata por la red, principalmente el pago mediante tarjeta de crédito lo cual genera desconfianza entre la población.

<sup>55</sup> *Vid*. GARCÍA MÁAS, F. J., "El comercio electrónico contratación y firma electrónica", *Academia Sevillana del Notariado*, tomo XVIII, 2003, págs. 189-194.

<sup>56</sup> *Vid*. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité de las regiones, relativa al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la UE, con fecha de 22 de octubre de 2009*, COM (2009)557, final, pág. 2.

en dos años (de 2006 a 2008), el porcentaje de los consumidores que compraron algo en línea en otro país de la UE se estancó (del 6 % al 7 %). Además, sólo un 21% de los comerciantes venden actualmente a distancia en otros países.

Asimismo, en materia de comercio electrónico, la Comisión invitó<sup>57</sup> a los grandes motores de búsqueda y a los principales operadores de Internet a sensibilizar a los consumidores acerca de las oportunidades que ofrecen las transacciones transfronterizas. Las empresas en línea deberían adoptar nombres de dominio terminados en *.eu*, el dominio único de primer nivel para Europa, con el fin de contribuir a que desaparezca la concepción nacional del comercio que se basa en la existencia de nombres de dominio nacionales. Además, el hecho de que cualquier empresa registrada con el dominio *.eu* esté obligada a cumplir las normas europeas confiere cierta protección básica a los consumidores y una distinción a las empresas europeas con normas de calidad elevadas que adopten dicho dominio. Por su parte, los comerciantes deberían crear sitios *web* multinacionales o paneuropeos.

De acuerdo con el Eurobarómetro número 300, (*Las actitudes de los comerciantes minoristas en el comercio transfronterizo y protección del consumidor*), publicado en marzo del año 2011, las compras a distancia se representaban en los siguientes porcentajes:

- 53% de los comerciantes señaló que Internet fue la vía, en donde más vendieron sus productos.
- 28% por catalogo y pedidos;
- 43% por teléfono; y
- 9% venta domicilio por correo postal<sup>58</sup>.

Según el estudio realizado por el Eurobarómetro, las ventas a distancia fueron más comunes en los países nórdicos, los Países Bajos y

---

<sup>57</sup> Vid. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité de las regiones, relativa al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la UE, con fecha de 22 de octubre de 2009, COM (2009)557, final, pág. 4.*

<sup>58</sup> Vid. Eurobarómetro núm. 300 *Retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection*, 2011. Pág. 9.

el Reino Unido. Sin embargo, el mismo estudio a través de encuestas, señala los motivos de porque los consumidores no realizaban compras transfronterizas, por medio de Internet, entre las cuales se hace referencia a las siguientes:

- Sólo un tercio de los ciudadanos de la UE estaban dispuestos a comprar productos y contratar servicios en otra lengua;
- Sólo el 21% de los ciudadanos europeos sabían dónde obtener información y consejos sobre las compras transfronterizas en la UE;
- El 64% de los ciudadanos europeos no estaban interesados en realizar una transacción transfronteriza, porque ellos preferían comprar en persona, es decir, directamente en el centro comercial;

Asimismo, el 31% de los ciudadanos europeos no se interesaba en realizar compras transfronterizas, debido a que no tenían acceso a Internet;

Por otro lado, el 33% de los ciudadanos de la UE creía que se presentaban más dificultades a la hora de resolver problemas, tales como quejas y devoluciones de productos defectuosos, sobre todo cuando se adquiere productos en otro país;

Como resultado de lo anterior, el 16% de los ciudadanos afirmó encontrar menos dificultades cuando compra bienes o contrata servicios en su propio país que en otro país miembro de la UE<sup>59</sup>.

Sin embargo, de acuerdo con los datos mostrados por el Eurobarómetro número 359 (*Comercio Transfronterizo y protección del consumidor*) publicado en junio del año 2013, la ventas realizadas por Internet han aumentado hasta ocho puntos<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Estos datos fueron sacados del Eurobarómetro especial n° 298 *Consumer protection in the internal market* (La protección de los Consumidores en el mercado interior) (2008), págs. 92-94.

<sup>60</sup> Vid. Flash Eurobarometer 359: *Retailers' Attitudes Towards Cross-Border Trade and Consumer Protection*, pág. 5, en donde se aclara lo siguiente: "Direct sales via shops continue to be the most used retail channel, although use of Ecommerce/internet is increasing - up 10 percentage points to 51% since 2011. Distance sales continue to increase (up 8 percentage points to 61%), predominantly driven by this increased use of E-commerce/internet. The larger the retailer, the more likely they are to use at least one distance sales channel, and the higher the average number of distance channels used".



Como podemos observar, el comercio electrónico a través de Internet ha ido creciendo. La UE ha hecho un esfuerzo por brindar seguridad jurídica al consumidor, tal y como se demuestra en los citados Eurobarómetros de los años 2008, 2011 y 2013, en los que puede comprobarse que las compras transfronterizas realizadas por los consumidores han ido creciendo, consolidándose cada vez más el mercado interior europeo, pues como vimos al comienzo del presente capítulo, el principio de libre circulación de mercancías juega un rol importante en la implementación de la tecnología al servicio del consumidor.

La creación de un mercado único de 500 millones de consumidores es una de las más importantes realizaciones de la UE. Las libertades fundamentales instauradas en su seno confieren a las empresas y a los ciudadanos el derecho a circular y a interactuar libremente en una Unión sin fronteras. La progresiva reducción de las barreras entre los Estados miembros ha aportado numerosos beneficios para los ciudadanos, entre ellos la libertad de viajar, estudiar y trabajar en el extranjero. En tanto los consumidores disfrutan de una serie de ventajas económicas, como tarifas aéreas más baratas y tarifas de itinerancia en la telefonía móvil más asequibles, así como la posibilidad de acceder a una mayor variedad de productos, los comerciantes pueden expandir sus actividades a otros Estados miembros, importando o exportando bienes, prestando servicios o estableciéndose en el extranjero. De esta forma, pueden beneficiarse de las economías de escala y de las mejores oportunidades de negocios que ofrece el mercado único<sup>61</sup>.

No obstante, de acuerdo con la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa al comercio electrónico*

---

<sup>61</sup> Vid. *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*, COM (2011) 636, final, pág. 2.

*transfronterizo entre empresas y consumidores de la UE*<sup>62</sup>, no todo han sido ventajas, ya que surgieron los siguientes problemas:

1. *La fragmentación del mercado.* Tal y como señalamos líneas atrás, las Directivas de consumo desde el año 1984 hasta el año 2001 fueron de armonización mínima, lo cual ocasionó que cada Estado miembro transpusiera la normativa citada de un modo distinto, ocasionando fragmentación del marco jurídico, el cual a su vez fragmenta el mercado al no existir uniformidad. Por lo tanto, en las nuevas normas este problema se pretende abordar a través del principio de armonización plena.

2. *Problemas relacionados con el foro y ley aplicable a los contratos de consumo.* Con el objetivo de que el consumidor tenga acceso a los tribunales, independientemente del tipo de contrato que se trate, es decir, se trate de un contrato de consumo intracomunitario, extracomunitario o relativamente comunitario<sup>63</sup>, la UE ha dictado el Reglamento Bruselas I y Roma I. Asimismo, se han establecido diversos mecanismos para facilitar la aplicación de procedimientos de recurso eficaces, como el relativo a la solución de litigios transfronterizos de escasa cuantía que disminuye los costes y simplifica y acelera los procedimientos para los casos que no exceden de 2000 EUR, el cual entró en vigor desde el año 2009.

3. *Prácticas comerciales desleales:* La Directiva 2005/29/CE sobre *prácticas comerciales desleales* establece un único conjunto de normas en materia de prácticas comerciales legítimas y prohibidas entre empresas y consumidores en la Unión Europea, con el fin de garantizar que los minoristas en línea puedan comercializar y anunciar sus productos en un entorno reglamentario simplificado y previsible, y que los consumidores puedan fiarse de las ofertas en línea a las que tienen acceso. La Directiva de prácticas comerciales desleales ha sido adaptada al ordenamiento jurídico español, mediante la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre*.

---

<sup>62</sup> Vid. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores*, págs. 7-8. COM (2009), 557, final.

<sup>63</sup> Vid. *infra*, 3.5.6.

4. *Evitar la falta de información en los contratos con consumidores.* Unos consumidores informados que conozcan sus derechos y sean capaces de reconocer y alertar sobre posibles infracciones, tendrán más oportunidades de aprovechar las ventajas que les ofrecen las compras transfronterizas en línea. A tal efecto, la Comisión publicó en mayo de 2009 la guía “*eYouGuide to your Rights Online*”<sup>64</sup>.

5. *Suprimir los obstáculos técnicos en los sistemas de pago:* al no existir un mercado de pagos integrado, consumidores y comerciantes (en particular las PYMES) experimentaban diversos inconvenientes a la hora de efectuar y recibir pagos electrónicos transfronterizos en toda la UE. La fragmentación, además dificultaba la entrada de nuevos proveedores de bienes y servicios. Para contrarrestar esta problemática se dictó la Directiva sobre los servicios de pago<sup>65</sup>. Esta norma se ha transpuesto al ordenamiento jurídico español a través de la *Ley 16/2009 de medios de pago*.

6. *Evitar la fragmentación de las normas de protección de los consumidores.* La actual DDC aborda este problema, pero de manera parcial al refundir en un solo instrumento la *Directiva de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil* y la *Directiva de contratos a distancia*, con el fin de simplificar y actualizar estas dos materias, evitando los obstáculos dentro del mercado interior con la aplicación de reglas conjuntas en las materias mencionadas. Volveremos sobre el tema<sup>66</sup>.

En resumen, debemos aclarar que, en la actualidad, las transacciones realizadas entre empresarios y consumidores, se encuentran reguladas por el ordenamiento jurídico español y europeo. Ha sido un camino largo, el cual tuvo como resultado la aprobación de la *Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia* y la *Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico*, así como la aprobación de la DDC en el año 2011,

---

<sup>64</sup> Vid: [http://ec.europa.eu/information\\_society/eyouguidenavigation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/eyouguidenavigation/index_en.htm). [Con acceso el 3-XII-2009].

<sup>65</sup> *Directiva 2007/64/CE sobre servicios de pago en el mercado interior.*

<sup>66</sup> Vid. *infra*, 1.4.1.

con el fin de evitar la fragmentación jurídica en ciertos sectores contractuales.

### **1.3. Regulación de un sujeto especial: concepto de consumidor**

La UE ha puesto las bases y herramientas jurídicas con el fin de brindar seguridad jurídica al consumidor, cuando éste realice compras a través de Internet. Dentro del presente apartado, analizaremos cómo la figura del consumidor ha estado y sigue estando presente en las normas que se han dictado dentro del seno del marco comunitario europeo. Además de forma paralela a la normativa, el concepto de consumidor se ha ido consolidando por más de dos décadas a través de las sentencias del TJCE.

Si bien en un principio el concepto de “consumidor” fue tomado de la economía, hoy también forma parte de la ciencia jurídica tal y como ha apuntado la doctrina<sup>67</sup>. Por otra parte, se han desarrollado distintas nociones de consumidor, unas de carácter pragmático y otras de desarrollo<sup>68</sup>. Así, encontramos los siguientes conceptos del consumidor:

*1.- Noción abstracta:* se identifica consumidor con “ciudadano”, a quien se debe tutelar el derecho a la información y a la educación. Está noción guarda estrecha relación con los programas y políticas de gobierno, los cuales tienen como uno de sus principales objetivos la

---

<sup>67</sup> Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3 ed., Dykinson, Madrid, 2007, pág. 55; LETE ACHIRICA, J., “La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario”, *AC*, 1998, núm. 1, pág. 184: “[e]l término “consumidor”, que viene empleándose con habitualidad en la terminología de los sistemas jurídicos occidentales desde hace aproximadamente dos décadas, no es, sin embargo un concepto originariamente jurídico sino socio económico. El Derecho lo ha tomado prestado para caracterizar las relaciones jurídicas mercedoras de cierta protección como consecuencia de la diversa posición que los empresarios y los particulares ocupan en el mercado”.

<sup>68</sup> Cfr. REYES LÓPEZ, M. J., *Manual de Derecho Privado de Consumo*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 88

protección del consumidor<sup>69</sup>. Ello se deja ver en el artículo 51 de la Constitución española al declarar:

*Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*

*Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la Ley establezca.*

De acuerdo con lo anterior, el Estado garantiza la protección de los consumidores y usuarios, respetando y salvaguardándola como uno de los principios constitucionales. Como consumidores se protege así a todos los ciudadanos, siendo esta idea tomada del conocido discurso del presidente Kennedy<sup>70</sup>. De esta manera, la noción abstracta de consumidor, se identifica con la de ciudadano.

2.- *Noción jurídica y material*: el consumidor *jurídico* será, conforme a la normativa comunitaria y nacional, quien ejecute el acto de contratación del servicio, o compra del producto<sup>71</sup>. En cambio, el consumidor *material* es aquella persona que hace uso o disfrute del bien o servicios, teniendo derecho a la sanidad y seguridad. Además, puede ejercer los derechos, garantías y acciones que le correspondan como resultado de la adquisición del bien o contratación de servicios<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Comentario al artículo 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R y SALAS HERNÁNDEZ, J., (Coords.): *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 25.

<sup>70</sup> Tal discurso fue pronunciado el 15 de marzo de 1962 por el presidente de los Estados Unidos John F. Kennedy ante el congreso de su país. Vid. GÓMEZ CALERO, J., *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 24.

<sup>71</sup> Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentarios a los artículos 1-7 del TRLGDCU", 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, pág. 112.

<sup>72</sup> Cfr. FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., "Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica", en REYES LÓPEZ, M. J., (Coord.): *Derecho privado de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 98-99, para este autor el concepto concreto de consumidor tiene utilidad cuando: "[a]tribuye derecho que pueden ejercitar individualmente en su interés particular. En este criterio se concibe al consumidor como partícipe en un determinado acto de consumo".

Por ejemplo, demandar la responsabilidad de daños por productos o servicios defectuosos<sup>73</sup>.

3.- *Noción de “consumidor-cliente”*: este concepto tiene un alcance amplio, incluyéndose cualquier persona que en el mercado adquiriera un bien o disfrute de un servicio por cualquier título. No importa que éste sea

4.- comprador, arrendatario, usuario, derechohabiente, espectador, etc. El *consumidor como “cliente potencial”*: este concepto “incorpora los aspectos sociológicos para determinar quiénes deben ser considerados como consumidores en cada es aplicable en relación con las normas del Derecho de la competencia en sentido amplio, esto es, Derecho *antitrust* y regulación contra la competencia desleal, así como en materias de marcas”<sup>74</sup>. Esta noción halla su fundamento en el artículo 83.1 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (hoy artículo 101 del TFUE), el cual prohíbe los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas colusorios entre las empresas para perjudicar al consumidor. Con este tipo de medidas se trata de proteger a los destinatarios potenciales, evitándose prácticas prohibidas en el mercado<sup>75</sup>.

Como podemos observar, no hay una noción uniforme del consumidor. En consecuencia, su delimitación vendrá determinada en atención al sector de que se trate<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Vid. *Directiva 85/374, sobre daños causados por productos defectuosos*. Esta norma tiene como objetivo proteger a la persona perjudicada que adquiere bienes para un uso personal, y además que el acto de consumo se considere para un uso privado. Esta Directiva ha sido adaptada al ordenamiento jurídico español a través del TRLGDCU (arts. 135-149).

<sup>74</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “El concepto de consumidor”, en AZPARREN LUCAS, A., (Dir.): *Hacia un Código del consumidor*, Manuales de Formación Continuada, núm. 34, Consejo General del Poder Judicial, 2005, Madrid, págs. 21-22.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores”, en BERCOVITZ/BERCOVITZ: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 108, este autor hace referencia a la legislación alemana se distinguen tres conceptos según el ámbito jurídico al cual se esté: [...] “se hace notar que en el Derecho alimentario la noción de consumidor se relaciona con el consumo doméstico privado; en el Derecho de la competencia se hace referencia, en general, al consumidor final, y en el Derecho europeo de cárteles y en materia de responsabilidad del fabricante, el consumidor es, en general, el cliente, sin que se exija

### 1.3.1. La problemática de su delimitación conceptual

La mayoría de las Directivas, normas reglamentarias, e iniciativas en materia de protección al consumidor coinciden con el siguiente concepto de consumidor: "toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión". Sin embargo, reiteramos, el concepto no es único, y no es claro el elemento de la "no profesionalidad". Además, el TJCE en sus diversas sentencias nunca ha delimitado tal concepto, sino sólo ha excluido de manera general a las personas jurídicas que actúen con fines de lucro<sup>77</sup>.

A nivel comunitario, las siguientes normas coinciden con el concepto de consumidor, el cual como veremos también es recogido por el ordenamiento jurídico español:

- *Directiva 2002/65/CE, sobre contratos de servicios financieros*<sup>78</sup>;
- *Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico*<sup>79</sup>;
- *Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales*<sup>80</sup>;
- *Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas*<sup>81</sup>; y,
- *Directiva 2008/48/CE, sobre al crédito al consumo*<sup>82</sup>.
- *Directiva de consumidores del año 2011*<sup>83</sup>.

---

que se trate de un consumidor final o doméstico. Esa diferenciación es debida a la finalidad propia de cada ley".

<sup>77</sup> Vid., más sobre este punto, en CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentarios a los artículos 1-7 del TRLGDCU...", *op.cit.*, págs. 129 y sigs.

<sup>78</sup> Artículo 2 (d) de la *Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros* destinados a los consumidores: "toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional".

<sup>79</sup> Artículo 2 (e) de la *Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico*: "cualquier persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión".

<sup>80</sup> Artículo 2 (a) de la *Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales*: "cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional".

<sup>81</sup> Artículo 2 (b) de la *Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas*: "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional".

<sup>82</sup> Artículo 3 (a) de la *Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo*, señala: consumidor es la "persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional..."

- Directiva 99/44/CE, sobre garantía en las ventas de consumo<sup>84</sup>;
- Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados<sup>85</sup>;
- Directiva 2008/122/CE, sobre tiempo compartido<sup>86</sup>.

Estás Directivas toman ciertos criterios, los cuales han servido como punto de partida a la hora de considerar a una persona como “consumidor”. Dentro de estos criterios encontramos el “acto de consumo”, “el destino de los bienes o servicios” y la “posición de los sujetos contratantes”, ya sea que se traten de personas físicas o personas jurídicas. A continuación analizaremos de manera general los criterios mencionados.

1.- “El acto de consumo” tal y como lo define LASARTE ÁLVAREZ es “el acto jurídico (un contrato casi siempre) que permite obtener un bien o un servicio con vistas a satisfacer una necesidad personal o familiar. A diferencia del comerciante, a quien se exige la habitualidad, un acto de

---

<sup>83</sup> Artículo 2.1 de la *Directiva sobre Derecho de los consumidores del año 2011*: “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio, o profesión”.

<sup>84</sup> Artículo 1.2.a) de la *Directiva 1999/44/CE, referente a determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*: “toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el mercado de su actividad profesional”. Vid., en este sentido GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La noción de consumidor en el Derecho comunitario de consumo”, *EC*, núm. 75, 2005, en: <http://www.consumo-inc.es/>. [Con acceso el 12-XII-de-2010], especialmente nota pie número 31, en donde, el autor declara el ámbito de aplicación de esta Directiva no sólo a las personas físicas, sino también, se incluyen a las personas jurídicas.

<sup>85</sup> Artículo 2.4 de la *Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados*: “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 cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado”. En términos parecidos se expresa el numeral 151. g) del TRLGDCU: “cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario”. Como puede observarse a diferencia de otros contratos en los que sólo se protege al consumidor cuando actúe sin fines de lucro, la regulación de los viajes combinados amplía su ámbito de aplicación a cualquier persona, por lo cual las personas jurídicas, también gozaran de los derechos otorgados por la Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados. De esta manera el TRLGDCU amplía su protección tanto al cliente contratante del viaje como al cesionario, o beneficiario (art. 152). Vid., en este sentido: ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003, págs. 68-69; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Sobre el concepto de consumidor en materia de viajes combinados”, en: [www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/2.pdf](http://www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/2.pdf). [Con acceso el 3-III-2010]. Ambos autores entiende entendible el ámbito de aplicación de la Directiva de viajes combinados a las personas jurídicas.

<sup>86</sup> Artículo 2 (f) de la *Directiva 2008/122/CE, de Timeshare*, define al consumidor: “toda persona física que actúe con fines ajenos con su actividad económica, negocios, oficio o profesión...”



consumo aislado sería suficiente para calificar de consumidor al que lo realiza”. Para este autor, a diferencia del concepto de “contrato de consumo”, el cual restringe su ámbito de aplicación a la calidad de consumidor, el acto de consumo es un concepto más amplio, el cual se caracteriza por ser un acto jurídico, consistente en *aprovechar* el bien o servicio objeto del contrato<sup>87</sup>.

2.- “*El destino de los bienes o servicios*” es tenido en cuenta para la calificación del adquirente o usuario como consumidor, pues su contratación destinada a uso personal, sin fines de lucro, es elemento definidor de aquél. En este sentido, el TJCE ha dejado claro que no se consideran consumidores las personas físicas o jurídicas que actúan dentro de un ámbito profesional.

3.- La protección jurídica se otorga tanto a las “*personas físicas como jurídicas*”, siempre y cuando actúen en un ámbito ajeno a su actividad profesional o comercial (p. ej., las asociaciones comunitarias que actúan sin fines de lucro).

El TJCE en las sentencias *Gruber*<sup>88</sup> y *Engler*<sup>89</sup>, al pronunciarse sobre el *forum actoris*<sup>90</sup>, ha delimitado, entre otras cosas, qué criterios deben seguirse a la hora de considerarse un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional, así como cuándo se entiende celebrado un contrato de consumo.

El señor *Gruber*, agricultor y dueño de una granja en Austria compró a la empresa *Bay Wa*, domiciliada en Alemania una partida de tejas que necesitaba para restaurar la granja, la cual comprendía una pocilga para más de 200 cerdos, así como una gran nave para maquinaria y silos para piensos. En ellas se almacenaba entre el 10% y el 15% de la cantidad de forraje necesario para la explotación. La parte de la granja destinada al

---

<sup>87</sup> Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios...*, op.cit., pág. 60.

<sup>88</sup> STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C-464/01, Johann Gruber c. Bay Wa.

<sup>89</sup> STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C-27/02, Petra Engler contra Janus Versand GmbH.

<sup>90</sup> Vid., en este sentido, AÑOVEROS TERRADAS, B., “Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor. (A propósito de las sentencias del TJCE en los asuntos Johann Gruber y Petra Engler)”, *La Ley*, núm. 3, 2005, págs. 1737-1744.

uso como vivienda familiar era ligeramente superior al 60% de la superficie total útil del inmueble.

El señor *Gruber* tuvo conocimiento de la empresa *Bay Wa* a través de unos folletos publicitarios, los cuales fueron distribuidos en Alemania y Austria, por lo cual realizó el pedido de las tejas por medio de comunicación telefónica. Sin embargo, el señor *Gruber* nunca menciona su calidad de agricultor a la empresa, razón por la cual, el Tribunal de Primera Instancia (*Landesgericht steyr*) se declaró competente para conocer del litigio, señalando que se reunían los requisitos del artículo 13 del Convenio de Bruselas I. No obstante, el Tribunal de apelación austríaco se declaró incompetente para conocer del asunto. Por tal motivo, el Tribunal de casación planteó la cuestión prejudicial al TJCE haciendo las siguientes interrogantes:

En caso de afectación parcial de la prestación a un uso privado ¿resulta determinante, para apreciar la condición de consumidor a efectos del artículo 13 Convenio de Bruselas, que predominen los usos privados o los usos profesionales? ¿Qué criterios deben seguirse para comprobar si predominan unos u otros? ¿Depende de la determinación del uso, de las circunstancias objetivamente discernibles para la otra parte del contrato celebrado por el consumidor? En caso de duda, ¿Debe prevalecer la calificación de contrato celebrado por un consumidor?

Sin embargo, el TJCE no le otorgó la razón al señor *Gruber*, basándose en las siguientes conclusiones:

1. “Una persona que celebre un contrato para un uso en parte relacionado con su actividad profesional y en parte ajeno a la misma no puede invocar la regla de competencia de los artículos 13 y siguientes del Convenio de Bruselas I, a menos que el uso relacionado con su actividad profesional sea insignificante.
2. Para determinar si una persona ha celebrado un contrato para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad profesional en el sentido de los artículos 13 y siguientes del Convenio de Bruselas I. No es necesario tener en cuenta las circunstancias

objetivamente discernibles. A no ser que el propio consumidor se haya presentado como si actuará en el marco de actividad profesional y la otra parte no tuviera conocimiento de ello.

3. Debe considerarse que cuando un consumidor recibe en el Estado que ésta domiciliado una oferta telefónica específica de un proveedor establecido en otro Estado contratante y, posteriormente, compra a dicho proveedor los bienes o servicios así ofrecidos, la celebración del contrato ha ido precedida de una oferta especialmente hecha en el sentido del artículo 13, número 3, letra a), del Convenio de Bruselas, aun cuando sus estipulaciones concretas estén basadas en una oferta posterior, no recibida en el Estado del domicilio del consumidor.
4. A efectos del artículo 13, letra b), del Convenio de Bruselas, un consumidor realiza los actos necesarios para la celebración de un contrato en el Estado en el que está domiciliado cuando comunica su aceptación de una oferta desde dicho Estado, con independencia del lugar en el que se haya hecho la oferta y del conducto utilizado<sup>91</sup>.

En el caso que venimos comentando, el TJCE ha establecido las directrices de cuándo se está ante un *contrato mixto de consumo*, que implica la existencia de un “consumidor” al que aplicar su normativa protectora: siempre y cuando el uso profesional carezca de importancia, teniendo una relevancia mínima; lo cual, como vimos, no ocurrió en las cuestiones que se plantearon en el asunto *Gruber*, por lo tanto, en dicho caso, no existía un “consumidor” a quien tutelar.

En cambio, en la cuestión de fondo del asunto *Engler* se puso en tela de juicio la aplicación de la sección IV del Convenio de Bruselas I, cuestionándose si existía realmente un contrato “de consumo”<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Vid. Texto completo de la sentencia en: <http://curia.europa.eu>. [Con acceso el 10-XII-de-2010].

<sup>92</sup> Cfr. AÑOVEROS TERRADAS, B., “Delimitación de los supuestos internacionales...,” *op.cit.*, pág., 1740. Volveremos sobre este tema cuando analicemos el lugar de perfección del contrato electrónico (*vid. infra*, 3.5.6).

Los hechos fueron los siguientes: la señora *Engler* recibió un correo por parte de la empresa *Janus Versand*, domiciliada en Alemania, el cual contenía un bono de pago con un valor aproximado de 455.000 ATS (33.066,14 euros), y un catálogo de los productos en venta, lo cual hizo creer a la Sra. *Engler* que había ganado dicha cantidad y que para recibirla sólo debía rellenar el bono y reenviarlo a la empresa, lo cual realizó. Sin embargo, la Sra. *Engler* no hizo pedido alguno de los productos ofrecidos en el catálogo, por lo cual la empresa se negó a pagar el premio. Así las cosas, la Sra. *Engler* interpuso su demanda en contra de la empresa anunciadora en un tribunal austriaco, el cual dudó de la aplicación del Convenio de Bruselas I y planteó la cuestión prejudicial ante el TJCE, en el sentido de que si al caso en debate le era aplicable la normativa de contratos internacionales celebrados por consumidores. El TJCE respondió que al caso en cuestión no se podía aplicar el Reglamento Bruselas I (art. 5), debido a que no existía relación contractual alguna entre la señora *Engler* y la empresa anunciadora<sup>93</sup> y, en consecuencia, la señora *Engler* no era “consumidor” a efecto de la normativa que pretendía aplicarse.

Por otra parte, los Estados miembros pueden incluir a las *personas jurídicas* dentro del concepto de consumidor, siempre y cuando estas actúen sin fines de lucro. El TJCE trató el tema en el asunto *Di Pinto*<sup>94</sup>. El Sr. *Di Pinto*, gerente de la empresa *Groupement de l'immobilier et du fonds de commerce*, que difundía una revista en la que se insertaban ofertas de fondos de comercio, hizo visitar, en sus domicilios o en sus lugares de trabajo, a comerciantes que querían vender sus fondos de comercio, con la intención de que los ofertasen mediante anuncios en su revista<sup>95</sup>. Ante tal situación, el Tribunal de *Grand Instance* de París condenó al Sr. *Di Pinto* a la pena de un año de prisión y multa por haber infringido la Ley francesa sobre visitas comerciales a domicilio, debido a

---

<sup>93</sup> Cfr. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., “La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario. Cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *EC*, núm. 79, 2006, en: <http://www.consumo-inc.es/>. [Con acceso el 12-XII-de-2010].

<sup>94</sup> Vid. STJCE, Asunto C-361/89, *Patrice di Pinto*.

<sup>95</sup> Vid. DURÁN AYAGO, A., *La protección de las PYMES en el comercio internacional: propuestas de regulación*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 62

que el art. 4 de la citada Ley prohíbe a los comerciantes que realicen visitas a domicilio percibir pago alguno en metálico antes de que concluyera el plazo de siete días para desistir del contrato, norma que fue transgredida por el Sr. Pinto, debido a que los contratos que realizaba exigían el pago inmediato y además no mencionaban la posibilidad de renunciar a su compromiso antes de expirar el plazo de reflexión<sup>96</sup>.

No obstante, el Sr. Di Pinto apeló la sentencia condenatoria argumentando que los comerciantes que habían recibido las visitas no disfrutaban del régimen de protección, reservado a los consumidores; de lo contrario, la Ley francesa vulneraría lo previsto en la *Directiva 85/577* sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales<sup>97</sup>.

En el asunto que venimos comentando, el TJCE sostuvo que las personas jurídicas que actúen con fines de lucro no se les considera consumidores, por lo tanto, quedaban excluidas de la protección brindada por la hoy derogada *Directiva 85/577/CE*<sup>98</sup>. El criterio comentado se refleja en otras sentencias dictadas por el TJCE: asunto *Ideal service vs. OMAI* y otro (C-541-542/99), (sentencia de 19 de enero de 1993, *Shearson Lehman Hutton*, as. C-89/91), (sentencia *Benincasa*, as. C-269/95), entre otras.

Además, el TJCE ha dejado claro que resultan excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas *pro consumatore*, los contratos celebrados sólo entre profesionales (*B2B*)<sup>99</sup>. Asimismo, la normativa de protección de consumidores excluye de su ámbito de aplicación los contratos concluidos entre consumidores (*C2C*), lo cual se deduce de la

---

<sup>96</sup> *Vid., ibídem.*

<sup>97</sup> *Vid.* AÑOVEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 100.

<sup>98</sup> *Vid.* DURÁN AYAGO, A., *La protección de las PYMES...*, *op.cit.*, pág. 63.

<sup>99</sup> *Vid.* STJCE de 21 de junio de 1978, Asunto C 150/77, *Bertrand c. Paul Ott KG*. Además, como acertadamente señala ROMERO GARCÍA-MORA, G., *Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2003, págs. 144-145, quien llega a las siguientes dos conclusiones: “la primera y la más obvia que la noción de consumidor comunitario excluye de su contenido a las personas jurídicas; la segunda que por virtud del concepto de consumidor que se acoge resultarán excluidos del ámbito de aplicación de estas directivas *pro consumatore* los contratos que concluyan entre sí los profesionales y los que se concluyan entre consumidores”.

lectura del artículo 2 TRLGDCU, el cual aclara: “*Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*”.

Una vez analizado el concepto de consumidor a nivel comunitario, pasaremos a ver qué ocurre a nivel nacional. En un inicio, la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LGDCU) en su artículo 1.2, daba la siguiente definición de “consumidor” “*A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*”. Por otra parte, en el mismo numeral, pero en su punto 3 aclaraba “*No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*”. De la lectura del artículo podemos señalar que se adaptaba a la normativa europea; y pese a que se incluía a las personas jurídicas, se hacía la siguiente aclaración: siempre y cuando éstas no compraran bienes o contrataran servicios con fines de lucro.

La *Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio*, da una definición de lo que es consumidor o usuario en su artículo 1.3 cuando señala: “*A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden*”. En nuestra opinión, esta Ley es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 TRLGDCU, pues a pesar de no utilizar las mismas palabras y de incluir a las personas jurídicas, utiliza la siguiente expresión: “destinatarios finales”, además en el mismo artículo 1.3, la norma comentada, hace la siguiente aclaración: “*No tendrán la*

*consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*". De esta manera, aunque no se menciona la frase "sin fines de lucro", el concepto de consumidor brindado por la *Ley 43/2007*, encaja perfectamente con lo dispuesto en el artículo 3 TRLGDCU.

Otra de las normas que no utiliza propiamente el término consumidor, sino "adherente", es el artículo 2 de la *Ley 7/1998 de Condiciones Generales* de la Contratación. Sin embargo, tal y como apunta FERNÁNDEZ GIMENO, a pesar de que la *Ley 7/98* comprende tanto a las "personas físicas como jurídicas (con lo que incluye en la protección también a las sociedades de cualquier naturaleza) y que este profesional, en toda su extensión puede ser consumidor, siendo suficiente para que no quede excluido de la protección de la ley, que no actúe en el ámbito de su actividad y que sea destinatario final"<sup>100</sup>.

La DDC en su artículo 2.1 da una definición de "consumidor": "toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión". En cambio, la *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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*<sup>101</sup>, por la que se transpone la DDC, modifica el concepto de consumidor estipulado en el artículo 3 TRLGDCU, el cual aclaramos se adapta a la normativa europea: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial". Como puede verse, se menciona expresamente

---

<sup>100</sup> Vid. FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., "Los consumidores y usuarios...", *op.cit.*, pág. 104.

<sup>101</sup> BOE núm. 76, de 28-III-2014.

a las personas jurídicas como posibles “consumidores”. En la línea de la citada jurisprudencia del TJCE ha de entenderse, como concluye la propia norma interna, que han de operar sin ánimo de lucro.

Por otra parte, anteriormente en la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984* no se brindaba una definición de “empresario”. Sin embargo, tal y como apunta la doctrina este concepto venía reconocido en diversas Directivas comunitarias en materia de protección de consumidor. Así mismo, a diferencia del concepto de consumidor, en donde la mayoría de las Directivas coinciden, a nivel comunitario no existe uniformidad en el empleo del término legal de empresario, ya que las normas que lo prevén lo nombran indistintamente, “empresario”, “prestador de servicios”, “vendedor”, “detallista”, etc.<sup>102</sup>.

De acuerdo con el artículo 4 TRLGDCU el empresario es: “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 un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. Además, se incluyen dentro de este concepto, el productor, el proveedor, el comerciante, el fabricante, el importador, el suministrador, el organizar y detallista<sup>103</sup>. No obstante, como aclara BERCOVITZ RODRÍGUEZ “no basta con tener una actividad empresarial o profesional para que una persona quede sometida al ámbito de aplicación del Texto Refundido. Además el artículo 4 exige que la relación en cuestión entre consumidor y empresario se produzca precisamente en el marco de dicha actividad”<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentarios a los artículos 1-7 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, págs. 155-156. [...]: “La disparidad, por lo demás, no trae su origen en traducciones inconsistentes, sino que también en la versión oficial de las Directivas en otros idiomas muestra esta heteroneidad de designaciones para definir lo mismo (en el orden anterior, *trader, supplier, seller, vendor, creditor* o *service provider*). Desde una perspectiva nominalista, quizás convenga destacar que ninguna de las Directivas de consumo [...] utiliza la expresión “empresario” (business, excepción hecha de la fórmula objetivada por la Directiva 2000/35 de morosidad; y ni siquiera, en su versión inglesa, el concepto de “profesional”, pues la Directiva 93/13 se refiere al *seller* or *supplier*).

<sup>103</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 4 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ, C., (Coord.): *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, Navarra, 2009, págs. 101-103.

<sup>104</sup> *Ídem.*, pág. 103.



Por otro lado, la Ley no considera vendedores a los intermediarios que actúen en subasta *on-line*. No estamos de acuerdo con tal postura, debido a que las grandes empresas como mercado libre, *ebay*, entre otras ganan anualmente cifras millonarias.

La problemática comentada se puso de manifiesto en el *Libro Verde de Consumidores del año 2007*<sup>105</sup> en su punto 4.2, pregunta B2 se señalaba lo siguiente: “¿Deberían considerarse los contratos entre particulares contratos de consumo cuándo una de las partes actúa a través de un intermediario profesional?”

Opción 1: *Statu quo*: La protección de los consumidores no se aplicaría a los contratos entre los particulares cuándo una de las partes recurra a un intermediario profesional para la celebración.

Opción 2: El concepto de contrato de consumo englobaría situaciones en las que una de las partes actúe a través de un intermediario profesional.

Sin embargo, la actual DDC se inclinó por la opción 1 como lo manifiesta el considerando número 24 de su Exposición de Motivos: “*Una subasta pública supone que comerciantes y consumidores asisten o pueden asistir a la subasta en persona. El comerciante ofrece al consumidor los bienes o servicios a través de un procedimiento de oferta, autorizado por la ley en algunos Estados (sic) miembros, para ofrecer bienes o servicios en una venta pública. El adjudicatario tiene la obligación de adquirir los bienes o servicios. El uso para las subastas de plataformas en línea a las que pueden acceder consumidores y comerciantes no debe considerarse subasta pública a efectos de la presente Directiva*”.

Hilando todo lo expuesto, CÁMARA LAPUENTE señala cómo el concepto de consumidor, el cual fue tan debatido a lo largo de dos décadas, ha llegado a uniformizarse tanto a nivel comunitario como

---

<sup>105</sup> *Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, COM (2006) 744 final, DOUE 15.3.2007, C 61/1, pág. 18*

interno. Sin embargo, para este autor, tal concepto genera situaciones dudosas, las cuales no han sido resueltas ni contempladas en el ordenamiento jurídico, por ejemplo, los actos mixtos o adquisiciones para uso doble (personal y profesional), el concepto de consumidor activo o pasivo<sup>106</sup>, así como el problema del consumidor vendedor (C2B), o el consumidor representado por un profesional (C2C). Las hipótesis enunciadas plantean una serie de interrogantes, que deberían tomarse en consideración para evitarse una serie de problemas que podrían presentarse en un futuro no muy lejano<sup>107</sup>.

Para concluir, y a los efectos del presente Trabajo, nosotros brindamos el siguiente concepto de consumidor, el cual es acorde a la normativa europea y nacional: “es la persona física o jurídica que compra un bien o contrata un servicio destinándolos a un uso personal y sin fines de lucro”.

### **1.3.2. Prácticas y contratos regulados para proteger al consumidor**

La UE ha dictado una serie de normas, en forma de Directivas y Reglamentos, con el fin de dar seguridad jurídica al consumidor. En estas normas se regulan en su mayoría los derechos de los consumidores en determinados sectores. Por razones de espacio, sólo nos enfocaremos a aquellas que consideramos más importantes, mencionando las demás de manera escueta a pie de página<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> La diferencia entre consumidor activo y pasivo, radica en que el primero es el que por su propia voluntad busca la compra de bienes o contratación de servicios y el segundo es a quien el empresario busca para la venta de productos o contratación de servicios. Volveremos sobre el tema cuando hablemos del lugar de perfección del contrato (*vid, infra*, 3.5.6).

<sup>107</sup> *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de “consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Noticias de la Unión Europea, (Monográfico, Derecho Privado Europeo)*, núm. 320, septiembre 2011, págs. 21-44.

<sup>108</sup> Así en el ámbito del Derecho secundario de la Unión Europea encontramos Directivas que protegen al consumidor en diversos sectores, a modo de ejemplo señalamos las siguientes:

- *Directiva 2000/43/CE, sobre el principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico;*

- Directiva 2004/122/CE sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su ministro; y
- Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago;
- Directiva 94/19/CE, sobre los sistemas de garantía de depósitos;
- Directiva 92/49/CEE, sobre seguros distintos del seguro de vida;
- Directiva 2002/83/CE, sobre seguro de vida;
- Directiva 2002/92/CE, sobre la medición en los seguros;
- Directiva 2003/71/CE, sobre folletos;
- Directiva 2003/6/CE, sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado);
- Directiva 85/611/CEE, sobre determinados organismos de inversión colectiva (OICVM);
- Directiva 2004/39/CE, sobre mercados de instrumentos financieros;
- Directiva 97/9/CE, sobre los sistemas de indemnización de los inversores.
- Directiva 2000/35/CE, sobre morosidad en las operaciones comerciales; y
- Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

El Reglamento tiene un alcance general. Es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 288(2) TFUE). En cambio la Directiva obliga al Estado miembro, en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (art. 288(3) TFUE. (Cfr. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "Derecho comunitario y Derecho del consumo", RDM, núm. 192, 1989, págs. 370-373). Vid., artículo 288(3) TFUE.

Vid. MANGAS MARTÍN, A y LIÑAN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, págs. 368-369. Para estos autores el efecto directo de las Directivas "es invocable no sólo en las relaciones del particular con las administraciones públicas –denominadas relaciones verticales, como los casos Van Gend en Loos, Salgoil o Lütticke-, sino también en las relaciones entre particulares (relaciones horizontales) en las que el sujeto de la obligación reclamada es un particular". No obstante hay que aclarar también que el efecto horizontal de las Directivas entre particulares sólo se aplicará cuando el Estado actúa como particular (sentencia Van Dyn), y no cuando las relaciones entre particulares (sentencia Marshall).

Una Directiva a diferencia del Reglamento no tiene alcance general, es decir, no puede por sí sola crear obligaciones a cargo de un particular, cuando no ha sido transpuesta por el Estado miembro, por lo tanto, sus disposiciones no pueden ser invocadas, en su calidad de tal contra dicha persona. No obstante, una disposición clara, precisa e incondicional de una Directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio exclusivamente entre particulares.

Para el caso de que un Estado miembro no haya transpuesto una Directiva y se ocasionen daños y perjuicios a los particulares como resultado de la no transposición de la Directiva, el TJCE ha establecido las siguientes soluciones alternativas:

a) Principio de "interpretación conforme". De acuerdo con este principio los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen la obligación de interpretar el Derecho interno, con el fin de garantizar la aplicación de éste, conforme a la Directiva; en otras palabras, se busca alcanzar la efectividad del resultado perseguido por la Directiva. Sin embargo, la interpretación que realicen los tribunales no pueden ir en contra de las disposiciones del Estado miembro.

b) "Responsabilidad del Estado miembro". En caso de que una Directiva no haya sido transpuesta en tiempo, o incluso si hubiera sido transpuesta, pero su transposición ocasionara daños y perjuicios a los particulares por no alcanzarse el objetivo o fin establecido, el Estado miembro está obligado a reparar los daños a particulares como consecuencia de su incumplimiento.

c) "Principios generales". El TJCE ha admitido la aplicación de un principio general cuando una Directiva no sea admitida en un litigio por no haberse transpuesto (Vid. Sentencia Mangold (C-144/04) DO C 36 de 11/06/2006, pág. 10).

d) "Distinción entre el efecto directo de sustitución e invocabilidad de exclusión". Con esta regla el TJCE ha dejado claro la no sustitución del Derecho nacional por una Directiva con el fin de obligar a los particulares a cumplir con sus obligaciones. En cambio, el principio de invocabilidad de exclusión tiene con finalidad excluir el Derecho

Con el objeto de regular el mercado interior en materia de protección del consumidor, se dicta la *Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas*<sup>109</sup>. Esta norma tal y como se explica en su Exposición de Motivos, tiene como fin evitar “*cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional, y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, estas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten su existencia*”. En el artículo 3 de la citada norma se brinda la definición de cláusula abusiva<sup>110</sup>, y a modo ejemplificativo se incluye una lista en su anexo.

La transposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico español se realizó a través de la *Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación* (LCGC), en cuyo artículo 8.1 y 2 se hace la distinción entre “control de legalidad”, aplicable a relaciones entre empresarios entre si y con consumidores, y “control de contenido” en sede de contratos de consumo, con el fin de evitar cláusulas abusivas como las que establezcan la renuncia a derechos reconocidos por el adherente y las que atenten contra el principio de la buena fe y el justo equilibrio entre las partes<sup>111</sup>.

---

nacional, cuando este sea contrario a la Directiva, sin embargo, el TJCE nunca ha hecho uso de este recurso.

<sup>109</sup> DO L 121 de 15.5.1993, pág. 1.

<sup>110</sup> Artículo 3 *Directiva 93/13/CEE*, 1. “*Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*

2. *Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.*

*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente cuando haya sido redactada no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato se la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.*

*El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.*

3. *El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”.*

<sup>111</sup> Cfr. VICENT CHULIÁ, F., “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, *RdPat*, núm. 13, 2004, pág. 55.

Las condiciones generales se caracterizan por los siguientes aspectos: se incorporan al cuerpo del contrato, son cláusulas predispuestas (las empresas previamente las redactan), materializándose a través de formularios y se imponen, es decir, al consumidor no le queda otra más que aceptar o rechazar el contrato.

Por otro lado, el control de inclusión tiene como objetivo brindar transparencia, claridad, concreción y sencillez (art. 80.1 a y b TRLGDCU), teniendo el adherente conocimiento de las condiciones generales. En cambio con el control de contenido se trata de evitar que el empresario imponga cláusulas abusivas al consumidor<sup>112</sup>. En este sentido EGUZQUIZA BALMASEDA, señala que las dos grandes cuestiones que se plantean en la contratación mediante condiciones generales son “a) el conocimiento de las condiciones que van a regir la relación contractual, cuestión de relieve para una formación de voluntad libre y consciente de lo contratado, y la aceptación de las mismas (control de incorporación o inclusión); y b) la valoración del carácter justo o abusivo de tales cláusulas (el control de contenido)”<sup>113</sup>. Este último control cobra importancia en el marco de los contratos con consumidores, puesto que define a las cláusulas abusivas (art. 82 TRLGDCU) como “*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Cabe apuntar que el control de contenido se establece sólo en relaciones entre empresario y consumidor, y no entre empresarios. Su justificación se encuentra en la ausencia de negociación, con el fin de evitar entre otras cosas cláusulas abusivas. Esta función delimitadora alude al criterio de buena fe regulado en el artículo 1258 del Código Civil, no sólo como principio, sino también con el fin de que exista un equilibrio contractual, en la relación empresario consumidor. *Vid*, en este sentido CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 92-93, [...]: “y si se tiene en cuenta que el control de contenido de la Directiva sobre cláusulas abusivas encuentra su justificación en la ausencia de negociación, entonces la exclusión preconizada por el art. 4.2 puede estar justificada dentro del sistema diseñado y del modelo constitucional tanto comunitario como español. Los fallos del mercado que no permitan al consumidor contrastar (“negociar”) la relación calidad/precio, serán corregidos por el Derecho de la competencia [...]”.

<sup>113</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “Condiciones Generales y Comercio Electrónico”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J. (Dir.): *Internet y Comercio Electrónico*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, págs. 24-26.

<sup>114</sup> *Vid*, en este sentido, GÓMEZ-SALVADO SÁNCHEZ, C., “Las cláusulas de forma en las condiciones generales de la contratación. Panorama del Derecho Español”, *RdPat*, núm. 21, 2008, págs. 142-145.

La Directiva de cláusulas abusivas se encuentra actualmente en proceso de revisión. En la PDDC se preveía su refundición<sup>115</sup>; sin embargo, durante la revisión del *Acquis Group* se mencionaron los problemas en relación con el principio de armonización plena, razón por la cual la DDC la excluyó.

Resultado de un exhaustivo proceso de consultas surge la *Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales*<sup>116</sup>, con el objetivo de fomentar la competencia y la confianza de los consumidores en las transacciones transfronterizas. La Directiva se estructura de la siguiente manera: una cláusula general, definición de prácticas engañosas y prácticas agresivas (arts. 6 y 7), acciones y omisiones; y una lista negra de “prácticas comerciales desleales” en su anexo número uno. En relación con el tema que nos ocupa, se considera “práctica engañosa”, entre otras, la omisión del derecho de desistimiento por parte del empresario, pues se considera que tal información es sustancial al momento de celebrarse el contrato (art. 7.4 d).

Con la adopción de este tipo de medidas se reemplazan múltiples leyes y decisiones judiciales de carácter nacional. Así mismo, la Directiva comentada aporta una armonización plena y prevé el principio de reconocimiento mutuo entre los Estados miembros con el fin de eliminar las barreras del mercado interior. Cabe señalar que hasta antes de la aprobación de esta norma, la noción de “práctica comercial desleal” estaba sujeta a distintas interpretaciones por parte de los Estados miembros. Sin embargo, tal problemática ha quedado resuelta, al definirse

---

<sup>115</sup> Vid. EIDENMÜLLER (*et al*): “Hacia una revisión del *acquis* de consumo”, en CÁMARA LAPUENTE, S (Dir.): *La revisión de la normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra 2012, págs. 127-128, para este autor, una armonización en materia de cláusulas abusivas a nivel comunitario, “tiene que ver con el ámbito razonable de la armonización de máximos. Por ejemplo, la armonización de máximos puede limitarse a reglas que se apliquen a cláusulas no negociadas individualmente en contratos entre empresarios y consumidores; además, el criterio de abusividad puede no aplicarse a cláusulas que reflejen reglas nacionales de naturaleza imperativa o dispositiva. En estas circunstancias los Estados Miembros tendrían libertad para fijar criterios más exigentes por medio del Derecho imperativo (de consumo) y los efectos de la armonización de máximos se verían severamente socavados, no se conseguiría ninguna armonización sustantiva: ni los empresarios podrían usar un único pliego de condiciones generales, ni los consumidores podrían confiar en criterios similares en toda Europa [...]”.

<sup>116</sup> DO L 149 de 11-6-2005.

lo que es una práctica comercial desleal: “*todo acto, omisión conducta o manifestación, o comunicación comercial incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores*” (art. 2, d) de la *Dir. 2005/29, CE*).

La Directiva de prácticas comerciales desleales se integró al ordenamiento jurídico español, mediante la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*<sup>117</sup>.

Aparte de las ya citadas, que se aplican de forma transversal, sea cual fuere el sector, existen otras Directivas que regulan una protección específica del consumidor en un determinado ámbito entre las que encontramos:

- *Directiva sobre los derechos de los consumidores aprobada en octubre de 2011;*
- *Directiva 2002/65/CE, sobre contratos a distancia de servicios financieros;*
- *Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico;*
- *Directiva 99/44/CE, sobre garantía en las ventas de consumo;*
- *Directiva 2008/122/CE, de aprovechamiento por turno, y;*
- *Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados.*

Es importante mencionar que estas Directivas, además de proteger al consumidor en determinados tipos contractuales y formas de conclusión del contrato, tienen como fin evitar que la fragmentación de las legislaciones nacionales represente un freno a los intercambios fronterizos y, por consiguiente, un obstáculo a la realización del mercado interior<sup>118</sup>.

A continuación hablaremos de manera escueta de todas estas Directivas, la mayoría de las cuales inciden directamente en nuestro

---

<sup>117</sup> BOE núm. 315, de 31-XII-2009.

<sup>118</sup> Resulta ser el dogma de los considerandos de todas las Directivas anteriormente mencionadas.

objeto de estudio, debido a que regulan el derecho de desistimiento del consumidor, tema sobre el que volveremos ampliamente en el capítulo dos<sup>119</sup>.

### **a) Contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil**

La *Directiva 85/577/CEE*, referente a la protección de los consumidores en materia de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, se integró al ordenamiento jurídico español a través de la *Ley 26/1991, de 21 de noviembre*, la cual tuvo como objetivo principal elevar el nivel de protección del consumidor ante el creciente fenómeno de la contratación en masa. Con la entrada en vigor del TRLGDCU, la citada Ley pasó a formar parte de éste a través de los artículos 107-113.

El ámbito objetivo de aplicación del TRLGDCU en materia de contratación fuera del establecimiento mercantil viene regulado en el artículo 107-1, siempre y cuando se dé cualquiera de los siguientes supuestos: el contrato se celebre en la vivienda del consumidor, o en su centro de trabajo, salvo que la visita del empresario o de la persona que actúa por su cuenta haya sido solicitada expresamente por el consumidor y usuario. Será también de aplicación el TRLGDCU cuándo el contrato se celebre en un transporte público.

Es importante señalar que el TRLGDCU, tal y como veremos en el capítulo IV de la presente Tesis, se armoniza y unifica el régimen jurídico del derecho de desistimiento con motivo de la transposición de la DDC, tanto en materia de contratos a distancia como en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.

### **b) Contratos de viajes combinados**

La *Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados*<sup>120</sup> transpuso la *Directiva 90/314/CEE*<sup>121</sup>, y se modificó por la

---

<sup>119</sup> *Infra*, 2.2.5.

<sup>120</sup> BOE núm. 161, de 7-VII-1995.

<sup>121</sup> DO L 158 de 23-61-1990.



*Ley 39/2002, de 28 de octubre*<sup>122</sup>. No obstante, es importante mencionar que esta Directiva se encuentra hoy transpuesta en el TRLGDCU (arts. 150-158). Acorde con otras normas, en el contrato, se deberá indicar de manera clara y comprensible los siguientes datos:

- *El precio;*
- *El destino, el itinerario y los medios de transporte que vayan a utilizarse;*
- *El tipo de alojamiento;*
- *Las comidas servidas;*
- *Las obligaciones en materia de pasaportes y visados;*
- *Las formalidades sanitarias;*
- *Los vencimientos del pago; y*
- *La fecha límite de información al consumidor en caso de anulación.*

Por otro lado, la información contenida en el folleto es vinculante para el organizador, por lo cual, debe facilitarla por escrito. Además, las cláusulas mencionadas en la Directiva figurarán por escrito en el contrato. El consumidor podrá ceder su reserva.

Asimismo, los precios que se mencionan en el folleto no podrán modificarse, debido a que es una oferta vinculante, salvo cuando se prevea explícitamente. En tal caso, sólo podrán influir en el precio las variaciones de los costes de transporte, las tasas e impuestos y los tipos de cambio.

En caso de que el organizador modifique el contrato en un elemento esencial, el consumidor podrá rescindir el contrato sin penalización o aceptar una cláusula adicional en el mismo. Si se da el supuesto en que el consumidor rescinda el contrato o de que el organizador cancele el viaje combinado, el consumidor tendrá derecho a otro viaje combinado o al reembolso de las cantidades pagadas. Si procede, podrá pedir una indemnización por incumplimiento del contrato.

Al organizador se le imputa directamente el incumplimiento o la mala ejecución del contrato, salvo en caso de que está situación le sea imputable al consumidor, o se deba a motivos de fuerza mayor.

---

<sup>122</sup> BOE núm. 259, de 29-10-2002.

Tal y como veremos en el Capítulo II de la presente Tesis, cuando analicemos la naturaleza jurídica del derecho de desistimiento, el supuesto regulado en el artículo 160 TRLGDCU que permite resolver el contrato, tanto al consumidor como al organizador del viaje, en nada se asemeja al desistimiento que nosotros estudiamos. Cabe señalar que comparte ciertos rasgos con la figura objeto de nuestro estudio. Asimismo, tiene cierta semejanza con la resolución contractual, aunque tampoco se le considera como tal. En nuestra opinión, la resolución del contrato por el consumidor y usuario prevista en dicho precepto para el caso de los viajes combinados ha sido una medida creada por el legislador para evitar un abuso del derecho por parte del consumidor en este tipo de contratos. Sobre el tema volveremos<sup>123</sup>.

### **c) Contratos de servicios financieros a distancia**

Los servicios financieros a distancia han tenido una fuerte repercusión en el ámbito comunitario, como demuestra el informe del análisis del impacto económico de la *Directiva 2002/65/CE*, con fecha de 5 de septiembre de 2008, en donde se muestra claramente cómo el canal de distribución más utilizado para hacer publicidad en este sector de la contratación es el Internet. En cambio, para proporcionar información adicional sobre los productos, cobran importancia canales de comunicación como las páginas *web* o el correo electrónico<sup>124</sup>.

Al igual que otros sectores de la contratación, en donde se establecen derechos a los consumidores, la *Directiva 2002/65/CE*, de *servicios financieros* prevé las siguientes prerrogativas:

- La obligación de proporcionar a los consumidores una información completa antes de que se celebre el contrato.

- El derecho del consumidor a desistir del contrato durante un período de 14 días.

---

<sup>123</sup> *Vid. Infra*, 2.2.5.6.

<sup>124</sup> *Vid. Analysis of the economic Impact of Directive 2002/65/CE concerning the distance marketing of consumer financial services on the conclusion of cross-border contracts for financial services between suppliers and consumers within the Internal Market*. Pág. 44.

- La prohibición de prácticas abusivas que buscan obligar a los consumidores a comprar un servicio que no han solicitado ("suministro no solicitado")

- Reglas para restringir otras prácticas como las llamadas telefónicas no solicitadas y correos electrónicos basura ("*coldcalling*" y "*spam*").

Debido a la especificidad de los servicios financieros, en su momento la *Directiva 97/7/CE*, de contratos a distancia excluyó de su ámbito de aplicación esta materia. Lo mismo ocurrió al aprobarse la actual DDC, la cual en su artículo 3.3-d) los excluye. Es importante mencionar que la *Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros* fue una de las primeras que adoptó el principio de armonización plena en ciertos aspectos, como los deberes precontractuales de información y *el derecho de desistimiento*.

Esta ley se transpuso al ordenamiento jurídico español a través de la *Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros*<sup>125</sup>. Esta norma regula en su artículo 10 un derecho de desistimiento similar al que estudiamos en la presente Tesis<sup>126</sup>.

#### **d) Contratos de crédito al consumo**

Esta materia se vio renovada con la aprobación de la *Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo*<sup>127</sup>, y que deroga a la *Directiva 87/102/CEE*.

De acuerdo con su artículo 22, de la normativa comentada, se pretende alcanzar las siguientes metas:

1.- armonizar las legislaciones dentro de los Estados miembros en materia de crédito al consumo;

2.- elevar el nivel de protección del consumidor, al establecer la irrenunciabilidad de los derechos otorgados por la presente normativa; y

3.- garantizar que las disposiciones que se adopten para dar cumplimiento a la Directiva no puedan eludirse como consecuencia de la

---

<sup>125</sup> BOE núm. 166, de 12-VII-2007.

<sup>126</sup> *Vid. infra*, 2.2.5.2.

<sup>127</sup> (DOCE L núm. 133, de 22-V-2008)

elección del Derecho de un tercer país como Derecho aplicable al contrato.

La Directiva de crédito al consumo se aplica a todos los contratos de crédito al consumo, salvo los regulados en su propio artículo 2. Actualmente la norma comentada se encuentra transpuesta en el ordenamiento jurídico español, a través de la *Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo*<sup>128</sup>, la cual derogó la *Ley 7/1995, de 23 marzo*. Asimismo, la *Ley 16/2011* regula en su artículo 28 un *derecho de desistimiento*<sup>129</sup>.

### e) Contratos de tiempo compartido

Con la aparición de la *Directiva 2008/122/CE, de tiempo compartido*<sup>130</sup>, se trata de responder a tres cuestiones fundamentales en la materia comentada:

1. Económica, al contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y lograr un elevada protección de los consumidores mediante la

---

<sup>128</sup> BOE núm. 151, de 25-VI-2011.

<sup>129</sup> *Vid. infra*, 2.2.5.3.

<sup>130</sup> El legislador ha optado por la denominación aprovechamiento por turno, en lugar de los términos propiedad y multipropiedad, con el fin de evitar confusión al adquirente en cuanto a la naturaleza, características y condiciones del contrato cuando este último revista de una configuración binaria tanto de propiedad como de arrendamiento. (*vid. RUIZ-RICO RUIZ, M. J y GARCÍA ALGUACIL, M. J.*, “Comentarios al artículo 1 de la ley de aprovechamiento por turnos”, en CAÑIZARES LASO, A y RUIZ-RICO RICO, J. M., (Dir.): *Multipropiedad y aprovechamiento por turno: Comentarios sistemáticos a la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno*, Madrid, Civitas, 2000, págs. 84-86, a lo anterior hay que agregar que el término multipropiedad tiene su origen en el derecho francés (*multiropriété*) y en el mundo anglosajón es la de *timesharing*, traducido al español significa tiempo compartido. Por tanto esta terminología no puede ser utilizada de forma indiscriminada. (*Vid. MUNAR BERNAT, P, A.*, *Presente y futuro de la multipropiedad*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 48-50), en la misma línea que nosotros se expresa la Exposición de Motivos del Real Decreto 8/2012, de 16 de marzo, en su punto tres cuando aclara: “La transposición de la Directiva de 1994 a nuestro ordenamiento jurídico se hizo por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Adoptó la ley esta denominación, rechazando por inadecuada la de «multipropiedad». El legislador se planteó entonces si debían regularse varias formas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola, dejando fuera de la ley todas las demás; se optó por una fórmula intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real, permitiendo, no obstante la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada. Por otra parte la Ley de 1998 no se limitó a la transposición estricta de la Directiva, sino que procuró dotar a la institución de una regulación completa”.

aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros (art. 1), en cumplimiento de los artículos 120 a 126 del TFUE.

2. La aparición de nuevas fórmulas y productos vacacionales similares; y

3. La necesidad de establecer un marco normativo uniforme en materia de contratos de tiempo compartido<sup>131</sup>.

La Directiva se aplica a los siguientes contratos: el aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, el producto vacacional de larga duración, el contrato de reventa y el contrato de intercambio<sup>132</sup>.

En un principio los contratos de aprovechamiento por turno en el ordenamiento español estuvieron regulados por la *Ley 42/1998*<sup>133</sup>, la cual fue modificada posteriormente por la *Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*<sup>134</sup>. Sin embargo, la normativa comentada fue derogada por el *Real Decreto-Ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio*<sup>135</sup>. Esta norma regula en su artículo 12 un auténtico *derecho de desistimiento*<sup>136</sup>.

## **1.4. La Directiva de los Derechos de los Consumidores del año 2011**

### **1.4.1. El cambio de enfoque: de la armonización mínima a la armonización plena**

A partir del año 2001 el legislador europeo abandonó la técnica de armonización mínima en las Directivas de consumo para incorporar el

---

<sup>131</sup> Cfr. FELIÚ REY, M. I., “La nueva regulación europea de la figura del aprovechamiento por turno de bienes de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: la Directiva 2008/122/CEE”, *DN*, núm. 122, marzo 2009, págs. 19-20.

<sup>132</sup> *Vid.*, por todos, FELIÚ REY, M. I., “La nueva regulación europea de la figura del aprovechamiento por turno...”, *op.cit.*, págs. 22-24.

<sup>133</sup> BOE núm. 300, de 16-XII-1998.

<sup>134</sup> BOE núm. 313, de 30-XII-2000.

<sup>135</sup> BOE núm. 162, de 7-VII-2012.

<sup>136</sup> *Vid. infra*, 2.2.5.5.

enfoque de armonización plena<sup>137</sup>, el cual se ha consagrado en la actual DDC<sup>138</sup>. Este principio tiene su origen en los distintos documentos que ha emitido la UE con el fin de lograr una armonización de los derechos de los consumidores en los distintos Estados miembros<sup>139</sup>. Con dicho principio se cuestiona el papel de la armonización mínima, conforme a la cual un Estado miembro puede establecer o mantener medidas más exigentes que las establecidas en la norma europea de referencia en materia de protección al consumidor, de acuerdo con el TFUE. No obstante, con la revisión del Libro Verde sobre la Protección del consumidor en el año 2001, la Comisión propone abandonar el enfoque de armonización mínima, con el fin de evitar problemas de fragmentación de normas dentro del mercado interior, pues con la armonización mínima, aun cuando se logre un nivel básico de protección, una solución se regula de manera distinta dentro de los Estados miembros, razón por la cual el mercado interior no acaba de uniformarse, generando desconfianza en el consumidor<sup>140</sup>. Asimismo, tal y como veremos en las siguientes líneas con

---

<sup>137</sup> Tal y como señala el artículo 4 de la DDC, el principio de armonización plena consiste en lo siguiente: *Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva.*

<sup>138</sup> L 304/64 de 22-11-2011.

<sup>139</sup> *Vid. Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, COM (2001) 531 final, pág. 12.

Comunicación de la Comisión “*Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006*”, COM (2002) 208 final, págs. 14 y sigs.

Comunicación de la Comisión “*Derecho contractual europeo y revisión del acervo*”, COM (2004) 651 final, págs. 3-5.

*Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Es Vid. Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, COM (2001) 531 final, pág. 12. DOCE, núm. C 140E/538,541, de 13-6-2002.

<sup>140</sup> *Vid. La base de datos “EU Consumer Law Acquis Database”, Universität Bielefeld, 2007 sobre la situación actual del derecho de consumo en los Estados miembros, pág. 45. En donde se aclara lo siguiente: “When transposing the European Directives AUSTRIA made use of minimum clauses on various occasions. The provisions to implement the Directive 85/577 are considerably more extensive than the Directive itself, as the core scope of application of the right of withdrawal in Art. 3(1), sent. 1 of the Consumer Protection Act is basically defined in the negative: the provisions apply if the consumer has not concluded the contract at the supplier’s business premises and not at a trade fair or market stand (see OGH 28 July 2004, 7 Ob 78/04b as well as OGH 11 February 2002, 7 Ob 315/01a). Even where the consumer has concluded the contract at the supplier’s business premises, Art. 3(2) nevertheless affords him a right of withdrawal, if he has been enticed there by the business or his representative, in the course of a promotion or through individual contact on the street. For timeshare contracts the Timeshare Act provides a period of withdrawal of 14 days whereas the Directive requires only 10 days”.*

la aparición del Libro Verde de Consumidores, se ponen la bases para la revisión de ocho Directivas entre las que se encuentra la *Directiva 97/7/CE*.

No obstante, debemos aclarar que existen determinadas materias, por ejemplo la responsabilidad por productos defectuosos y garantía de bienes de consumo, entre otras, en donde la armonización sigue siendo de mínimos<sup>141</sup>.

Hay que destacar también que el enfoque de armonización plena tiene que adaptarse a los principios de *proporcionalidad* y *subsidiariedad*, los cuales encuentran su fundamento en el artículo 5 del TUE<sup>142</sup>, pues al ser una facultad concurrente la protección del consumidor se deja a los Estados miembros cierto margen, para legislar ciertos aspectos como la imposición de las infracciones administrativas cuando sean incumplidos los deberes pre y postcontractuales de información. Asimismo, el principio de armonización plena tiene una vinculación directa con el principio de país de origen y de reconocimiento mutuo, con el fin de asegurar los aspectos fundamentales del mercado interior<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Vid. SOMMA, A., *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*, (MORENO CRUZ, P. A y RODRÍGUEZ OLMOS, J., (Trads.), Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 41-42.

<sup>142</sup> El TUE en su artículo 5 párrafo segundo en relación al principio de subsidiariedad señala: “*En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en el caso de que, y en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central, ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala comunitaria*”. Y en su párrafo cuarto del numeral comentado describe así el principio de proporcionalidad: “*En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados*”. Vid., por todos: PALAO MORENO, G., “La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo”, en REYES LÓPEZ, M. J., (Coord.): *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 91, refiriéndose el autor a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad señala lo siguiente: “siendo estos, dos límites generales que condicionan la actuación de la Comunidad Europea. De este modo en atención a lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado de Comunidad Europea, sus acciones en este sector sólo serán posibles en tanto en cuanto a los fines buscados no pudieran alcanzarse de manera suficiente mediante la actuación aislada de los Estados miembros y sólo en la medida necesaria para alcanzar tales objetivos. Junto a ello, el principios de proporcionalidad tendría como resultado limitar cualquier acción comunitaria en la materia que restringiera las libertades de circulación de bienes o servicios”.

<sup>143</sup> Cfr. HERNÁNDEZ BATALLER, B., “La protección de los consumidores y usuarios en la Unión Europea y la Directiva 85/577/CEE: Situación actual y perspectivas de futuro”, en AZPARREN LUCAS, A., (Dir.): *Hacia un código del consumidor*, en Manuales de formación continua, núm. 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 439.

Expuesto lo anterior, analizaremos a continuación el porqué la actual DDC adopta el enfoque de armonización plena, pues como veremos, la normativa comentada refunde en instrumento horizontal la materia de contratos celebrados fuera de los establecimiento mercantiles y la materia de contratación a distancia, siendo esta última objeto de nuestro estudio.

Con la revisión del acervo comunitario realizado a partir del año 2001 en materia de consumo<sup>144</sup> y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo del año 2004<sup>145</sup>, la Comisión encargó a un grupo de expertos (*EC Consumer Law Compendium*) el estudio de la transposición de ocho Directivas en materia de consumo en los distintos Estados miembros<sup>146</sup>. Fruto de este estudio es la publicación del Libro Verde del año 2007, “sobre la revisión del acervo en materia de consumo”, en el que se invitó al público a manifestar su opinión sobre las cuestiones ahí señaladas<sup>147</sup>. Además, se pusieron de manifiesto una serie de problemas que impedían el desenvolvimiento del mercado, mencionándose los siguientes:

“— últimos avances del mercado: la mayoría de las Directivas que constituyen el acervo no responde a «las necesidades de los mercados actuales, en rápida evolución

». A modo de ejemplo se citan las descargas de música y las subastas en línea al igual que la exclusión de los programas informáticos y datos del ámbito de aplicación de la Directiva sobre venta de bienes de consumo;

---

<sup>144</sup> Vid. COM 291 (2001) 398 final; COM (2003), 68 final.

<sup>145</sup> COM (2004) 651, final.

<sup>146</sup> Vid. *Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, COM (2001), 531 final, pág. 12; *Comunicación de la Comisión “estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006”*, COM (2002), 208, págs. 14 y sigs. Y *Comunicación de la Comisión “Derecho Contractual europeo y revisión del acervo”*, COM (2004) 651 final, págs. 3-5. Las ocho Directivas son las siguientes: *Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia*, la *Directiva 85/577/CEE, de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantiles*, la *Directiva 93/13/CEE, de cláusulas abusivas*, la *Directiva 99/44/CE, de garantía de bienes*, la *Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados*, la *Directiva 94/47/CEE, sobre tiempo compartido* (hoy derogada por la *Dir. 2008/122/CE*), la *Directiva 98/6/CE, sobre precios*, y la *Directiva 98/27/CE, sobre acciones de cesación* (derogada por la *Dir. 2009/22/CE*). Esta revisión surge a raíz de de la preocupación por la Comisión de mejorar la seguridad jurídica del consumidor.

<sup>147</sup> Vid., por todos: EBERS, M., “De la armonización mínima a la armonización plena” *Revista para el análisis del Derecho: InDret*, núm. 2, 2010 en: <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 3-VIII-2010].



— fragmentación de las normas: en virtud de las Directivas en vigor, los Estados miembros pueden imponer en la esfera nacional un nivel de protección de los consumidores más elevado. En una serie de cuestiones, tales como la duración del período de reflexión, existe falta de coherencia entre las legislaciones nacionales;

— falta de confianza: la mayoría de los consumidores creen que las empresas situadas en otros Estados miembros probablemente respetan menos la legislación sobre protección de los consumidores”.

Para dar solución a los problemas mencionados, se preveían tres opciones: la primera consistía en revisar las Directivas por separado, es decir, un enfoque vertical, con el fin de eliminar las incoherencias entre ellas. La segunda opción consistía en identificar y extraer las cuestiones comunes a todas las Directivas que formaban parte del acervo en materia de consumo con vistas a regularlas de manera sistemática en un “instrumento horizontal”, siendo necesario algún ajuste “vertical” de algunas de ellas. La tercera posibilidad era la ausencia de acción legislativa; sin embargo, la Comisión señaló que ello no permitiría resolver los problemas que se plantean actualmente sino que, por el contrario, podrían aumentar las divergencias existentes entre los distintos Estados miembros<sup>148</sup>.

De las tres opciones previstas, la número dos fue la que triunfó, es decir, se adoptó un instrumento horizontal, para lo cual se tomaron como referencia las siguientes seis opciones: la *primera* hacía énfasis en la armonización mínima; la *segunda* preveía la autorregulación del mercado, para lo cual se preveían códigos de conducta; la *tercera* incluía un total de cuatro propuestas legislativas basadas en una armonización plena que podían integrarse en un instrumento horizontal, opción que se centraba en un número limitado de incoherencias de la legislación comunitaria. Aunque unas definiciones más claras y actualizadas simplificarían la legislación, su incidencia sería muy limitada en términos de mejora del funcionamiento del mercado interior como la minimización de la carga impuesta a las empresas y aumento de la confianza de los consumidores.

---

<sup>148</sup> Vid., puntos 3.2 y 3.3, del *Libro Verde de Consumidores* del año 2007.

Por el contrario, en la opción número *cinco* se mencionaba la necesidad de realizar una armonización plena, la cual incluiría las veinte modificaciones legislativas propuestas en las opciones número tres y cuatro, estableciéndose nuevos derechos para los consumidores. Asimismo, la opción *seis* pretendía, por último, establecer una cláusula de mercado interior, la cual armonizaría los aspectos no armonizados plenamente, además de incluirse las opciones número tres y cuatro.

La opción triunfadora fue la número *cuatro*, razón por la cual, aparece la PDDC del año 2008, la cual incluía a su vez dieciséis modificaciones legislativas basadas en una armonización plena, combinadas con las cuatro modificaciones legislativas propuestas en la opción política tres. Asimismo se abordan todos los problemas relevantes en materia de protección de los consumidores que los comerciantes deben tener en cuenta al diseñar sus materiales promocionales, redactar las cláusulas tipo y desarrollar su actividad empresarial con los consumidores. La armonización plena de estos aspectos reduciría considerablemente los costes administrativos de los comerciantes que realizan ventas transfronterizas de forma directa o a distancia y tendría una incidencia positiva en el funcionamiento del mercado interior.

Dichas modificaciones legislativas eran importantes para la confianza de los consumidores en las compras transfronterizas. Además, esta opción política incluía una actualización de la legislación en función de la evolución del mercado, y hubiera tenido, a juicio de la Propuesta, un impacto económico positivo al aumentar la confianza de los consumidores y mejorar la calidad de la legislación.

En un principio la PDDC del año 2008 tenía por objeto armonizar y unificar cuatro Directivas: *Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia; Directiva 93/13/CEE, de cláusulas abusivas; Directiva 85/577/CEE, de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; y Directiva 99/44/CE, de garantía de bienes*<sup>149</sup>. La PDDC constaba de siete

---

<sup>149</sup> Vid. Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva punto núm. 2: "El 8 de febrero de 2007, la Comisión adoptó el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, que resume las conclusiones iniciales de la Comisión y pone en marcha una consulta pública centrada en aspectos transversales (es decir, las cuestiones horizontales) de las Directivas objeto de reexamen.

capítulos. En el primero de ellos se contenían definiciones y conceptos claves; el segundo Capítulo imponía a cargo del empresario un deber de información precontractual cuando éste ofreciera bienes y servicios a los consumidores; el capítulo tercero preveía disposiciones concretas en materia de contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles; el capítulo cuatro regulaba disposiciones contenidas en la *Directiva 99/44/CE, de garantía de bienes de consumo*; el capítulo cinco abordaba las disposiciones de la *Directiva 93/13/CEE, en materia de cláusulas abusivas*; el capítulo seis estipulaba disposiciones generales en materia de contratos; y por último el capítulo siete contenía una cláusula derogatoria de las cuatro Directivas antes mencionadas.

Sin embargo, esta Propuesta inicial de Directiva sobre los derechos de los consumidores no tuvo ninguna repercusión, debido a que en su momento se criticó<sup>150</sup>, pues de llegarse a aprobarse tal y como estaba

---

El Libro Verde suscitó contribuciones de un amplio elenco de partes interesadas, en particular de empresas, consumidores, el Parlamento Europeo, los Estados miembros, profesores universitarios y juristas.

La Comisión también publicó dos documentos de consulta centrados en aspectos específicos (es decir, cuestiones verticales) de las *Directivas 97/7/CE y 85/577/CEE*.

Se invitó a todas las partes interesadas a presentar sus respuestas a la Comisión antes del 21 de noviembre de 2006 y del 4 de diciembre de 2007, respectivamente. La Comisión recibió 84 y 62 respuestas, respectivamente, de todos los principales interesados. El resultado de estas dos consultas específicas está disponible en el siguiente sitio web: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/gen\\_rights\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/gen_rights_en.htm). La Comisión organizó una conferencia, de un día de duración, con las partes interesadas el 14 de noviembre de 2007.

El 20 de diciembre de 2007, la empresa subcontratada por la Comisión envió dos cuestionarios a las partes interesadas (uno a empresas y otro a consumidores).

Los problemas actuales y las diferentes opciones de modificaciones legislativas previstas fueron debatidos con empresas y consumidores, invitados a responder a preguntas sobre la incidencia probable de cada opción, en seminarios organizados en febrero de 2008”.

<sup>150</sup> Vid. Dictamen del Comité del Comité de las Regiones (CES) sobre “derechos de los consumidores”, DO C 200 de 25-8-2009, pág. 76, en sus conclusiones señala lo siguiente: [...]:

“26. Considera que la propuesta de Directiva objeto de examen sigue siendo inadecuada para reforzar la confianza de los consumidores en las transacciones transfronterizas. Por el contrario, si la legislación propuesta supone la adaptación, a un nivel inferior, del derecho nacional a las normas comunitarias, ello podría acarrear incluso un mayor debilitamiento de la demanda de consumo, porque niveles inferiores de protección del consumidor podrían llevar a una actitud de cautela y desconcierto de los consumidores;

27. Se pronuncia expresamente en contra de una armonización plena y confía en que siga siendo posible que los Estados miembros adopten niveles más estrictos que los que se armonicen a escala comunitaria;

28. Recomienda, por tanto, un enfoque diferenciado en el que se pueda aceptar la armonización plena en lo referente a reglamentaciones de corte técnico, pero en el que, por lo demás, se permitan márgenes de actuación reglamentaria a los Estados miembros.

---

Esto les brindaría también la posibilidad de reaccionar a evoluciones indeseadas con mayor rapidez que la del legislador europeo;

29. Considera que se debería adoptar un enfoque integrado en el que se disponga de definiciones y reglamentaciones que, más allá de los sectores parciales objeto de la propuesta de Directiva, se presten también a la mejora del acervo restante sobre el consumidor;

30. Estima que, en el estado actual de la negociación, siguen necesitándose aclaraciones y consultas. Con vistas a las negociaciones pendientes, conviene perseguir un equilibrio entre un elevado nivel de protección del consumidor y la competitividad empresarial. Conviene evitar tanto las cargas excesivas, en particular para las medianas empresas, como que se rebaje el nivel de protección del consumidor ya muy desarrollado en algunos Estados miembros. Las negociaciones deberían utilizarse también para diseñar una información común al consumidor, más simple y más comprensible;

31. espera con gran interés el curso ulterior de los debates, de los que hará un seguimiento positivo. En la misma línea se pronuncia el Comité Económico y Social Europeo, DO C 317 de 23.12.2009, p. 54. Dentro de las observaciones generales aclara lo siguientes [...]:

4.1. Armonización plena: La propuesta de la Comisión ha sido recibida de forma muy distinta por los diferentes agentes de la sociedad civil organizada:

4.1.1. Las asociaciones de las empresas apoyan la propuesta porque consideran que contribuye a un mejor funcionamiento del mercado interior y puede mejorar su competitividad, reduciendo las reticencias existentes a realizar transacciones transfronterizas, a la vez que reduce las cargas administrativas y los costes de cumplimiento de los comerciantes. Esto puede afectar especialmente a las PYMES.

4.1.2. Las organizaciones de consumidores consideran que la propuesta afecta a derechos ya adquiridos, que forman parte del acervo comunitario, resultando inadmisibles la reducción de derechos de los consumidores. En general, se considera que la propuesta conlleva una reducción de los derechos de los consumidores, ya que los efectos de la armonización plena resulta excesiva y desproporcionada para los fines que pretende cumplir la propuesta, e impide los desarrollos futuros.

4.1.3. Para superar las diferentes posturas divergentes, el Comité propone:

a) Limitar el ámbito de aplicación de la propuesta, única y exclusivamente a las ventas fuera de los establecimientos comerciales y a las ventas a distancia, al tratarse de los campos de aplicación de las transacciones transfronterizas cuyos obstáculos pretende superar y en el que la armonización plena parece más coherente. Se excluiría la armonización total respecto a las cláusulas abusivas y a las garantías en las ventas.

b) Las definiciones comunes deberían ser abordadas en la propuesta, si bien deberían eliminarse las contradicciones existentes en la misma.

c) Introducir otros cambios como se sugiere en el presente Dictamen.

4.2. Falta de coherencia interna de la propuesta.

4.2.1. Considerada la expectativa generada con los numerosos debates, trabajos y estudios que han tenido lugar en los últimos veintitantos años sobre el Derecho contractual europeo, bien antes o de forma simultánea al Libro Verde o también por la vía y en el ámbito del proyecto paralelo del Marco Común de Referencia, el CES considera que la propuesta presentada por la Comisión se sitúa por debajo de lo esperado y lo deseable.

4.2.2. De un lado, el objetivo de revisión del acervo identifica ocho Directivas, cuando la Comisión, en su propuesta de revisión y de integración, se ciñe a cuatro de ellas. Por otro lado, los trabajos desarrollados en el ámbito del CFR pretendían la eliminación de las inconsistencias y la consolidación de las reglas del denominado Derecho contractual europeo en un instrumento opcional, como herramienta útil para el uso por los profesionales, los consumidores, los aplicadores del Derecho y los legisladores.

4.2.3. En este contexto, el contenido concreto que ahora se propone, aunque presenta algunos aspectos positivos, al limitarse a reunir en un único texto, encabezado por un conjunto de definiciones comunes, normas de cuatro Directivas, acaba por ser poco innovador y estructurado, sin las preocupaciones de consolidación, clarificación y perfeccionamiento que exige el elevado nivel de protección de los consumidores a que la Unión se encuentra obligada. Además, al dejar para la legislación de los Estados

contemplada, los derechos de los consumidores se hubieran visto disminuidos<sup>151</sup>.

Con la aprobación de la DDC en octubre del año 2011, sólo se refunden las *Directivas 85/577/CEE, sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y la Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia*, modificándose la *Directiva 93/13/CEE, de cláusulas abusivas y la Directiva 99/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo*<sup>152</sup>. Como podemos observar, esta Directiva restringe su ámbito de aplicación a dos sectores específicos de la contratación, razón por la cual su título no responde a su contenido. En la normativa comentada no todos los contratos electrónicos están regulados: por ejemplo, se excluye de su ámbito de aplicación los contratos de viajes combinados. Además, la Directiva sobre los derechos de los consumidores debe combinarse con la Directiva de comercio

---

*miembros aspectos esenciales del régimen jurídico de las directivas modificadas, y al preferir utilizar una «directiva» en lugar de un «reglamento», la propuesta ni siquiera es coherente con el objetivo propuesto de plena armonización, que no realiza adecuadamente, dando lugar más bien a nuevas incertidumbres y diferencias de régimen en los Estados miembros».*

<sup>151</sup> Vid. [COM (2008) 614 final- 2008/0196 (COD)] (2009/(317/09). Informe del Comité Económico y Social Europeo. En la misma línea y quien en su momento crítico ferozmente la Propuesta de Directiva: EBERS, M., “De la armonización mínima a la armonización plena...,” *op.cit.*, en: <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 3-VIII-2010]. Vid., también sobre este punto, PAISANT, G., “Perspectivas de protección para los consumidores europeos”, en TOMILLO URBINA, J., (Dir.): *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 352-356: “Ahora bien, habida cuenta de las evoluciones rápidas de las prácticas comerciales, con los textos de armonización completa, los legisladores nacionales pierden el poder de adaptar la legislación interna. Cuajadas serían las Leyes de protección de los consumidores con el texto propuesto por la Comisión. Por lo demás, dicha propuesta no prevé su reexamen eventual antes de vencimiento de un plazo de cinco años. La conclusión resulta evidente: por razón de su carácter de armonización total, es preciso oponerse a la reciente propuesta de Directiva de la Comisión Europea que, con motivo que se alcance un alto nivel de protección para los consumidores de la UE, desembocaría sobre una aminoración de los derechos de la mayoría de ellos”.

<sup>152</sup> Vid. SCHULTE-NÖLKE, H., “El derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, pág. 102, para este autor el único impacto de la Directiva sobre los derechos de los consumidores sobre la Directiva de cláusulas abusivas y ventas de consumo “[...] se refiere a la necesidad de que los Estados miembros informen a la Comisión de las disposiciones adoptadas que vayan más allá del nivel de armonización mínima establecido en algunos de los artículos de las citadas normas. No se conoce muy bien la razón por la cual tales previsiones son necesarias; después de todo, la Comisión ya había recopilado información relevante, en el proceso de revisión del *acquis* y durante la fase de diagnóstico, gracias al *Consumer Law Compendium*”.

electrónico, la cual es de armonización mínima, por lo que seguirán existiendo diferencias a la hora de llevar a cabo su aplicación<sup>153</sup>.

Uno de los principales objetivos de la Directiva de consumidores es el de incrementar las transacciones a nivel comunitario, beneficiándose de paso las medianas y pequeñas empresas (PYMES), jugando la competencia un rol importante al haber mejores precios y ofertas. Además de los beneficios mencionados, la DDC eleva el nivel de protección del consumidor al menos en el ámbito que regula, al clarificar y aumentar los deberes de información.

La DDC en su artículo 4 prevé la cláusula de armonización plena: *“los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario”*. La frase “salvo disposición en contrario” se introdujo durante la tramitación de la Directiva con el fin de respetar el principio de proporcionalidad y subsidiariedad, dejando así margen a los Estados miembros para elevar el nivel de protección del consumidor en ciertos aspectos<sup>154</sup>. Con este tipo de medidas se pretende mejorar el funcionamiento del mercado interior entre empresas y consumidores mediante un aumento de la confianza del consumidor en el mercado interior y la reducción de las reticencias de las empresas a realizar transacciones transfronterizas. Para alcanzar este objetivo global, es preciso disminuir la fragmentación, reforzar el marco regulador y ofrecer

---

<sup>153</sup> Vid. RIEFA, C., “Contratos electrónicos con consumidores: recientes problemas legales, en TOMILLO URBINA, J., (Dir.): *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 335-336.

<sup>154</sup> Vid. Considerandos 65 y 67 de la Directiva de consumidores: *“(65) Dado que el objetivo de la presente Directiva, a saber, contribuir, a través del logro de un nivel elevado de protección de los consumidores, al buen funcionamiento del mercado interior, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puede lograrse mejor a nivel de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para conseguir este objetivo”*. *(67) “De conformidad con el punto 34 del Acuerdo Interinstitucional «Legislar mejor», se alienta a los Estados miembros a establecer, en su propio interés y en el de la Unión, sus propios cuadros, que muestren, en la medida de lo posible, la concordancia entre la presente Directiva y las medidas de transposición, y a hacerlos públicos”*.

un elevado nivel común de protección a los consumidores, así como información adecuada sobre sus derechos y sobre la forma de ejercerlos<sup>155</sup>.

En las compras por Internet, la DDC prohíbe prácticas como el “pre-marcado de casillas” y las “trampas de costos” (arts. 6 y 8.2). Ambas se presentan frecuentemente, sobre todo cuando el consumidor contrata un servicio, como sería la compra un billete de avión, en donde muchas veces se le ofrecen otros adicionales, como seguros de viajes o alquiler de coches ya seleccionados, por lo que el consumidor puede llegar a aceptarlos y, por lo tanto, contratarlos sin darse cuenta. Con este tipo de medidas se evitan prácticas comerciales desleales<sup>156</sup>, como la publicidad engañosa, puesto que, como vimos al principio del presente Capítulo, el concepto de “consumidor medio” ha sido acuñado por la jurisprudencia del TJCE no en términos estadísticos, sino como la reacción típica del consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos. En consecuencia, no es un término que la ley haya de definir, sino que han de ser los tribunales los que van a efectuar su concreción en cada caso concreto.

Asimismo, la DDC excluye de su ámbito de aplicación aspectos generales de Derecho contractual, entre los que encontramos la capacidad de contratar o la indemnización por daños y perjuicios (art. 3.2). Ello se debe a la divergencia que existe dentro de los Estados

---

<sup>155</sup> Vid., por todos, DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., “Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: La Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011 y su transposición al Derecho español”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 26, 2014, págs. 261-273.

<sup>156</sup> Vid., punto 8 de la Exposición de Motivos de la *Directiva 2005/29/CE*, cuando aclara: “La presente Directiva protege indirectamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Por lo tanto, protege también indirectamente a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen lo dispuesto en la Directiva, garantizando así una competencia en el ámbito coordinado por la Directiva. Existen, indudablemente, otras prácticas comerciales que, aunque no perjudican al consumidor, pueden dañar a los competidores y a los clientes de las empresas. La Comisión deberá estudiar detenidamente la necesidad de una intervención comunitaria en el campo de la competencia desleal más allá del ámbito de la presente Directiva y, en su caso, presentar una propuesta legislativa que incluya esos otros aspectos de la competencia desleal”.

miembros en las materias mencionadas<sup>157</sup>. Además, con este tipo de medidas se respetan los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, debido a que la materia de protección del consumidor es una facultad compartida en la cual participa tanto la UE como los Estados miembros.

Otra de las novedades de la DDC (art. 5) es la previsión de un deber precontractual de información, el cual se aplica para todo tipo de contratos de consumo. Sin embargo, el legislador europeo no previó sanción alguna cuando el empresario incumpla con tal deber, razón por la cual, es un precepto a medias que el legislador nacional tendrá que completar<sup>158</sup>. Sobre el tema volveremos cuando hablemos de los deberes pre y postcontractuales de información<sup>159</sup>.

Por otro lado, la información sobre el contenido digital también tendrá que ser más clara, incluso acerca de su compatibilidad con el *hardware* y el *software* y la aplicación de las medidas técnicas de protección, por ejemplo, la limitación del derecho de los consumidores para hacer copias del contenido (arts. 6 y 8.1 DDC). Tampoco los comerciantes podrán cobrar recargos a los consumidores cuando estos paguen con tarjeta de crédito (u otros medios de pago similares), sobre todo cuando las tasas superen el coste asumido por el comerciante por el uso de tales medios (art. 19 DDC).

---

<sup>157</sup> Vid. Exposición de Motivos de la DDC considerando número 13): “*La aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión. De este modo, un Estado miembro podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma respecto de contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva. [...]*”. Y “14) *La presente Directiva no debe afectar a la legislación nacional en el ámbito del Derecho contractual respecto a aquellos aspectos del mismo que la Directiva no regula. Por consiguiente, la Directiva se debe entender sin perjuicio de las disposiciones nacionales que regulan, entre otros, la celebración o la validez de un contrato, por ejemplo en caso de vicio del consentimiento. Igualmente, la presente Directiva tampoco debe afectar a la legislación nacional en lo que respecta a las vías de recurso generales en materia contractual, ni a las disposiciones de orden público económico, por ejemplo, normas sobre precios excesivos o exorbitantes, ni a las disposiciones sobre transacciones jurídicas poco éticas*”.

<sup>158</sup> Cfr. GUILLÉN CATALÁN, R., “La Directiva sobre los derechos de los consumidores: un paso hacia adelante, pero incompleto”, *Diario la Ley* núm. 7801, febrero 2012, La Ley 812/2012; en la misma línea SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Forma contractual y “desarmonización” comunitaria”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. II, núm. 2, 2010, págs. 202-220.

<sup>159</sup> Vid. *infra*, 3.4.1, 3.4.3 y 3.5.3.



Por último, cabe mencionar que en un intento más de armonizar y unificar el Derecho de consumo en la UE aparece el *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*<sup>160</sup>, el cual tiene como objetivo evitar la fragmentación del mercado interior, para lo cual se ha previsto una Propuesta de Reglamento para una compraventa en común dentro de la UE (*Common European Sales Law*, en adelante CESL)<sup>161</sup>. Con este tipo de medidas se trata de fomentar la confianza del consumidor al incentivar las compras transfronterizas, ya que sólo un siete por ciento de los consumidores europeos comprarían bienes a través de Internet a comerciantes de otros Estados miembros, frente a un tercio que lo haría desde su país<sup>162</sup>.

#### **1.4.2. En relación con el derecho de desistimiento**

A nivel comunitario, la primera Directiva que contempló el derecho de desistimiento fue la relativa a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (*Dir. 85/577/CE*). Sin embargo, el desistimiento como instrumento de protección al consumidor ha ido evolucionando, pues el legislador europeo poco a poco lo ha ido retocando, adaptándolo a las circunstancias actuales de la contratación. A esta labor ha contribuido el TJCE, por medio de las diversas sentencias en las que se ha pronunciado<sup>163</sup>. A continuación mencionaremos de manera general los problemas que se han suscitado en relación con el derecho de desistimiento en el seno de la UE, así como las soluciones aportadas por la DDC. En los capítulos II y IV desarrollaremos las cuestiones pendientes de una manera amplia.

---

<sup>160</sup> Vid. Comisión Europea, *Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*, Bruselas, COM (2010) 348 de 1.7.2010.

<sup>161</sup> Vid. COM (2011) 635 final, de 11 de octubre de 2011.

<sup>162</sup> Vid. *Flash Eurobarometer 299, "Consumer attitudes towards Cross border trade and Consumer protection"* (Marzo, 2011). Asimismo, los resultados del eurobarómetro comentado, sugieren que alrededor del 60% de los consumidores de la Unión Europea les preocupa los fraudes y engaños a la hora de adquirir bienes o contratar servicios en otro Estado miembro.

<sup>163</sup> En el Capítulo II de la presente Tesis ampliaremos el tema al hablar de la naturaleza jurídica del derecho de desistimiento.

Como punto de partida en la modernización del Derecho de obligaciones y contratos en la materia de consumo, tomamos como referente el año 2001, en que se hizo una revisión del acervo comunitario en materia de consumo. A esta labor le siguió la aparición del *Libro Verde en materia de protección al consumidor* (2007), así como la aparición de proyectos de unificación de las materias de contratos, obligaciones y Derecho de Consumo como lo son el *Acquis Group* (ACQP) y el *Marco Común de Referencia* (MCFR), ambas propuestas aprobadas en el año 2009, y la aprobación de la DDC en el año 2011. Por lo que se refiere al derecho de desistimiento, la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un Derecho Contractual europeo más coherente de 12 de febrero de 2003*<sup>164</sup> en sus puntos 3, 3.1 apartados 16 y 24 advirtió de los siguientes problemas:

16. “Se han mencionado distintos tipos de problemas. Entre las categorías de incoherencias propias del Derecho contractual de la UE, (sic), se señaló que se tratan de manera diferentes situaciones idénticas sin que ellos este justificado de manera pertinente. Se hizo hincapié en el problema de los requisitos y las consecuencias divergentes de algunas Directivas aplicables a la misma situación comercial, Entre los ejemplos citados se encuentran las modalidades diferentes aplicables al derecho de desistimiento en las Directivas sobre venta a domicilio, la utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, la venta a distancia y la venta a distancia de servicios financieros, en particular la diferencias en lo relativo a los plazos y los métodos de cálculo de los plazos de desistimiento”.

24. “Se ha criticado el principio de armonización mínima en la legislación en materia de protección de los consumidores porque no garantiza la uniformidad de las soluciones en situaciones semejantes, tal como exige el mercado interior. Como ejemplo se citaron las diferencias existentes entre los estados miembros con respecto a los periodos de reflexión contemplados en las directivas sobre venta a distancia y domicilio [...]”.

---

<sup>164</sup> COM (2003) 68 final.

Para contrarrestar la anterior problemática el Libro Verde del año 2007<sup>165</sup> ofreció diferentes soluciones. Por ejemplo, en el punto 4.8-1 en su pregunta F1 en relación a la armonización del plazo del derecho de desistimiento se plantearon las siguientes alternativas:

Opción 1: Habría un periodo de reflexión para todos los casos en los que las directivas sobre consumo otorgan a los consumidores el derecho a retractarse del contrato; por ejemplo, catorce días naturales.

Opción 2: Se establecerían dos categorías de Directivas y se asignaría a cada una de ellas un período de reflexión específico (por ejemplo, diez días naturales para los contratos de venta a domicilio y venta a distancia, frente a los catorce días del régimen de tiempo compartido).

Opción 3 *statu quo*: No se armonizarían los períodos de reflexión en el acervo en materia de consumo; se regularían en la legislación sectorial.

De todas las opciones mencionadas, la elegida por el legislador europeo fue la primera, puesto que las actuales Directivas de tiempo compartido y servicios financieros a distancia establecen un período de 14 días naturales, con el fin de evitar la problemática de los días festivos y laborales dentro de los estados miembros. Lo anterior cobra importancia, como puso de manifiesto el citado Eurobarómetro número 300 que, en lo que toca al derecho de desistimiento del consumidor en las ventas a distancia realizó la siguiente pregunta a los comerciantes minoristas de la UE: “¿Conoce la duración del plazo para desistir en las compras a distancia?” La respuesta a la interrogante comentada fue la siguiente: apenas tres de cada diez (28%) de los comerciantes minoristas fue capaz de responder correctamente a la pregunta. El informe menciona un aumento de un cinco por ciento, con relación al año 2009. Al igual que en las anteriores encuestas, los comerciantes minoristas de los países de Alemania, Francia y Estonia fueron los más acertados en conocer la duración exacta del derecho de desistimiento en las ventas a distancia en su país. No obstante, en Lituania, Chipre, España, Austria y Portugal

---

<sup>165</sup> Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, COM (2006) 744 final, DOUE 15.3.2007, C 61/1, págs. 21-23.

menos del cinco por ciento de los comerciantes encuestados contestaron correctamente a la pregunta.

Otro de los aspectos, en donde no había uniformidad de criterios era el relativo a las sanciones civiles cuando el empresario no informaba al consumidor acerca de su derecho de desistimiento. Estos se refleja en las sentencias *Heininger*<sup>166</sup> y *Hamilton*<sup>167</sup>. La primera sentencia permitía desistir al consumidor del contrato cuando el empresario incumplía con el deber de informarle de su derecho de desistimiento. En cambio, la segunda señaló que el derecho de desistimiento del consumidor se extinguía una vez ejecutado el contrato, aunque el consumidor no hubiese sido informado de su derecho de desistimiento.

No obstante, la DDC rompe con el criterio establecido en las sentencias mencionadas, razón por la cual cuando el empresario incumpla con el deber de información que le corresponda el plazo para desistir del contrato se amplía a un año<sup>168</sup>.

A nivel comunitario (y, por lo tanto, también nacional), las sanciones civiles y administrativas cuando el empresario incumpla con el deber de información sobre el derecho de desistimiento varían, dependiendo ante qué tipo de contrato nos encontremos. Por ejemplo, para el caso de los servicios financieros a distancia y los contratos de crédito al consumo, el consumidor tiene un derecho a desistir de manera improrrogable, el cual no caduca, pues en ambas normativas se sigue el criterio de la sentencia *Heininger*. Asimismo, el consumidor puede pedir la nulidad del contrato<sup>169</sup>. En cambio para los contratos de aprovechamiento por turno, el consumidor puede resolver el contrato en el plazo de tres meses cuando no reciba la información pre y postcontractual, y para el caso de que el empresario no le proporcione el formulario de desistimiento, éste puede desistir del contrato en el plazo de un año<sup>170</sup>. La justificación de haber diferentes sanciones se halla en la política legislativa seguida a nivel comunitario por el legislador europeo, ya que son diferentes formas de

---

<sup>166</sup> *Heininger*, de 13 de diciembre de 2001, asunto C-481/99.

<sup>167</sup> *Hamilton*, de 10 de abril de 2008, asunto C-412/06.

<sup>168</sup> *Vid. infra*, 4.2.3.

<sup>169</sup> *Vid. infra*, 2.2.5.2 y 2.2.5.3.

<sup>170</sup> *Vid. infra*, 2.2.5.5.

conclusión del contrato, las cuales se han creado para contrarrestar distintas problemáticas a nivel económico social<sup>171</sup>. Por lo tanto, una vez más se comprueba nuestra teoría de que existen diferentes supuestos de desistimiento, aunque la institución es la misma, razón por la cual comparten las mismas características.

Asimismo, la DDC hace una clara distinción en lo que toca al fundamento del derecho de desistimiento en materia de contratación a distancia y contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Esto se ve reflejado en los Considerandos 21 y 37 cuando aclara: *“dado que en las ventas a distancia el consumidor no puede ver el bien antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento que le permita verificar la naturaleza y el buen funcionamiento de los bienes”*; y *“la noción de contrato celebrado fuera del establecimiento debe definirse como un contrato celebrado con la presencia física simultánea del comerciante y el consumidor fuera de un establecimiento mercantil, por ejemplo en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor. Fuera del establecimiento, el consumidor está bajo presión psicológica, haya solicitado o no la visita del comerciante. Además, para evitar que se eludan las normas al entrar en contacto con el consumidor fuera del establecimiento mercantil, los contratos negociados, por ejemplo, en el domicilio del consumidor pero celebrados en un establecimiento mercantil deben ser considerados contratos celebrados fuera del establecimiento”*. Expuesto lo anterior se deduce que a pesar de regularse el derecho de desistimiento en un único instrumento se distingue claramente la finalidad del desistimiento en los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimientos mercantiles.

Lo dicho cobra importancia y confirma nuestra teoría de que existen distintos supuestos de desistimiento, aunque la institución sea la misma; es decir, no son *varios* derechos de desistimiento, sino uno sólo, tal y como tendremos ocasión de ver<sup>172</sup>.

Otra de las novedades de la DDC es la previsión del derecho de desistimiento en las subastas en línea como *eBay*, aunque los bienes

---

<sup>171</sup> *Vid. supra*, 1.3.2.

<sup>172</sup> *Vid. infra*, 2.2.

adquiridos en las subastas sólo pueden ser devueltos si se compra a un vendedor profesional; además, los consumidores tienen derecho a revocar las compras de contenido digital, tales como descargas de música o de vídeo, pero sólo hasta el momento en que comienza el proceso de descarga real (*Vid.* Considerando 19 de la Exposición de Motivos de la DDC).

En lo que toca a la *forma de ejercer* el derecho de desistimiento el Libro Verde del año 2007 en la pregunta F2 estableció las siguientes posibilidades:

Opción 1: *Statu quo*: Los estados miembros podrían determinar libremente la forma de notificación de la retracción.

Opción 2: Se establecería un procedimiento uniforme de notificación de la retracción en el acervo en materia de consumo.

Opción 3: Se excluiría cualquier requisito formal para la notificación de la retracción, por tanto, los consumidores podrían retractarse del contrato de cualquier modo (incluida la devolución de la mercancía).

La DDC se inclinó por las opciones número 2 y 3 al introducir un *formulario modelo* para desistir del contrato (Anexo I), aunque cabe aclarar que, aunque la entrega de un documento de desistimiento es obligatoria, el empresario puede optar por otro modelo, es decir, no está obligado a utilizar expresamente el modelo de la Directiva. Esta medida tendrá una gran repercusión a nivel comunitario, debido a que la mayoría de las empresas que se dedican al comercio electrónico no prevén un formulario dentro de sus condiciones generales, o, si lo establecen, no es tan específico como el regulado en la DDC. Por lo tanto, estas empresas tendrán que modificar sus condiciones de venta e incorporar el formulario de desistimiento. De esta forma, se evitan problemas de prueba, así como se facilita al consumidor su derecho a desistir<sup>173</sup>. Aunque, existen determinadas maneras de ejercer el desistimiento algunas son difíciles de

---

<sup>173</sup> *Vid. infra*, 4.3.

probar en la práctica. Por ejemplo, el desistimiento realizado a través del teléfono<sup>174</sup>.

También se unifican las *excepciones* al derecho desistimiento en materia de contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil (art. 16)<sup>175</sup>. En cuanto a los *efectos* del derecho de desistimiento, en relación con los *costes* que deberían soportar el consumidor en caso de que éste ejerciera su derecho de desistimiento el Libro Verde planteó las siguientes hipótesis:

Opción 1: Se suprimirían las opciones reguladoras vigentes, de manera que los consumidores no tendrían que soportar coste alguno al ejercer su derecho de retractación.

Opción 2: Se generalizarían las opciones vigentes, de manera que los consumidores no tendrían que soportar los mismos costes al ejercer su derecho de retractación independientemente del tipo de contrato.

Opción 3: *Statu quo*: se mantendrían las opciones reguladoras vigentes.

De las opciones mencionadas, la número 2 fue la adoptada por la DDC (art. 9.1), por lo tanto, no se puede imponer penalidad alguna al consumidor que ejerza su derecho de desistimiento, es decir, es gratuito<sup>176</sup>. Lo anterior no significa que el consumidor no tenga que asumir algunos costes, por ejemplo, los costes directos de devolución del bien (art. 14.1 DDC).

En el caso de bienes, el consumidor deberá asumir únicamente el coste de devolución del bien. En este sentido la DDC en su artículo 20 establece dos reglas novedosas, en lo tocante a la transmisión del riesgo del bien, tal y como veremos<sup>177</sup>.

Por lo que respecta a los *efectos* del desistimiento, la DDC establece reglas especiales distinguiendo los efectos de los servicios que se prestan en un sólo acto de aquellos que se ejecutan periódicamente (art. 9 a). Incluso, se establece una regla especial para el caso de los contratos

---

<sup>174</sup> Vid. *infra*, 2.2.3.

<sup>175</sup> Vid. *infra*, 4.4.

<sup>176</sup> Vid. *infra*, 2.2.4.

<sup>177</sup> Vid. *infra*, 4.5.2.

para el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, o de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material, el día en que se celebre el contrato (art. 9 c). Volveremos sobre este punto<sup>178</sup>.

La DDC obliga al empresario a devolver las sumas abonadas en un plazo de 14 días, a partir de la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor, de conformidad con el artículo 11. Sin embargo, en caso de que el consumidor haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el comerciante no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven (art. 13.2). Por otra parte, salvo en caso de que el comerciante se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, podrá retener el reembolso hasta haberlos recibido, o hasta que el consumidor haya presentado una prueba de la devolución de los mismos, según qué condición se cumpla primero (art. 13.3)<sup>179</sup>.

Igualmente, cuando el consumidor ejerza su derecho de desistimiento en relación con un contrato a distancia o un contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil, éste tendrá por efecto la extinción automática del contrato vinculado en el caso de que este existiera (art. 15 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores). Volveremos sobre este punto en otro momento<sup>180</sup>.

Con esta disposición se trata de evitar la fragmentación temporal y material del Derecho comunitario, principalmente, entre las Directivas, las cuales en el pasado han regulado soluciones diversas sobre aspectos de fondo. Por ejemplo, la situación planteada en la STJCE asunto, C. 481/99 “*Heininger*”, en la cual el problema de fondo que se discutió era la aplicación cumulativa de la extinta *Directiva 87/102/CEE* y la *Directiva 85/577/CEE, de contratos celebrados fuera de establecimiento*

---

<sup>178</sup> Vid. *infra*, 4.5.3.

<sup>179</sup> Vid. *infra*, 4.5.4.2.

<sup>180</sup> Vid. *infra*, 4.6.



*mercantil*<sup>181</sup>. Otro de los supuestos similares pero no iguales se suscitó, en relación con la derogada Directiva 94/47, de tiempo compartido y la Directiva de establecimientos comerciales, en el asunto C-423/97: “*Travel Vac, S.L. /Manuel José Antelm Sanchís*”<sup>182</sup>.

Como podemos observar, la DDC, al ser de *armonización plena* simplifica y consolida la legislación vigente en materia de derecho de desistimiento, por lo que respecta a los contratos a distancia y contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Por lo tanto, es importante mencionar la repercusión que en su momento tendrá la adaptación de esta normativa a los ordenamientos jurídico de los Estados miembros. En el caso de España, el legislador se vio en la necesidad de reformar el TRLGDCU tanto formal como sustancialmente en materia de derecho de desistimiento del consumidor. Volveremos sobre el tema<sup>183</sup>.

### **1.5. El derecho de desistimiento como instrumento de evolución del Derecho de contratos a nivel europeo y nacional**

El derecho de desistimiento del consumidor ha hecho evolucionar el Derecho de contratos. Principios como la autonomía de la voluntad o el *pacta sunt servanda* se han adaptado a las nuevas técnicas de contratación, con el fin de incentivar el consumo, y evitar también prácticas comerciales desleales por parte de los empresarios. Por otra parte, la globalización ha desterritorializado el Derecho, es decir, los Estados miembros han cedido parte de su soberanía para fortalecer los intercambios económicos. De esta manera, el Derecho moderno de contratos, en el cual se incluye el Derecho de Consumo, se sostiene sobre tres pilares: territorio, Estado y Ley, pues el legislador estatal por sí solo no puede hacer frente a las exigencias capitalistas que demanda la sociedad actual, siendo los hechos económicos los que cuentan tal y como son, por lo que el Derecho se publica al intervenir el Estado en su

---

<sup>181</sup> Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *Derecho Privado europeo*, Comares, Granada, 2002, págs. 176-177; HERNANDEZ BATALLER, B., “La protección de los consumidores y usuarios...,” *op.cit.*, págs. 464-466.

<sup>182</sup> *Ibidem*.

<sup>183</sup> Vid. *infra*, Capítulo IV.

regulación. Prueba de ello, se puede constatar en estos momentos en Europa con la evolución del Derecho de Consumo<sup>184</sup>

Lo dicho en el párrafo anterior se verá reflejado con la transposición de la DDC, la cual evolucionará la materia de contratos de forma sustancial dentro de los Estados miembros. Como vimos líneas arriba, la Directiva regula el derecho de desistimiento, armonizando los deberes precontractuales de información, así como los plazos para desistir y las sanciones cuando se incumpla la obligación por parte del empresario de informar al consumidor de su derecho a desistir. Además, se especifican las obligaciones del vendedor y consumidor cuando éste último ejerza su derecho de desistimiento. En esta línea, JIMÉNEZ MUÑOZ aclara que “sólo a raíz del desarrollo de la normativa protectora de los consumidores a partir del siglo XX, y con clara excepcionalidad, es cuando ha comenzado a contemplarse con carácter general este derecho, dándole además una configuración más perfilada (en lo que habíamos denominado derecho “de nueva generación”)<sup>185</sup>.

Asimismo, el desistimiento es una forma más de ineficacia contractual, la cual se distingue de figuras como la rescisión, resolución, nulidad, anulabilidad, entre otras<sup>186</sup>. Por otro lado, el derecho de desistimiento del consumidor regulado en las actuales Directivas de consumo tiene una serie de características, las cuales le dan un sello propio, entre las que encontramos la discrecionalidad, la irrenunciabilidad, el carácter temporal para su ejercicio, la libertad de forma para poder ejercerlo, se trata de una declaración de carácter recepticio, no conlleva penalización alguna para el consumidor, su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado y puede tener su origen tanto legal con contractualmente<sup>187</sup>.

Por otro lado, la mayor parte de la doctrina no estuvo de acuerdo con la técnica legislativa que siguió el legislador español en el año 2007 al

---

<sup>184</sup> Vid. GROSSI, P., *De la codificación a la globalización del Derecho*, (GARCÍA PÉREZ, R.D., (Trad.), Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 384-387.

<sup>185</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “El derecho legal de desistimiento: presente y (posible) futuro”, AC, núm. 7, 2011, en: <http://revistas-especializadas.laley.es/>. [Con acceso el 4-IV-2011].

<sup>186</sup> Vid. *infra*, Capítulo II.

<sup>187</sup> Vid. *infra*, 2.2.4.

crear un régimen general del derecho de desistimiento del consumidor dentro del TRLGDCU, debido a que no existe una generalización del derecho de desistimiento, sino sólo una limitación de los supuestos legales en los que se concede<sup>188</sup>. No obstante, hay que hacer la siguiente precisión: si bien estamos de acuerdo con que se establezca un derecho contractual de desistimiento en los contratos de consumo y compartimos la idea de que se prevea un régimen general del derecho de desistimiento, ya sea legal o contractualmente, criticamos en cambio, la manera en que el legislador español reguló el desistimiento en el TRLGDCU, puesto que éste obedece a recortes hechos en materia de contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles. En este sentido, GÓNZALEZ LEÓN opinó en el año 2010 que, “el legislador tampoco ha aprovechado la ocasión para pulir algunos de los problemas que planteaban las anteriores regulaciones de los citados contratos, por lo que el resultado final es un régimen que ni cumple el propósito de ser general, ni sintoniza siempre bien con los regímenes particulares”<sup>189</sup>.

Por lo tanto, no estamos de acuerdo con este tipo de técnica legislativa, ya que, como veremos, con posterioridad, la regulación del derecho de desistimiento en cada una de estas materias responde a un fin y objetivo distinto. Así, en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil el desistimiento se otorga a favor del consumidor, debido a que éste no tuvo la oportunidad de comparar otras ofertas, por lo cual se encontraba desprevenido y el factor sorpresa influyó. En lo que toca al derecho de desistimiento regulado en los

---

<sup>188</sup> Vid. BERMÚDEZ BALLESTEROS cuando aclara: “[...] Recuérdese que la regulación de este derecho en el TRLGDCU se estructuró del siguiente modo:

a) Por un lado, se estableció el régimen general del desistimiento (arts. 68 a 79), de aplicación supletoria en los supuestos de reconocimiento legal o convencional de este derecho, y

b) Por otro, se fijaron especialidades respecto al desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil en cada una de las secciones dedicadas a regular, separadamente, cada una de estas modalidades contractuales”. (BERMÚDEZ BALLESTEROS, M<sup>a</sup>. del S., “La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, págs. 105-106).

<sup>189</sup> GONZÁLEZ LEÓN, C., “El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos celebrados a distancia”, en HERRERO GARCÍA, M<sup>a</sup>. J., (Dir.): *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 131.

contratos a distancia y especialmente en materia de contratación electrónica se le otorga al consumidor dado que muchas veces, éste no tiene la oportunidad de comprobar físicamente el bien, sino sólo apreciarlo a través de imágenes.

Dicho todo lo anterior, nos atrevemos a decir que el legislador español puede crear un régimen general de desistimiento en el ámbito de consumo, pero matizándolo o reduciéndolo a ciertas materias, pues en el ámbito comunitario europeo no existe un derecho general para desistir, entre otras cosas porque hay una pluralidad de regímenes jurídicos. Esto no quiere decir que existan varios derechos de desistimiento, por el contrario, existen distintos supuestos, los cuales se agrupan en una sola institución, tal y como veremos en el capítulo II de la presente Tesis cuando analicemos la naturaleza jurídica del desistimiento. Además, existe también una diversidad de plazos y sanciones, tal y como aclara GULLES PAISANT: “Obviamente, toda idea de uniformización de todos los derechos de retractación parece irrealista, e incluso irrealizable en la medida en que debe tenerse en cuenta la diversidad de las situaciones contractuales y de las prácticas comerciales. A pesar de todo, un esfuerzo de simplificación y de coherencia resulta indispensable”<sup>190</sup>. Por otro lado, cabe señalar que el derecho de desistimiento es una figura asistemática y fragmentaria<sup>191</sup>, lo cual dificulta que pueda haber una armonización total de la figura comentada. Sin embargo, la armonización y unificación de tal materia se puede dar en el ámbito de consumo y sólo en determinadas materias, tal y como veremos<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> PAISANT, G., “Los derechos de desistimiento de los consumidores en Francia”, en GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., (Coord.): *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Civitas, España, 2009, págs. 701-707. En relación con lo expuesto hay opiniones como la de ZURILLA CARIÑANA, M. A., “Alcance y límites de la armonización del derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”, en: [www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/2.pdf](http://www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/2.pdf). [Con acceso el 3-III-2010], quien señalan que el legislador español con la refundición del derecho de desistimiento en el TRLGDCU, perdió la oportunidad de generalizar el derecho de desistimiento a todos los contratos celebrados con consumidores, manteniéndose incluso especialidades dentro del mismo TRLGDCU en relación con el derecho de desistimiento con los contratos a distancia, celebrados fuera de establecimiento mercantil y viajes combinados, por lo tanto tal refundición resulta banal.

<sup>191</sup> *Vid. infra*, 2.2.1.

<sup>192</sup> *Vid.* en este sentido: GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.)..., *op.cit.*, pág. 847: “No obstante, la propia norma ha fracasado en su propósito “armonizador”, también en la

No obstante, el legislador español ha enmendado su error con motivo de la adaptación de la DDC al ordenamiento jurídico español, en donde se unifica el derecho de desistimiento tanto en los contratos a distancia como en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, tal y como señalaremos en el siguiente epígrafe. Aunque cabe aclarar que “el derecho de consumo español es una obra en construcción permanente<sup>193</sup>”, debido a la constante adaptación de Directivas comunitarias al ordenamiento jurídico nacional, lo cual crea dispersión legislativa.

Los primeros pasos se están dando, por lo que toca a la armonización de ciertos sectores contractuales como la contratación a distancia y la contratación fuera de establecimientos mercantiles; en esta misma línea se encuentran las actuales Directivas de crédito al consumo y tiempo compartido. Como se aprecia, el legislador europeo ha armonizado ciertos sectores de la contratación, por lo tanto se avanza hacia la modernización del Derecho contractual europeo<sup>194</sup>. De esta manera, la europeización del Derecho Privado va acercando progresivamente los Derechos nacionales, de forma forzada, pero este paso no es suficiente, razón por la cual la UE, tal y como mencionamos, presentó el CESL a finales del año 2011. Esto pone en alerta al legislador español, quien arropado por un amplio sector de la doctrina científica, tendrá que decidir entre elaborar un verdadero código de consumo o elaborar un nuevo Código Civil, en donde se incluya la materia de consumo, tal y como lo hizo en su momento el legislador alemán.

---

denominación, porque también menciona “rescindir”, “resolver”, “poner fin” y “dejar sin efecto” en los arts. 62.3, 85.3 III, 85.4 I, 86.6 ó 160 TRLGDCU, para cada caso en que propiamente se trata de un derecho a desistir, se sujete o no al régimen general previsto en los arts. 68 a 79”.

<sup>193</sup> *Vid. infra*, 1.7.

<sup>194</sup> *Cfr.* JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “El camino hacia un derecho civil europeo armonizado, una tarea ¿llegando a su final?”, *AC*, núm. 11, 2010, pág. 1257.

## 1.6. Propuestas de armonización y unificación en el Derecho Privado europeo que prevén el derecho de desistimiento

No obstante, dentro de la Unión Europea existen proyectos ambiciosos para refundir en un sólo cuerpo normativo la materia de obligaciones, contratos y Derecho de los Consumidores. Por ejemplo, los principios del *Acquis Group* (en adelante ACQP) y el Marco Común de Referencia (en adelante MCFR). Sin embargo, tales proyectos han sido cuestionados, debido a que, si se aprobaran, se socavarían los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, por lo que tendría que haber primeramente una reforma al TFUE.

Por otro lado, existen otras propuestas a nivel comunitario, por lo que respecta a la codificación del Derecho Privado Europeo en materia de obligaciones y contratos, entre las que encontramos el Instituto *Unidroit*, el Grupo del núcleo común del Derecho Privado Europeo (*Common Core*) o Grupo de Trento, el Grupo de Pavía, el Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo, el Grupo del Acervo y el Grupo AHC-SLC<sup>195</sup>.

Sin embargo, tanto los principios *Unidroit*, como los *Principles of European Contract Law*, (“Principios *Lando*”), conocidos también por sus siglas en inglés como PECL, incluyen contratos relativos a los consumidores, aunque es de destacar que los PECL, a diferencia de los principios *Unidroit*, que prevén contratos internacionales no hacen una referencia expresa a la inclusión (o exclusión) de los contratos de consumo<sup>196</sup>. Asimismo, ambas propuestas tampoco hacen referencia al derecho de desistimiento en los contratos con consumidores.

En los grupos de trabajo previos a la elaboración del MCFR encontramos el *Study Group* como continuador de los principios *Lando*,

---

<sup>195</sup> Cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “El camino hacia un derecho civil europeo...,” *op.cit.*, págs. 1229-1233, el autor explica a grandes rasgos las tareas llevadas a cabo por cada grupo en materia de codificación del Derecho de obligaciones y contratos en Europa.

<sup>196</sup> Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E., “El ámbito de regulación del futuro “derecho contractual europeo”. De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que incluya relaciones con consumidores”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 406-408.

pero con la finalidad de formular *best rules*, las cuales en su elaboración toman en cuenta opiniones de prestigiosos juristas. En cambio, los principios *Lando* se han desarrollado, a través de estudios comparados. Como su nombre indica, el *Study Group* cuenta con diversos grupos, teniendo su sede en Holanda (dos grupos, uno con tres subgrupos), Alemania (tres grupos), Francia (un grupo), Austria (un grupo) y Noruega (un grupo). Todos estos grupos cuentan con un *working team*, con la finalidad de que *advisors* discutan las propuestas que realiza el *working team*, de esta manera se garantiza la heterogeneidad y la variedad de ordenamientos jurídicos representados<sup>197</sup>.

Por el contrario, el *Acquis Group* trabaja con la selección de material de Derecho contractual a nivel comunitario, como las Directivas de consumo, por ejemplo la Directiva de comercio electrónico, o firma electrónica. Asimismo se toma en consideración la jurisprudencia del TJCE<sup>198</sup>.

Se puede afirmar que el primer antecedente a nivel comunitario de proyectos previos al MCFR que previo el derecho de desistimiento fue el *Acquis Group* (arts. 5:101-5:102<sup>199</sup>); en la misma línea el MCFR lo aborda en el capítulo 3 sección 1, que comprende los artículos 5:101-5:202, los cuales contemplan aspectos como el plazo para poder ejercerlo, sus efectos, contratos vinculados, y sus particularidades: los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles y los contratos de

---

<sup>197</sup> Cfr. VAQUER ALOY, A., "El marco común de referencia", en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 246.

<sup>198</sup> Vid. ARROYO I AMAYUELAS, E., "La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios del Derecho contractual comunitario", en DÍAZ ROMERO, M, R., *et al.* (Coords): *Derecho Privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas-Thomson, Madrid, 2008, págs. 119-120. Vid. INFATE RUIZ, F. J., "Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado Europeo", *Revista para el análisis del Derecho: InDret*, núm. 2, en: <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 17-XII-2009], señala que el objetivo principal del *Acquis Group* es, "perfilar los contornos del derecho privado europeo que trascienden y destacan en el derecho comunitario, en la medida en que resulten útiles para conseguir este objetivo, primordialmente, concentra sus esfuerzos en el derecho privado de la comunidad ya existente... que pueda descubrirse dentro del *acquis communitare*".

<sup>199</sup> Vid., por todos: La traducción castellana de los Principios del Derecho Contractual comunitario en ARROYO I AMAYUELAS, E., "Los principios del Derecho Comunitario", *ADC*, núm. LXI-1, enero de 2008, págs. 219-239.

adquisición de derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles<sup>200</sup>.

No obstante, como señala la doctrina, tanto el Acquis como el MCFR reducen a un solo criterio la facultad de desistimiento del consumidor: cuando éste es “cogido por sorpresa”<sup>201</sup>, lo cual no es correcto, debido a que se prescinde del criterio de la hoy derogada *Directiva 97/7/CE, de contratos negociados a distancia*, en donde el consumidor no tiene una comunicación personal con el empresario, por lo tanto, existe una deficiencia en la formación de la voluntad contractual<sup>202</sup>. De esta manera, principios como el *pacta sunt servanda* se han visto debilitados en las pasadas décadas, pues como estamos viendo el derecho de desistimiento del consumidor se contempla en diversas Directivas del Derecho europeo<sup>203</sup>.

Sobre la sistematización del derecho de desistimiento en el MCFR, y el ACQUIS, apoyando los argumentos de que no puede generalizarse tal derecho tanto a nivel comunitario como a nivel local, adoptamos la siguiente reflexión, de EIDENMÜLLER (*et al*): “la impresión que queda es que el MCFR carece de una concepción clara en lo que atañe a la función, legitimación y ámbito de aplicación del derecho de desistimiento. Impresión que se confirma cuando se cae en la cuenta de que el MCFR – al igual, de nuevo, que el *acquis*– sólo para el contrato de

---

<sup>200</sup> Para una mayor aproximación al derecho de desistimiento en el MCFR así como los problemas que se plantean en cuanto a su aplicación en el mismo. *Vid.* DIÉGUEZ OLIVA, R., “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, *Revista para el análisis del Derecho: InDret*, núm. 9, 2009, en: <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 17-XII-2009].

<sup>201</sup> *Cfr.* EIDENMÜLLER, H., (*et al*): “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo”: (cuestiones valorativas y problemas legislativos), (RODRÍGUEZ-ROSADO, B, Trad.), *ADC*, Tomo LXII, Octubre-diciembre, 2009, pág. 1508.

<sup>202</sup> Tal y como señala EIDENMÜLLER (*et al*): “La generalización de esos derechos de desistimiento, pensados exclusivamente para ciertas circunstancias de la contratación, disuelve la finalidad para la que fueron pensados, y es sintomática de lo que sucede con la generalización del *acquis*” (*Ídem.*, pág. 1509).

<sup>203</sup> *Vid.* EIDENMÜLLER, H., (*et al*)., “Hacia una revisión del Acquis de consumo”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, pág. 129: “Dado que los derechos de desistimiento implican un importante debilitamiento del principio fundamental del *pacta sunt servanda*, ofrecer una justificación coherente y convincente de esos derechos es una tarea académica y política importante. Sin embargo, la popular invocación de los derechos de desistimiento no se basa en un completo análisis de los fines a los que puede servir. Los derechos de desistimiento son asumidos por el legislador europeo y por el discurso académico como un instrumento de protección del consumidor sin una reflexión en condiciones”.



aprovechamiento por turno de viviendas prevé un derecho general de desistimiento (art. II.-5:202). Si se recuerda que la Comisión había previsto que se llevase a cabo una labor de revisión de todo el *acquis*, se plantea la duda de por qué se ha mantenido la facultad de desistimiento para ese contrato en particular. Más aún si se tiene en cuenta que los inconvenientes que a veces provoca un contrato de este tipo normalmente sólo se perciben pasado un largo periodo de tiempo, de tal forma que la efectividad de ese derecho de desistimiento es muy poca. Hubiese tenido más lógica prescindir de ese caso, o preverlo para toda una serie de contratos considerados “peligrosos”, determinado éstos en función de su complejidad interna, de su volumen financiero o de la duración para la que se prevean”<sup>204</sup>.

La propuesta de codificación comentada tiene un futuro incierto, aunque se han planteado tres opciones de utilidad entre las que encontramos:

1. El MCFR como *toolbox*: según esta opción serviría como una caja de herramientas para la elaboración del acervo comunitario y para la creación de futuras medidas legislativas;

2. El MCFR como *instrumento* opcional, es decir, un documento alternativo, en el ámbito europeo en materia de obligaciones, al que las partes pudieran someter sus relaciones contractuales; y

3. El MCFR como Derecho aplicable, opción que depende de las dos anteriores, en dado caso, debido a como se encuentra el Derecho material de los contratos reconocidos en el plano internacional o comunitario, pues según el Reglamento Roma I “no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal un Convenio internacional”. No obstante, incorporar por referencia es algo distinto a una simple elección del Derecho. Para la doctrina lo que se permite en el Reglamento Roma I es una elección del Derecho en el

---

<sup>204</sup> EIDENMÜLLER, H., (*et al*): “El marco común de referencia...,” *op.cit.*, pág. 1510.

ámbito de la voluntad material, lo cual da como resultado, un *law mix* entre el Derecho elegido y las normas imperativas<sup>205</sup>.

Como podemos ver, no se sabe en si qué es el MCFR, pero tampoco se puede desperdiciar el esfuerzo realizado por los grupos académicos por tratar de unificar el Derecho Privado Europeo; por el contrario, con este tipo de trabajos se abre la posibilidad para futuros debates doctrinales, así como una importante base para la investigación del Derecho comparado, y el intercambio cultural entre juristas, sirviendo además de base para reflexiones legislativas<sup>206</sup>.

Sin embargo, dentro de la doctrina, hay opiniones que desacreditan al MCFR debido a su carácter germanizado, pues no cabe duda que en su elaboración trabajaron académicos alemanes. Por lo tanto, en caso de aprobarse, se impondría el sello de la cultura romano-germánica a la hora de establecer las reglas de interpretación del contrato, triunfando las reglas *soft law* frente a las reglas *hard law*<sup>207</sup>. Aunado a lo anterior, existen otros problemas de codificación, como la delimitación de las materias que deben ser unificadas, el ámbito de aplicación de la Ley, y la disparidad normativa existente entre el sistema continental y *common law*<sup>208</sup>.

En un intento más por tratar de unificar y armonizar el derecho contractual a nivel comunitario a finales del año 2011 el Parlamento Europeo y del Consejo adoptó la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa (CESL), cuyo objetivo principal, es nuevamente eliminar las barreras del mercado interior y armonizar los

---

<sup>205</sup> Cfr. STEFAN, L., "El marco común de referencia y la elección del Derecho aplicable", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo VIII, 2008, págs. 484-489.

<sup>206</sup> Vid. SCHULZE, R., "Estado actual de los debates sobre el Marco Común de Referencia", en DÍAZ ROMERO, M. R., *et al.* (Coords.): *Derecho Privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas Thomson, Madrid, 2008, pág. 425.

<sup>207</sup> Cfr. SÁNCHEZ LORENZO, S. A., "Vías y límites a la unificación del Derecho Privado Europeo: *soft law versus hard law*" o Comisión contra Parlamento", en DÍAZ ROMERO, M. R., *et al.* (Coords.): *Derecho Privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas Thomson, Madrid, 2008, págs. 377-405.

<sup>208</sup> Vid., sobre este punto: GARCÍA GARNICA, M. C., "Consideraciones sobre la Unificación del Derecho Privado Europeo", *AC*, núm. 1, 2002, pág. 2423; DE LA MATA MUÑOZ, A., "Un paso más hacia la unificación del Derecho Privado: comunicación de la comisión de 15 de marzo de 2003 sobre un derecho contractual Europeo más coherente", *AC*, núm. 1, 2003, págs. 2094-2098, SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *Derecho Privado europeo*, Comares, Granada, 2002, págs. 141-332.

derechos contractuales de los Estados miembros. Su ámbito de aplicación comprende tanto relaciones entre empresarios (B2B) como entre consumidores y empresarios (B2C). Sin embargo, esta propuesta de Reglamento no tiene el efecto esperado de cualquier Reglamento tal y como se conoce en la normativa jurídica europea, ya que lo único que hace el CESL es permitir a la partes elegirlo como instrumento opcional aplicable a su contrato<sup>209</sup>. Esta propuesta de Reglamento encuentra su origen en el MCFR y el *Acquis Group*. Cabe mencionar que en el capítulo IV del CESL se regula el derecho de desistimiento para los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil con consumidores (arts. 40-47). Aunque tal previsión es muy parecida a la que regula la actual DDC, es decir, se adapta al estándar de la armonización plena<sup>210</sup>.

### **1.7. El Derecho de consumo español, “obra en construcción permanente”**

Como vimos a lo largo del presente Capítulo, la consolidación del Derecho de Consumo en la UE ha sido una labor ardua, la cual ha tardado más de tres décadas en realizarse. Sin embargo, constantemente siguen apareciendo problemas, tales como falta de armonización o

---

<sup>209</sup> La Propuesta establece un único *corpus* uniforme de normas de Derecho contractual plenamente armonizadas, incluidas normas de protección de los consumidores, en forma de una normativa común de compraventa europea, que ha de considerarse un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros disponible para las transacciones transfronterizas previo acuerdo válido de las partes. Este acuerdo no equivale a la elección de la ley aplicable a tenor de las normas de Derecho internacional privado ni debe confundirse con ella. En realidad, esta elección se realiza en el marco de una legislación nacional que es aplicable con arreglo a las normas de Derecho internacional privado.

<sup>210</sup> *Vid.* SCHULTE-NÖLKE, H., “El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, pág. 68: “Antes de manifestar una opinión sobre el nivel de protección del consumidor en la Propuesta CESL, debe hacerse un ejercicio de comparación que tenga en cuenta, a la vez, por un lado el nivel de protección que ofrece el Derecho de la Unión Europea de consumo y, por el otro, el que ofrecen los Derechos nacionales. Por lo que respecta al Derecho de la Unión Europea, el CESL trata de reflejar de forma precisa el estándar de protección introducido por las normas que se sirven de la técnica de la armonización máxima (es el caso, especialmente, de la DDC); es decir, ni va más allá, ni tampoco lo reduce [...]”.

unificación en ciertas materias, lo cual provoca que no se aproveche plenamente el mercado interior europeo, esto se refleja principalmente en la transposición de las Directivas comunitarias y la adaptación de la jurisprudencia que la misma genera<sup>211</sup>. Además, siempre aparecen nuevos problemas, los cuales, han sido señalados en diversos documentos, como el Libro Verde de consumidores del año 2007, tal y como vimos. Por lo tanto, el Derecho de Consumo español constantemente se actualiza y revisa, siendo una “construcción permanente” su elaboración<sup>212</sup>.

Son diversos los sectores de consumo en donde el legislador europeo realiza una constante revisión de las normas entre las que encontramos, la garantía de bienes de consumo, tiempo compartido, y servicios financieros, entre otras. No obstante, en las siguientes líneas hablaremos de manera general sobre como se encuentra el estado actual de la cuestión en el ordenamiento jurídico español, centrandó nuestra atención en la materia de contratación a distancia objeto de nuestro estudio, la cual es un claro ejemplo de lo que es una “obra en construcción permanente”.

---

<sup>211</sup> EBERS, M., “La reforma y europeización del Derecho alemán de obligaciones”, en BADOSA COLL, F y ARROYO I AMAYUELAS, E., (Coords.): *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 64-67.

<sup>212</sup> Tal y como señala GÓMEZ GALLICO: “son numerosas las Directivas que han incidido ya sobre la forma de celebración del contrato, normas sobre oferta y aceptación, información precontractual, contenido de los contratos y derecho de desistimiento, etcétera”<sup>212</sup>. Para este autor, las Directivas en materia de consumo como la Directiva 93/13/CE, de cláusulas abusivas, en su momento la Directiva 94/47/CEE, de tiempo compartido o la Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico, han introducido reformas en materia de Derecho contractual español, derivadas principalmente de acervo comunitario”. (GÓMEZ GALLICO, J., “La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, págs.533-535). En la misma línea se pronuncia ARROYO I AMAYUELAS, E., “Panorámica (parcial) del *Acquis Communautaire* de contratos: ¿punto de partida para el legislador catalán?”, en BADOSA COLL, F y ARROYO I AMAYUELAS, E., (Coords.): *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 90-91, cuando señala: “en 1985, con la promulgación de la Directiva 85/577, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles [...] desde entonces, numerosos actos comunitarios, especialmente Directivas, continúan incidiendo de manera significativa en el Derecho Privado de los Estados miembros, en materias como la responsabilidad por productos defectuosos, contratos celebrados por agentes comerciales, ventas fuera de establecimientos comerciales, a distancia, viajes combinados, indemnización por denegación de embarque en el transporte aéreo, cláusulas abusivas, tiempo compartido, garantía de bienes de consumo o comercio electrónico”.

Con la entrada en vigor en el año 2007 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, se pasó de una Ley general a una refundición parcial del Derecho de Consumo<sup>213</sup>. Anteriormente, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, *Ley 26/1984, de 19 de julio* (LGDCU), tenía un carácter general, es decir, no incluía todas las normas protectoras de los consumidores, ni se oponía a la necesidad de promulgar otras leyes en determinados sectores para proteger al consumidor<sup>214</sup>.

Es importante mencionar que la refundición de leyes en materia de consumidor en el actual Texto Refundido no se realizó de manera completa como era de esperar, sino de forma parcial, tomándose como punto de referencia el listado del Anexo de la *Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*.

Hasta antes de la entrada de la Ley por la que se transpuso la DDC y aun hoy en día, el TRLGDCU se estructura en cuatro libros: el Primero regula las “Disposiciones Generales”, el cual delimita el ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios (Título I); en su Título II se prevé el derecho de representación consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios; en el Título III se regula la “cooperación institucional”. En el Segundo Libro se regulan los contratos con los consumidores, “derecho de desistimiento”, cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales, contratos a distancia, y garantías y

---

<sup>213</sup> Vid. Disposición cuarta de la Ley 23/2003 (RCL 2003, 1764), Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, la cual habilitó al Gobierno para que “en el plazo de tres años proceda a refundir en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos”. Sin embargo, el plazo de tres años se agotó, razón por la cual, la Disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre (RCL 2006, 2339), de mejora de consumidores y usuarios concedió un nuevo plazo de 12 meses para “refundir en único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1986, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos”.

<sup>214</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Comentario al artículo 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y SALAS HERNÁNDEZ, J., (Coords.): *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 20-23.

servicios posventa. El Libro Tercero esta dedicado a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos y, por último, el Libro IV regula la materia de los viajes combinados<sup>215</sup>.

Podemos constatar, por lo tanto, la codificación parcial de normas en materia de protección del consumidor en el actual TRLGDCU, razón por la cual se sigue propiciando la fragmentación y dispersión normativa en este ámbito. Para la refundición de normas en el TRLGDCU, se siguieron ciertos criterios de inclusión y exclusión entre los que encontramos:

- Tomar en consideración determinadas técnicas o modalidades contractuales que afectaban directamente al TRLGDCU, tal es el caso de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil;

- También se tomaron aspectos que incidían en el ámbito de las garantías y responsabilidad, con el fin de unificar el régimen jurídico de responsabilidad por productos defectuosos y;

- Se establece un régimen jurídico propio no afectado por normas sectoriales (p ej., normas sobre turismo)<sup>216</sup>.

- Además al poco tiempo de publicarse el TRLGDCU, se aprobó la *Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio*, con su propio concepto de consumidor, similar al de la LGDCU. Sin embargo, tal concepto no influye en el concepto de consumidor establecido en el

---

<sup>215</sup> Esta sistematización del Texto Refundido trajo como consecuencia la derogación de las siguientes normas y preceptos:

- *La Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los consumidores y usuarios*;
- *La Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos Celebrados fuera de los Establecimientos mercantiles*;
- *La Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos*;
- *La Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes Combinados*; y
- *Los artículos 48 y 65. 1, letras n y ñ), y la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, además se derogan también, la Disposición Final Única, las menciones que se realizan al artículo 48 y la Disposición Adicional Primera en su párrafo primero y último. Aunque cabe aclarar que las normas contenidas en materia de contratación a distancia previstas en esta ley quedan vigentes para los contratos celebrados entre profesionales. (Vid. BOTANA GARCÍA, G. A., "La refundición de la legislación de consumo en España", *Práctica de Daños*, núm. 58, 2008, págs. 18-19).

<sup>216</sup> Cfr. PÉREZ ESCOLAR, M., "El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿Hacia un código de consumidores?", *Práctica de Daños*, núm. 82, 2010, La Ley 3475/2010.

TRLGDCU, al contrario debe ser interpretado acorde con esta última normativa, como ya vimos.

No obstante, quedaron materias excluidas del TLRGCU, las cuales además de regular la protección del consumidor, prevén competencias administrativas, entre las que encontramos la regulación del aprovechamiento por turnos el cual incide en los ámbitos registral y fiscal, ambos ajenos al núcleo básico de protección de consumidores<sup>217</sup>, o la LSSI, la cual no sólo regula aspectos relacionados con los consumidores, sino que también prevé cuestiones que tienen que ver en materia de contratación entre empresarios, datos personales, códigos de conducta, etc.

Sin embargo, la doctrina no justificó la exclusión de ciertas Leyes, tales como la *Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo*<sup>218</sup> y la *Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros*<sup>219</sup>. Tampoco existe armonía entre las distintas modalidades contractuales, como los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, en cuanto a las inclusiones y exclusiones de ambos contratos (art. 93 contratos a distancia y 108 contratos fuera de establecimiento mercantil<sup>220</sup>).

Por otro lado, el TRLGDCU no ha cumplido con el objetivo de europeizar el Derecho de consumo, pues como quedó visto sólo refunde leyes y su contenido transpone un número limitado de Directivas. Otro de los temas en donde existe dispersión legislativa es en la materia de derecho de desistimiento del consumidor, lo cual se refleja en los plazos, sanciones y excepciones. Sin embargo, el TRLGDCU dio el primer paso hacia la armonización del derecho de desistimiento, pero sólo en materia

---

<sup>217</sup> Vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., "El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", *Ar. Civ.*, núm. 1, 2008, pág. 2137.

<sup>218</sup> Tal y como veremos más adelante esta normativa ha sido derogada por la *Ley 16/2011, de 24 de junio de crédito al consumo*.

<sup>219</sup> Como señala CAVANILLAS MÚGICA, S., "El Real Decreto Legislativo 1/2007...", *op.cit.*, pág. 2137, si bien el aspecto financiero justifica que ambas normas no se hayan refundido en el TRLGDCU, ello no obsta a que no incidan también en otros sectores normativos.

<sup>220</sup> Vid, en este sentido, CARRASCO PERERA, Á., "Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición", *Ar. Civ.*, núm. 1, 2008, pág. 2217.

de contratos a distancia y contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, dejando fuera las demás leyes especiales que regulan este derecho, razón por la cual, no estamos de acuerdo con la técnica legislativa empleada por el legislador español.

Visto todo lo anterior, nos atrevemos a decir que la reforma del Derecho de Consumo en España hecha en 2007 no tuvo apenas repercusión a nivel nacional, y casi ninguna internacional. De esta manera el legislador español perdió la oportunidad de refundir en un solo cuerpo normativo la mayor parte de las normas de consumo, con la finalidad de convertir el TRLGDCU en un verdadero código de consumo.

Un ejemplo de “*obra construcción permanente*” en el sistema español en materia de consumo lo encontramos en la contratación a distancia. Cabe aclarar que la materia comentada no regula un tipo contractual, sino una técnica de contratación, esto se debe a la utilización de uno o más medios de comunicación a distancia durante el proceso de contratación<sup>221</sup>.

Debemos aclarar que con la promulgación de la *Ley 7/1996, de 15 de enero de ordenación del comercio minorista*, el legislador español transpuso al ordenamiento jurídico la *Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia*, aunque posteriormente la regulación de este sector se ha visto modificado por numerosas leyes, como la *Ley 47/2002, 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*<sup>222</sup>. A esto añadimos la transposición de la Directiva de Comercio Electrónico mediante la *Ley 34/2002, de 11 de julio (LSSI)*, la cual modificó, como veremos más adelante, los artículos 1.262 del Código Civil (en adelante CC) y 54 del Código de Comercio (en adelante CCom) al darles una idéntica redacción para regular la contratación a distancia.

---

<sup>221</sup> Cfr. TRIGO GARCÍA, M<sup>a</sup>. B., “Derecho Contractual Europeo, fragmentación y legislación sectorial. La contratación a distancia, un caso paradigmático”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 588.

<sup>222</sup> BOE núm. 304, de 20-12-2002.



No obstante, la entrada en vigor de la *Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros*, la cual regula un sector específico de los contratos a distancia como son los servicios financieros, influyó también en la fragmentación y dispersión de las normas que regulan los contratos a distancia. Inicialmente esta norma fue transpuesta a través de la *Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación de la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados*. Sin embargo, con la aprobación de la *Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros*, se derogan las normas reguladas para este tipo de contratación previstas, en un principio en la *Ley 34/2003*. Dado que la DDC Directiva de consumidores deja fuera de su ámbito a los servicios financieros a distancia (art. 3.3-d). La fragmentación de normas en materia de contratación a distancia seguirá existiendo, tal y como se encuentra hoy en día a nivel comunitario y nacional<sup>223</sup>.

Como se puede apreciar a lo largo del presente capítulo, el Derecho de consumo se hace presente en la vida cotidiana de las personas. Sin duda alguna, hoy en día la protección del consumidor se encuentra en un momento crítico de profunda revisión y transformación, como lo podemos constatar en la Propuesta de Reglamento para una compraventa en común dentro de la Unión Europea y la aprobación de la Directiva de consumidores del año 2011.

Dentro de la UE no existe una normativa uniforme en materia de protección del consumidor. Prueba de ello, lo encontramos en las distintas técnicas legislativas que los Estados miembros han utilizado, por ejemplo, Francia, Italia o Portugal han expedido su propio código de consumo, los cuales se van modificando con la introducción de nuevas Directivas que regulan aspectos de consumo. Otro modelo es el sistema mixto, con la existencia de una ley marco estatal y diversas leyes especiales, como es el caso de España o Luxemburgo. El tercer modelo sería el de la

---

<sup>223</sup> Vid., el Considerando 32 de la Directiva de consumidores, el cual hace referencia a la actual *Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros a distancia* aclarando lo siguiente: “[...] Por lo que se refiere a los servicios financieros, debe animarse a los Estados miembros a que se inspiren en la legislación de la Unión vigente en este ámbito cuando legislen en ámbitos no regulados a escala de la Unión, de tal forma que se garantice una igualdad de condiciones para todos los consumidores y todos los contratos relativos a los servicios financieros”.

aprobación de varias leyes especiales, con el fin de adaptar la normativa europea, por ejemplo, Austria o Bélgica. El último modelo sería la integración del Derecho de consumo en el Código Civil, por ejemplo, Alemania que incorporó casi todo el derecho de consumo en el BGB<sup>224</sup>.

En definitiva, no es posible detectar una tendencia uniforme en la legislación de consumo. Además, en España no es posible hoy en día la elaboración de un código de consumo independiente, debido a los problemas que existen de competencia entre la normativa estatal y la normativa de las comunidades autónomas. El TRLGDCU ha realizado una codificación parcial de las normas de consumo, tal y como quedó visto líneas atrás.

La transposición de la DDC ha modificado sustancialmente el Derecho de contratos y obligaciones de los Estados miembros, entre los cuales se encuentra España. Un antecedente de cómo el Derecho Privado comunitario transforma el ordenamiento interno de un Estado miembro, lo encontramos en Alemania, en donde en el año 2001, el legislador, al momento de adaptar la *Directiva 99/44, de bienes de consumo*, armonizó normas comunes de Derecho Privado y de consumo en un sólo cuerpo: el BGB. A este fenómeno se le conoce como la “gran solución”. Sin embargo, tal y como vimos, cada Estado miembro ha seguido un camino distinto en lo concerniente a la integración de normas de consumo, razón por la cual la doctrina ha clasificado hasta cuatro grupos de técnicas contractuales en materia de protección del consumidor, con el fin de que los legisladores de los Estados miembros no cometan errores de técnica legislativa, entre las que encontramos:

1.- Normas o técnicas que no deben beneficiar nada más que a los consumidores en sentido estricto, sin que quepa una aplicación expansiva. Por ejemplo, el derecho de desistimiento.

2.- Normas típicas de protección del “contratante débil” que pueden aplicarse más allá del ámbito de la protección de los consumidores. Por ejemplo, las relativas a las condiciones generales de la contratación.

---

<sup>224</sup> Vid. GARCÍA SAIS, F., *Derecho de los consumidores a la información: una aproximación a la publicidad engañosa en México*, Porrúa, México D. F., 2007, págs. 9-10.

3.- Normas generalizables para todo tipo de contratos. Por ejemplo, las que regulan las promesas publicitarias, obligación de conformidad del bien con el contrato, las promesas publicitarias, entre otras, y;

4.- Normas imperativas de protección de consumidores que pueden convertirse en normas de derecho común con carácter dispositivo. Por ejemplo: normas a tenientes al contrato electrónico<sup>225</sup>.

Expuesto lo anterior, el legislador español al incorporar la DDC tuvo las siguientes opciones: 1.- transponerla mediante una ley especial, 2.- incorporarla al derecho común, es decir, al Código Civil, y 3.- simple y sencillamente modificar el TRLGDCU, siendo esta última vía la que siguió con la aprobación de la *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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre* (en adelante Ley de Consumidores del año 2014)<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> Vid. PASQUAU LIAÑO, M., "Protección de los consumidores y Código Civil: ¿integración o distinción?", en ALBIEZ DOHRMAN, K. J., (Dir.): *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, págs. 502-508.

<sup>226</sup> BOE núm. 76, de 28-III-2014. La Ley de Consumidores por la que se modifica el TRLGDCU aclara también en el punto II de su Exposición de Motivos en relación con el objeto de nuestro estudio lo siguiente: "*En otro orden de cosas, la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.*

*El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del Texto Refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.*

*En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del Texto Refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993.*

*Asimismo, se procede a corregir el error detectado en la redacción del artículo 20 del texto refundido, con objeto de adecuarlo al artículo 7, apartado 4, de la Directiva*

Esta normativa regula conjuntamente los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, lo cual obligó a modificar el Libro segundo del TRLGDCU, de manera que ambos tipos de contratos quedan regulados en el Título III del mencionado Libro (el cual regulaba anteriormente los contratos a distancia). Por su parte, el Título IV (que anteriormente contenía la regulación de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil) recoge el contenido del anterior Título V (“garantías y servicios posventa”), por lo que este último quedó eliminado<sup>227</sup>.

La Ley de consumidores acaba con la fragmentación de normas que regulan la contratación a distancia. Además, armoniza y simplifica el régimen jurídico del derecho de desistimiento en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y contratación a distancia. A continuación describimos, los principales ejes en los que se articulan las novedades de la norma comentada:

---

*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, lo que conlleva la modificación de sus artículos 19 y 20.*

*De igual modo, se modifica, mediante la disposición final primera de esta ley, el párrafo f) del artículo 5.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, para su adecuación al artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE.*

*Los cambios legales que para transponer la Directiva es preciso introducir en nuestro ordenamiento jurídico alcanzan también a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. En consecuencia, mediante la disposición final segunda se recogen las modificaciones necesarias en la citada ley, al tiempo que se derogan sus artículos 39 a 48, con objeto de evitar la confusión que genera la existencia de un régimen duplicado para los contratos de venta a distancia en esta norma y en la citada ley, cuyo contenido sobre venta a distancia resulta desfasado.*

*La ley deroga igualmente el apartado 4 del artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuyas disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se transpone”. En su punto IV continua: “La ley se estructura en una exposición de motivos, un artículo único que se divide en veintidós apartados, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria, y cuatro disposiciones finales.*

*Artículo único. Modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”.*

<sup>227</sup> Vid., por todos, 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*, núm. 8, diciembre 2013 págs. 33-40.

1.- se amplía la información precontractual que, por ley, habrá que facilitar a los consumidores y usuarios; en general y, en particular, cuando se formalicen contratos a distancia. Tendrá que ser clara y comprensible (arts. 60 97 y 98).

2.- se introducen nuevas garantías en cuanto a la posibilidad de desistir del contrato. Asimismo, se amplía el plazo en el que se puede ejercer: de los 7 días hábiles actuales a 14 días naturales. En el caso de que no se hubiera informado al consumidor de que puede ejercer este derecho, el plazo queda automáticamente a 12 meses. La nueva norma además incorpora un formulario de desistimiento común en Europa, que facilita el ejercicio de este derecho y que se tendrá que facilitar junto con la información previa al contrato (arts. 71, 97, 98, 100, 104 TRLGDCU).

3.- además, se dota a los consumidores de nuevos derechos, referidos a la forma y los plazos de entrega y pérdida o deterioro del bien adquirido, entre otros (arts. 66 *bis* y 66 *ter* TRLGDCU).

4.- entre las novedades figuran medios para evitar las denominadas cargas encubiertas. Así, el empresario tendrá que ver porque el consumidor, al realizar un pedido a través de Internet, confirme que es consciente de que ésta implica una obligación de pago. De este modo, el usuario siempre tendrá que aceptar el precio final antes de que concluya la transacción (art. 60.2 c y d TRLGDCU).

Si el empresario no obtiene el consentimiento expreso del consumidor para un pago adicional al acordado y, en su lugar, lo deduce utilizando opciones por defecto, el usuario tendrá derecho a reembolso del pago (art. 97. 1 e y 6 TRLGDCU).

En cuanto a los cargos adicionales que puedan derivarse de los contratos formalizados a distancia, se establecen nuevas reglas. Por ejemplo, en el caso de que el empresario decida habilitar una línea telefónica para comunicarse con sus clientes en relación al contrato, el uso de esta línea no podrá suponer un coste superior a la tarifa básica 97.1 f TRLGDCU). Además, los empresarios no podrán facturar al consumidor cargos al que tienen que hacer frente ellos por el uso de los mismos.

5.- por otra parte, también se aborda la contratación telefónica de bienes y servicios y propone un sistema que proteja a los consumidores y usuarios, y que al mismo tiempo no suponga 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 sea la que se ponga en contacto telefónico con un usuario para formalizar el contrato, deberá confirmar la oferta por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor, en un soporte duradero (art. 98.6 TRLGDCU). Asimismo, 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 (art. 98.7 TRLGDCU).

De este modo, se asegura que el consumidor es plenamente consciente de los que esta aceptando al garantizarse adecuadamente que recibe la obligación precontractual obligatoria, algo que no es posible si el proceso completo se lleva a cabo en una conversación telefónica.

Con estas novedades se articula la nueva regulación de un sector que supondrá un avance para salvaguardar los derechos de los consumidores y usuarios y, a la vez, resultará positivo para las empresas, pues les dota de seguridad jurídica y fomentará el consumo de bienes y servicios utilizando nuevas tecnologías. Volveremos sobre el tema en los capítulos III y IV.

## Capítulo II

### **Naturaleza jurídica del derecho de desistimiento en los contratos celebrados con consumidores**

A través del paso de los años nos queda clara la naturaleza jurídica del derecho de desistimiento del consumidor, por lo tanto en la actualidad no cabe confundirlo con otros tipos de ineficacia contractual (resolución, rescisión, anulabilidad, entre otras). Si bien es cierto que el desistimiento es una figura “asistemática y fragmentaria”, no lo es menos que posee unos rasgos y caracteres propios. En las siguientes líneas abordaremos el tema de la naturaleza jurídica del derecho de desistimiento, tanto en sentido negativo como positivo.

#### **2.1. Qué “no es” el desistimiento del consumidor: los supuestos de ineficacia contractual y la perfección diferida del contrato**

Dentro del presente epígrafe, analizaremos de manera general las figuras típicas de ineficacia contractual (nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, entre otras) con el fin de distinguir las del derecho de desistimiento otorgado al consumidor en ciertos contratos, teniendo en cuenta, además que éste puede ser compatible con aquéllas en muchos casos.

Los términos “invalidéz” e “ineficacia” han sido diferenciados por la doctrina. Un contrato será inválido si no cumple con los requisitos esenciales que la Ley exige, como consentimiento, objeto y causa (art. 1.261 CC). En cambio, estaríamos ante un contrato ineficaz cuando siendo válido (reúne los requisitos establecidos por la ley), sin embargo, por diversos motivos, no va a producir efectos<sup>1</sup>. No obstante, tal y como

---

<sup>1</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Vol. III. El negocio jurídico y la persona jurídica*, Civitas, Pamplona, 2008, pág. 463.

señala DÍEZ-PICAZO: “la terminología no es uniforme [...] Los textos hablan de actos o de negocios inútiles, viciosos, imperfectos, etc.”<sup>2</sup>.

Además como señala MÁRQUEZ GONZÁLEZ: “Es confuso el panorama que la doctrina presenta cuando se intenta estudiar el sistema de las nulidades o de las ineficacias. Y es que el problema surge precisamente a partir de la propia denominación que se confiere a la materia misma y a los elementos que conforman el problema en estudio. Así, cuando se trata por ejemplo del fenómeno en general, se habla lo mismo de ineficacia que de nulidad, de invalidez y hasta de irregularidad o anormalidad. Cuando de las especies afectadas del grado más alto de nulidad se trata, se habla entonces de actos nulos en forma absoluta, incompletos, inacabados, irrelevantes, inútiles, estériles, nulos de pleno derecho y naturalmente, inexistentes, denominación esta última que, desde luego, no se encuentra libre de paradojas. Algunos distinguen luego la inexistencia absoluta, material o de hecho, de aquella otra relativa, racional o jurídica [...]”<sup>3</sup>.

A pesar de no haber unanimidad dentro de la doctrina en lo referente a los términos ineficacia e invalidez, es preciso diferenciarlos. Dentro de la invalidez nos encontraríamos con las figuras jurídicas de nulidad y anulabilidad, las cuales tienen como fin evitar cualquier tipo de patología que afecte a los elementos esenciales del contrato. En cambio la ineficacia, en sentido estricto, incluye los defectos o carencias que afectan al contrato de manera extrínseca; de este modo, encontramos supuestos de ineficaciacontractual como la revocación, rescisión, desistimiento unilateral, resolución<sup>4</sup>, etc.<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> DÍEZ-PICAZO., L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial: Introducción teoría del contrato*, 6ª ed., Civitas, Navarra, 2007, pág.556.

<sup>3</sup> MÁRQUEZ GONZÁLEZ, J. A., *Teoría general de las nulidades*, Porrúa, 4ª ed., México, D.F., 2008, pág. 3.

<sup>4</sup> En palabras de PARRA LUCÁN M. A., “Comentario a los artículos 8 a 12 LOCM”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R y LEGUINA VILLA, J., (Coords.): *Comentarios a la Ley del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 155; la rescisión, la revocación, resolución y desistimiento son:

“— La *rescisión*, como es sabido, se refiere a contratos válidamente celebrados pero que, produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero pueden ser declarados ineficaces a solicitud del perjudicado (arts. 1.290 a 1.299 CC).



Por otro lado, es preciso señalar que no existe un criterio uniforme por lo que respecta a la clasificación de los distintos supuestos de ineficacia contractual, debido a que no existe una categoría de orden lógico dentro del ordenamiento jurídico<sup>6</sup>, por lo tanto acudiremos a la ayuda de la doctrina, la cual se ha esforzado por construir una clasificación.

Independientemente de diferenciar el derecho de desistimiento del consumidor de los distintos tipos de ineficacia contractual, hemos de hablar también de manera general de la **perfección diferida del contrato**<sup>7</sup>, debido a que en el pasado existió la discusión doctrinal de si el *dies a quo* del derecho de desistimiento que se otorga al consumidor interrumpía o no la perfección del contrato. Sin embargo, tal y como veremos, hoy día esta polémica se encuentra superada, siendo necesario dejar claro que el contrato es perfecto desde el momento mismo del encuentro de voluntades, razón por la cual el derecho de desistimiento no afecta a la eficacia del contrato; por lo tanto, las partes contraen obligaciones y derechos desde el momento del acuerdo de voluntades, como se refleja en el régimen jurídico que prevé el TRLGDCU (arts. 68,79, 102-108), en donde se establecen las reglas tanto para el vendedor como para el consumidor en caso de desistir del contrato. En la misma línea que el TRLGDCU se pronuncian la actual Directiva 2008/122/CE, de tiempo compartido y la Directiva 2008/48/CE, de crédito

---

— La *revocación* es causa sobrevenida de ineficacia de un negocio otorgado válidamente por voluntad de su otorgante, y se reserva para los negocios jurídicos unilaterales (testamento) o los gratuitos (donación).

— La *resolución* es una facultad reconocida legalmente como remedio para la parte de una relación contractual sinalagmática frente al incumplimiento (art.1.124 CC).

— El *desistimiento* es la facultad atribuida a una de las partes de una relación obligatoria de poner fin a la misma por su libre determinación.”

<sup>5</sup> Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil III: Contratos*, Decimo tercera edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 134-135.

<sup>6</sup> Cfr. Díez-PICAZO, L y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil: El contrato en general*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 102.

<sup>7</sup> Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial...*, *op.cit.*, pág. 310, quien aclara que: “En todos los casos en que la formación de un contrato se produce *ex intervalo temporis*, se puede hablar de una formación progresiva o sucesiva del contrato. La formación del contrato no es entonces consecuencia de un sólo acto, sino de una serie de actos, en los cuales pueden intervenir no sólo las mismas partes, sino también otras personas que las auxilian o que coadyuvan con ellas a la consecución o logro de la finalidad perseguida (mediadores, asesores, etc.)”.

al consumo, las cuales como veremos más adelante regulan un derecho de desistimiento similar al previsto en materia de contratación a distancia y electrónica.

De acuerdo con la opinión de MIRANDA SERRANO<sup>8</sup>, dentro de las teorías que adoptan la tesis de la perfección diferida del contrato se encuentran las siguientes: el “contrato celebrado sujeto a condición”, un “contrato sujeto a ensayo o prueba” y “sujeto a arras penitenciales”. Es importante aclarar que la anterior clasificación surgió en su momento con motivo de la interpretación de la *Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantiles*, la cual transpuso al ordenamiento jurídico español la *Directiva 85/577/CE*.

Los autores que en su momento defendieron la tesis de la perfección diferida o aplazada del contrato invocaron diversos argumentos, entre los que encontramos: las manifestaciones hechas por el legislador español en la Exposición de Motivos de la *Ley 26/1991, de 21 de noviembre*, en donde señalaba que la norma contenía preceptos “*que afectaban y modulaban el régimen del perfeccionamiento y de la eficacia de los contratos*”<sup>9</sup>. Se alegaba igualmente que el contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil no se perfeccionaba hasta que transcurría el plazo del derecho de revocación otorgado al consumidor (art. 5.1)<sup>10</sup>. También se trataba de justificar la tesis de la perfección diferida o aplazada del contrato en la interpretación literal de algunos preceptos de la norma comentada, como era el caso del artículo 3.2, el cual hablaba de “*revocar el consentimiento*” como derecho del consumidor a dejar sin efecto el contrato, y el art. 5.1, que aludía a la facultad del consumidor de

---

<sup>8</sup> Cfr. MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”, en OLIVENCIA, M, FERNÁNDEZ-NOVOA, C y JIMÉNEZ DE PRAGA, R., (Dir.): *La contratación mercantil disposiciones generales. Protección de los consumidores, tomo XXX*, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 261-264.

<sup>9</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles...”, *op.cit.*, págs. 265-266.

<sup>10</sup> VERGEZ SÁNCHEZ, M., (*et al*) “Configuración y régimen jurídico de “los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles” (análisis de la Ley número 26/1991 de 26 de noviembre), *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Vol III*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 4031.

revocar su “*declaración de voluntad*”<sup>11</sup>. Sin embargo, esta norma fue derogada por el TRLGDCU con la refundición parcial de leyes en materia de consumo realizada por el legislador español en el año 2007, en donde no deja lugar a dudas que los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles quedan perfeccionados desde el instante del entrecruzamiento de las voluntades negociales, razón por la cual el derecho de desistimiento no afecta a la eficacia del contrato (art. 68 TRLGDCU).

Otra corriente doctrinaria defendía la tesis de la “perfección inmediata”, pero de “eficacia diferida”<sup>12</sup>, es decir, cuando un contrato no se concluye instantáneamente, sino bajo negociaciones continuas. Para quienes argumentaban esta posición el contrato se iba formando sucesivamente y llegaba a su conclusión después de haber transcurrido el periodo en que el consumidor podía ejercer el derecho de desistimiento. Aunque esta teoría pueda parecer convincente, la deseamos debido a que en la actualidad los contratos en donde la ley reconoce el derecho a desistir al consumidor son perfectos desde el momento del entrecruzamiento de voluntades, por lo cual el negocio despliega todos los efectos jurídicos que el ordenamiento le reconoce. Sobre el tema volveremos cuando analicemos la figura del desistimiento del consumidor líneas abajo.

Cabe señalar que estas tesis de la perfección diferida del contrato no responden, como vamos a ver en este epígrafe, a la realidad del derecho de desistimiento. Asimismo, el artículo 68.1 TRLGDCU define el concepto de desistimiento del consumidor en los contratos de consumo: “*el derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado*” (...). De acuerdo con este concepto el contrato se perfecciona desde el acuerdo de voluntades. Para reafirmar nuestro argumento, el artículo 74.1, TRLGDCU remite a los artículos 1.303 y 1.308 CC que estipulan el principio de reciprocidad de las partes

---

<sup>11</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles...”, *op.cit.*, pág. 266.

<sup>12</sup> CHRISTIANOS, V., “Plazos de reflexión: una evaluación teórica”, *EC*, núm. 25, 1992, en: [http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/1996/EC39/EC39\\_01.pdf](http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/1996/EC39/EC39_01.pdf). [Con acceso el 3-VIII-2010].

en la devolución de las prestaciones y el artículo 78 TRLGDCU pone de manifiesto que el ejercicio del desistimiento y el de las acciones de nulidad o resolución es completamente independiente, además por lo que toca a la terminología, el TRLGDCU dentro del régimen general (arts. 68 y sigs.) se decantó por el termino desistimiento<sup>13</sup>. Todo ello demuestra la clara intención del legislador, al poner de manifiesto que el contrato se perfecciona inmediatamente una vez que la oferta y aceptación se entrecruzan y que el desistimiento pone fin a un contrato que ya era, valga el juego de palabras, perfectamente válido y eficaz.

### **2.1.1. Nulidad**

La “*nulidad*” del contrato como supuesto de ineficacia contractual tiene como fin principal salvaguardar la defensa de intereses generales o del orden público, razón por la cual el juez puede declararla de oficio, siendo imprescriptible, debido a que esta abierta a cualquier persona con interés legítimo<sup>14</sup> (art. 1.261 y siguientes CC). Asimismo una vez ejercida la acción de nulidad, se deja sin efecto el contrato y, en su consecuencia, procede la devolución de prestaciones, siendo la sanción más grave ante la falta o afectación de los elementos esenciales del propio contrato o contravención del ordenamiento jurídico.

A continuación citamos algunos ejemplos de nulidad absoluta, entre los que encontramos:

- La carencia absoluta o inexistencia de los elementos esenciales del contrato;

---

<sup>13</sup> Vid. GÁLVEZ CRIADO, A., “El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código civil”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., (Dir.): *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pág. 514, cuando aclara: “[...] tras la regulación establecida en el capítulo II del Libro segundo (arts. 68 a 79) del TRLGDCU de 2007, se ha generalizado el uso del término “derecho de desistimiento” en detrimento de otro nomenclatura distinta particularmente se desecha el término “derecho de revocación”, que venía siendo utilizado en aquellos casos en los que se pretendía que, tras el ejercicio de tal derecho (por parte del consumidor), los contratantes quedaran en la misma situación que si el contrato no se hubiere celebrado, esto es, con efectos *ex tunc*”.

<sup>14</sup> Cfr. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de contratos, tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 1218.

- El incumplimiento de cualquiera de los requisitos del objeto del contrato;
- Que la causa fuera contraria a derecho;
- El incumplimiento de un requisito sustancial del contrato; y
- Que el contrato celebrado fuera en contra de las normas imperativas a la normal y al orden público<sup>15</sup>.

La trascendencia de la nulidad tiene un efecto general, es decir, *erga omnes*, por lo tanto las personas a las que afecta este tipo de ineficacia contractual no pueden invocar la protección jurídica de la Ley para convalidar el contrato, pues la nulidad trae consigo misma una cadena de nulidades<sup>16</sup>. La acción de legitimación para reclamar la nulidad corresponde a cualquier persona que ostente un interés legítimo y no esta sometida a ningún plazo de ejercicio, considerándose una acción imprescriptible<sup>17</sup>.

Como podemos observar, la nulidad como ineficacia contractual no tiene nada que ver con el derecho de desistimiento del consumidor, pues al momento de ejercer el consumidor el derecho que le asiste, el contrato tiene plena eficacia jurídica, dependiendo de la sola voluntad de dicho consumidor su decaimiento o ineficacia tal y como veremos más adelante. Lo cierto es que la diferencia entre desistimiento y nulidad contractual no plantea mayores problemas, debido a que el derecho de desistimiento presupone la existencia de un contrato válido y tiene características propias que lo alejan de la nulidad, como es el simple hecho de no necesitar fundamento ninguno para su ejecución y concederse sólo a una de las partes (el consumidor), bien de forma legal, bien de forma contractual.

Debe resaltarse, que será nula la cláusula que impida ejercer el derecho de desistimiento al consumidor, debido a que el empresario tiene la obligación de cumplir con ciertos deberes de información que le impone la ley. Esto con la finalidad de que el consumidor emita un consentimiento

---

<sup>15</sup> Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil III: Contratos...*, op.cit., págs. 135-136.

<sup>16</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO., F., *Derecho Civil de España, Vol. III, el negocio jurídico y la persona jurídica...*, op.cit., pág. 477.

<sup>17</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO., L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial: Introducción teoría del contrato...*, op.cit., pág. 578.

informado<sup>18</sup>. Además, corresponde al empresario la carga de la prueba, en lo tocante al cumplimiento de los deberes de información y documentación (art. 69.2 TRLGDCU); cuando la contratación se lleve a cabo a través de medios electrónicos la Ley impone sanciones administrativas a los empresarios que incumplan con los deberes de información, (art. 50 TRLGDCU y art. 38 de la LSSI).

Por otra parte, es importante mencionar que la falta del ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a Derecho (art. 78 TRLGDCU). Como podemos ver, el derecho de desistimiento es acumulativo con otras acciones previstas en la normativa, razón por la cual, como señala GARCÍA VICENTE [...], “la remisión a las acciones de nulidad o resolución se refiere indistintamente a las contempladas en las normas especiales (sea o no el Texto Refundido) y en el Derecho común de contratos, no impide el ejercicio de otras no mencionadas específicamente (las acciones indemnizatorias de cumplimiento, u otras) [...]”. Además como señala el mismo autor, “[...] no significa que el consumidor no pueda, desde la celebración del contrato y todavía en vigor el derecho a desistir, emprender cualquier otra acción [...]”<sup>19</sup>.

### **2.1.2. Anulabilidad**

La “*anulabilidad*” recae sobre aquellos contratos que, reuniendo los requisitos artículo 1.261 CC, lleven aparejados vicios que los invalidan de acuerdo a la ley. El ordenamiento civil llama a estos vicios, “vicios del consentimiento”, entre los que encontramos, el error, dolo violencia y intimidación<sup>20</sup>. A diferencia de la nulidad de pleno Derecho, la anulabilidad

---

<sup>18</sup> Cfr. BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento de consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 58.

<sup>19</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU...”, *op.cit.*, págs. 875-876.

<sup>20</sup> Cfr. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual...”, *op.cit.*, págs. 1255-1256. Para esta autora, de declararse un contrato anulable, “habría que predicar de él los tres caracteres esenciales que definen esta ineficacia: la legitimación activa se limita a los sujetos protegidos por la norma vulnerada, la acción está limitada temporalmente y el contrato puede convalidarse. O a la inversa: si se entiende más adecuado este régimen jurídico de ineficacia para sancionar una invalidez contractual, coherentemente habría que calificar el contrato celebrado anulable”.

del contrato como forma de ineficacia contractual se da a instancia de parte, por lo cual, sólo la parte afectada la puede invocar. Con este régimen se busca limitar la legitimación para poder ejercerla, es decir, se utiliza la “anulabilidad como vía para huir de la nulidad, como una no “nulidad”<sup>21</sup>. No es necesaria la existencia de una lesión, pues de ésta se encarga la figura de la rescisión.

Para DÍEZ-PICAZO, son fundamentalmente cuatro los motivos que traen consigo la anulación de los contratos contemplada en el CC:

1.- *La falta de una plena capacidad de obrar.* Son anulables los contratos llevados a cabo por los incapaces de obrar o por las personas que poseen una capacidad de obrar limitada, así como aquellos en que no se hayan reunido los suplementos o complementos de capacidad necesarios;

2.- *La existencia de los llamados “vicios de la voluntad”.* Por esta razón son anulables los contratos que hayan sido celebrados con error esencial excusable, dolo causante, intimidación y miedo grave;

3.- *La falta de consentimiento del otro consorte,* cuando sea necesario de acuerdo con el régimen jurídico de la sociedad conyugal, para los actos realizados por uno de los cónyuges (cfr., art. 1.322 párrafo 1, frente al párrafo 2, que declara nulos los actos a título gratuito realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro)<sup>22</sup>; y

4.- *La falsedad en la causa* contemplada en el artículo 1.301 CC, es considerado un supuesto de anulabilidad. Sin embargo, tal y como señala la doctrina, tal concepto ha generado dudas interpretativas, sobre todo en materia de contratos simulados, debido a que se duda que pudieran estar sujetos al plazo de prescripción/caducidad de 4 años (art. 1.302 CC)<sup>23</sup>. Es importante mencionar, que, a diferencia de la falsedad en la causa que provoca la nulidad relativa, la “expresión de causa falsa” contemplada en el artículo 1.276 CC origina la nulidad absoluta por ir en contra de las

---

<sup>21</sup> PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 95.

<sup>22</sup> DÍEZ-PICAZO., L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial: Introducción teoría del contrato...*, *op.cit.*, pág. 595.

<sup>23</sup> *Vid.* GRIMALT SEVERA, P., *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código Civil: Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Comares, Granada, 2008, págs. 10 y 11, nota al pie número 22.

normas imperativas y prohibitivas (art. 3 y 6 CC), razón por la cual el contrato no produce efecto legal alguno.

El plazo para el ejercicio de la anulación del contrato es de cuatro años<sup>24</sup>, de acuerdo con lo estipulado con el artículo 1.302 CC. El ejercicio de la acción de anulación del contrato compete también a los obligados subsidiariamente (art. 1.302 CC) así como a los herederos en caso de fallecimiento de la persona legitimada para realizarla<sup>25</sup>.

La figura de la anulabilidad del contrato tampoco tiene nada que ver con el derecho de desistimiento del consumidor. El derecho de desistimiento del consumidor no encuentra su fundamento en la falta de una plena capacidad de obrar, como tampoco en la existencia de los llamados vicios del consentimiento, ni en la falta de consentimiento de una de las partes. El consumidor puede desistir del contrato sin alegar causa alguna. Además, el plazo que se le concede para desistir es breve, se da por la sola declaración del consumidor<sup>26</sup>, es irrenunciable, su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado y válido, y puede tener su origen legal o contractualmente.

### **2.1.3. Rescisión**

La “*rescisión*” como forma de ineficacia contractual afecta a contratos válidos (arts. 1.290 a 1.299 CC), cuando no hay otro medio para resarcir a la parte perjudicada por el daño que le ha ocasionado dicho contrato<sup>27</sup>. El plazo para ejercitar la rescisión del contrato es de cuatro

---

<sup>24</sup> Vid. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual...,” *op.cit.*, pág. 1276, para esta autora hay que distinguir *el dies a quo* de la anulabilidad del contrato, si “la demanda basada en el error o el dolo (o la falsedad de la causa, que no es más que un tipo de error) ha de interponerse en los cuatro años posteriores a la consumación del contrato; la demanda basada en la violencia o la intimidación, en los cuatro años posteriores a la cesación del vicio”.

<sup>25</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial: Introducción teoría del contrato...*, *op.cit.*, pág. 596.

<sup>26</sup> Vid. JEREZ DELGADO, C., *La anulación del contrato*, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 125. Cuando aclara: [...] la anulabilidad se distingue del derecho de desistimiento que las Directivas europeas han impulsado en nuestras leyes (*right to renounce* o *right to withdrawal*), porque el derecho de desistimiento legitima al contratante favorecido para abandonar el contrato dentro de un periodo de tiempo determinado, que suele ser breve (por ejemplo, una semana) sin necesidad de alegar razón alguna, mientras que el ejercicio de la facultad de anular el contrato necesariamente ha de estar fundado en una causa de nulidad relativa legalmente prevista que debe alegarse para su ejercicio.

<sup>27</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil: El contrato en general...*, *op.cit.*, pág. 112.



años (art. 1.299 CC), siendo dicho plazo de caducidad. Debemos aclarar que dependiendo del tipo de rescisión ante el que nos encontremos el *dies a quo* para interponerla varía<sup>28</sup>.

Para FEDERICO DE CASTRO, tres son las características que distinguen a la rescisión de otras figuras de ineficacia contractual:

1. Priva de eficacia a un negocio valido.
2. Es subsidiaria, es decir se tienen que agotar antes otros recursos.
3. Se trata de evitar un perjuicio de tipo económico y, por lo tanto, ha de quedar acreditado dicho daño<sup>29</sup>. Este último elemento es el que caracteriza a la rescisión frente a las otras formas de ineficacia contractual, ya que “en toda rescisión contractual subyace el daño económico como justificante de la ruptura del contrato, aunque sea directo en algunos casos e indirecto en otros”<sup>30</sup>.

La rescisión la puede interponer el perjudicado, que puede ser cualquiera de las partes o un tercero dependiendo del tipo de rescisión, ya sea por lesión o fraude. Lo anterior se deduce de la interpretación de los artículos 1.290, 1.291.5 y 1.293 CC.

La confusión entre los términos “desistimiento” y “rescisión” tiene su origen en la hoy derogada *Directiva 85/577/CEE, de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles*, la cual, en su Exposición de Motivos hablaba de un mal llamado “derecho de rescisión” confundiéndolo con el “desistimiento unilateral” otorgado al consumidor para dejar sin efecto el contrato. Lo anterior se debe a la falta de rigor técnico al momento de aprobar el legislador europeo las Directivas<sup>31</sup>, las cuales no tienen como fin establecer categorías jurídicas. Esta falta de precisión

---

<sup>28</sup> Vid. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual...,” *op.cit.*, pág. 1287, cuando aclara: “si estamos a los rasgos distintivos de la acción de rescisión, los otros supuestos de rescisión especialmente determinados por la Ley (art. 1.291.5. CC) no pueden ser todos aquellos que, con dicho nombre, van apareciendo a lo largo del articulado del Código civil o en la Ley concursal). [...]. Téngase presente que la acción de rescisión es subsidiaria (art. 1.294 CC), está sujeta a un plazo de caducidad, por tanto no susceptible de interrupción, de cuatro años (art. 1.299 CC), y obliga a la restitución de las prestaciones intercambiadas (art. 1.295 CC)”.

<sup>29</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, el negocio jurídico...*, *op.cit.*, pág. 523.

<sup>30</sup> DÍAZ PARDO, G., “Extinción del contrato mediante la resolución y la rescisión: diferencias y semejanzas en su régimen jurídico”, *AC*, núm. 13, 2008, págs. 1352-1353.

<sup>31</sup> Vid. ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 169.

terminológica ha sido corregida por el legislador europeo al promulgar la DDC.

La rescisión como forma de ineficacia contractual tampoco se asemeja al derecho de desistimiento que la ley concede al consumidor: si bien es cierto que en ambos casos se priva de eficacia a un negocio *válido*, no lo es menos que en la rescisión la presencia de justa causa (como lo es el perjuicio económico) es indispensable para su ejercicio. En cambio, el derecho de desistimiento se ejercita sin necesidad de alegar causa alguna (art. 68.1 TRLGDCU)<sup>32</sup>, sin que exista ningún tipo lesión económica. Por lo tanto, no se trata de ningún remedio (mucho menos, uno subsidiario) de situación alguna de fraude o de lesión; de hecho, aunque éstos se dieran, ni siquiera sería necesaria su alegación para que triunfara la pretensión del consumidor. Hay, además, otras diferencias esenciales: una de las partes, el vendedor, ha de respetar el ejercicio del derecho de desistimiento cuando lo haya pactado (por ejemplo en los contratos presenciales, art. 79 TRLGDCU) o en los casos previstos por la Ley (tema sobre el que volveremos más adelante); además el empresario, para el caso de desistimiento, tiene la obligación de cumplir con ciertos deberes accesorios, como el facilitamiento de un documento de desistimiento (art. 69 TRLGDCU)<sup>33</sup>.

#### **2.1.4. Revocación**

La “*revocación*”<sup>34</sup> como forma de ineficacia se da en actos jurídicos unilaterales que dejan sin efecto la voluntad inicialmente dada, como

---

<sup>32</sup> En el mismo sentido se manifiesta la DDC en su artículo 9.1: “*Salvo en caso de aplicación de las excepciones establecidas en el artículo 16, el consumidor dispondrá de un periodo de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera de establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en el artículo 13 m) apartado 2, y en el artículo 14*”. También el artículo 14.1 de la Directiva de crédito al consumo: “*El consumidor dispondrá de un plazo de 14 días civiles para desistir del contrato de crédito sin indicar el motivo*”.

<sup>33</sup> Las actuales Directivas de tiempo compartido y consumidores contienen un formulario de desistimiento en sus anexos 1, con el fin de que evitar obstáculos al consumidor a la hora de desistir del contrato. *Vid.*, en este mismo Capítulo epígrafes 2.2.4 y 2.2.5.5. Asimismo, Capítulo III, 3.4 y Capítulo IV, 4.3.

<sup>34</sup> *Vid.* KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 115-116: “Con más precisión, se ha calificado la revocación como un reflejo de un *ius ponitendi*, es decir, de una facultad de retractar o retirar una voluntad ya manifestada y eficaz; se caracteriza por ser un negocio jurídico unilateral, que debe provenir del autor del propio acto que se quiere retirar, es ejercitable extrajudicialmente, no suele estar

pueden ser el testamento y la donación<sup>35</sup>. La revocación es la “potestad legal concedida por la ley a una de las partes para extinguir el contrato unilateralmente en los casos donde expresamente se autorice tal proceder”<sup>36</sup>. Así también, la doctrina ha puesto de manifiesto que el derecho de revocación se compatibiliza con las normas de vicios de la voluntad con el fin de proteger la formación de la voluntad contractual. No obstante, la figura de la revocación “no es una figura de perfiles unitarios en nuestro CC, se atribuye por diversas razones y para negocios jurídicos dispares entre sí”<sup>37</sup>.

En sentido amplio o vulgar se dice a veces que el desistimiento supone una revocación de su voluntad por parte del consumidor, tal y como aclaró en su momento GARCÍA VICENTE refiriéndose al artículo 5 de la ya derogada *Ley 26/1991 de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles*<sup>38</sup>.

No obstante, parte de la doctrina señala que esta figura es la que más se asemeja al derecho de desistimiento en cuanto a sus características, debido a que el legislador español no ha delimitado las fronteras entre ambas figuras, teniendo un carácter homogéneo y no siendo de perfiles únicos<sup>39</sup>. Sin embargo, como bien apunta ÁLVAREZ

---

condicionado a causas o circunstancias sobrevenidas, pero, sobre todo, está reservado a desplegar su eficacia frente a otros negocios *unilaterales* y, por regla general, queda excluido de los contratos”.

<sup>35</sup> Vid. MAYOR DEL HOYO, M<sup>a</sup>. V., “Rescisión, resolución, revocación y desistimiento unilateral”, en PARRA LUCAN, M. A., (Coord.): *Obligaciones y contratos, cuadernos II, eficacia e ineficacia del contrato*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 106-107.

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 118.

<sup>37</sup> BECKER, R y GARCÍA VICENTE, J. R., “Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos”, *RDP*, núm. 80, diciembre 1996, pág. 915, nota al pie núm. 15.

<sup>38</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Navarra, 1997, págs. 89-90, refiriéndose al artículo 5 de la ya derogada *Ley 26/1991 de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles* que regulaba el derecho de revocación que en realidad era un derecho de desistimiento del consumidor.

<sup>39</sup> *Ibidem.*, pág. 113: “[...] Hubiera sido igualmente correcto (en razón de su función extintiva de una relación obligatoria ya existente y su modo de ejercicio a través de una declaración de voluntad unilateral recepticia) que el legislador lo hubiera denominado “derecho de desistimiento”; en realidad, desistimiento y revocación son términos plenamente intercambiables desde un punto de vista dogmático, porque las fronteras entre estas figuras son borrosas y el legislador no ha tenido especial cuidado en distinguirlas. Tantas son sus afinidades que si difícilmente podemos apuntar algo más que una simple tendencia en orden a su configuración técnica más precisa, parece imposible señalar esa tendencia en la razón de su atribución”. En la misma línea MÁRQUEZ GONZÁLEZ, J. A., *Teoría general de las nulidades...*, *op.cit.*, págs. 482-483.

MORENO, existen tres características para delimitar el campo de aplicación de la revocación y el desistimiento en cuanto a su ámbito de actuación:

La primera consiste en que la revocación sólo se da en actos jurídicos unilaterales como el testamento y la donación, cosa que no ocurre en el desistimiento, el cual lo concede la Ley de manera unilateral o bilateral o, por pacto de las partes, atendiendo al principio de autonomía de la voluntad.

La segunda característica tiene que ver con su fundamento, debido a que la revocación sólo se da ante causas concretas y previstas por la Ley. Además se debe alegar una causa específica para que produzca efectos sobre el negocio. Lo anterior no ocurre con el derecho de desistimiento, ya que éste se otorga al consumidor sin necesidad de alegar causa alguna (*ad nutum*).

Por último, en la revocación la Ley concede un amplio plazo para su ejercicio, lo cual no se da en el derecho de desistimiento del consumidor, que se concede por un breve periodo de tiempo (14, 20 ó 30 días)<sup>40</sup>.

Otro argumento más para no confundir la figura objeto de nuestro estudio con la figura de la revocación, es en el sentido de que la denominación “desistimiento” en el ámbito de consumo tiene como fin proteger al consumidor, dando un equilibrio a la relación contractual cuando una parte es considerada débil. En cambio en la revocación se atiende generalmente a los intereses del dueño del negocio (el donante o testador) o terceros afectados. No es en definitiva, un instrumento legislativo de protección del contratante caracterizado como “débil” (el consumidor) frente a su contraparte en el negocio (empresario).

### **2.1.5. Resolución**

A diferencia del derecho de desistimiento del consumidor, que se atribuye a una sola de las partes en una relación sinalagmática, la “resolución” se atribuye a ambos contratantes (art. 1.124 CC)<sup>41</sup>, y previo

---

<sup>40</sup> Cfr. ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, págs. 173-174.

<sup>41</sup> *Vid.*, por todos RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 111.

incumplimiento de una de las partes, ya sea debido a la voluntad propia o a un hecho obstativo del cumplimiento.

La “*resolución*” es una ineficacia debido a que no conlleva un defecto en el momento del nacimiento del contrato. Halla su fundamento en diversos casos, que incluyen la libre voluntad de una de las partes o de las dos, y los supuestos de hecho permitidos por la Ley para dar por finalizado un contrato<sup>42</sup>.

Sus características son las siguientes:

1. En la resolución es el acreedor el que tiene la libertad de pedir que finalice el contrato por no interesarle continuar manteniendo relaciones jurídicas con quien ha incumplido<sup>43</sup>.

2. Tiene efectos retroactivos por lo cual las partes tienen la obligación de restituirse las prestaciones; y,

3. La justa causa que tiene por objeto la extinción del contrato, la cual encuentra su fundamento en circunstancias personales de las partes, o a eventos relativos al objeto contractual<sup>44</sup>.

Para que una de la partes pueda resolver un contrato se deben dar ciertos requisitos. En un contrato existen obligaciones principales y accesorias; la jurisprudencia ha manifestado que la falta de cumplimiento de estas últimas no es causa de resolución del contrato. Además, el incumplimiento ha de ser grave, lo cual ocurre cuando el cumplimiento de la obligación es irrealizable, ya sea por haber desaparecido el objeto del contrato o porque ocurra un hecho obstativo que lo impida. Se debe tener en cuenta que es irrelevante la causa del incumplimiento, es decir, la resolución del contrato puede solicitarse al demandado por razones imputables a su voluntad (dolo o negligencia) o por hechos ajenos a su

---

<sup>42</sup> Cfr. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual...,” *op.cit.*, pág. 1337.

<sup>43</sup> DÍAZ PARDO, G., “Extinción del contrato mediante la resolución y la rescisión...,” *op.cit.*, pág. 1360; en la misma línea: MAYOR DEL HOYO, M<sup>a</sup>. V., “Rescisión, resolución, revocación...,” *op.cit.*, pág. 106: “como consecuencia de dicha resolución, el contrato quedaría sin efectos al deshacerse el vínculo del mismo. La extinción se retrotrae al momento de la celebración del contrato, es decir, los efectos de la resolución operan *ex tunc*, de manera que las partes deberán, en su caso, restituirse recíprocamente las prestaciones efectuadas”.

<sup>44</sup> Cfr. KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato...*, *op.cit.*, pág. 45.

voluntad (imposibilidad sobrevenida fortuita); tales razones afectan, como mucho, a las consecuencias de la reclamación y a posibles indemnizaciones a que dé lugar. Es necesario, por último, para poder resolver el contrato, haber dado cumplimiento de la respectiva obligación emanada del contrato<sup>45</sup>.

En cuanto a los efectos, “resolución” y “desistimiento” sí se asemejan, porque la resolución del contrato es constitutiva y no declarativa, al igual que el desistimiento, razón por la cual opera *ex tunc*, es decir con efectos retroactivos, lo que obliga a las partes a la restitución de las prestaciones recibidas<sup>46</sup>. Ejemplo de lo dicho lo encontramos en el artículo 74.1 TRLGDCU el cual lleva por título “consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento”, aclarando que: “*ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 del CC*”.

La resolución, no obstante, tiene otra configuración jurídica, debido a que es un remedio otorgado por la Ley cuando una de las partes incumple las obligaciones que le corresponde dentro de una relación contractual, mientras que el desistimiento se otorga al consumidor sólo en ciertos contratos, sin necesidad de alegar causa alguna (*ad nutum*).

Sin embargo, también existen otras diferencias: por ejemplo, la Ley prohíbe al empresario imponer al consumidor cláusula penal por daños y perjuicios cuando éste decida ejercer su derecho de desistimiento (art. 73 TRLGDCU y 102.1). En la figura de la resolución, la persona que incumple se encuentra obligada al pago de daños y perjuicios y en su caso al abono de intereses (art. 1.124-2 CC); e incluso, puede pactarse al respecto una cláusula penal, y hasta ponerle un precio a la facultad de resolución unilateral del contrato.

### **2.1.6. Como un contrato celebrado sujeto a condición**

En un principio, parte de la doctrina entendía que el derecho de desistimiento otorgado al consumidor se trataba de una “condición

---

<sup>45</sup> Cfr. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual...,” *op.cit.*, págs. 1346-1356.

<sup>46</sup> Cfr. KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato...*, *op.cit.*, pág. 47.

*suspensiva o resolutoria*<sup>47</sup>, alegando que el consumidor compraba un bien para una función específica o contrataba un servicio previsto y específico para cierto día. Sin embargo, esta postura ha sido desautorizada, debido a que el desistimiento no depende de un acontecimiento futuro e incierto (lo cual constituye elemento definidor de la “condición”<sup>48</sup>), y además su ejercicio es discrecional, es decir, depende de la sola voluntad del consumidor, tal y como señala el actual TRLGDCU (art. 68.1). Otro argumento que utilizamos para desacreditar esta postura se encuentra en que en el régimen jurídico de las obligaciones sujetas a condición el contrato no se perfecciona sino hasta el momento en que ocurre el acontecimiento futuro e incierto. Ello no ocurre en materia de contratación a distancia y en particular en la contratación electrónica, en donde el contrato se perfecciona desde el momento en que concurren oferta y aceptación.

En relación con lo anterior, es importante aclarar que si el derecho de desistimiento fuera tratado como una condición, al depender de la pura voluntad del comprador-consumidor, como señala GARCÍA VICENTE, sería una condición puramente potestativa, y como tal haría nula la obligación que de ella depende (art. 1.115 CC)<sup>49</sup>; tanto en la práctica del desistimiento pactado como en la configuración legal del mismo, no obstante, lo que sucede no es eso, ya que el contrato existe, siendo válido desde su perfección. De hecho, el derecho de desistimiento nace como un efecto más del propio contrato, integrando su contenido. La subsiguiente devolución de prestaciones, de ejercitarse dicho derecho, no procede de la nulidad del contrato u obligación (como sucede en el caso de la obligación sometida a condición puramente potestativa, aplicándose con naturalidad el régimen de la nulidad), sino que resulta ser un efecto más del mismo, previsto en el diseño contractual como un modo más de consumación.

---

<sup>47</sup> Vid. CALVO VIDAL, F. M., “La protección del consumidor en algunos tipos de ventas especiales”, AC, núm. 10/8, marzo de 1993, pág. 178.

<sup>48</sup> Cfr. BOTANA GARCÍA, G. A., *Los contratos realizados fuera...*, *op.cit.*, pág. 130.

<sup>49</sup> Vid. GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de contratos celebrados fuera...*, *op.cit.*, págs. 162-164 y 167, para este autor hubiera sido preferible emplear el término de la condición “resolutoria” potestativa en vez del de condición suspensiva, en relación con los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

### **2.1.7. Como un contrato en calidad de ensayo o prueba**

Otra de las posturas por las que se inclina parte de la doctrina es la de equiparar el derecho de desistimiento al contrato de opción a calidad de ensayo o prueba *ad gustum*, regulada en el artículo 1.453 CC<sup>50</sup>. Según los defensores de esta tesis, el contrato se perfecciona una vez que el consumidor reciba las mercancías y haga uso de ellas, siendo el contrato de perfección diferida, razón por la cual el consumidor no queda obligado al pago del precio de la cosa o servicio sino hasta el término del plazo que la ley o la otra parte le concede para revocar su consentimiento<sup>51</sup>.

No estamos de acuerdo con tal argumento, debido a que el derecho de desistimiento que la Ley concede es *ad nutum*, es decir, no se encuentra sujeto a un acontecimiento futuro de realización incierta que es lo que se prevé para el caso de las ventas a calidad o ensayo<sup>52</sup> (condición

---

<sup>50</sup> Vid. ATAZ LÓPEZ, J., "Ensayo, prueba, muestras y reserva de aprobación: alcance de la facultad de desistir", en CARRASCO PERERA, Á., (Dir.): *Tratado de la Compraventa, Tomo I, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 556, cuando aclara: "El artículo 1.453 del Código Civil, por otra parte, junto a la venta en calidad de ensayo, hace referencia a la venta de "cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas" [...] con ello se está haciendo referencia a la *venta ad gustum*".

<sup>51</sup> Partidario de esta línea dentro de la doctrina FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., "El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991", *RDM*, núm. 208, 1993, pág. 603 Especialmente, nota al pie número 45: "el contrato se perfeccionará, tan sólo, cuando el consumidor, una vez recibidas las mercancías, haga uso del derecho de opción de que dispone". En la misma postura pero con ciertas matizaciones: CABALLERO LOZANO, J. M<sup>a</sup>., "Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento", *RDP*, diciembre 1994, pág. 1053: "la tesis ahora transcrita es la que mejor explica la realidad de las cosas, pero creemos que ha de ser matizada porque no distingue convenientemente los dos momentos del *iter* adquisitivo de la propiedad, aparte de que no califica correctamente el título por el cual el consumidor posee la cosa..."; VERGEZ SÁNCHEZ, M., (*et al*) "Configuración y régimen jurídico de "los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles" (análisis de la Ley número 26/1991 de 26 de noviembre), *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Vol III*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 4011 y sigs.

<sup>52</sup> Vid. RODRÍGUEZ MORATA, F., "Comentarios a los artículos 1.445-1.456 del CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 1696: "La venta a prueba se presume siempre hecha bajo condición suspensiva. La condición consiste en la aptitud de la cosa vendida para realizar una determinada función o para utilizarse un servicio previsto, aptitud que no depende de la voluntad discrecional y arbitraria del comprador, sino de hechos objetivos que demuestran la adecuación o no de las cualidades de la cosa vendida a las previstas en el contrato de compraventa. En ese sentido, ensayo y gusto o prueba son verdaderas "condiciones facti", pues consisten en un hecho, cuya existencia puede tener una comprobación objetiva, acudiendo en caso de duda, al "arbitrium boni veri" [...]. Como los hechos de que pende la condición son anteriores a la celebración del contrato de compraventa (presencia en la cosa de las cualidades exigidas), de acuerdo con el artículo 1.113 la venta puede estar sujeta a la condición impropia o "in praeteritum



suspensiva)<sup>53</sup>; su ejercicio depende de la sola voluntad del consumidor, junto a su posible origen legal y no contractual. Además, si bien es cierto que las ventas a condición suspensiva se asemejan al desistimiento, no podemos confundirlas, debido a que el consumidor puede querer el producto por ser plenamente funcional y válido, y, sin embargo puede desistir del contrato sin tener que justificar causa alguna, quedando a su libre albedrío la ejecución de tal derecho. Es decir, en la compraventa a calidad de ensayo o *ad gustum* hay que justificar la no perfección del contrato, bien por no corresponder el producto a la calidad de la prueba, bien por no ser del gusto del comprador. En el desistimiento, sea cual fuere su razón, ésta es indiferente y no es necesaria su justificación.

Además el TRLGDCU (art. 68 y siguientes) hace referencia a un contrato perfecto del cual surgen obligaciones para ambas partes cuando el consumidor ejerce su derecho de desistimiento. En la misma línea se pronuncia la actual DDC (arts. 12 a 15), en donde se regulan de manera específica los efectos del derecho de desistimiento tanto para el empresario como para el consumidor, tema sobre el que volveremos en el capítulo IV<sup>54</sup>.

Visto lo anterior desechamos la teoría del contrato de ensayo o prueba el cual tiene como finalidad verificar que la cosa cumpla con los requisitos señalados, no perfeccionándose el contrato hasta el momento en que el consumidor manifieste expresamente su consentimiento<sup>55</sup>. En

---

relata”, pero plenamente eficaz por ser existente, lícita, posible y no depender exclusivamente de la voluntad de una de las partes [...].

<sup>53</sup> Vid. KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato...*, *op.cit.*, págs. 327-328: [...] “el cliente puede extinguir el contrato por su sola y libre voluntad: no se requiere una justa causa o un incumplimiento –que la cosa recibida no concuerde con las descripciones de catálogo, o no funcione debidamente, etc.–, sino que basta que al consumidor no le agrade o no le interese lo recibido. Esto hace pensar inmediatamente en la compraventa *ad gustum*, regulada en el Código civil (art. 1.453) como una compraventa bajo condición suspensiva. Ahora bien, la LCCFEM no se remite en ningún momento a esta disposición ni ha establecido la suspensión de los efectos del contrato hasta tanto no transcurra el plazo para desistir, sino que directamente concede una facultad extintiva *ad nutum*.”

<sup>54</sup> Vid. Artículo 14.1 de la actual Directiva de crédito al consumo cuando señala: “El consumidor dispondrá de un plazo de 14 días civiles para desistir del contrato de crédito sin indicar el motivo”. En la misma línea se manifiesta la Directiva de tiempo compartido en el artículo 6 [...] “los estados miembros velarán por que el consumidor pueda, en un plazo de catorce días naturales, desistir del contrato [...]”. [la cursiva es nuestra].

<sup>55</sup> Vid. ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Edersa, Madrid, 2000, págs. 138-139; BOTANA GARCÍA, G. A., *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, J. M. Bosch Editor, S.A., Zaragoza, 1994, pág. 245; GARCÍA VICENTE, J.

cambio el derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica se asemeja más a la figura del error (pero *sin serlo tampoco*) ya que no puede comprobar físicamente el bien que sólo se muestra a través de imágenes.

### **2.1.8. Contrato sujeto a arras penitenciales**

El derecho de desistimiento tampoco puede ser comparado con un contrato “*sujeto a arras penitenciales*”<sup>56</sup>, debido a que es gratuito y no esta sujeto a penalidad alguna (art. 68.1.2 TRLGDCU). En cambio las arras tienen como fin indemnizar a la parte que sufre un perjuicio, además de encontrar su fundamento en la autonomía de la voluntad, cosa que no ocurre con el derecho de desistimiento del consumidor el cual, al margen de su posible pacto y configuración contractual, tiene un carácter imperativo que encuentra su apoyo en la Ley<sup>57</sup>. En este sentido el TJCE en la sentencia de 16-12-2008, asunto *GYSBRECHTS* y *SANTUREL INTER*, C-205/07, prohibió la exigencia de anticipo de pago durante el plazo de desistimiento del contrato, en materia de contratos a distancia, cuando una ley nacional de un Estado miembro así lo establezca<sup>58</sup>.

---

R., *Ley de contratos fuera...*, *op.cit.*, pág. 162, señala el autor que la única justificación que encuentra para recurrir a los artículos 1.453 y 328 del CC es “el tinte de discrecionalidad y control de la eficacia del contrato normativamente ordenado en el contrato propio, la compraventa (cuando frecuentemente se confunde uno de los tipos contractuales regulados por el todo), se manifiesta con parecida intensidad en el caso objeto de nuestro estudio...”

<sup>56</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ MORATA, F., “Comentarios a los artículos 1.445-1.456 del CC...” *op.cit.*, pág. 1698: “Con carácter general, las arras pueden ser definidas como la entrega de una suma de dinero o de cualquier otra cosa que un contratante hace a otro con el fin de asegurar una promesa o un contrato, confirmarlo, garantizar su cumplimiento o facultar al otorgante para poder rescindirlo libremente consistiendo en perder la cantidad entregada [...]”.

<sup>57</sup> *Cfr.* BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 52-53.

<sup>58</sup> *Vid.* SÁNCHEZ CORDERO, M<sup>a</sup>. P., “TJCE-Sentencia de 16-12-2008, *Gysbrechts* y *Santurel Inter*, C-20/07-Protección de los consumidores en materia de contratos a distancia-prohibición de exigencia de anticipo o de pago durante el plazo de resolución del contrato”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 33, 2009, págs. 635-649. “Las autoridades belgas, al incorporar al Derecho interno la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, optaron por una regulación del derecho de desistimiento que incrementaba las costas de protección respecto del mínimo comunitario exigido. De este modo, expresamente se prohibió cualquier reclamación de pago al comprador antes de la finalización del plazo de desistimiento. Por su parte, la jurisprudencia, al aplicar esta norma, efectuó una interpretación extensiva de la misma, entendiendo que la prohibición legal alcanzaba, también, a la petición del número de tarjeta de pago del cliente en los formularios de venta a distancia. Planteada como

### **2.1.9. Contrato sometido a término inicial**

Esta postura, que ha sido superada hoy en día, resulta errónea, y nada tiene que ver con el objeto de nuestro estudio, debido a que el “término inicial” (también denominado “suspensivo”, art. 1.125 CC) necesariamente hace surgir los efectos de la obligación un día cierto<sup>59</sup>, el cual es pactado por las partes. Entiéndase por día cierto, aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo (art. 1.125.2 CC). Como ha manifestado la mayor parte de la doctrina el contrato a distancia celebrado con consumidores es perfecto desde el momento en que se cruzan las voluntades y no puede estar sujeto al plazo de 14 días que se le otorga al consumidor para ejercer su derecho de desistimiento.

Por lo tanto, es preciso hacer la siguiente aclaración: durante el periodo que dura el derecho de desistimiento, empresario y consumidor cumplen con las obligaciones que les son exigibles, pues el contrato tiene vida plena al ser perfecto. Para el caso de que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento, puede exigir la devolución de las cantidades abonadas (art. 74.1 TRLGDCU). En esta línea argumentativa, el ordenamiento jurídico obliga al vendedor a reembolsar al consumidor en un plazo de 14 días todo pago recibido por éste (art. 107.1 TRLGDCU), lo cual no sucede en las obligaciones a plazo, en donde si hubiere pagado previamente a su exigibilidad, no se podrían repetir éstas (arts. 1.125 y 1.126 CC)<sup>60</sup>.

---

cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al Alto Tribunal entendió que el artículo 29 CE no se oponía a la norma contenida en la ley belga, en su interpretación literal, pero sí a la ampliación de esta prohibición había realizado la jurisprudencia, dado que, esta última, constituyendo una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la exportación, no resultaba proporcionada al objetivo perseguido”.

<sup>59</sup> Vid. PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario a los artículos 1.125-1.130 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Navarra, 2009, pág. 1339: “El 1.125 refiriéndose a los efectos típicos de un término inicial de exigibilidad, dispone que la obligación a plazo no es exigible hasta que llegue el día señalado. [...]. A partir de la llegada del día señalado –vencimiento- el deudor está obligado a realizar la prestación, el acreedor puede exigirla y, además, pueden ambos incurrir en mora [...]”

<sup>60</sup> ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *El desistimiento unilateral...*, op.cit., pág. 131; vid., también: MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “La contratación fuera de los establecimientos

### **2.1.10. Derecho del consumidor a poner fin al contrato de duración indefinida**

El TRLGDCU contempla el reconocimiento de la facultad del consumidor de “poner fin a los contratos de duración indefinida” (art. 62.3). Este artículo viene a confirmar la regla de que nadie puede quedar vinculado eternamente, la cual se ha reconocido desde que se promulgó el CC francés y el propio CC, que en su artículo 1.583 prohíbe el arrendamiento hecho por toda la vida<sup>61</sup>. Su fundamento radica en una razón de orden público, debido a que los vínculos perpetuos atenta contra la libertad personal y el derecho de propiedad. Aunque es necesario hacer la distinción entre contratos en los cuales se ha consentido una duración indefinida y contratos en los que no se ha fijado plazo alguno de duración. Cuando nos encontremos ante el primer supuesto la ley permite a ambas partes desistir del contrato en cualquier momento. En cambio, en segundo supuesto habrá que atender a los usos del negocio (arts. 1.281 y 1.287 CC), razón por la cual, de no haberse previsto plazo alguno para dar por terminada la relación contractual, se reconocería tal derecho<sup>62</sup>. No obstante, como aclara VAQUERO PINTO es la “contemplación del tráfico jurídico la que evidencia que el establecimiento de un plazo preciso de duración no impide los frecuentes abusos contractuales relacionados con el aspecto temporal, sobre todo en el ámbito de la contratación con consumidores”<sup>63</sup>.

---

mercantiles...,” *op.cit.*, pág. 262-263; BOTANA GARCÍA, G. A., *Los contratos realizados fuera...*, *op.cit.*, pág. 251, quienes citando al autor CHRISTIANOS y su teoría de la disociación la critican en el sentido de que en el Derecho español no es aplicable, ya que la antigua Ley de Contratos Celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles y su actual refundición el Texto Refundido LGDCU, no prohíbe que el contrato sea ejecutado por parte del consumidor, incluso en caso de ejecución la Ley remite a los artículos 1.303 y 1.308 del Código Civil.

<sup>61</sup> *Vid.* VAQUERO PINTO, M<sup>a</sup>. J., “El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida”, en LLAMAS POMBO, E., (Coord.): *Estudios de derecho de obligaciones, Vol. II: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, pág. 900: “La formulación positiva de la temporalidad como límite de la contratación se fraguó al abrigo del ambiente de exaltación de las libertades propiciado por la revolución francesa y la prohibición quedó finalmente plasmada en el art. 1.780.1.º del *Code*, referido a la regulación de trabajadores domésticos y obreros [...] en palabras de GARCÍA GOYENA—se acercaría a la servidumbre, que es la “más vil cosa de este mundo”; y en términos similares se expresó finalmente el art. 1.583 CC, uno de los pocos preceptos relativos al arrendamiento de servicios que continúa vigente”.

<sup>62</sup> *Cfr.* QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual...,” *op.cit.*, págs. 1383.

<sup>63</sup> *Ídem.*, pág. 902.

Como señala GARCÍA VICENTE, el artículo 62 del TRLGDCU reproduce en parte el artículo 12 de la Ley General de Consumidores y Usuarios reformado por la *Ley 44/2006, de 29 de diciembre de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*<sup>64</sup>. Esta norma se creó con el fin de proteger a los consumidores, principalmente en los contratos relativos a prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo, en donde las empresas ponían obstáculos para que el consumidor desistiera del contrato. Esta disposición es coherente con la *Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre Prácticas Comerciales Desleales*, que prohíbe a las empresas poner obstáculos a los consumidores para poner fin al contrato<sup>65</sup>.

Es necesario hacer las siguientes aclaraciones: si bien el TRLGDCU concede tanto al empresario como al consumidor la facultad de poner fin al contrato cuando éste sea de duración indefinida (art. 62), se considerarán válidas las cláusulas que establezcan una indemnización a favor del proveedor con motivo de la extinción del contrato, siempre y cuando se cumpla lo estipulado en el artículo 62.3-2<sup>66</sup>. Además el consumidor tiene el derecho a recuperar los pagos que haya realizado por adelantado por servicios no prestados<sup>67</sup>. También puede darse de baja y volver a contratar el servicio con posterioridad con el mismo u otro

---

<sup>64</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentario al artículo 62 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 795, el autor señala que su rúbrica carece de valor descriptivo alguno, porque no permite saber cuál es su contenido. Otras partes del precepto original se han independizado en el texto refundido: así su número 5 en el artículo 63.2, su número 6 en el artículo 65 y su número 7 en el artículo 66. Por otra parte no se ha conjugado con éxito (tarea propia de la armonización) la regla del art. 62.1 con la expuesta, para los contratos a distancia, pero con un valor general, en el art. 99 TRLGDCU”.

<sup>65</sup> Cfr. BOTANA GARCÍA, G. A., “Comentario al Nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Practica de Derecho de daños*, núm. 70, abril 2009, pág. 11.

<sup>66</sup> Vid. Artículo 62.3-2 TRLGDCU cuando aclara: “*El consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados*”.

<sup>67</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentario al artículo 62 del TRLGDCU...,” *op.cit.* págs. 796-799.

proveedor que le ofrezca mejores condiciones de servicio<sup>68</sup>. Con este tipo de previsiones se evitan prácticas abusivas que en el pasado eran empleadas por los empresarios, sobre todo en materia de servicios de suministro de acceso a Internet, en donde no se establecía un plazo para poner fin al contrato<sup>69</sup>.

Al igual que el artículo 62 TRLGDCU regula el derecho a poner fin al contrato en la prestación de servicios, una de las novedades de la actual *Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo*, con motivo de la transposición de la Directiva de crédito al consumo, regula en su artículo 27 la facultad de poner fin al crédito de duración indefinida tanto al consumidor como al prestamista.

Si bien es cierto que el derecho a poner fin al contrato se parece a la figura objeto de nuestro estudio, en el sentido de que comparte algunas características de éste, como lo son su ejercicio *ad nutum*, o su carácter recepticio, no es menos cierto que se aleja del derecho de desistimiento del consumidor, ya que éste sólo se le concede al consumidor, no exigiéndosele penalización (ni “indemnización”) alguna; tampoco se exige forma alguna para su ejercicio. Además el empresario tiene la obligación de entregarle al consumidor un formulario de desistimiento a parte de las condiciones generales. De esta manera, el supuesto regulado en el artículo 62 TRLGDCU y afines, los ha creado el legislador para evitar un abuso del derecho, sobre todo en materia de servicios. Asimismo, el

---

<sup>68</sup> Cfr. BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 31-35, en opinión de la autora este derecho no debe llevar aparejado sanciones o cargas onerosas desproporcionadas, no obstante, en caso de poner fin al contrato el consumidor si se hubiere pactado el pago de una prima al proveedor, sería válida, siempre y cuando no supere la cuantía de los daños que el profesional haya sufrido como consecuencia de dar por terminada la relación contractual. Es importante mencionar que aunado a lo anterior el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, en su capítulo V artículos 15 y 16 atribuye al usuario el derecho a la continuidad del servicio en caso de interrupción:

<sup>69</sup> Vid. Artículo 7.1 y 2 del *Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas* cuando señala: “El contrato se extinguirá por las causas generales de extinción de los contratos y, especialmente, por voluntad del abonado, comunicándolo previamente al operador con una antelación mínima de dos días hábiles al momento en que ha de surtir efectos. El operador se abstendrá de facturar y cobrar cualquier cantidad que se haya podido devengar, por causa no imputable al usuario final, con posterioridad al plazo de dos días en que debió surtir efectos la baja”.

desistimiento no se otorga sólo en contratos de duración indefinida, sino también de tracto único.

## **2.2. Qué es el derecho de desistimiento del consumidor**

Una vez que hemos visto *qué no es* el derecho de desistimiento del consumidor, en las siguientes líneas trataremos de responder a la pregunta: ¿Qué es el derecho de desistimiento del consumidor? Para ello describiremos sus características y analizaremos el concepto estipulado en el artículo 68.1 TRLGDCU.

### **2.2.1. El derecho de desistimiento como figura asistemática y fragmentaria: la necesidad de un concepto general y armonizado de desistimiento en el ámbito de consumo**

El derecho de desistimiento como forma de ineficacia se contempla en diversas normas del ordenamiento jurídico civil, existiendo una pluralidad de supuestos y regímenes jurídicos propios y distintos. Pero no por ello se puede afirmar que existen varios derechos de desistimiento. La anterior afirmación la ponemos de manifiesto debido a que en la actualidad la doctrina se cuestiona si el derecho de desistimiento del consumidor se encuadra o no dentro de la Teoría general del contrato. Para una corriente mayoritaria, y es con la que estamos de acuerdo, el desistimiento del consumidor encaja perfectamente dentro de la Teoría General de obligaciones<sup>70</sup>, argumentando su carácter extintivo, siendo ejercitable sin necesidad de alegar causa alguna.

---

<sup>70</sup> Vid. KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato...*, *op.cit.*, pág. 312; RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 200; DÍEZ SOTO, C. M., “Comentario a los artículos 42-45 de la LOCM”, en ALONSO ESPINOSA, *et al* (Coord.): *Régimen jurídico general del comercio minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 539-544; PASQUA LIAÑO, M., “Comentario a los artículos 44 a 48 LOCM”, en PIÑAR MAÑAS, J., y BELTRAN SÁNCHEZ, E., (Dir.): *Comentarios a la ley de ordenación de comercio minorista y a la ley orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 341; ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez e ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español*, Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 83-91; ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 22; GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de contratos fuera...*, *op.cit.*, págs. 140-143; EVANGELIO LLORCA, R., “¿Es abusiva la entrega de

Si bien es cierto que el desistimiento regulado en el CC tiene varios fundamentos (como la duración indeterminada del contrato, el elemento confianza, la prevalencia de intereses de uno de los contratantes, la excesiva onerosidad económica de la propia índole del contrato, etc.), no es menos cierto que todos estos fundamentos se concretan en una potestad otorgada a una sola de las partes<sup>71</sup>.

En cambio, para otro sector minoritario de la doctrina el derecho de desistimiento en los contratos de consumo, no encuadra dentro de la Teoría General de obligaciones. Los defensores de tal postura señalan los siguientes argumentos: la regulación del desistimiento es asistemática y fragmentaria, es decir, sólo regula ciertos supuestos de desistimiento y carece de una regulación general, a diferencia del derecho de desistimiento regulado en el TRLGDCU, en donde sí existe una sistematización de tal derecho (aunque, incluso, este derecho tampoco puede ser generalizado en su totalidad). Además, señalan que no siempre es fácil conciliar el derecho de desistimiento del consumidor con el Derecho de Obligaciones, ya que muchas veces, la atribución de tal derecho a una de las partes se fundamenta como un remedio legal para los contratos perpetuos, es decir, de duración indefinida<sup>72</sup>.

Tales argumentos caen por su propio peso, pues como veremos en el CC, incluso en el ámbito de consumo, el derecho de desistimiento tiene diferentes fundamentos y diferentes regímenes jurídicos propios, pero no por eso deja de ser un único derecho de desistimiento. El Derecho tiene que adaptarse a las nuevas realidades sociales, razón por la cual las figuras jurídicas evolucionan adaptándose a la sociedad moderna: este es el caso del objeto de nuestro estudio (el derecho de desistimiento del

---

vales en la compraventa de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato), *RDP*, núm. 7-8, 2011, pág. 28; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU", en REBOLLO PUIG, M y IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.): *La defensa de los consumidores y usuarios: Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, págs. 1221-1222.

<sup>71</sup> Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, págs. 195-196.

<sup>72</sup> Cfr. BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor...*, *op.cit.*, págs. 23-29; en la misma línea: PICATOSTE BOBILLO, V., "El intento de unificación del derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias: la obligación de información", en GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., (Coord.): *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Civitas, España, 2009, pág. 738.



consumidor otorgado en las Directivas europeas), el cual, desde que se reguló por primera vez en la *Directiva 85/577*, se ha ido perfilando como una figura única con caracteres propios tal y como veremos más adelante. En este proceso, la doctrina y la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como comunitario, han contribuido al desarrollo de esta figura jurídica, la cual ha flexibilizado las relaciones jurídicas cuando una parte es considerada débil (el consumidor).

En el Derecho español no existe una regulación genérica del desistimiento, sino que simplemente el CC y otras leyes hacen referencia a esta figura en distintos artículos, lo cual ocasiona problemas de dispersión y confusión terminológica<sup>73</sup>; es por ello que la doctrina española ha recurrido a la jurisprudencia y al Derecho comparado, principalmente a los ordenamientos jurídicos alemán e italiano<sup>74</sup>, con el fin de diferenciarlo de otras formas de ineficacia contractual como la resolución, rescisión, revocación, entre otras. El derecho de desistimiento se concede por lo general a una de las partes, teniendo como finalidad extinguir la relación contractual, es decir, dejar sin efectos el contrato<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Cfr. KLEIN, M., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 85.

<sup>74</sup> Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, págs. 127-128; KLEIN, M., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, págs. 25-27, y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., "Una aproximación al desistimiento unilateral: la experiencia italiana", *RDPat*, núm. 22, 2009, pág. 254: "Con todo, es cierto que en Derecho español esta figura jurídica presenta diferencias muy relevantes según los distintos ámbitos en los que se articulo. De ahí que, hasta la fecha, la doctrina apenas haya abordado su análisis de una manera global; se cuentan con estudios meramente parciales que, no obstante su indudable interés, difícilmente permiten perfilar los contornos de una misma institución jurídica. Esta escasez de estudios doctrinales que aborden la figura en toda su plenitud viene auspiciada asimismo por la falta de una regulación jurídica homogénea del desistimiento; así este mecanismo de extinción del vínculo contractual se disciplina fragmentariamente a través de numerosas disposiciones, ya sean de carácter general o particular, repartidas en el Código civil y en leyes especiales. A ello se ha de sumar, además, la acusada imprecisión terminológica existente en torno a la referida figura, que dificulta, si cabe, el propósito de emprender una exposición global sobre la misma".

<sup>75</sup> Para KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 21. El desistimiento unilateral se considera como "una figura que constituye una excepción al dogma de la irrevocabilidad del contrato, y en consecuencia, se suele estudiar, no ya dentro de las figuras extintivas de éste, sino en el apartado relativo a su efecto vinculante para los contratantes"; en opinión de LARROSA AMANTE, M. A., "El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos de consumo", *Práctica de Tribunales*, núm. 61, junio 2009. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es/>. [Con acceso el 24-VI-2010]., desistir es: "el mecanismo de protección de los consumidores consistente en el reconocimiento de una facultad unilateral del consumidor, establecida de forma legal o contractual, de poner fin, de forma libre y voluntaria, a un contrato de consumo con la única exigencia de la notificación previa al empresario o con el que contrató dentro del plazo legal o contractualmente establecido"; en palabras de RODRÍGUEZ MARÍN C, *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 73., desistir es: "extinguir, o lo que es lo mismo,

Además, como veremos dentro de este mismo epígrafe, el desistimiento como forma de ineficacia contractual encuentra su fundamento por las siguientes razones:

1. Por el *acuerdo de las partes*, ya que en los negocios jurídicos la libertad contractual impera y cada quien se obliga en los términos que quiera.

2. Por la *pérdida de la confianza* principalmente en los contratos jurídicos unilaterales, por ejemplo el mandato o el testamento.

3. Por tener su *origen en la Ley*, como en el contrato de obra (art. 1.594 del CC) y,

4. Por la *justa causa* en donde el interés de una de las partes prevalece sobre el otro, ejemplo de ello, es el derecho de desistimiento en los contratos de consumo, en donde, el legislador comunitario, los justifica para ciertos tipos de contratos<sup>76</sup>. En opinión de PARRA LUCÁN, se considera justa causa “la desaparición de la confianza, el cambio de las circunstancias, y, en última instancia, la prohibición de vinculaciones obligatorias indefinidas o perpetuas”<sup>77</sup>.

En las siguientes líneas hablaremos del desistimiento de manera general regulado en el CC, así como en otras leyes que lo contemplan, por ejemplo, la Ley de contrato de agencia, la cual reviste un carácter mercantil. Una vez visto cómo se encuentra regulado el desistimiento en normas de Derecho común nos adentraremos al ámbito del Derecho de consumo, y es aquí, donde más nos explayaremos, para dejar bien clara la naturaleza jurídica del desistimiento en el campo que nos ocupa.

---

concluir una relación contractual por la voluntad de una parte. Es un fenómeno de carácter extraordinario, lo que significa que se produce antes del tiempo estipulado y en/por circunstancias distintas a las que existían en el momento en el que inicialmente se celebró el contrato”; FUSTER ÍÑIGO, A., “La contratación electrónica como contratación a distancia”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, núm. 17, mayo 2003, en: <http://vlex.com/vid/208324>. [Con acceso el 26-VI-2010]. Señala que el desistimiento otorgado al consumidor en la contratación electrónica es “un mecanismo expresamente recogido para evitar “sorpresas desagradables” en aquellos supuestos en que el objeto recibido por el destinatario no cumpla las expectativas del mismo en un contrato en el cual no tiene posibilidad de su puesta a disposición por el oferente al ejercitar al contrato”.

<sup>76</sup> NIETO MELGAREJO, P., *El derecho de desistimiento en la contratación electrónica con consumidores, análisis a la luz del derecho comparado*, ITLAWTRANS Consulting, Perú, págs. 314-315.

<sup>77</sup> PARRA LUCÁN, M. A., “Comentario a los artículos 8 a12 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 155.

*Contrato de obra.* El artículo 1.594 CC, regula un derecho de desistimiento a favor del comitente. El fundamento de tal derecho se halla en evitar que el propietario de la obra se arruine completamente por sucesos imprevistos o simplemente porque la obra ya no le resulte útil, es decir, se trata de salvaguarda la indemnidad económica de una de las partes<sup>78</sup>. Sin embargo, el comitente tiene la obligación de indemnizar al contratista, por el daño emergente (como son los gastos y el trabajo) y el lucro cesante, es decir la utilidad que en un momento dado pudiera obtener el contratista de la obra<sup>79</sup>.

*Contrato de mandato.* En este tipo de contrato, la doctrina ha confundido los términos “desistimiento” y “revocación”<sup>80</sup>. Tal confusión se dio en su momento, debido a que el CC emplea la siguiente frase: “la revocación del mandante” (arts. 1.732, 1.733 y 1.736. CC), expresión mal empleada puesto que tal y como vimos la “revocación” sólo se da en actos jurídicos unilaterales. Por otro lado, la normativa comentada confunde la figura jurídica de la “renuncia” con el “desistimiento”, por lo tanto es necesario hacer la siguiente observación: los términos “renuncia” y “desistimiento” no son lo mismo. “La renuncia es el abandono de la titularidad de un derecho –o de una facultad de adquisición –por voluntad de quien tiene poder pleno de disposición sobre él –o sobre ella –y en uso del mismo determina su extinción”<sup>81</sup>. De esta manera, aunque el CC utilice el término “renuncia” se esta refiriendo a un derecho de desistimiento *ad nutum*, el cual halla su fundamento en la confianza que el mandante tiene en el mandatario<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Vid. SIRVENT GARCÍA, J., “El desistimiento unilateral del comitente en el contrato de obra”, *RDPat*, núm. 8, 2002, págs. 108-109.

<sup>79</sup> *Ídem.*, pág. 117.

<sup>80</sup> Cfr. KLEIN, M., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, págs. 114-117; RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, págs. 343-345.

<sup>81</sup> Vid. KLEIN, M., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 95, quien toma este concepto de denuncia de RIVERO HERNÁNDEZ para diferenciarlo del derecho de desistimiento.

<sup>82</sup> Vid. DIÉGUEZ OLIVA, R., “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, *InDret*, núm. 9, 2009, en: <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 17-XII-2009]. Cuando aclara: “por lo que a nuestro derecho sustantivo se refiere y con anterioridad al fenómeno del derecho contractual europeo, el desistimiento unilateral de los contratos se configura como un supuesto de extinción de las obligaciones al margen

*Contrato de sociedad.* El artículo 1.705 CC, referido al contrato de sociedad señala que la sociedad se extingue, entre otras razones, “*por la voluntad de cualquiera de los socios [...]*”. Este precepto nos remite al artículo 1.700 el cual establece los siguientes requisitos para que el desistimiento surta efectos: debe ser hecho en tiempo oportuno, de buena fe y ponerlo en conocimiento de los demás socios, de lo contrario no surtirá efectos, ya que la misma ley impone tales requisitos, a menos que las partes hayan previsto lo contrario. En este caso, el desistimiento actúa como mecanismo de protección ante la perpetuidad de los contratos<sup>83</sup>. Lo mismo ocurre para los casos previstos en los artículos 1.583 y 1.587 CC: ambos preceptos conceden la facultad de desistir a las partes cuando el contrato se haya celebrado por tiempo determinado, eso si observando las modalidades que impone la ley. En materia mercantil, el artículo 302 CCom aclara: “*en los casos en que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes puede darlo por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación*”.

*Contrato de depósito.* Los artículos 1.775 y 1.776 CC establecen la posibilidad de que el contrato se extinga anticipadamente, aunque en él se haya señalado una fecha específica. Cuando las partes no hayan acordado un plazo, el depositario tiene la obligación de restituir el bien al depositante cuando éste se la solicite. Lo mismo ocurre para el caso de que se haya establecido una fecha determinada. Sin embargo, cuando sea el depositario quien renuncie a la conservación y custodia de la cosa, la ley le exige que desista conforme al principio de buena fe y que haya justos motivos (art. 1.776 CC)<sup>84</sup>. El fundamento de la facultad de desistir

---

de los tradicionales de ineficacia negocial, casi en exclusiva reservado para aquellos contratos en los que la base del negocio jurídico viene dada por relaciones de confianza (*intuitus personae*) que las cualidades personales de las partes suscitaron en el momento de contratar, de modo que, desaparecida o frustrada aquella, se reconoce a aquella que ha visto frustrada dicha confianza, poder desistir de dicha relación. En este sentido se pronuncia nuestro Código Civil en los arts. 1.733 y 1.736 en sede del contrato de mandato, tanto para el mandante como para el mandatario”.

<sup>83</sup> Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral...*, op.cit., págs. 349-350.

<sup>84</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral...*, op.cit., págs. 364-365.

para este tipo de contratos consiste en la preservación y conservación y perfecto estado de la cosa<sup>85</sup>.

*Ley 49/2003, de 26 de noviembre de Arrendamientos Rústicos* (LAR). Si bien es cierto, como señala la doctrina, que este tipo de contratos se caracteriza por tener una duración de tiempo determinado<sup>86</sup>, razón por la cual no cabe la posibilidad de que una de las partes desista o extinga el contrato. Sin embargo, el arrendatario puede desistir del contrato al termino del año agrícola, notificándose al arrendador con un año de antelación (art. 24. d) de la LAR). De esta manera, como señala KLEIN “aparece aquí la figura del preaviso, cuyo efecto no consiste sólo en comunicar a la otra parte el ejercicio de la facultad de desistir [...]. Su finalidad es, fundamentalmente, la de paliar o disminuir las posibles consecuencias dañosas que la finalización *ante tempus* del contrato puede originar a la otra parte [...]”<sup>87</sup>. Como se observa, con este tipo de medidas se salvaguardan los intereses económicos del arrendatario.

*Ley 1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia*. El artículo 25.1 de la citada Ley otorga un derecho de desistimiento a los contratantes, con la única condición de que la parte que desista del contrato tiene la obligación de comunicarlo a la otra parte con un mes de antelación (preaviso, art. 25.6). Con este tipo de medidas, la Ley prohíbe la perpetuidad del servicio, razón por la cual se protege la libertad de ambas partes contratantes. El precepto comentado encuentra su fundamento en los artículos 6.2 y 1.255 CC<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> *Ídem.*, págs. 365-366.

<sup>86</sup> *Vid.* KLEIN, M., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, págs. 95-114, esta autora incluye dentro de los contratos duraderos en relación al derecho de desistimiento los contratos por tiempo indeterminado y determinado. Diferenciándose los primeros por no tener una fecha específica para su extinción, cosa que no ocurre en los contratos por tiempo determinado, en donde el plazo de su extinción encuentra su fundamento en la ley o en el acuerdo de las partes.

<sup>87</sup> KLEIN, M., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 104, nota al pie núm. 202.

<sup>88</sup> *Vid.* VAQUERO PINTO, M<sup>a</sup>. J., “El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida...,” *op.cit.*, pág. 906.

*La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, la cual ha sido modificada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, en su artículo 11 concede al arrendatario la posibilidad de desistir del contrato una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. No obstante, las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización.*

Teniendo en consideración lo expuesto, no es de extrañar que se hable de un concepto de desistimiento diverso y autónomo para cada una de las ramas del Derecho, o incluso, para satisfacer las particulares exigencias de los distintos sectores de la contratación, como el de los arrendamientos rústicos, arrendamientos urbanos, o el de los contratos de agencia, etc., o incluso los diversos supuestos regulados en distintos artículos del CC. En nuestra opinión, la discusión sobre la procedencia de una noción unitaria de desistimiento susceptible de acomodarse a todos los sectores del ordenamiento donde desempeña una función se resuelve considerando la diversidad estructural y funcional de las relaciones a las que afecta; obsérvese que su utilización en las distintas ramas del Derecho hace prácticamente imposible que se pueda ofrecer una noción del todo uniforme. Existe, eso sí, un denominador común importantísimo y fácil de comprobar si examinamos los caracteres que tradicionalmente se le han atribuido: su unilateralidad.

De esta manera, y con independencia de la atención que podamos prestar eventualmente a este problema, nos centraremos en la cuestión de la unidad del concepto de desistimiento en el ámbito de consumo, que es donde se desarrolla nuestro estudio, y donde creemos verdaderamente en la posibilidad del objetivo.

La primera dificultad para la consecución de este concepto general aplicable a cualquier tipo contractual se centra, como ya señalábamos, en la ausencia efectiva de una teoría general del desistimiento capaz de explicar las múltiples funciones que puede desempeñar en el marco del Derecho de Obligaciones y Contratos. Pero esta falta de profundización no ha sido la única razón de la enorme confusión que gira en torno a esta figura, sino que muchos de los problemas que surgen en su estudio tienen su origen en la diversidad de leyes especiales que lo estipulan, incluso en el propio TRLGDCU existen pluralidad de regímenes de la materia objeto de nuestro estudio (arts. 68-79 y arts. 102-108 TRLGDCU).

La pretensión de establecer una noción de carácter uniforme no supone negar que el derecho de desistimiento haya tenido o tenga en el futuro una estructura conceptual diversa de la que proponemos, ya que es indudable que la relevancia que tienen los distintos criterios para concederlo depende de las circunstancias políticas y socioeconómicas del momento. Nuestro objetivo es, por tanto, tratar de ofrecer una interpretación acorde con el resto del sistema pero también con las exigencias de la época actual.

Si nos centramos en el análisis de nuestro Derecho interno podemos afirmar que la unidad es deseable y posible, en primer lugar, porque la definición que ofrece el TRLGDCU (art. 68) del derecho de desistimiento con la finalidad de proteger al consumidor es única y, además, como tendremos ocasión de ver, en todos los casos en los que las normas particulares en el ámbito de consumo utilicen el concepto de desistimiento sin incorporar una definición, habrá que entender que incorporan esta descripción.

En segundo lugar, porque si observamos la regulación ofrecida del derecho de desistimiento en alguna de las leyes especiales que han regulado figuras contractuales nuevas, podemos comprobar cómo existe una similitud entre éstas y el concepto establecido en el artículo 68 TRLGDCU. Así sucede, por ejemplo, en la *Ley 22/2007, de contratos de servicios financieros a distancia*, la cual en su artículo 10 regula el derecho de desistimiento, o en el artículo 28 de la *Ley 16/2011 de contratos de crédito al consumo* entre otras.

Finalmente, y quizá sea éste el factor más relevante, porque la noción de desistimiento descansa sobre un concepto de carácter elástico, acomodaticio, pero básicamente estable, como es la protección del consumidor, que encuentra, a su vez, su verdadero significado confrontándose con una serie de criterios cuyo contenido concreto cambia según la concreta obligación. Así, por ejemplo, su ejercicio varía según se trate de bienes o servicios. Volveremos sobre el tema<sup>89</sup>.

Pero, dejando al margen este planteamiento sobre la unidad de la noción de derecho de desistimiento en nuestro Derecho de Obligaciones y Contratos, es preciso referirse al fenómeno en un ámbito mucho más amplio: el de la unificación o armonización del Derecho Privado Europeo, ya que con la globalización de la economía y de las relaciones contractuales, se puso de manifiesto, ya desde mediados del siglo XX, la necesidad de uniformar la diversidad legislativa existente entre los distintos ordenamientos a través de un conjunto de disposiciones en materia contractual que se adaptasen en mayor medida a las necesidades del tráfico internacional. Así, la figura objeto de nuestro estudio (desistimiento), aparece en instrumentos uniformadores, tales como los principios ACQUIS (2008) y el MCFR (2008), con el fin de tomar en consideración las nuevas necesidades del mundo de la contratación a nivel global, y por otra parte, amoldarse a las particularidades, tanto de la tradición anglosajona del *common law* como de la tradición europea continental denominada *civil law*.

Pero además de estas realidades, el proceso de armonización del Derecho Privado ha tenido en las últimas décadas otra vertiente que podemos denominar “institucional”: la labor de adaptación llevada a cabo por las instituciones comunitarias a través de la adopción de una serie de Directivas sobre contratos específicos o técnicas concretas. Estos impulsos de carácter legislativo no han resuelto, sin embargo, los innumerables conflictos que plantea la diversidad normativa existente entre los diferentes Estados miembros y, en consecuencia, no puede extrañar que parte de este problema se pretende se resolver con la

---

<sup>89</sup> *Vid. infra*, 4.2.



técnica de armonización plena. La técnica comentada se encuentra prevista en la DDC, la cual armoniza como hemos mencionado ciertos aspectos como los deberes pre y postcontractuales, y el derecho de desistimiento.

Es por ello que el debate sobre el futuro del Derecho Privado Europeo y su posible codificación está hoy en gran medida dirigido por la Unión Europea a través de sus instituciones. En este sentido, la aprobación del MCFR, el cual establece principios y una terminología común en ámbitos como el desistimiento, y apoya la elaboración de cláusulas y condiciones tipo a nivel europeo que puedan ser utilizadas en las transacciones transfronterizas. Además la aparición del CESL tiene como finalidad impulsar los contratos de consumo, protegiendo al consumidor con instrumentos como el derecho de desistimiento (art. 40 y ss.).

Es indudable que el fenómeno de convergencia jurídica que invade Europa ha estado presente en la relectura de la figura del desistimiento en el ámbito de consumo y en particular en la contratación electrónica que ofrecemos en este trabajo, puesto que el estudio de los instrumentos de Derecho comparado y de Derecho uniforme nos ha ofrecido un criterio de interpretación, y en ocasiones, de integración, del Derecho patrio. También es cierto que la labor creativa que la jurisprudencia del TJCE, asistida por la doctrina científica, ha llevado a cabo en este campo ha permitido adaptar las normas a la plural y cambiante realidad social.

Por último, debemos precisar que el concepto ofrecido en el artículo 68 TRLGDCU para el caso que nos ocupa debería ser reformado por el legislador español. La redacción actual del precepto comentado es la siguiente: *“El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”*.

Nosotros proponemos el siguiente concepto, el cual como tendremos ocasión de analizar, lleva implícita una serie de características que se aplican al desistimiento tanto en la contratación electrónica como en otros

contratos, como los celebrados fuera del establecimiento mercantil, tiempo compartido, servicios financieros a distancia, venta a plazo de bienes muebles y crédito al consumo: “*El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad irrenunciable del consumidor y usuario de dejar sin efectos el contrato celebrado, notificándose a la otra parte contratante en el plazo establecido, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, ya se encuentre previsto legal o contractualmente, sin necesidad de alegar causa alguna y sin penalización de ninguna clase, salvo las cargas impuestas por la Ley, las cuales se justifican dependiendo de la modalidad contractual*<sup>90</sup>”.

En el siguiente epígrafe hablaremos de las características mencionadas, las cuales se encuentran implícitamente previstas a nivel comunitario en el MCFR, principios ACQUIS, el CESL y la DDC. Dicho lo anterior, nos atrevemos afirmar que en el ámbito de consumo existe un sólo derecho de desistimiento que presenta una pluralidad de supuestos.

### **2.2.2. Antecedentes normativos del actual derecho de desistimiento en el ámbito de consumo**

En un principio la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios prohibía expresamente la facultad de desistir del contrato a *cualquiera* de las partes (art. 10.1.c.2º) salvo para ciertos casos: venta por correo a domicilio y por muestrario<sup>91</sup>. En este sentido, como afirmó KLEIN: la LGDCU “recogió un principio básico en nuestro derecho de obligaciones: la prohibición de dejar el contrato al arbitrio de uno de los contratantes. En defecto, admitir de forma general el pacto en condiciones generales de que el consumidor

---

<sup>90</sup> En el MCFR se define al desistimiento de la siguiente manera: “*A right to “withdraw” from a contract or other juridical act is a right to terminate the legal relationship arising from the contract or other juridical act, without having to give any reason for so doing and without incurring any liability for non-performance of the obligations arising from that contract or juridical act. The right is exercisable only within a limited period (in these rules, normally 14 days) and is designed to give the entitled party (normally a consumer) an additional time for reflection. The restitutionary and other effects of exercising the right are determined by the rules regulating it*”.

<sup>91</sup> Vid. Artículo 10.1.c.2º LGDCU [...]: “*Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario*”.

pueda extinguir la relación contractual *ad nutum* sería prácticamente como dar al artículo 1.256 CC el carácter de norma dispositiva al menos en este concreto aspecto, y permitir que las partes alteren el principio de igualdad, al menos formal, de los contratantes”<sup>92</sup>.

Durante la tramitación parlamentaria de la LGDCU y la discusión al artículo 10 en las Cortes Generales del Senado, en el Diario de Sesiones, publicado el miércoles 13 de junio de 1984, dentro de la enmienda número 93 realizada a dicho artículo, se incluyó a las ventas por muestrario dentro de la facultad de otorgar a una de las partes (consumidor), la posibilidad de resolver el contrato de manera discrecional<sup>93</sup>.

En aquel momento, el derecho de desistimiento del consumidor no estaba tan desarrollado como hoy en día en la UE. Es importante mencionar, además, que España entró formalmente como Estado miembro de la UE en 1986. Por otra parte, es necesario aclarar que son diversos los contratos, en donde se le otorga el desistimiento al consumidor, la mayoría de los cuales tiene su propio régimen jurídico, entre los que encontramos los siguientes:

- Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. La *Directiva 85/577/CEE*, reguló en un principio el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Sin embargo, la Directiva mencionada ha sido derogada por la actual DDC

- Contratos a distancia. La transposición de la DDC unificó el derecho de desistimiento en los contratos a distancia (arts. 102-108 TRLGDCU). Volveremos sobre el tema en el Capítulo IV.

- Contratos de servicios financieros. La *Directiva 2002/65/CE*, de *servicios financieros* en su artículo 6.1 regula el derecho de desistimiento para este tipo de contratos. Esta norma ha sido adaptada al ordenamiento

---

<sup>92</sup> KLEIN, M., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 340; en la misma línea: BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento...*, *op.cit.*, pág. 41.

<sup>93</sup> La enmienda comentada, según el Senador José María García Royo del Grupo Parlamentario Popular, se debe a que: “Puestos a enumerar las modalidades que permiten la resolución discrecional del contrato, no debe omitirse una que cada vez tiene mayor importancia, por la agresión permanente y psicológica de una clase de oferta por acercamiento como las aquí citadas”. (*Vid.* Serie II: Textos Legislativos de 4 de junio de 1984, Congreso de los Diputados, Boletín Oficial de las Cortes Generales del Senado, Serie A, núm. 134 c), pág. 56.

español mediante la *Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*, cuyo artículo 10 atribuye al consumidor la facultad de desistir en un plazo de 14 días naturales.

- Contratos de crédito al consumo. En un principio la *Directiva 87/102/CEE, de crédito al consumo*, en su artículo 4.3 regulaba un periodo de reflexión de manera indirecta y no de forma expresa a favor del consumidor<sup>94</sup>. Posteriormente, con la aprobación de la *Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo*, el artículo 14 de tal norma ofrece la oportunidad al consumidor de desistir del contrato en un periodo de 14 días. Esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la *Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo*, que en su artículo 28 regula el derecho de desistimiento a favor del consumidor en un plazo de 14 días.

- Contratos a plazo de bienes muebles. Con la adaptación de la *Directiva 87/102/CEE, de crédito al consumo*, se expide la *Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a plazo de Bienes Muebles*, la cual regula en su artículo 9.2 el derecho de desistimiento, no obstante tal derecho debe interpretarse acorde con la *Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo* (art. 28), pues como veremos más adelante el derecho de desistimiento para este tipo de contratos se vio modificado, debido a la transposición de la *Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo*.

- Contratos de aprovechamiento por turno. La *Directiva 94/47/CE, de aprovechamiento por turno* regulaba en su artículo 5.1 el derecho de desistimiento; tal Directiva se transpuso al ordenamiento jurídico español mediante la *Ley 42/1998, de 15 de diciembre*, la cual, en su artículo 10, previo el derecho de desistimiento a favor del consumidor. Sin embargo, tal Ley ha sido derogada por la transposición de la *Directiva 2008/122/CE, de tiempo compartido*, a través del *RDL 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio*, la cual contempla a favor del consumidor un derecho de

---

<sup>94</sup> Esta norma se transpuso en un inicio al ordenamiento jurídico español mediante la *Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo*.

desistimiento en un periodo de 14 días naturales y como novedad contempla un formulario de desistimiento, sobre el tema volveremos más adelante.

### **2.2.3. El desistimiento como derecho subjetivo del consumidor**

En una época de constantes cambios, la teoría clásica del contrato tal y como se conocía desde el código de Napoleón no responde a los intereses sociales, económicos y jurídicos que demanda la sociedad actual, debido a que se caracterizaba principalmente por el respecto al principio del *pacta sunt servanda*, es decir, lo pactado debía cumplirse al pie de la letra; el principio de autonomía de la voluntad jugaba un papel central debido a que las partes regulaban sus relaciones como mejor les convenía (libertad contractual). Sin embargo, cuando una de las partes incumplía el contrato se tenía que recurrir a la decisión judicial, tal y como ocurre hoy en día<sup>95</sup>, dotándosele de poder al Estado para resolver cualquier conflicto.

En cambio, la teoría neoclásica o moderna del contrato tal y como señala TAPIA RAMÍREZ se ha adaptado a la nueva realidad social caracterizándose por: “a) tener su fundamento en aspectos económicos para determinar la economía del costo de las transacciones contractuales, en el que cada parte defiende sus propios intereses poniendo en juego su mayor ingenio y medios posibles; b) se vale de diferentes expertos en las diferentes ramas del conocimiento (abogados, psicólogos, economistas, administradores, comerciantes, etcétera); c) parte de la autonomía privada o autonomía de la voluntad; d) toma en consideración los supuestos de conducta, en la celebración del contrato (la racionalidad limitada y el oportunismo) [...], y e) la regulación del contrato para resolver los conflictos contractuales la establece con base en la autonomía privada, (primero, la bilateral; el segundo, con la intervención de terceros a través del arbitraje, antes de acudir al juez)”. Concluye el autor “que no

---

<sup>95</sup> Cfr. TAPIA RAMÍREZ, J., *Contratos Civiles: Teoría del contrato y contratos en especial*, Porrúa, México, D.F., 2009, pág. 18.

hay tal crisis del contrato, sino que sólo ha sufrido cambios, como todas las instituciones jurídicas para adaptarse a las nuevas necesidades del ser humano”<sup>96</sup>.

Como resultado de todo lo dicho líneas arriba la teoría de obligaciones y contratos dentro de los Estados miembros ha tenido que adaptarse a los cambios originados por el Derecho de consumo. Este fenómeno ha originado debates dentro de la doctrina española. La discusión se centra en la siguiente pregunta ¿es una novedad el Derecho de consumo? Para un sector doctrinal si es una novedad, argumentando que el consumidor es considerado la parte débil en una relación contractual, por lo tanto, necesita una mayor protección frente al empresario, quien posee una serie de conocimientos, y se encuentra en una posición superior<sup>97</sup>. Mientras otro sector de la doctrina defiende lo contrario, es decir, el Derecho de consumo no se trata de algo nuevo, señalando que la protección del consumidor ya se encontraba regulada en el Derecho Civil (por ejemplo: la evicción y el saneamiento regulados en los artículos 1.475 y 1.476 CC<sup>98</sup>). Si bien es cierto, que no se le puede negar su naturaleza contractual a los contratos de consumo, tampoco podemos negar que se trate de una materia nueva, que sin duda alguna compatibiliza con los remedios tradicionales establecidos en el CC para los contratos.

---

<sup>96</sup> *Ídem.*, págs. 24-25.

<sup>97</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, núm. 2, 1982, pág. 1068.

<sup>98</sup> *Vid.* DÍEZ PICAZO, L., “Contratos de consumo y derecho de contratos”, *ADC*, tomo LIX, fascículo I, enero-marzo, 2006, págs. 12-15. Especialmente páginas 12 y 14. El autor hace una crítica al trabajo de los autores COCHERO, M. A y HERNÁNDEZ TORRES, A., “Aparición de un nuevo concepto de contrato”, cuando expresa: “confieso que me llamó mucho la atención, pero que al final sentí una cierta decepción. Estos autores que no dudan en afirmar que nos encontramos ante “un profundo cambio en el concepto del contrato”, se limitan pues a observar que, como consecuencia de tal cambio, pasa a segundo término el nacimiento del contrato frente a la relación contractual que adquiere preponderancia y que lo vital no es la prestación del consentimiento, sino la reglamentación contractual, el régimen jurídico de la relación que nace del contrato”. Continúa el autor defendiendo su tesis “admitamos, pues, que el hecho de que determinados contratos presenten un contenido imperativo (que es básicamente lo que ocurre en los contratos de consumo) no excluye el carácter contractual”. Y termina, “todo lo más que se puede decir es que la idea de negociación permite distinguir, como en alguna ocasión he propuesto, entre contratos con negociación y contratos sin ella. Y por la misma razón, en nuestra materia de contratos de derecho común y contratos de consumo”.

Por otro lado, el *pacta sunt servanda* (art. 1.091 CC) es una de las manifestaciones más importantes de la autonomía de la voluntad<sup>99</sup>, siendo esta última uno de los principios rectores en materia de obligaciones. Su fin principal es que las partes cumplan con lo estipulado en el contrato, como manifiesta el artículo 1.091 CC español cuando declara: “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*”. Como podemos ver a primera vista la principal consecuencia del principio comentado es la imposible desvinculación del contrato de una de las partes. Sin embargo, ello no es así, pues como vimos líneas arriba, existen diferentes tipos de ineficacia contractual establecidas en la legislación civil (revocación, rescisión, resolución, desistimiento) que permiten desvincularse del contrato bajo ciertas condiciones<sup>100</sup>.

A su vez, el fenómeno del consumo ha modificado la regla del *pacta sunt servanda* y el principio de la autonomía de la voluntad. Ambos postulados juegan un papel importante por lo que toca a la alteración de las obligaciones contractuales, en donde se aplican reglas como la establecida en el artículo 1.256 CC., el cual tiene como objetivo principal el cumplimiento de los contratos en relaciones que revistan de un carácter

---

<sup>99</sup> Para una parte de la doctrina los conceptos de “autonomía privada”, “autonomía de la voluntad” y “libertad de contratación” tienen una delimitación terminológica propia: la “autonomía privada” se entiende en el sentido amplio de regular la actividad humana y su exteriorización en el patrimonio; “autonomía de la voluntad” hace alusión a la formación del negocio jurídico, por lo cual también, se le denomina “autonomía negocial”. El concepto de “libertad contractual”, como su nombre indica, se manifiesta sólo en los contratos. Cfr. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 17-19.

<sup>100</sup> Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario a los artículos 1.088-1.093 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 1278-1279. [...]: “En aplicación del artículo 1.091, no es solo que las partes hayan de cumplir el contrato conforme a lo pactado[...] A menos, claro, que disposiciones legales específicas lo permitan bajo condiciones señaladas (v. gr. Revocación de donaciones, resolución por incumplimiento, desistimiento unilateral permitido en ciertos contratos celebrados con consumidores), o que se trate de contratos en los que pueda considerarse ínsita una facultad recíproca de denuncia, como ocurre con el arrendamiento de servicios o el contrato de distribución pactados por duración indefinida [...]”. Este precepto tiene una relación directa con lo establecido en el artículo 1.255 del CC, el cual señala que las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no seas contrarios a la moral, ley, y al orden público”.

sinalagmático<sup>101</sup>. Además, la libertad de forma (arts. 1.254, 1.258 y 1.278 CC) como integración del contrato debe ajustarse a las fuentes suministrada por la norma como la ley, el uso y la buena fe<sup>102</sup>.

Hay que dejar claro que el “*derecho de desistimiento del consumidor*” no es ninguna excepción a la regla del *pacta sunt servanda*, pues su fundamento se encuentra consagrado en la normativa que lo regula. Es un medio de protección al consumidor, sobre todo para determinadas formas de conclusión del contrato, por ejemplo, en los contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, entre otros. Esta figura jurídica ha evolucionado el Derecho Privado europeo a comienzos del siglo XXI, como prueban las Directivas que lo regulan, las cuales se han ido transpuesto en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros. En este sentido, la actual DDC puso las bases para la armonización de plazos y sanciones en materia de derecho de desistimiento por lo que toca a la contratación a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil en los distintos estados miembros. Algo parecido experimentó el legislador español en el año 2007 al integrar ambas materias en el TRLGDCU. No obstante, la técnica legislativa no fue la mejor empleada, al no existir uniformidad y coherencia, por lo que respecta a las sanciones y plazos para desistir. Sobre el tema volveremos<sup>103</sup>.

Por otra parte, la autonomía de la voluntad ha sufrido importantes cambios en los últimos 20 años. No obstante, no se puede hablar de una crisis de ésta, sino de una renovación que a finales del siglo XX y principios del siglo XXI se está dando con la intervención moderadora del Estado<sup>104</sup> en el ámbito de protección de consumidores, tal y como se deja ver en el concepto de “autonomía de la voluntad” brindado por LUIGI FERRI al declarar que: “la autonomía privada no es un poder originario o

---

<sup>101</sup> Cfr. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Comentario al artículo 1.256 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed..., *op.cit.*, pág. 1480.

<sup>102</sup> Vid. PÉREZ CONESA, M<sup>a</sup>. C., “Comentario al artículo 1.258 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 1483.

<sup>103</sup> Vid. *infra*, 4.2 y 4.2.3.

<sup>104</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, el negocio jurídico...*, *op.cit.*, pág. 17.



soberano, es un poder conferido a los individuos por una norma superior, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones. En la ley vemos la fuente de validez de la norma negocial. La ley lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo. La Ley puede incluso, interviniendo posteriormente, modificar el contenido de una norma negocial ya establecida [...]”<sup>105</sup>. Estamos totalmente de acuerdo con este concepto, debido a que la figura jurídica objeto de nuestro estudio (derecho de desistimiento) encuentra su fundamento en las diversas Directivas que a nivel comunitario lo prevén, por lo tanto la fuerza vinculante de las obligaciones reside en el Derecho mismo, es decir, en la norma jurídica, que es “jurídica” porque es “vinculante”<sup>106</sup>. De esta manera, la mano interventora del Estado se deja ver, tal y como señala BALLESTEROS GARRIDO cuando aclara: “[...] el derecho contractual se publica, se administrativiza cada vez más [...] sin que ello deba escandalizar a los defensores de la libertad, pues con ello no se hace sino proteger la libertad material de quienes, de otra manera, no tendrían más que una libertad formal que les condena a someterse al dictado de la clase superior socialmente”<sup>107</sup>.

El concepto de “autonomía de voluntad” se encuentra en conexión con el concepto de “derecho subjetivo”, ya que se considera una manifestación de la libertad del individuo, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular sus propios intereses. Según FEDERICO DE CASTRO, el derecho subjetivo es “una determinada situación de poder concreto concedido sobre cierta realidad social a una persona (como miembro activo de la comunidad jurídica) y a cuyo árbitro se confía su ejercicio y defensa”<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> FEERI, L., *La autonomía privada* (SANCHO MENDIZÁBAL, L., Trad.), Comares, Granada, 2001, págs. 42-43.

<sup>106</sup> *Ibidem.*, pág. 45.

<sup>107</sup> BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pág. 55.; en la misma línea: *vid.* ALTERINI, A. A y LÓPEZ CABANA, R., *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, págs. 70-71.

<sup>108</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Vol. I, el negocio jurídico...*, *op.cit.*, 640. Asimismo, la doctrina entiende que el derecho subjetivo es una facultad en sentido amplio, invento atribuido a Guillermo de Ockham, de acuerdo con la opinión de GUZMÁN BRITO cuando aclara: "Durante mucho tiempo imperó la tesis del filósofo del derecho e historiador de las ideas jurídicas, el profesor francés Michel Villey, según el

A su vez, el derecho de desistimiento del consumidor es un *derecho potestativo* como clasificación del derecho subjetivo<sup>109</sup>, el cual puede encontrar su origen en la ley o en el contrato<sup>110</sup>. Los derechos potestativos conceden la posibilidad de crear, extinguir o modificar la relación de poder mediante un acto de voluntad<sup>111</sup>. En este sentido hoy en día la mayor parte de la doctrina entiende que el derecho de desistimiento es una potestad jurídica derivada de la autonomía de la voluntad, que la Ley le otorga a una de las partes para dar por terminado un contrato<sup>112</sup>.

---

cual la atribución del significado de 'facultad' o 'potestad' a la palabra 'derecho', tan familiar a nuestra cultura actual, tuvo sus orígenes precisos en el pensamiento del filósofo y teólogo inglés Guillermo de Ockham (c. 1298-C.1349). Villey se fundó en las investigaciones de Georges de Lagarde quien, por primera vez, había llamado la atención acerca de la importancia del escrito ockhamiano *Opus nonaginta dierum* para la historia de la formación del concepto que mucho después se denominó derecho subjetivo, pero acentuando esa importancia hasta el punto de convertir a la citada obra en el acta de nacimiento de ese concepto. Esto implicaba, según Villey, que ni los romanos ni los pensadores medievales anteriores a Ockham, particularmente Tomás de Aquino, ni los civilistas y canonistas de esa época, conocieron la figura del derecho subjetivo [...] Las ideas de Villey han sido objeto de una revisión profunda de parte del profesor estadounidense Brian Tierney, quien, a través de muchos trabajos, fue contorneando una opinión divergente, según la cual la noción del derecho subjetivo había sido más bien una creación de los canonistas del siglo XII, que Ockham, por ende, encontró ya esencialmente formada y se limitó a usar" (GUZMÁN BRITO, A., "Los orígenes de la noción de sujeto de derecho", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Ediciones Universitarias de Valparaíso), núm. XXIV, 2002, págs. 192-194).

<sup>109</sup> Vid. VON THUR, A., *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, (RAVA, T., Trad.), vol. I., Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 65.

<sup>110</sup> Vid. CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 52.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 117: "La revocación es una manifestación de la autonomía privada, y por tanto representa el ejercicio de una facultad. Tal facultad está configurada como un derecho potestativo, procedente de la voluntad de las partes, las cuales hacen uso de ella porque la ley así se lo autoriza"; KLEIN, M., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, págs. 140-141: "La gran mayoría de las sentencias de los últimos años admite claramente este derecho potestativo con carácter general, como instrumento válido para extinguir los vínculos por tiempo indeterminado, a fin de evitar situaciones de perpetuidad no queridas por el Ordenamiento"; GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de contratos celebrados fuera...*, *op.cit.*, págs. 115-116: "Los derechos potestativos son "derechos que consisten no en el aprovechamiento directo de una cosa ni en la conducta inmediata de un tercero, sino en la posibilidad que tiene el titular del derecho de (por regla general a través de una declaración unilateral de voluntad recepticia) crear modificar o extinguir una determinada relación jurídica"; LETE ACHIRICA, J., "A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el derecho español", *AC*, núm. 2, 1998, págs. 529-548: "En cualquier caso, el derecho de desistimiento unilateral que el consumidor puede ejercitar *ad nutum*, bien desde la firma de un contrato que cumpla todos los requisitos formales que se exigen de él, bien desde la subsanación de las menciones obligatorias que puedan faltar, es un derecho potestativo, no personalísimo, que requiere una declaración de voluntad para su ejercicio, unilateral, recepticio y de carácter temporal"; ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 100: "En una primera aproximación, nuestra doctrina, parece admitir como lícita la

Lo anterior cobra importancia, debido a que cuando analicemos los plazos para desistir éstos se considerarán de caducidad<sup>113</sup>, al ser el desistimiento un derecho potestativo. Por lo tanto, si el titular de este tipo de derechos no los ejecuta, no se produce la modificación jurídica a la que en su virtud se tiende, de ahí que nos hallemos en presencia de un supuesto de hecho incompleto respecto a la situación que se tiende a modificar<sup>114</sup>.

#### **2.2.4. Características y especialidades del derecho de desistimiento del consumidor. En particular, su aplicación en la contratación electrónica**

A continuación, veremos de manera general las características del derecho de desistimiento del consumidor, las cuales, como hemos ido apuntando, marcan la diferencia con otras formas de ineficacia contractual, como la anulabilidad, rescisión, resolución o la revocación. Tales caracteres son absolutamente predicables del desistimiento en la contratación a distancia y electrónica, como ponemos de manifiesto con continuas referencias a las mismas

##### ***a) Se trata de un derecho discrecional***

El consumidor, al momento de ejercitar el desistimiento, no tiene porqué alegar causa ni motivo alguno, es decir, con su sola declaración de voluntad el contrato se extingue: así ocurre en los contratos a distancia<sup>115</sup>, de tiempo compartido y en los contratos celebrados fuera de

---

atribución a una parte contratante, de cierto arbitrio, siempre que dicha facultad nazca del contrato y se den determinadas condiciones y requisitos. En este sentido, se afirma que no existe arbitrio cuando el contratante se limita al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato mismo, derecho que puede ser, entre otros, el de poner fin al contrato de modo unilateral”.

<sup>113</sup> Vid. *infra*, 4.2.3.

<sup>114</sup> Vid. CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones...*, *op.cit.*, págs. 52-53.

<sup>115</sup> Vid. Artículo 28.1 de la *Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo*: “El derecho de desistimiento de un contrato de crédito es la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado [...] sin necesidad de indicar los motivos [...]”; artículo 14.1 de la *Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo*: “El consumidor dispondrá de un plazo

establecimiento mercantil, entre otros<sup>116</sup>. Es un derecho *ad nutum*, libre de toda condición (art. 115 CC), reconocido a una o ambas partes en una relación sinalagmática<sup>117</sup>, siendo necesario para que surta efectos su ejercicio, notificárselo a la parte con quien se desea terminar la relación contractual, para lo cual se aplicarán los criterios generales del CC, (art. 1.262, el cual establece las reglas de la perfección del contrato)<sup>118</sup>. Sin embargo, el desistimiento se debe adaptar al principio de buena fe y a la prohibición del abuso del derecho<sup>119</sup>.

---

*de 14 días civiles para desistir del contrato de crédito sin indicar el motivo*"; artículo 12.1 del Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamientos por turno: "En los contratos regulados en este real decreto-ley, el consumidor tendrá derecho de desistimiento sin necesidad de justificación alguna"; artículo 6.1 Directiva 2008/122/CE, de tiempo compartido: "[...] los Estados miembros velarán por que el consumidor pueda, en un plazo de catorce días naturales desistir del contrato [...] sin necesidad de justificación"; artículo 6.1 de la Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros a distancia: "Los estados miembros velarán por que el consumidor disponga de un plazo de 14 días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos"; artículo 10.1 de la Ley 22/2007, de contratos a distancia de servicios financieros: "El consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos [...]".

<sup>116</sup> En la misma línea el artículo 6 de la Directiva de contratos de servicios financieros a distancia señala: "Los estados miembros velarán por que el consumidor disponga de un plazo de 14 días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna [...]". Artículo 9 de la DDC: "Salvo en caso de aplicación de las excepciones establecidas en el artículo 16, el consumidor dispondrá de un periodo de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en el artículo 13, apartado 2, y en el artículo 14".

<sup>117</sup> Vid. Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo de aprovechamiento por turno cuando aclara: "El capítulo IV regula el desistimiento como un derecho de naturaleza única «ad nutum», sin expresión de motivos; y ello, tanto si el empresario hubiera facilitado correctamente la información precontractual, como si la hubiere omitido o lo hubiera hecho de manera insuficiente. No se trata de dos derechos de naturaleza diferente, sino única; y solo varía en ambos supuestos el cómputo de los plazos de ejercicio del derecho. Con ello se asume el criterio de la Directiva del 2008 que en sus versiones francesa e inglesa utiliza los términos «se retracter» y «withdraw», respectivamente. Y acaba con el dualismo de la Directiva de 1994 que utilizaba dichos términos para el desistimiento «ad nutum», cuando el empresario facilitó correctamente la información; utilizando, sin embargo, para los supuestos de falta o incorrecta información precontractual los términos «resiliation» y «cancelation», en francés e inglés respectivamente. Con este tratamiento unitario se acaba con la confusión suscitada por la traducción española de la Directiva de 1994 que había utilizado la palabra «resolución», lo que se trasladó a la Ley de 1998, que aplicó el sistema dual de «desistimiento» para los casos de información correcta y «resolución» para los de falta o incorrecta información precontractual".

<sup>118</sup> Vid. MARTÍN SALAMANCA, S., "Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: El derecho de desistimiento contractual", *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 96, 2009, pág. 97.

<sup>119</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L. Ma., "Título III contratos celebrados a distancia", en REBOLLO PUIG, M y IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dirs.): *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, 2011, págs. 153-1514: "El derecho de desistimiento se configura en el TRDCU como una facultad de ejercicio discrecional.

Por otra parte, el artículo 85.4 TRLGDCU considera abusivas:

*“las cláusulas que autoricen al empresario resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculten a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable”.*

También se considera cláusula abusiva por limitar los derechos básicos del consumidor: *“la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario”* (art. 86.7 TRLGDCU); y en concreto la retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario (art. 87.2 del TRLGDCU). Además, el artículo 87.3 y 4 TRLGDCU prohíbe:

*“la autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad” y “la posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato”.*

Finalmente, el artículo 87.6 declara como cláusula abusiva por falta de reciprocidad:

*“Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos [...]”.*

---

Quiere así significarse que el consumidor no está obligado legalmente a motivar y justificar su decisión de desvinculación negocial. De ahí que este derecho se conciba por algunos como una facultad, para subrayar que puede ser ejercitado automáticamente sin necesidad de acudir a los tribunales, y que en caso de acudir a éstos, los jueces no están obligados a analizar los móviles que llevaron al consumidor a revocar su declaración de voluntad. Para otros, sin embargo, el derecho de desistimiento se presenta como un *derecho potestativo o de configuración jurídica (Gestaltungsrecht)*, con referencia a aquellos derechos que atribuyen a su titular (en la generalidad de los casos mediante una declaración de voluntad de carácter recepticio) la facultad de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica. Ahora bien, una cosa es que el desistimiento sea un derecho *ad nutum* que, como tal, puede ser ejercitado sin necesidad de justificación alguna, y otra bien distinta que se trate de un derecho ilimitado. Como todo derecho, el de desistimiento encuentra sus límites en las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho”.

Es importante aclarar que la nulidad de alguna de las cláusulas anteriormente mencionadas pudiera llegar a provocar la ineficacia del contrato en una situación no equilibrada entre las partes, tal y como se señala en el artículo 83 TRLGDCU cuando aclara:

*“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”<sup>120</sup>.*

En materia de contratación electrónica, el consumidor puede ejercer su derecho de desistimiento sin alegar motivo alguno, es decir, por su propia voluntad (art. 68.1 TRLGDCU). Aunque, como veremos más adelante, algunos consumidores ejercen su derecho de desistimiento después de haber utilizado los bienes más de lo que sería necesario para determinar su naturaleza, sus características o su funcionamiento, en este caso, el consumidor no debe perder el derecho de desistimiento aunque resulte responsable de cualquier depreciación de los bienes<sup>121</sup>.

En la contratación electrónica, la Ley ha justificado la concesión, debido a que el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el

---

<sup>120</sup> Este artículo fue modificado por la Ley de consumidores del año 2014, tal y como se señala en la Exposición de Motivos Punto III: *“En otro orden de cosas, la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios. En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993”.*

<sup>121</sup> Vid. *infra*, 4.5.1.

contrato, o conocer las características del servicio<sup>122</sup>. Las empresas que se dedican al comercio electrónico prevén, en su mayoría, cláusulas de estilo dentro de sus condiciones generales, por las que se concede al consumidor su derecho a desistir del contrato<sup>123</sup>.

Es importante mencionar que en la práctica existen empresas que limitan el carácter discrecional del derecho de desistimiento. Por ejemplo, Amazon exige al consumidor indicar el porqué se devuelve el producto, o si funciona o no el bien. Las cláusulas mencionadas podrían ser nulas por abusivas, pues limitan injustificadamente los derechos de los consumidores (arts. 10, 68.1, 82.4 y 86.1 TRLGDCU). Además, tales previsiones no aparecen dentro del documento de desistimiento, sino que se habilitan casillas dentro de la página *web*, sobre todo cuando el consumidor ejerce su derecho de desistimiento *on-line*. Lo anterior podría coaccionar al consumidor, al que se induzca a creer que si no da las razones que se le exigen, no podrá desistir del contrato<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Vid. Considerando 14 de la Exposición de Motivos de la *Directiva 97/7/CE*, de contratos a distancia, la cual aclaraba: “*Considerando que el consumidor no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato; que es conveniente establecer, a menos que en la presente Directiva se establezca lo contrario, un derecho de rescisión [...]*”. En términos parecidos se pronuncia la actual DDC en el considerando número 37 de su Exposición de Motivos.

<sup>123</sup> Ejemplos de una cláusula discrecional, por lo que se refiere al derecho de desistimiento del consumidor en contratación electrónica, lo encontramos en las condiciones generales de la tienda ZARA, la cual aclara: “Además del derecho de desistimiento reconocido legalmente a los consumidores y usuarios y mencionado en la Cláusula 14.1 anterior, le concedemos un plazo de 30 días contado desde la fecha de la Confirmación de Envío para realizar devoluciones de los productos (salvo de los mencionados en la Cláusula 14.3 siguiente, respecto de los que se excluye el derecho de desistimiento)”. Referencia tomada en: <http://www.zara.com/es/es/lookbook/woman/mayo-c415501.html>. [Con acceso el 28-VI-2014]. En términos parecidos se pronuncia El Corte en Inglés en su página *web*: “Si cuando reciba su pedido no queda satisfecho, tiene un plazo de 14 días naturales, a contar desde la fecha de recepción para ejecutar el derecho de devolución [...]”. Referencia tomada en: <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp>. [Con acceso el 28-VI-2014]. La empresa SONY dedicada a la venta de productos electrónicos también concede el derecho de desistimiento *ad nutum* al consumidor: “Usted puede devolver los Productos comprados sin necesidad de justificación, con reintegro de todos los pagos recibidos y cualesquiera gastos de envío estándar, dentro del plazo de 30 días naturales contados a partir del día en que usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquirió la posesión material de los Productos. Para ejercitar su derecho de desistir del contrato, usted debe proporcionar a Sony una declaración inequívoca para informarnos de su decisión dentro del plazo indicado anteriormente [...]”: Referencia tomada en: <https://shop.sony.es/catalog/4F/4F962A8C6DFA0140E10080002BC29BDE.htm#14>. [Con acceso el 28-VI-2014].

<sup>124</sup> Por ejemplo, la empresa Amazon dentro de sus condiciones generales de venta, en la parte relativa a las devoluciones señala lo siguiente: “Nota: Si el motivo de la devolución

La Ley prevé sanciones civiles y administrativas para las empresas que obstaculicen el ejercicio del derecho de desistimiento. En el caso de las primeras, el consumidor podrá desistir del contrato durante el plazo de un año (art. 71.3 TRLGDCU), debido a que hay un cumplimiento defectuoso del deber de información. Por lo que toca a la sanción administrativa, se haría acreedor a una multa de 30. 000 euros (art. 39.1 c) LSSI) al ser una falta leve.

### **b) Irrenunciable para el consumidor y usuario**

El derecho de desistimiento es irrenunciable para el consumidor (art. 10 TRLGDCU<sup>125</sup>), pues las leyes que lo otorgan tienen carácter imperativo, razón por la cual, el consumidor puede dejar sin efecto el contrato, aun cuando no se le haya informado sobre su derecho a desistir o se le haya intentado privar de dicho derecho contractualmente<sup>126</sup>.

---

del producto no se debe a que llegó dañado, era defectuoso o era incorrecto, no te reembolsaremos el importe del envoltorio regalo, los gastos de envío ni ningún otro servicio relacionado con tu pedido; únicamente te reembolsaremos el importe del producto. Si utilizas una etiqueta de devolución con franqueo pagado, deduciremos los gastos de envío del importe total del reembolso". Referencia tomada en: [http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp\\_200507640\\_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrebolsos](http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp_200507640_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrebolsos). [Con acceso el 29-VI-2014]. Este tipo de previsiones, podría dar lugar a la aplicación del artículo 86 TRLGDCU, considerándose inválida la cláusula. Además, de las posibles sanciones administrativas, las cuales podrían ser graves, tal y como veremos más adelante dentro de este mismo epígrafe.

<sup>125</sup> Vid. Artículo 5.1 de la *Ley 16/2011 de crédito al consumo*: "los consumidores no podrán renunciar a los derechos reconocidos en esta Ley"; artículo 16.1 *Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamientos por turno*: "los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconoce en este real decreto-ley"; artículo 3.1 de la *Ley 22/2007, de servicios financieros*: "Los consumidores de los servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen en esta ley".

<sup>126</sup> "Los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconozca en virtud de la transposición al Derecho nacional de la presente Directiva" (art. 12.1 de la *Dir. 97/7CE*, de contratos a distancia); "cuando el comprador sea un consumidor, entendiéndose por tal el definido en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, los derechos que el presente capítulo le reconoce serán irrenunciables y podrán ser ejercidos por los mismos aunque la legislación aplicable al contrato sea otra distinta de la española, si el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de cualquier Estado miembro de la Unión Europea" (art. 48.1 de la *LOCM*); "la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del *Código Civil*" (art. 10 TRLGDCU); "Si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva. Toda disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva no vinculará al consumidor" (art. 25 de la *DDC*)<sup>126</sup>. En la misma línea



Tal y como veremos en el capítulo III de la presente Tesis, el derecho de desistimiento se encuentra íntimamente ligado a los deberes pre y postcontractuales de información (arts. 27 y 28 LSSI)<sup>127</sup>. Por lo tanto, cuando el empresario incumple con los deberes de información (entre ellos, sobre la existencia y ejercicio del derecho de desistimiento), la Ley le impone una serie de sanciones, tanto civiles como administrativas, ya que dependiendo del tipo de información que no se proporcione las sanciones se clasificaran en leves, graves o muy graves. Además, se considera una práctica desleal que el empresario omita dentro de la información previa al contrato el derecho de desistimiento (art. 60 TRLGDCU).

En vista de lo anterior, cabe señalar que si el comerciante cumple adecuadamente no surge ningún problema, pero en caso contrario, debemos hacernos la siguiente pregunta: ¿Qué pasa si el comerciante obliga al consumidor a renunciar a su derecho a desistir del contrato por medios de prácticas desleales? En este sentido, la empresa Baroli.es, la cual se dedica a la venta de relojes Casio, dentro de sus condiciones generales estipula lo siguiente:

“Si no queda satisfecho con los productos adquiridos en BAROLIES, los podrá devolver en un plazo máximo de 30 días contados a partir del siguiente al que fue recibido. Las

---

que todas estas normativas se pronuncia el CESL en su artículo 22: *“las partes no podrá excluir la aplicación de la presente sección, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor”*.

<sup>127</sup> En este sentido el artículo 63 TRLGDCU el cual lleva por título “Confirmación documental de la contratación realizada” aclara lo siguiente: *“1. En los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación.*

*2. Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera.*

*3. En los contratos con consumidores y usuarios, estos tendrán derecho a recibir la factura en papel. En su caso, la expedición de la factura electrónica estará condicionada a que el empresario haya obtenido previamente el consentimiento expreso del consumidor. La solicitud del consentimiento deberá precisar la forma en la que se procederá a recibir la factura electrónica, así como la posibilidad de que el destinatario que haya dado su consentimiento pueda revocarlo y la forma en la que podrá realizarse dicha revocación.*

*El derecho del consumidor y usuario a recibir la factura en papel no podrá quedar condicionado al pago de cantidad económica alguna”*.

devoluciones deberá enviarlas a portes pagados, con la mercancía en perfecto estado y sin haber sido usada, junto con el envase original y con toda la documentación que acompaña al reloj a la siguiente dirección: BAROLI, S.L. C/ Gabriel Lobo, nº 7, 28002 Madrid.

En el interior del paquete debe incluir el impreso de desistimiento debidamente cumplimentado que puede descargar pinchando aquí.

La devolución del importe de los relojes se efectuará a través de su tarjeta de crédito o a través de Paypal, si usted utilizó alguno de estos dos medios de pago al realizar su pedido, o mediante transferencia en la cuenta corriente que nos indique si usted pagó su pedido contra reembolso o mediante ingreso en efectivo o transferencia.

De acuerdo con la ley del 15/1/96 número 7/1996 no se admitirán devoluciones que no vengan en su embalaje original y con el producto en perfecto estado y sin que haya sido usado<sup>128</sup>.

A pesar de que esta cláusula podría ser válida en lo que se refiere al desistimiento más allá de los 14 días legales, el consumidor que decida desistir del contrato dentro de dicho plazo, encontrará una serie de trabas (p. ej., la devolución del bien en su embalaje original). Además, no tendría oportunidad de conocer sus derechos que le asisten al momento de ejercer su derecho de desistimiento, pues las condiciones generales de la empresa que venimos analizando, remiten a la LOCM y no al TRLGDCU, por tal motivo, el consumidor podría invocar el artículo 86 TRLGDCU para declarar la invalidez de las condiciones generales, en las partes, en donde no fuera conforme a la normativa. Por otra parte, se considera una práctica comercial desleal brindar información errónea al consumidor en materia de contratación electrónica, por lo cual, la empresa podría ser sancionada administrativamente con una multa de 30.001 hasta 150.000 euros al considerarse una infracción grave (art. 39 LSSI).

### ***c) Su ejercicio tiene carácter temporal***

El TRLGDCU establece el plazo de 14 días naturales para que el consumidor emita su declaración de desistir (art. 71.1 y 104), los cuales

---

<sup>128</sup> Referencia tomada en: <http://www.baroli.es/ayuda/ayuda.php>. [Con acceso el 30-VI-2014].

se computan de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del CC<sup>129</sup>. Los plazos otorgados por la Ley en materia de desistimiento como más adelante tendremos ocasión de comprobar, son de caducidad<sup>130</sup>.

Como se observa, el derecho de desistimiento como forma de ineficacia sobrevinida del contrato, puede ejercerse en un período delimitado de tiempo, a diferencia de la nulidad del contrato, la cual no prescribe y puede declararse de oficio, o la anulabilidad la cual prescribe en un periodo de cuatro años.

Cabe mencionar que, en la práctica, las empresas que se dedican al comercio electrónico conceden al consumidor plazos distintos para poder ejercer el derecho de desistimiento: mientras que algunas respetan sin más el plazo mínimo de siete días<sup>131</sup>, en cambio otras lo amplían a 30 días<sup>132</sup>. E, incluso, podemos encontrar prácticas más generosas, que lo conceden por todo un año<sup>133</sup>. No obstante, cuando el desistimiento otorgado al consumidor excede del plazo legal, las empresas pueden imponer al consumidor condiciones y requisitos para su ejercicio, tal y como veremos más adelante.

Asimismo, debemos aclarar que las empresas que se dedican al comercio electrónico, en caso de no respetar el plazo mínimo exigido por la ley (14 días naturales), se harían acreedoras a sanciones civiles y administrativas. Para el primer caso el consumidor podría desistir del contrato en el plazo de un año (art. 105 del TRLGDCU). Por lo que respecta a las sanciones administrativas, la empresa se haría acreedora a una sanción grave la cual oscilaría entre 150.001 y 600.000 euros (art. 39 LSSI).

---

<sup>129</sup> Vid. ARNAU RAVENTÓS, L., "El plazo para desistir en los contratos con consumidores", *ADC*, Vol. LXIV, 2011, págs. 157-196.

<sup>130</sup> Vid. *infra*, 4.2.3.

<sup>131</sup> Vid. <https://shop.sony.es/catalog/4F/4F962A8C6DFA0140E10080002BC29BDE.htm>. [Con acceso el 29-IV-2013].

<sup>132</sup> Vid. [http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp\\_200507640\\_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrebolsos](http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp_200507640_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrebolsos). [Con acceso el 29-IV-2013].

<sup>133</sup> Vid. <http://www.demartina.com/condiciones-generales-venta-n-116.html> [Con acceso el 29-IV-2013].

#### **d) Libertad de forma para su ejercicio**

El TRLGDCU y demás leyes que contemplan el derecho de desistimiento del consumidor no exigen una determinada forma para que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento)<sup>134</sup>. Sin embargo, la mayoría de la doctrina coincide en que el consumidor debería dejar constancia al momento de ejercitar el derecho de desistimiento, pues existen medios como el teléfono, en donde es difícil dejar prueba de tal derecho<sup>135</sup>. Con la aparición de las nuevas tecnologías como el Internet, el legislador europeo se ha visto en la necesidad de adaptar el derecho de desistimiento a estas formulas contractuales, razón por la cual algunas empresas que se dedican al comercio electrónico, dentro de sus condiciones generales prevén un formulario de desistimiento, con el fin de facilitar al consumidor su ejercicio<sup>136</sup>.

Cabe aclarar que en el ordenamiento jurídico español no existe una postura uniforme en cuanto al documento de desistimiento. Algunas veces impone la obligación de informar sobre su existencia en el contenido del contrato (*vid.*, art. 9 de la *Ley 22/2007, de contratos a distancia de*

---

<sup>134</sup> Las leyes que le conceden al consumidor un derecho de desistimiento no exigen formalidad alguna para que éste pueda ejercerlo. Por ejemplo, el artículo 14.3 a) de la *Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo* aclara: “para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, notificárselo al prestamista [...] por medios que puedan ser probados de conformidad con la legislación nacional [...]”; artículo 28.2 a) de la *Ley 16/2011, de crédito al consumo* [...] “se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él”; artículo 7.1 *Directiva 122/2008, de tiempo compartido*: “si el consumidor tiene intención de ejercer el derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero, antes de que expire el plazo de desistimiento. El consumidor podrá utilizar el formulario normalizado de desistimiento recogido en el anexo V y facilitado por el comerciante de conformidad con el artículo 5, apartado 4. [...]”; artículo 12.4 *Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamientos por turno*: “el consumidor notificará de forma fehaciente al empresario el desistimiento por escrito en papel u otro soporte duradero, pudiendo utilizar el formulario en el anexo V. La expedición o envío de la notificación deberá hacerse dentro del plazo legal y será eficaz cualquiera que sea la fecha de recepción por el empresario”, aunque la *Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros a distancia*, ni la *Ley 22/2007*, lo digan expresamente, también se extiende la libertad de forma para ejercer el ejercicio del derecho de desistimiento a este tipo de contratos, ello lo entendemos, debido a que el TRLGDCU se aplica supletoriamente a las leyes especiales que contemplan el derecho de desistimiento y quedaron fuera de su refundición.

<sup>135</sup> *Vid.* BELUCHE RINCON, I., “Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato”, *Diario la Ley*, núm. 7182, Sección Tribuna, 26 de mayo de 2009, la *Ley 11783/2009*.

<sup>136</sup> *Vid. infra*, 4.3.

*servicios financieros*, art. 16 de la *Ley 16/2011, de crédito al consumo* y arts. 60.2.h y 97.1.i TRLGCU)<sup>137</sup>. Aunque en otras ocasiones exige de forma separada un documento de desistimiento (*vid.*, art. 12 del *Real Decreto-Ley 8/2012, de 16 de marzo, de tiempo compartido*, art. 97.1.i TRLGDCU). La documentación y forma del derecho de desistimiento ha sido uno de los dolores de cabeza a nivel comunitario y nacional<sup>138</sup>, ya que como veremos, el TJCE en diversas sentencias en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil ha dejado claro que cuando el empresario incumpla con la obligación de informar al consumidor de su derecho de desistimiento, el plazo se prorroga indefinidamente (art. 10.1 *Ley 22/2007, de servicios financieros a distancia*), o incluso se ha establecido el criterio de que un tribunal nacional pueda declarar de oficio la nulidad del contrato.

En relación con lo anterior, debemos aclarar que, en materia de contratación electrónica, el consumidor puede ejercer el derecho de

---

<sup>137</sup> *Vid.*, el estudio realizado por la Universidad de Bielefeld, en: SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER, EBERS, M., (Eds.): *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis*, Muchen, 2008, págs. 501-580, en donde se hace el estudio de la transposición de la Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia. Los autores aclaran que a diferencia de la *Directiva 85/577/CEE*, de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles y la *Directiva 2002/65/CE*, de servicios financieros, las cuales contienen una regla postal, en lo relativo a como el consumidor puede ejercer su derecho en forma y tiempo, la *Directiva 97/7/CE*, de contratos a distancia no contiene previsión similar alguna. No obstante, algunos Estados miembros como Austria, Bélgica, Alemania, Italia y Eslovenia han establecido una regla de entrega (por ejemplo un formulario de desistimiento). Países como Chipre, Letonia, y el Reino Unido, establecen una regla postal, según la cual se considerará que se ha enviado la notificación del desistimiento, atendiendo a la fecha de envío en que se realizó, independientemente de que tal notificación llegue después al vendedor. De ahí en nuestra opinión que sea importante utilizar el correo certificado para evitar problemas de prueba.

<sup>138</sup> *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Comentarios a los artículos 68-79 del TRLGDCU", 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, pág. 629, cuando señala: "Pero el art. 69.1 TR-LGDCU exige además que la información se realice «por escrito en el documento contractual». La SAP Zamora 21-3-2006, en un caso sometido a la LCCFEM, destaca que no es suficiente la simple referencia a la posibilidad de desistir sino que el documento contractual debe hacer referencia clara a este derecho, a sus requisitos y a las consecuencias de su ejercicio. En el supuesto de que se utilicen condiciones generales de la contratación, el art. 63.1 TR-LGDCU dispone que se debe entregar al consumidor «copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación». El art. 80.1 exige, además, concreción, claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas, «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»".

desistimiento 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<sup>139</sup>.

Con la introducción del formulario previsto en el artículo 97.1.i, según el modelo del Anexo B) del TRLGDCU se pretende facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento en materia de contratos a distancia y especialmente en materia de contratación electrónica. Sin embargo, cuando el empresario no se lo proporcione al consumidor, el plazo para desistir se amplía a un año (art. 105.2 TRLGDCU). De esta manera, se configura una sanción al incumplimiento del empresario, recayendo en él la carga de la prueba (art. 97.8 TRLGDCU).

Aunque cabe aclarar que el consumidor puede ejercitar el derecho de desistimiento por cualquier medio, es decir, no es necesario ejercerlo por medio del formulario, incluso aunque éste le haya sido correctamente facilitado. No obstante, por razones de seguridad jurídica debe quedar

---

<sup>139</sup> En la misma línea que el TRLGDCU por lo que se refiere a la libertad de forma para ejercer el derecho de desistimiento se manifiestan las siguientes normas: artículo 11.1 y 2 de la actual Directiva sobre los derechos de los consumidores; artículo 44.2 de la LOCM: “*el ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho*”; artículo 14.3 a) de la *Directiva 2008/48/CE*, de crédito al consumo: “*para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, notificárselo al prestamista [...] por medios que puedan ser probados de conformidad con la legislación nacional [...]*”; artículo 28.2 a) de la *Ley 16/2011*, de crédito al consumo: “*Se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él [...]*”; artículo 7.1 *Directiva 122/2008*, de tiempo compartido: “*si el consumidor tiene intención de ejercer el derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero, antes de que expire el plazo de desistimiento. El consumidor podrá utilizar el formulario normalizado de desistimiento recogido en el anexo V y facilitado por el comerciante de conformidad con el artículo 5, apartado 4. [...]*”; artículo 12.4 *Real Decreto-ley 8/2012*, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamientos por turno: “*el consumidor notificará de forma fehaciente al empresario el desistimiento por escrito en papel u otro soporte duradero, pudiendo utilizar el formulario en el anexo V. La expedición o envío de la notificación deberá hacerse dentro del plazo legal y será eficaz cualquiera que sea la fecha de recepción por el empresario [...]*”.

Aunque ni la *Directiva 2002/65/CE*, de servicios financieros a distancia, ni la *Ley 22/2007*, lo digan expresamente, también se extiende la libertad de forma para ejercer el ejercicio del derecho de desistimiento a este tipo de contratos. Ello lo entendemos, debido a que el TRLGDCU se aplica supletoriamente a las leyes especiales que contemplan el derecho de desistimiento y quedan fuera de su refundición. En la misma línea de todas las normas mencionadas se pronuncia el artículo 42.1 del CESL: “*El consumidor ejercerá el derecho de desistimiento [...]. A tal efecto, el consumidor podrá utilizar bien el modelo de formulario de desistimiento establecido en el apéndice 2, bien cualquier otra declaración inequívoca en la que indique la decisión de desistir del contrato*”.

constancia de ello, pues, la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento recaerá en el consumidor (arts. 72 y 106.4 TRLGDCU). Evidentemente, el consumidor que utilice el formulario y siga las instrucciones para la devolución del producto estará preconstituyendo la prueba más firme del correcto ejercicio de su derecho frente a posteriores reclamaciones del empresario. El legislador, por lo tanto, trata de motivar no sólo al empresario, sino también al consumidor, facilitándole el ejercicio del derecho y la prueba del mismo, adoptándose la teoría de la expedición, matizada por la teoría de la recepción<sup>140</sup>.

En el capítulo IV, hablaremos ampliamente sobre el tema del formulario de desistimiento y apuntaremos nuevamente las consecuencias de índole civil (contractuales) y administrativa tanto de la imposición de formas y requisitos adicionales al consumidor para el ejercicio del desistimiento (práctica y/o cláusula abusivas, según el tantas veces citado art. 86 TRLGDCU), como de la ausencia de dicho formulario. Realmente, en la práctica comercial actual, es habitual la no presentación del mismo, pues aunque se informe al consumidor de su derecho en tiempo y forma, e incluso se acepte el ejercicio del derecho de cualquier forma, no suele dársele formulario alguno, ni en papel ni electrónico. Veremos si la nueva redacción de la norma interna, fruto de la DDC, es efectiva en este punto, pues es claro que su simple presencia es un elemento informador de primer orden para el consumidor, y de “coacción” para el empresario, en orden al cumplimiento de sus obligaciones para con aquél.

### ***e) Es una declaración de voluntad recepticia***

Para que el desistimiento surta sus efectos, es necesario que el consumidor se lo haga saber a la otra parte, en este caso al empresario (art. 68.1 TRLGDCU)<sup>141</sup>. Aunque, surge la duda de determinar el

---

<sup>140</sup> Vid. *infra*, 4.3.

<sup>141</sup> Lo anterior se refleja en las siguientes normas: *Ley 22/2007, de servicios financieros*, artículo 10.3 “*el consumidor que ejerza el derecho de desistimiento lo habrá de comunicar al proveedor en los términos previstos por el contrato [...]*”; artículo 6.6 de la

momento en que se hace efectiva la declaración de voluntad: ¿cuando se ejercita el derecho de desistimiento o cuando llega al conocimiento del empresario? En nuestra opinión, el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor surte efecto desde el momento en que el consumidor desiste del contrato, es decir, *“dentro del plazo contemplado en el artículo 104 y en el artículo 105, cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo. Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento”* (art. 106.2 TRLGDCU)<sup>142</sup>. Lo anterior cobra importancia debido a que las empresas que se dedican al comercio electrónico establecen en ocasiones criterios distintos para que el consumidor pueda ejercer el derecho de desistimiento: por ejemplo, algunas ponen a disposición del consumidor un número de teléfono, o correo electrónico, mientras que otras dan la

---

*Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros “cuando el consumidor ejerza su derecho de rescisión, lo notificará, antes de expirar el plazo correspondiente [...]”; artículo 14.3 a) de la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo: “para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, [el consumidor deberá] notificárselo al prestamista [...]”; artículo 28.2 a) de la Ley 16/2011, de crédito al consumo: “el consumidor que ejerza el derecho de desistimiento tendrá las obligaciones siguientes: [...] comunicarlo al prestamista antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1 [...]”; artículo 7 de la Directiva 122/2008, de tiempo compartido: “si el consumidor tiene intención de ejercer el derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero [...]”; artículo 12.4 Real Decreto-ley 8/2012, de tiempo compartido: “El consumidor notificará de forma fehaciente al empresario del desistimiento por escrito o en papel u otro soporte duradero [...]”. En el mismo sentido se expresa en cuanto a su carácter recepticio a nivel comunitario el artículo 5:102, ACQP y II.- 5:102, MCFR y artículo II.-5:104; el artículo 11.1 de la DDC: “Antes de que venza el plazo de desistimiento, el consumidor comunicará al comerciante su decisión de desistir del contrato”. En este sentido el CESL en su artículo 41.2 aclara: “El consumidor ejercerá el derecho de desistimiento mediante notificación al comerciante”. Asimismo es importante aclarar, que el artículo 44.1 de la LOCM a diferencia del artículo 68.1 TRLGDCU no incluye la frase: “notificándose así a la otra parte contratante”. Aunque se sobre entiende que el consumidor al momento de ejercer su derecho de desistimiento, tiene la obligación de comunicárselo al empresario con quien contrato el bien o servicio.*

<sup>142</sup> *Vid. MIRANDA SERRANO, L. Ma., “Título III contratos celebrados a distancia...,” op.cit., págs. 1514-1515: “Al ser una declaración de voluntad, le son aplicables los principios generales que nuestro ordenamiento jurídico establece en relación con este tipo de declaraciones: podrá ser revocada y se someterá a las reglas relativas a la capacidad del declarante y a los vicios del consentimiento [...]. Su carácter recepticio se explica por el hecho de que para que surta efectos habrá de ser conocida por la otra parte, con independencia de que ello suceda con anterioridad o posterioridad al plazo en el cual el consumidor tiene la facultad de ejercitar el derecho de desistimiento (plazo o período de reflexión). Así se desprende de los arts. 71.4 y 101.1 TRDCU, de los que cabe inferir que lo realmente relevante para la validez del ejercicio del derecho de desistimiento es que la declaración de voluntad en que se corporeiza dicho derecho se emita y expida dentro del período fijado legalmente y no en el momento en que el empresario o su representante conocen de ella”.*



posibilidad de devolver el producto en un centro comercial<sup>143</sup>. Otras muchas, cuando el producto es “devuelto”, planteándose en este caso la duda inicial: ¿Cuándo el consumidor lo remite o cuando el empresario lo recibe? A la luz de lo expuesto, nuestra respuesta es clara: cuando el consumidor entrega el producto a la empresa de transporte que lo llevará hacia el empresario; éste será el momento a tener en cuenta, siempre y cuando no exista ninguna declaración previa y expresa del desistimiento por otro medio.

En este contexto recalamos que es necesario que el consumidor deje prueba de haber ejercido su derecho de desistimiento, ya que a él le corresponde probar que desistió del contrato en tiempo y forma en caso de litigio (arts. 72 y 106.4 TRLGDCU), pues en la práctica ha ocurrido que el consumidor ha comunicado su decisión de desistir del contrato por teléfono al vendedor; no obstante después la empresa lo ha demandado por incumplimiento contractual al no pagar el producto.

Aunque no se trate propiamente de contratación electrónica, la problemática es realmente la misma que algunos casos que ya han llegado a los tribunales en materia de contratación fuera de establecimientos mercantiles, por cuanto en ambos casos, y con independencia de cómo se celebrara el contrato, el desistimiento en si se ejerce a distancia.

---

<sup>143</sup> *Vid.* El Corte Inglés dentro de sus cláusulas generales aclara lo siguiente: Los artículos adquiridos por internet ([www.elcorteingles.es](http://www.elcorteingles.es)) también pueden ser devueltos en nuestros centros comerciales, sin coste alguno. No se admitirán devoluciones en los centros de Tiendas El Corte Inglés, Hipercor, Supercor y Opencor. Para realizar su devolución, envíenos un e-mail, a través de la siguiente dirección: [clientes@elcorteingles.es](mailto:clientes@elcorteingles.es) o bien llamando al 902 119 368. Referencia tomada en: <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp>. [Con acceso el 29-VI-2014]. La tienda Zara dedicada a la tienda de ropa, dentro de sus cláusulas generales en el punto 14.1 aclara lo siguiente: Usted podrá acreditar el ejercicio del derecho de desistimiento en cualquier forma admitida en derecho, considerándose en todo caso válidamente ejercitado dicho derecho mediante el envío del documento de desistimiento que le facilitamos o mediante la devolución de los productos. Referencia tomada en: <https://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/ShopCartPage?calculationUsageId=-1&updatePrices=1&catalogId=24052&orderId=.&langId=-5&storeId=10701&URL=ShopCartPage>. [Con acceso el 29-VI-2014]. La tienda Demartina dedicada a la venta de juguetes pone a disposición del consumidor un número de teléfono y una cuenta de correo electrónico para que éste pueda desistir del contrato, así se estipula en el punto 8.2 de sus condiciones generales. *Vid.* <http://www.demartina.com/condiciones-generales-venta-n-116.html>. [Con acceso el 29-VI-2014].

Así, un ciudadano recibió en su domicilio la visita de dos comerciales que le vendieron un aparato de imanterapia (producto que asegura tener propiedades magnéticas beneficiosas para la salud). Tres días después llamó a la empresa para decir que no le interesaba el producto y que pasaran por su domicilio a recogerlo, solicitud que fue aceptada por teléfono. Pero después la empresa le demandó por impago del precio de producto, 900 euros, y en sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de marzo de 2012, se condenó al consumidor a pagar esa cantidad. Según esta sentencia, se trataba de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, en el que la Ley regula de manera expresa el derecho de desistimiento del consumidor y, en el caso, el vendedor había cumplido con la entrega del documento de desistimiento, en el que se destacaba en letra negrita y de forma específica que se tenían siete días a partir de la fecha de recepción del pedido para ejercitar tal derecho mediante envío del documento al domicilio social de la empresa vendedora. Para la Audiencia Provincial no quedó probado el desistimiento del consumidor, por lo que el contrato era válido y debía pagar el precio<sup>144</sup>. De ello se deduce la importancia capital para el consumidor de dejar constancia del ejercicio de su derecho, también en sede de contratación electrónica.

Como señalamos líneas arriba, en materia de contratación electrónica existen empresas que ponen a disposición del consumidor un número de teléfono para que éste pueda desistir del contrato. Ante tal situación, en caso de que el consumidor decida utilizar esta forma para desistir y la empresa se oponga (p. ej., que desconecte la línea), tal práctica sería contraria a la buena fe y constitutiva de una auténtica práctica abusiva (art. 86 TRLGDCU), razón por la cual, en caso de litigio, el consumidor podría mostrar su recibo telefónico, en donde conste la llamada al número de teléfono que la empresa facilitó a través de las condiciones generales de la contratación<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> Vid. SAP Asturias, núm. 117/2012 de 23 de marzo (JUR 2012\131344)

<sup>145</sup> Vid. Amazon en sus condiciones generales aclara lo siguiente, por lo que se refiere al envío certificado para garantizar la prueba: "Le informamos de que no podemos aceptar devoluciones si nos entrega el producto en mano. Para su seguridad, le recomendamos que utilice un servicio de envío certificado, en caso de que el importe de devolución sea

### **f) Sin penalización alguna para el consumidor**

El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor cuando éste decida ejercitarlo (art. 68.1 TRLGDCU). En la misma línea que el actual TRLGDCU se ha expresado el TJCE en alguna de sus sentencias<sup>146</sup>. Sin embargo, los gastos de devolución por regla general corresponden al consumidor (art. 108.1 TRLGDCU; art. 14.2 DDC).

Cabe mencionar que la mayoría de las empresas que se dedican al comercio electrónico, dentro de sus condiciones generales establecen una cláusula en donde se especifica que los gastos de devolución del producto corren por cuenta del consumidor<sup>147</sup>, aunque, hay algunas que no cobran ningún gasto por la devolución del producto<sup>148</sup>.

Sin embargo, hay que distinguir propiamente los gastos derivados su ejercicio y los derivados de su ejecución, por ejemplo, los contratos a distancia, el consumidor tiene la obligación de pagar la parte proporcional del servicio ejecutado<sup>149</sup>, esto con base en el principio de buena fe, ya que de lo contrario habría un enriquecimiento ilícito.

---

superior a 75 €". Referencia tomada en: <http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=200507640#despuespedido16>. [Con acceso el 29-VI-2014].

<sup>146</sup> Vid. STJCE "*Travel Vac*", asunto C-423/97, de 22 de abril de 1999, punto 60. [...] se opone a que un contrato contenga una cláusula por la que se impone al consumidor el pago de una indemnización a tanto alzado por daños causados al comerciante por el único motivo de que aquél haya ejercido su derecho de renuncia".

<sup>147</sup> Vid., página web del Corte Inglés cuando aclara: "el coste directo de la devolución del bien o servicio será asumido por el cliente según se recoge en la LGCU. Dicho coste es la suma de los gastos de envío y de recogida". Referencia tomada en: <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp>. [Con acceso el 29-IV-2013]. AMAZON en sus condiciones generales señala: "Tenga en cuenta que los costes de devolución corren de su cuenta a menos que le hubiésemos enviado el producto por error, o en caso de que el producto estuviese dañado o defectuoso". Referencia tomada en:

[http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp\\_200507640\\_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrembolsos](http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp_200507640_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrembolsos). [Con acceso el 29-VI-2014].

<sup>148</sup> ZARA empresa dedicada a vender ropa se pronuncia en la misma línea que el Corte Inglés dentro de sus condiciones generales establece que: "Las devoluciones en Zara.com son siempre gratuitas". Referencia tomada en: <https://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/ShopCartPage?calculationUsageId=-1&updatePrices=1&catalogId=24052&orderId=.&langId=-5&storeId=10701&URL=ShopCartPage>. [Con acceso el 29-VI-2014].

<sup>149</sup> Vid. *infra*, 4.5.3.

Por otra parte, en caso de que el empresario impidiera al consumidor ejercer su derecho de desistimiento, a través de prácticas ilícitas, tales como imponerle gastos o penalizaciones, las cláusulas mencionadas serían nulas (art. 86 TRLGDCU). Además el empresario se haría acreedor a sanciones administrativas. Volveremos sobre esta cuestión cuando analicemos el origen tanto legal como contractual del desistimiento.

### **g) Su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado**

Al igual que otras formas de ineficacia contractual, el ejercicio del derecho de desistimiento extingue el contrato<sup>150</sup>, surgiendo obligaciones tanto para el vendedor como para el consumidor<sup>151</sup>, aplicándose analógicamente la restitución recíproca prevista en el CC (arts. 1.303 y 1.308) para el caso de la nulidad de los contratos<sup>152</sup>.

En materia de contratación a distancia, es importante aclarar que los efectos del desistimiento son retroactivos (*ext tunc*), para el caso de los bienes. Sin embargo, para el caso de los servicios es *ex nunc* (art. 74 TRLGDCU; art. 12 de la DDC; art. 43 CESL). Sobre el tema volveremos, cuando hablemos de las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en el Capítulo IV.

Con la transposición de la DDC al ordenamiento jurídico español, se armonizan plenamente tanto las obligaciones del consumidor como del

---

<sup>150</sup> *Vid.*, en este sentido: ARNAU RAVENTÓS, L., “El desistimiento contractual del consumidor en el futuro libro VI del Código Civil de Cataluña”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 558.

<sup>151</sup> Así lo manifiestan las siguientes normas en materia de consumo: artículo 7 de la *Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros*, el cual prevé los efectos del desistimiento en este tipo de contratos; artículo 7 de la *Ley 2002/2007, de servicios financieros*, el cual regula los efectos del desistimiento tanto para el vendedor como el consumidor; artículo 14.3 a y b) de la *Directiva 2008/48/CE, de la crédito al consumo*; artículo 28.1 de la *Ley 16/2011: “El derecho de desistimiento de un contrato de crédito es la facultad del consumidor sin dejar sin efecto el contrato celebrado[...]”*; artículo 8.1 de la *Directiva 122/2008/CE, de tiempo compartido*: “el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor pondrá fin a la obligación de las partes de llevar a cabo lo estipulado en el contrato.”; artículo 12.5 del *Real Decreto-ley 8/2012, de tiempo compartido*: “El ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor dejará sin efecto el contrato”.

<sup>152</sup> *Vid. infra*, 4.5.4.2

vendedor. Además, se introducen reglas específicas (arts. 106-108 TRLGDCU): por ejemplo, el consumidor no asumirá ningún coste por la depreciación de los bienes, o la ejecución del servicio cuando el empresario haya incumplido con el deber de información acerca del derecho de desistimiento<sup>153</sup>.

#### ***h) Puede tener su origen tanto legal como contractualmente***

El derecho de desistimiento del consumidor encuentra su origen en las Directivas europeas de consumo que lo regulan, las cuales se adaptan a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Sin embargo, cuando el derecho de desistimiento no encuentre su fundamento en la ley, el empresario puede estipular una cláusula contractual, en donde se le conceda al consumidor el derecho a desistir del contrato.

El legislador español, con la refundición de leyes que realizó en el año 2007, configuró un régimen general de derecho de desistimiento en los artículos 68 a 79 TRLGDCU, creando de paso un derecho *contractual* de desistimiento, constituyéndose como una novedad legislativa en el ordenamiento jurídico español<sup>154</sup>. Sin embargo, el desistimiento *contractual*, podría darse siempre y cuando no exista una regulación que lo prevea en una Ley especial (o más allá de lo previsto por ésta), para lo cual se aplicará subsidiariamente las disposiciones del TRLGDCU, en materia de desistimiento, tal y como expresa el artículo 79, del mencionado texto: “*A falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato del derecho de desistimiento reconocido contractualmente, éste se ajustara a lo previsto en este Título*”.

Además, el desistimiento puede pactarse en cualquier tipo de contratos (incluidos los presenciales) a iniciativa del empresario, pasando a formar parte de éstos, e, incluso en los casos en que esté legalmente

---

<sup>153</sup> Vid. *infra*, 4.5.1 y 4.5.3.

<sup>154</sup> Vid. artículo 68. (Contenido y régimen del derecho de desistimiento). 2. “*El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato*”.

previsto, siempre que se mejoren las condiciones reguladas por la Ley. No obstante, el legislador español ha impuesto dos límites en materia de derecho de desistimiento contractual (art. 79 TRLGDCU): el primero es la prohibición de indemnizar al empresario por el desgaste o deterioro del bien y el segundo, la prohibición del pago de anticipos del consumidor al empresario. En este sentido, CAVANILLAS MÚGICA refiriéndose al desistimiento no regulado por la Ley, aclara que si el empresario otorga al consumidor el derecho a desistir del contrato en condiciones menos favorables, como sería la reducción del plazo de 14 días naturales o exigir anticipos, durante el periodo de desistimiento, no deben considerarse cláusulas abusivas, siempre y cuando no afecten a las limitaciones mencionadas<sup>155</sup>.

Este derecho contractual de desistimiento está muy difundido en la práctica comercial, como prueba la célebre frase que emplean los establecimientos comerciales “si no queda satisfecho le devolvemos su dinero”<sup>156</sup>; además de no estar sujeto a condición alguna más allá de su simple alegación. Si el legislador impusiera mayores límites a la autonomía de la voluntad en este caso, en vez de proteger al consumidor se volvería en su contra, debido a que el comerciante no otorgaría previsiblemente un derecho contractual de desistimiento que le perjudicara, desincentivando de esta manera el flujo comercial<sup>157</sup>.

Por otra parte, debemos aclarar que antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores, para una parte de la doctrina, el artículo 68 TRLGDCU no desplazaba a la regulación del desistimiento que con carácter general se preveía en el artículo 10 LOCM, el cual regulaba

---

<sup>155</sup> Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias”, *Ar. Civ*, núm. 1, 2008, pág. 2156; en la misma línea: DIÉGUEZ OLIVA, R., “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, *Revista para el análisis del Derecho: InDret*, núm. 9, 2009, en: <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 17-XII-2009]; EVANGELIO LLORCA, R., “¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)”, *RDP*, núm. 95, Julio-Agosto 2011, págs. 44-45.

<sup>156</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 877.

<sup>157</sup> Cfr. NIETO MELGAREJO, P., *El derecho de desistimiento en la contratación electrónica...*, *op.cit.*, pág. 427.

ciertos aspectos de su ejercicio, como el plazo para ejercer el desistimiento, en caso de que en el contrato no se hubiere señalado<sup>158</sup>. En cambio, para otro sector doctrinal, su ámbito de aplicación era discutible, poniendo de manifiesto sólo se aplicaba, a las compraventas a prueba y a las ventas de conformidad sometidas a condición suspensiva<sup>159</sup>. Para un tercer grupo, las reglas contempladas en el artículo 10 LOCM, se aplicaban supletoriamente en caso de no existir previsión legal o contractual específica<sup>160</sup>. Sin embargo, hoy en día, tal problemática se encuentra superada, ya que la Disposición final segunda de la Ley de Consumidores del año 2014, en su punto dos modifica la redacción del artículo que venimos comentando, quedando redactado de la siguiente forma: “Artículo 10. *Derecho de desistimiento. Para el ejercicio del derecho de desistimiento se estará a lo dispuesto por el artículo 71 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*”.

El actual artículo 79 TRLGDCU establece las reglas del derecho contractual de desistimiento. En materia de contratación electrónica existen los códigos de conducta, los cuales mejoran la protección del consumidor en diversos aspectos, como el derecho de desistimiento. De esta manera, un gran número de empresas que se dedican al comercio electrónico se encuentran adheridas a códigos de conducta. Esto en

---

<sup>158</sup> Cfr. MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario al artículo 10 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, en Arimany, Manubens y Asociados., (Coords.): *Ordenación del comercio minorista, comentarios a la ley 7/1996 y a la ley orgánica 2/1996, ambas de fecha de 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, pág. 96: [...] “el precepto regula la indemnización que, en su caso, debe abonar el comprador por el ejercicio de tal derecho y el plazo de que, en efecto de previsión legal expresa o de pacto, dispone el comprador para desistir. El artículo 10, por tanto, no *reconoce* el derecho de desistimiento, sino que lo regula”. En la misma línea: ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 209 y DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 10 de la LOCM”, en PIÑAR MAÑAS, J., y BELTRAN SÁNCHEZ, E., (Dirs.): *Comentarios a la ley de ordenación de comercio minorista y a la ley orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 98, nota al pie, núm. 16.

<sup>159</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R y LEGUINA VILLA, J., (Coords): *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 714.

<sup>160</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J. R., “La contratación con consumidores”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de Contratos, Vol. II.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 1498.

relación al cumplimiento en lo dispuesto en la LSSI (art. 18) y la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios* (art. 37)<sup>161</sup>. Volveremos sobre el tema de los códigos de conducta<sup>162</sup>.

En la práctica, y en desarrollo de estas mejoras contractuales del derecho legal de desistimiento, existen empresas que son más generosas, al conceder al consumidor el plazo de un año para desistir; tal es el caso de la empresa DEMARTINA dedicada a la venta de juguetes, y que se encuentra adherida al código de conducta confianza *online*. Dentro de sus condiciones generales punto 8 aclara:

“Estimad@cliente, si usted no está conforme con el/los productos adquiridos, ya los tenía, se ha confundido en su compra o simplemente no los quiere, si aún no lo ha abierto y conserva su embalaje original, sólo tiene que seguir los siguientes pasos.

1. Avísenos antes de 1 año desde que recibió el producto.

2. Cómo avisarnos:

Por teléfono en el 902 955 865

Por mail en: [atencionclientes@demartina.com](mailto:atencionclientes@demartina.com)

3. Que decirnos por teléfono o mail:

Sólo su número de pedido, el resto de los datos ya lo obtendremos nosotros para que usted no tenga molestias adicionales

Una vez que usted nos ha avisado de su intención de devolver su compra o parte de ella, lo siguiente que tendría que hacer es:

---

<sup>161</sup> En relación con lo anterior, *vid.*, punto 20 de la Exposición de Motivos de la *Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales desleales* cuando aclara: “Debe otorgarse un papel a los códigos de conducta, que permiten a los comerciantes aplicar los principios de la Directiva de forma eficaz en ámbitos económicos específicos. En los sectores en que existan requisitos obligatorios específicos que regulen la conducta de los comerciantes, es oportuno que tales requisitos proporcionen igualmente elementos de juicio sobre la diligencia profesional en dicho sector. El control ejercido por los responsables de los códigos a escala nacional o comunitaria para eliminar las prácticas comerciales desleales puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales, por lo que se debe fomentar. Con objeto de obtener un nivel elevado de protección del consumidor, se podría informar a las organizaciones de consumidores de la elaboración de códigos de conducta y asociarlas a su redacción”. *Vid.* Exposición de Motivos de la *Directiva 2008/122/CE, de tiempo compartido* en su punto 22 cuando señala: “Los Estados miembros deben velar por que los consumidores sean efectivamente informados de las disposiciones nacionales por las que se transpone la presente Directiva y han de animar a los comerciantes y a los responsables de los códigos a que informen a los consumidores sobre sus códigos de conducta en esta materia. Con objeto de obtener un nivel elevado de protección de los consumidores, se podría informar a las organizaciones de consumidores de la elaboración de códigos de conducta y asociarlas a su redacción”.

<sup>162</sup> *Vid. infra*, 3.7.



1. Señalar en el albarán de la compra los productos a devolver, en caso de no encontrar dicho albarán se lo podremos facilitar nuevamente.
2. Enviarnos el/los productos a devolver en un plazo no superior a 30 días desde la fecha que usted nos avisó de su intención de devolver los productos.
3. Debe empaquetar los productos en la misma caja protectora que los recibió o en una de similares características.
4. Incluir dentro el albarán.
5. Enviarlo por mensajería a la siguiente dirección:  
deMartina  
C/ Parsi Dos, 28 41016, Sevilla  
Debe tener en cuenta que los gastos de devolución correrán por parte suya”.

“Devolución de los importes

1. Tras recibir los productos devueltos, comprobaremos que estos se encuentran en perfectas condiciones para su posterior venta, por eso recomendamos a nuestros clientes que no manipulen el precintado de los productos que van a devolver.
2. Devolveremos los importes de los productos devueltos, pero no de los gastos derivados de la manipulación, gestión de cobros o envíos.
3. Aunque la ley estipule un plazo de 30 días para la devolución de los importes, nosotros procuramos realizarlos en un máximo de 48 horas (días laborables).
4. Si el producto fue abonado con Tarjeta de Crédito, el abono se realizará en la misma.
5. Si el producto fue abonado contra reembolso, le pediremos nos envíe por mail un número de cuenta bancaria, cuyo titular sea el mismo que realizó el pedido, y procederemos a ingresarle las cantidades”<sup>163</sup>.

Ahora bien, retomando el tema de los costes, plazos y gastos, en el ejemplo que venimos comentando, como se puede ver, la empresa en el punto 3 de la devolución de los importes señala que no se devolverán los gastos derivados de la manipulación, gestión o cobro de envíos, lo cual consideramos válido, ya que no contraviene la normativa vigente. De esta manera, el consumidor deberá atenerse a lo previsto en el documento de desistimiento comercial (o a lo afirmado en la publicidad) para poder ejercer los derechos que le conceda, teniendo presente que el plazo para ello, conforme a la Ley, es de 14 días naturales tras la celebración del contrato para el caso de los servicios, y 14 días naturales después de haber recibido el bien.

---

<sup>163</sup> Referencia tomada en: <http://www.demartina.com/ayuda/condiciones-generales-venta-n-116.html>. [Con acceso el 29-VI-2014].

Sin embargo, hay empresas que no admiten devoluciones que no vengan en su embalaje original y con el producto en perfecto estado y sin que haya sido usado. Este es el caso de la empresa Baroli, la cual se dedica a la venta de relojes de pulsera, dentro de sus condiciones generales de la contratación estipula la siguiente cláusula: “*De acuerdo con la ley del 15/1/96/número 7/1996 no se admitirán devoluciones que no vengan en su embalaje original y con el producto en perfecto estado y sin que haya sido usado*”<sup>164</sup>.

Tal disposición es criticable, pues como señalamos en su momento, las relaciones entre empresario y consumidor-usuario, se regirán por el TRLGDCU y no por la LOCM, la cual ha sido derogada por lo que toca al derecho de desistimiento en los contratos a distancia, por la Ley de consumidores del año 2014. Además, la ley en ningún momento aclara que el consumidor al momento de ejercer su derecho de desistimiento, deba entregar el bien en su embalaje original, razón por la cual, tal cláusula debería ser nula (art. 86 TRLGDCU). Asimismo, la empresa podría ser sancionada con una infracción grave, la cual oscilaría entre los 30.001 hasta 150.000 euros; puesto, que con este tipo de prácticas desleales se obliga coacciona al consumidor a no ejercer su derecho de desistimiento que le asiste.

En definición, y frente a otras prácticas, la empresa DEMARTINA por brinda información *fácil, gratuita y directa*, características que deben cumplirse en materia de contratación electrónica, tal y como señalaremos en otra parte del presente trabajo<sup>165</sup>. De esta forma se da cumplimiento a lo que en repetidas ocasiones el TJCE ha declarado en diversas sentencias: Concepto de “*consumidor normalmente informado, razonable, atento y perspicaz*”.

---

<sup>164</sup> Referencia tomada en: <http://www.baroli.es/ayuda/ayuda.php>. [Con acceso el 29-VI-2014].

<sup>165</sup> *Vid. infra*, 3.4.3.

### **2.2.5. Otros supuestos de desistimiento en el ámbito de consumo**

A nivel comunitario, existen Directivas que prevén en su regulación un derecho de desistimiento, el cual puede tener diferentes fundamentos, como tendremos ocasión de comprobar en las siguientes líneas. Sin embargo, todos estos supuestos comparten las características vistas en el epígrafe anterior, es decir, se trata de un derecho discrecional, es irrenunciable para el consumidor, su ejercicio tiene carácter temporal, impera la libertad de forma para su ejercicio, es una declaración de voluntad recepticia, sin penalización alguna para el consumidor, su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado y pueden tener su origen tanto legal como contractualmente. Ejemplo de lo anterior lo encontramos en las siguientes materias: contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, contratos de servicios financieros a distancia, contratos de crédito al consumo, contratos de venta de bienes muebles y contratos de aprovechamiento por turno.

A continuación, hablaremos de manera general del derecho de desistimiento previsto por los contratos mencionados.

#### **2.2.5.1. El derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil**

La *Ley 26/1991, de 21 de noviembre*, la cual tuvo como objetivo principal elevar el nivel de protección del consumidor ante el creciente fenómeno de la contratación en masa<sup>166</sup>, en su artículo 6 confundía el término “revocación” con el de “desistimiento”. Sin embargo, tal y como vimos líneas arriba cuando hablamos de los diferentes tipos de ineficacia contractual, no son lo mismo<sup>167</sup>. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, el consumidor puede poner fin a la relación

---

<sup>166</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L. Ma., *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: su caracterización en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 29-30.

<sup>167</sup> Vid. *supra*, 2.1.4.

contractual, dentro del plazo legal (o convencionalmente previsto) sin necesidad de alegar causa alguna (*ad nutum*) ni exigírsele penalización.

Con la entrada en vigor de la refundición de la Ley de Consumidores, la citada normativa pasó a formar parte de los artículos 102-108 TRLGDCU. Tal y como vimos, el TRLGDCU delimita su ámbito de aplicación a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores. De esta manera sólo la persona física o jurídica que se encuadre dentro del concepto de consumidor (art. 3) podrá gozar del derecho de desistimiento que otorga el TRLGDCU para este tipo de contratos.

El derecho de desistimiento previsto en esta normativa, tiene como finalidad evitar “el peligro típico de que la situación de sorpresa sea aprovechada por un oferente con mala intención para inducir al cliente a celebrar un contrato que en realidad no desea celebrar”<sup>168</sup>. Por ello, el deber de información cobra importancia en este tipo de contratos, de ahí que el artículo 100.1 TRLGDCU contempla la acción de anulabilidad del contrato al consumidor, en caso de que el empresario incumpla su deber de información, salvo que tal falta sea responsabilidad del consumidor. En esta línea el artículo 60 TRLGDCU regula detalladamente la información precontractual que debe proporcionar el empresario al consumidor. Entre el contenido de la información a suministrar destaca la relativa a la “existencia del derecho de desistimiento, el plazo y la forma de ejercitarlo”. Tal información deberá ser proporcionada antes de la celebración del contrato, además deberá ser suministrada de manera clara, comprensible, sencilla y completa (art. 80.1 a TRLGDCU).

Asimismo, el TRLGDCU (arts. 69.1 y 97.4) obliga al empresario a entregarle un documento de desistimiento al consumidor. En el mismo deberá constar, la identificación de la persona a quien debe enviarse dicho documento, los del contrato y los contratantes a los que se refiere. Además deberá adecuarse a la técnica de comunicación empleada en el contrato, ya sea en soporte papel o soporte duradero, tal y como se encuentra previsto en el anexo 1 del TRLGDCU, en donde se establece

---

<sup>168</sup> BECKER, R y GARCÍA VICENTE, J. R., “Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio...,” *op.cit.*, pág. 914.

un formulario de desistimiento, para que el consumidor pueda desistir de manera *on-line*. Sin embargo, el consumidor puede ejercer su derecho de desistimiento por cualquier forma admitida en derecho<sup>169</sup>.

El incumplimiento del deber de informar sobre el derecho de desistimiento para este tipo de contratos, tiene consecuencias graves, por ejemplo, la nulidad del contrato (art. 100.1 TRLGDCU) a instancias del consumidor, o la ampliación del derecho a desistir del contrato en el periodo de un año (art. 105.1 TRLGDCU).

El TRLGDCU, como vimos, parte de que el desistimiento del consumidor opera respecto de un contrato ya perfeccionado por el concurso de la oferta y de la aceptación de las partes, por tanto se deja sin efecto un contrato válidamente celebrado. Por ello, antes de que venza el plazo para ejercer el desistimiento el contrato existe y de él surgen obligaciones para ambas partes par. Así, el artículo 74.1 TRLGDCU regula la restitución recíproca de las prestaciones realizadas. No obstante, tratándose de contratos de prestación de servicios, el efecto típico restitutorio no siempre concurrirá, dada la imposibilidad de restituir un servicio ya prestado. Sin embargo, cuando el servicio contratado no se haya prestado totalmente, se puede ejercitar el derecho de desistimiento, pero sólo en relación con el importe de la parte proporcional del servicio prestado parcialmente.

De esta manera se deben distinguir distintas hipótesis en cuanto al cumplimiento de la restitución recíproca de prestaciones<sup>170</sup> que incumben a las partes una vez ejercido el derecho de desistimiento por el consumidor.

---

<sup>169</sup> *Vid. infra*, 4.3.

<sup>170</sup> La remisión a los artículos 1.303 y 1.308 por parte del artículo 74 TRLGDCU tiene como fin principal la restitución recíproca de las prestaciones, refiriéndose los preceptos antes mencionados a las consecuencias de la nulidad y anulabilidad. Sin embargo como señala DOMÍNGUEZ LUELMO, “en los mismos se contiene el régimen general aplicable a cualquier supuesto de restituciones debidas por decaimiento del título contractual que sirvió de base a las atribuciones patrimoniales cuya reversión se pretende” [...] señala el mismo autor: “parece claro por tanto que, tras el ejercicio del derecho de desistimiento, de lo que se trata es de colocar a las partes en la misma situación que tendrían de no haberse celebrado el contrato. Ello es evidente si tenemos en cuenta que, además de la referencia a frutos e intereses, dentro de las consecuencias del desistimiento se regula también lo referente a los riesgos (art. 75 TRLGDCU), problemas todos ellos que deben ser resueltos siempre que alguna norma imponga un deber de restitución” (DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentarios a los artículos 68-79 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, págs. 660-661).

1. Si estamos ante la compra de un bien o contratación de un servicio. El TRLGDCU remite al régimen general del CC regulado en los artículos 1.303 y 1.308 relativos a la nulidad del contrato. No obstante, el consumidor no tendrá que desembolsar gasto alguno por la disminución de estos cuando sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado, o por el uso del servicio.

2. Si nos encontramos ante el supuesto de que el empresario haya comenzado a ejecutar la prestación de un servicio siendo ésta continuada o de tracto sucesivo el consumidor tendrá la obligación de pagar la parte proporcional del servicio prestado hasta el momento (art. 108.3 TRLGDCU).

Además, como consecuencia de la extinción de la relación obligatoria, el TRLGDCU prohíbe la penalización del derecho de desistimiento en relación con su ejercicio (art. 73 TRLGDCU). En esta línea es importante señalar que la norma prohíbe al empresario exigir pago alguno en dos supuestos: *a)* si no se demuestra que le ha facilitado la información prevista en el artículo 69; y *b)* si inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el periodo de desistimiento (art. 112 y art. 108.4 a 1 y 2 TRLGDCU).

A todas luces se trata de un auténtico derecho de desistimiento el regulado para los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, por las siguientes razones: el consumidor al momento de ejercitar el desistimiento no tiene porqué alegar causa o motivo alguno (art. 68.1), es irrenunciable para el consumidor y usuario (art. 10 TRLGDCU), su ejercicio tiene carácter temporal (14 días naturales, art. 104 TRLGDCU), existe libertad de forma para su ejercicio (art. 70 TRLGDCU), se trata de una declaración de voluntad recepticia (art. 68.1 TRLGDCU), sin penalización alguna para el consumidor, además su ejercicio determina la extinción del contrato.

Cabe señalar, por último que, la DDC rompe con el criterio establecido en la sentencia *Heininger*, la cual era contraria a la doctrina *Hamilton*, en cuanto a la infracción del deber de información del derecho de desistimiento por parte del empresario en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantiles; ya que como veremos, la actual

normativa amplía el plazo para desistir a un año (art. 105 TRLGDCU) cuando el empresario incumpla con el deber de información que le corresponde, de esta manera se desechan por completo los criterios de las sentencias mencionadas líneas arribas<sup>171</sup>.

### **2.2.5.2. El derecho de desistimiento en los contratos de servicios financieros a distancia y seguros**

Por lo que corresponde a nuestro objeto de estudio, la *Directiva 2002/65/CE*<sup>172</sup>, de servicios financieros en su artículo 6.1 prevé el derecho de desistimiento confundiéndolo con la figura de la “rescisión”<sup>173</sup>: “*los Estados miembros velarán porque el consumidor disponga de un plazo de 14 días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna sin embargo, dicho plazo deberá ampliarse hasta 30 días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida contemplados en la Directiva 90/619/CEE y jubilaciones personales*”.

Originalmente este derecho se encontraba regulado en el artículo 4 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores de 26 de marzo de 1999<sup>174</sup>. Durante la discusión de esta propuesta en su punto C se previó el cómputo para desistir en un plazo de 14 días, con el fin de que el consumidor pudiera

---

<sup>171</sup> Vid. *infra*, 4.2.3.

<sup>172</sup> Vid. Texto completo de la *Directiva 2002/65/CE*, en DOCE núm. L 271, de 9-IX-2002.

<sup>173</sup> Vid. SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas Tecnologías*, núm. 25, 2011, pág. 22: “En cuanto a la denominación de este derecho opta la Ley 22/2007, de 11 de julio, por la de “derecho de desistimiento”, al igual que la LOCM y el TRLGDCU, a pesar de la variada terminología empleada en la legislación española y la comunitaria, mientras la 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 destinados a los consumidores, de la que es transposición aquélla, prefiere la de “derecho de rescisión”.

<sup>174</sup> Vid. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por las que se modifican las Directivas 98/27/CE y 97/7/CEE del parlamento Europeo y del consejo, COM (98), 468 final de 26 de marzo de 1999, disponible en: <http://eurlex.europa.eu/es/index.htm>. [Con acceso el 14-XII-2009].

examinar con la suficiente antelación la oferta objeto del contrato antes de su celebración. En relación con esto se realizó la siguiente pregunta en el anexo 3, referente al derecho de desistimiento: ¿Considera el Consejo que es adecuado en principio el sistema, propuesto por la Comisión en los artículos 3 y 4 de la propuesta de Directiva, de combinar un periodo de reflexión normal y un derecho de desistimiento excepcional para determinadas circunstancias, o que es preferible establecer, de forma paralela a la *Directiva general 97/7/CE sobre contratos a distancia*, un derecho general de desistimiento que habría aún que determinar con más detalle en el ámbito de aplicación, los requisitos, las excepciones y otras condiciones?

La respuesta que se adoptó fue, como mencionamos anteriormente, la de un periodo de reflexión de 14 días contemplado en el artículo 6 de la actual Directiva de servicios financieros, ya que la Comisión consideró en su momento que antes de la celebración de un contrato se hubieran comunicado todas las condiciones del mismo al consumidor y que este dispusiera de tiempo suficiente para adoptar una decisión al respecto y evitar de esta manera un consentimiento mal informado. Sin embargo, el plazo de 14 días se amplía a 30 días naturales para el caso de contratos relacionados con seguros de vida contemplados en la *Directiva 90/619/CEE y jubilaciones personales* (cfr., art. 6).

Cabe hacer a nuestro criterio dos observaciones importantes a la *Directiva de servicios financieros*. Por una parte, el legislador comunitario no previó una ampliación del plazo ni sanción alguna en el caso de incumplimiento de la información precontractual, incluyendo el derecho de desistimiento, dejándose a los Estados miembros la decisión de imponer las sanciones que consideren penitentes<sup>175</sup> (cfr., art. 12.2). Por otro lado, la precisión terminológica no es la adecuada porque confunde la figura de

---

<sup>175</sup> Así España, que regula este tipo de relaciones contractuales mediante la *Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*. Prevé sanciones administrativas en el artículo 18 cuando el proveedor del servicio incumpla la obligación de información al no proporcionársela al consumidor. Subsidiariamente se aplicara la Ley de servicios de la sociedad de la información (Ley 34/2002) que en su artículo 38 tipifica las sanciones clasificándoles de graves, muy graves y leves, las cuales varían dependiendo del incumplimiento.



la rescisión con el derecho de desistimiento, cuando ambas figuras son totalmente diferentes, como ya hemos tenido ocasión de demostrar.

La incorporación de esta norma al ordenamiento jurídico español se produjo a través de la *Ley 22/2007*, cuyo artículo 10 atribuye al consumidor la facultad de desistir del contrato aunque establece algunas excepciones a las cuales no se aplicará tal derecho<sup>176</sup>.

Para la doctrina, la justificación del desistimiento en este tipo de contratos se debe a que el consumidor “normalmente no cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios, además, las complejidades técnicas, la ausencia de conocimientos, el elevado coste de los servicios financieros y los riesgos que conlleva este tipo de contratación justifican es establecimiento del derecho de desistimiento del consumidor en este ámbito”<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> Artículo 10.2 de la *Ley 22/2007*: “El derecho de desistimiento no se aplicará a los contratos relativos a : a. servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda, ejercerse el derecho de desistimiento entre ellos, las transacciones sobre: 1. Operaciones de cambio de divisa, 2. Instrumentos de mercado monetario, 3. Valores negociables, 4. Participaciones en instituciones de inversión colectiva, 5. Contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo, 6. Contratos financieros de futuros sobre tipos de interés, 7. Contratos de permuta sobre tipos de interés, sobre divisas o los ligados a un índice relacionados en los anteriores guiones, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen divisas y sobre tipos de interés de mercado, 8. Contratos referenciados a índices, precios o tipos de interés de mercado, 9. Contratos vinculados, en los que, al menos, uno de los negocios jurídicos suponga una transacción de las mencionadas en los guiones anteriores. A los efectos de esta Ley, se considerarán contratos vinculados aquellos negocios jurídicos complejos resultado de la yuxtaposición de dos o más negocios jurídicos independientes, en los que, como resultado de esa yuxtaposición, la ejecución de uno dependa de la de todos los demás ya sea simultánea o sucesivamente”.

<sup>177</sup> RICO CARRILLO, M., “El derecho de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros”, *RCE*, núm. 108, 2009, pág. 8; en la misma línea, MAYORGA TOLEDANO, M. C., “La protección del consumidor en la contratación electrónica bancaria”, en, MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 273-274: “La adopción expresa de la teoría de la emisión contribuye a la uniformidad de aplicación por los Estados y supone refrendar la interpretación que la mayoría de la doctrina daba al régimen del desistimiento previsto en la Directiva 97/7, dado que el legislador aquí no se pronuncia al respecto (ni en la LOCM ni ahora en el TRLGDUC). Es la primera vez que una Directiva comunitaria (Directiva 2002/65) regula sobre cuándo una comunicación electrónica produce efectos”; GUIASADO MORENO, Á., “Contratación a distancia de servicios financieros. La protección del consumidor”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 78, marzo 2010, en: <http://vlex.com>. [Con acceso el 24-VI-2010]: [...] “sorprendente, por cuanto que la LCDSFDC, al regular el derecho de desistimiento, parece introducir implícitamente y como de soslayo un nuevo criterio de perfección del contrato, eso sí, para el específico ámbito de los servicios financieros. El criterio que ahora se acoge (el de envío o emisión) resulta mucho más adecuado que las soluciones múltiples y desordenadas ofrecidas por el art. 54 del Código de Comercio para determinar el momento de perfección de los

La Ley de servicios financieros no se incorporó al Texto Refundido en el año 2007, por lo que no le serán de aplicación directa las reglas contenidas en los artículos 68 a 79 TRLGDCU, aunque tales previsiones se aplican subsidiariamente: por ejemplo, en la *Ley 22/2007* no se prevé la obligación de la entrega de un documento de desistimiento al consumidor, razón por la cual se tendrá que recurrir a lo previsto en el artículo 69.1 del TRLGDCU<sup>178</sup>. El derecho de desistimiento previsto para los servicios financieros dista mucho de la regulación establecida en el TRLGDUC, prueba de ello son las sanciones por el incumplimiento del deber de información. En tanto que en el TRLGDCU se amplía a un año el plazo para desistir del contrato en caso de incumplimiento de la información por parte del empresario, en la Ley de servicios financieros el plazo no tiene límite de tiempo para que el consumidor ejerza el derecho de desistimiento, cuando el proveedor no le proporciona información contractual del desistimiento<sup>179</sup>.

Otro de los aspectos importantes que regula la Ley de Servicios financieros es el relativo al momento de ejercicio del desistimiento, ya que ésta se aleja de las tradicionales leyes que lo regulan, particularmente de la regla de la recepción (a semejanza de la perfección del contrato), acogiendo la teoría de la expedición, favoreciendo al consumidor. No obstante de él dependerá la carga de la prueba del envío, y será su sistema electrónico el que recogerá la información completa relativa a la

---

contratos a distancia”; MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del Usuario en el Contrato Bancario Electrónico*, Revista Aranzadi de Derecho y nuevas Tecnologías, (monográfico), Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 202, especialmente nota: 516, quien señala que esta regla tiene su origen en la doctrina *Heininger*, plasmada por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

<sup>178</sup> Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia...,” *op.cit.*, pág. 27.

<sup>179</sup> Cfr. VIERA GONZÁLEZ, A, J., “Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, sección: aspectos generales de la contratación, la contratación bancaria, octubre 2007, *vLex*, en: <http://vlex.com/vid/39068183>. [Con acceso el 24-VI-2010]; RICO CARRILLO, M., “El derecho de desistimiento...,” *op.cit.*, pág. 18: “El inicio del cómputo del plazo para ejercer este derecho varía según las circunstancias que rodean la contratación. Si el consumidor ha recibido la información previa y las condiciones contractuales, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contarse desde el día de la celebración del contrato. Si el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información previa, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contar el día en que reciba la citada información, tal como lo establece el párrafo tercero del artículo 10.1 de la LCDSFC”. En términos parecidos se expresa: BELUCHE RINCÓN, I., “Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato”, *Diario la Ley*, núm. 7182, 2009.

salida de su esfera de control del mensaje de datos enviado”<sup>180</sup>. De esta manera el artículo 10.3 de la *Ley 22/2007*, en concordancia con la *Directiva 2002/65* artículo 6.6 adopta la teoría de la expedición en cuanto al derecho de desistimiento<sup>181</sup>.

Al igual que en materia de contratos a distancia o contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles el derecho de desistimiento otorgado en este tipo de contratos al consumidor no reviste forma alguna en particular, como se desprende de la lectura del artículo 10.3 de la *Ley 22/2007*, el cual aclara: “se considerará que la notificación ha sido hecha dentro del plazo si se hace en un soporte papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo”. De esta manera, podemos señalar que el consumidor al ejercer su desistimiento lo tiene que realizar en tiempo y forma, es decir dentro del plazo y de una forma tal que quede constancia de su acto, por lo tanto, queda descartada la posibilidad de un desistimiento verbal, tampoco parece exigible el desistimiento que revista forma *ad solemnitatem* en escritura pública, pues como vimos líneas arriba, una de sus características es la libertad de forma para su ejercicio, tampoco caben pactos que en la práctica impidan ejercer el ejercicio del derecho de desistimiento<sup>182</sup>.

Ahora bien, ¿qué pasa cuando no se entregue al consumidor la información contractual y la relativa al derecho de desistimiento? Ante tal situación la normativa contempla dos soluciones: la primera consiste en

---

<sup>180</sup> RICO CARRILLO, M., “El derecho de desistimiento...,” *op.cit.*, pág. 20.

<sup>181</sup> Artículo 6.6 de la *Directiva 2002/65* estipula [...]: “Cuando el consumidor ejerza su derecho de rescisión, lo notificará antes de expirar el plazo correspondiente, con arreglo a las instrucciones que se hayan dado de conformidad con lo dispuesto en la letra d) del punto 3 del apartado 1 del artículo 3, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación y que sea conforme al Derecho nacional. Se considerará que la notificación ha sido hecha dentro del plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo”. En términos similares se expresa la *Ley 22/2007* de comercialización a distancia en su artículo 10.3 [...] “El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento lo habrá de comunicar al proveedor en los términos previstos por el contrato, antes de que finalice el plazo correspondiente, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación de cualquier modo admitido en Derecho. Se considerará que la notificación ha sido hecha dentro del plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo”.

<sup>182</sup> Cfr. SIRVENT GARCÍA, J., “El desistimiento del consumidor en los contratos a distancia de servicios financieros”, en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 518.

que el cómputo para desistir del contrato no caduca (art. 10.1 de la Ley 22/2007); de esta manera se adopta el criterio de la sentencia *Heininger*. Asimismo, el consumidor puede pedir la anulabilidad del contrato (art. 9.4 de la Ley 22/2007). Esto con independencia de las sanciones administrativas, las cuales pueden ser leves, graves o muy graves. Además, cuando la contratación se hubiere realizado por medios electrónicos, será de aplicación la LSSI, la cual señala que en caso de infracciones muy graves, en caso de que el PSSI realice prácticas comerciales desleales, se le suspenderá temporalmente y, en su caso, cierre provisional de sus establecimientos (art. 41. a) LSSI).

Otra de las medidas del legislador comunitario en materia de servicios financieros ha sido la de regular el derecho de desistimiento en los *contratos de seguros*. Esta materia se encuentra regulada a nivel nacional en la Ley 50/1980, de 8 de octubre de 1980, de contrato de seguro, previendo en su artículo 83.a un derecho de desistimiento a favor del tomador del seguro, durante el periodo de 30 días posteriores a la fecha en la que el asegurador le entregue la póliza de vida. Al igual que para los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles en materia de contratos de seguros se sigue la teoría de la expedición, con el fin de determinar la fecha en la cual se ejerció.

No obstante, con la entrada en vigor de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, las normas contenidas en la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, en materia de seguros de contratos a distancia pasaron a formar parte de la Ley 22/2007, de 11 de julio (arts. 7 a 10). Al igual que lo que ocurre en contratos de servicios financieros a distancia, en materia de contratos de seguro el proveedor deberá antes de la celebración del contrato proporcionar al usuario la información precontractual y la relativa al derecho de desistimiento, esto de acuerdo con el artículo 60<sup>183</sup> del R/D 6/2004, de 29 de octubre, por el que se

---

<sup>183</sup> Artículo 60.1: “Antes de celebrar un contrato de seguro, la entidad aseguradora deberá informar al tomador sobre el Estado miembro y la autoridad a los que corresponde el control de la actividad de la propia entidad aseguradora, extremo que

aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados<sup>184</sup>. El plazo que le otorga la ley al asegurado es de 30 días. Para el caso de que el tomador de seguro no proporcione al asegurado la información antes mencionada el plazo para desistir del contrato comienza hasta que se notifique la información<sup>185</sup>.

Como hemos visto a lo largo de las presentes líneas el derecho de desistimiento opera sobre un contrato perfecto, razón por la cual el principal efecto del ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor u usuario es la extinción de la relación obligatoria lo que implica la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones. Ello se refleja en el artículo 11 de la Ley 22/2007, el cual prevé diversas hipótesis:

a) *“Si el consumidor ejerce el derecho de desistimiento y ha utilizado parte del servicio, tiene la obligación de pagar parte del servicio prestado”*<sup>186</sup>.

b) *“Si el contrato se ha ejecutado de manera total o se ha iniciado su ejecución, pero el proveedor del servicio incumplió con la obligación de informar el derecho de desistimiento, el consumidor u usuario no tiene la obligación de realizar pago alguno, por lo cual, el proveedor debe devolverle el precio pagado por el servicio”*.

c) *“Para el caso de que el contrato se haya ejecutado totalmente a petición expresa del consumidor la Ley 22/2007 en su artículo 10.2 exime al proveedor de responsabilidad por lo que toca al derecho de desistimiento”*.

El proveedor tiene la obligación de devolver las cantidades pagadas dentro de un plazo máximo de 30 días naturales, plazo que también se

---

*deberá, asimismo, figurar en la póliza y en cualquier otro documento en que se formalice todo contrato de seguro”*.

<sup>184</sup> Para una visión más específica de la contratación seguros en Internet, *vid.* RICO CARRILLO, M., “La contratación de seguros en Internet”, en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, especialmente, págs. 347-349; CAMACHO PEREIRA, C., “Reflexiones sobre el ejercicio del derecho de desistimiento en la contratación electrónica de seguros por consumidores”, en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, 2010, Madrid, págs. 415-433.

<sup>185</sup> *Cfr.* MEDRANO MARTÍNEZ, E., “Comercialización e información a través de Internet”, en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, 2010, Madrid, págs. 412; CAMACHO PEREIRA, C., “Reflexiones sobre el ejercicio del derecho de desistimiento...”, *op.cit.*, pág. 423.

<sup>186</sup> *Vid.* RICO CARRILLO, M., “El derecho de desistimiento...”, *op.cit.*, pág. 22.

aplica analógicamente cuando el consumidor tenga la obligación de pagar la parte proporcional del servicio prestado<sup>187</sup>.

Al igual que el artículo 77 TRGLDCU, la *Ley 22/2007* en su numeral 10.4 prevé los efectos en los contratos vinculados. Con este tipo de reglas se pretende evitar que al consumidor se le imponga cláusula penal alguna por haber desistido del contrato, pues como mencionamos una de las características del derecho de desistimiento es la de la gratuidad.

El derecho de desistimiento contemplado en los contratos de servicios financieros comparte las características del desistimiento objeto de nuestro estudio. Se trata, por lo tanto de un ejemplo más, con las oportunas adaptaciones en función del objeto y la posición del consumidor, del derecho de desistimiento, tal cual venimos estudiando.

### **2.2.5.3. El derecho de desistimiento en los contratos de crédito al consumo**

Por lo que corresponde a nuestro objeto de estudio, la hoy derogada *Directiva 87/102/CEE*<sup>188</sup> en materia de crédito al consumo, en el artículo 8 declaraba: “*el consumidor tendrá derecho a liberarse de las obligaciones que haya contraído en virtud de un contrato de crédito antes de la fecha fijada por el contrato. En este caso, de conformidad con las normas establecidas por los Estados miembros, el consumidor tendrá derecho a una reducción equitativa del coste total del crédito*”. El precepto comentado pasó a formar parte de la *Ley 7/1995, de 23 marzo*, de crédito al consumo (art.10)<sup>189</sup>, la cual contemplaba el derecho de desistimiento denominándolo reembolso anticipado:

---

<sup>187</sup> Vid. SERRA RODRÍGUEZ A, “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia...,” *op.cit.*, pág. 31.

<sup>188</sup> Vid. Texto completo de la Directiva 87/102/CEE (DOCE núm. L 42, de 12-II-1987), en: <http://eurlex.europa.eu/es/index.htm>. [Con acceso el 11-XII-2009].

<sup>189</sup> (BOE núm. 72, de 25-03-1995), en: [http://www.boe.es/diario\\_boe/](http://www.boe.es/diario_boe/). [Con acceso el 24-VI-2010]. Esta Ley tiene por objeto regular los contratos de crédito vinculados con el fin de evitar perjuicios en contra del consumidor cuando participe en una pluralidad de relaciones contractuales. Cfr. MUÑOZ GARCÍA, A., “Crédito al consumo, sección: los contratos de financiación”, octubre 2007, *vLex*, en: <http://vlex.com/vid/39068183>. [Con acceso el 24-VI-2010].

*“el consumidor podrá reembolsar anticipadamente, de forma total o parcial y en cualquier momento de vigencia del contrato, el préstamo concedido. En tal caso, el consumidor sólo podrá quedar obligado a pagar por razón del reembolso la compensación que para tal supuesto se hubiera pactado, que en ningún caso, podrá exceder, cuando se trate de contratos con modificación del coste del crédito, del 1,5 por 100 del capital reembolsado anticipadamente, y por 3 por 100 capital reembolsado anticipadamente, en el caso en que no se contemple en el contrato modificación del coste del crédito, sin que en ningún caso puedan exigírsele intereses no devengados por el préstamo”.*

Sin embargo, al ser una Directiva de mínimos se dejaba al arbitrio de los estados la libertad de regular dicho periodo, lo cual ocasionó una fragmentación jurídica al no haber una uniformidad de plazos para que el consumidor pudiera desistir del contrato. A raíz de esto la Propuesta de Directiva del Crédito al Consumo del año 2002 incluyó de manera expresa en su artículo 11 lo que debía ser un derecho de desistimiento. Asimismo, en la Exposición de Motivos párrafo siete se mencionaron dos temas fundamentales: la competencia y el derecho de desistimiento: *“existen algunos ejemplos de falta de armonización. En efecto, las legislaciones de los estados miembros contienen diferentes procedimientos y plazo de “retractación”, “reflexión” o “anulación” de los contratos de crédito. Estas diferencias en los plazos y los procedimientos crean obstáculos para el prestamista que desea presentar ofertas de crédito en otros estados miembros: este debe observar un plazo de tres días en Luxemburgo, un plazo de siete días en Bélgica, una prohibición de ejecutar el contrato de crédito durante el periodo de retractación en Francia, la obligación de mencionar los plazos y procedimientos en el contrato de crédito, etc. Los desequilibrios legislativos en cuanto a las condiciones en las que un contrato de crédito puede formularse, celebrarse y rescindirse distorsionan la competencia”*<sup>190</sup>.

Ante tal problemática comentada, surge la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo, la cual en su artículo 14.1 señala: *“[e]l consumidor dispondrá de un plazo de 14 días civiles para desistir del contrato de*

---

<sup>190</sup> Vid., texto completo de Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, presentada por el consejo el 11-9-2002 (publicada en DOCE, E núm. 331, de 31-XII-2002).

*crédito sin indicar motivo alguno*". Con esta disposición se llena el vacío legal que existía anteriormente, armonizando el plazo durante el cual el consumidor puede desistir del contrato.

A nivel nacional, el derecho de desistimiento en los contratos de crédito al consumo se encuentra regulado en el artículo 28 de la *Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo*, la cual transpuso la *Directiva 2008/48/CE*. Por otro lado, es necesario aclarar que el derecho de desistimiento del consumidor en los contratos de crédito al consumo, sólo tiene cabida para contratos de crédito al consumo con un valor de 200 euros o superior a 75.000 euros<sup>191</sup>.

La razón de ser del derecho de desistimiento otorgado al consumidor en la actual Directiva se fundamenta en dos principios: 1. La protección del consumidor y 2. La libre competencia, tal y como aclara la Exposición de Motivos de la *Ley 16/2011 de crédito al consumo*<sup>192</sup>.

Al igual que el TRLGDCU y de otras leyes especiales que prevén el derecho de desistimiento, la *Ley 16/2011 de crédito al consumo*, dentro de los deberes precontractuales de información exige al proveedor del servicio la obligación de informar acerca de la existencia o ausencia del derecho de desistimiento (art. 10-o), por lo cual se brinda seguridad jurídica al consumidor en este tipo de contratos.

Dentro de las novedades que se regulan en la *Ley 16/2011 de crédito al consumo*, destaca el inicio del cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento (art. 28.1), el cual comenzará cuando se cumpla cualquiera de las siguientes supuestos: (1) en la fecha de suscripción del contrato de crédito o bien (2) en la fecha en que el

---

<sup>191</sup> Cfr. Artículo 2 inciso C de *Directiva 2008/48/CE*.

<sup>192</sup> Vid. Exposición de Motivos de la Ley comentada en su punto I cuando aclara: "De los informes y consultas sobre la aplicación de esta norma comunitaria se desprende que existen diferencias sustanciales entre las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea en el ámbito del crédito al consumo, debido a que estas, además de utilizar los mecanismos de protección del consumidor previstos en la Directiva, utilizan otros en función de las distintas situaciones jurídicas o económicas nacionales existentes. Estas diferencias entorpecen el funcionamiento del mercado interior y reducen las posibilidades de los consumidores de acogerse directamente al crédito al consumo transfronterizo.

Además de estas consideraciones de homogeneidad de las legislaciones nacionales de contenido económico, es necesario desarrollar un mercado crediticio más transparente y eficaz dentro del espacio europeo para promover las actividades transfronterizas, y garantizar la confianza de los consumidores mediante unos mecanismos que les ofrezcan un grado de protección suficiente".



consumidor reciba las condiciones contractuales y la información recogida en el artículo 10, si esa fecha fuera posterior a la de suscripción.

La normativa comentada adopta el criterio establecido por la sentencia *Heininger*, la cual señaló en su momento que cuando el consumidor no reciba la información relativa al derecho de desistimiento, el plazo para desistir es ilimitado; el mismo criterio lo prevé la *Directiva de servicios financieros a distancia*, tal y como lo vimos. Además, el consumidor puede pedir la anulación del contrato (art. 7.2 de la *Ley 16/2011*), con independencia de las infracciones administrativas previstas en el capítulo II del TRLGDCU, las cuales varían dependiendo del tipo de información que se omite, siendo leves, graves o muy graves (art. 51 TRLGDCU).

Al igual que en la contratación a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, el legislador tanto a nivel comunitario como nacional previeron la libertad de forma en cuanto al ejercicio del derecho de desistimiento en la contratación de crédito al consumo; ello se deja ver en el artículo 28.2-a), en donde se señala lo siguiente: “[...] comunicarlo al prestamista antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, ateniéndose a la información facilitada por este último de acuerdo con la letra p) del apartado 2 del artículo 16, por medios que permitan dejar constancia de la notificación de cualquier modo admitido en Derecho”.

Para que surta efecto deberá notificárselo al prestamista ateniéndose a la información facilitada por éste de acuerdo con el artículo 28.2. Se considera que el consumidor ha respetado el plazo para ejercerlo siempre y cuando la notificación se haya enviado antes de la expiración del plazo ya sea mediante documento papel o soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él (art. 28.2-a), como podemos ver en este tipo de contratos rige la teoría de la expedición en cuanto al momento de eficacia de la notificación del desistimiento, en la misma línea se manifiesta la Directiva de servicios financieros.

En caso de que el consumidor decida ejercer su derecho de desistimiento los efectos serían los siguientes: en primer lugar el consumidor tiene el deber de pagar al prestamista el capital y el interés

acumulado sin ningún retraso indebido, a más tardar en los 30 días de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista (art. 28.2-b), sin embargo, su ejercicio sigue siendo gratuito (art. 73 TRLGDCU).

Segundo y último, en caso de que el prestamista o un tercero preste un servicio accesorio, éste también se extinguirá, situación parecida a la regulada en los contratos vinculados (art. 28.3).

Para finalizar, es importante dejar claro que si el consumidor tiene derecho de desistimiento con arreglo a los apartados anteriores, no se aplicarán los artículos 10 y 11 de la *Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*, ni el artículo 102 TRLGDCU (art. 28.4 de la *Ley 16/2011, de crédito al consumo*).

#### **2.2.5.4. El derecho de desistimiento en la venta a plazo de bienes muebles**

En España la *Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta a plazo de bienes muebles*, constituyó un precedente en la regulación protectora de los consumidores. No se excluía a los adquirientes de bienes de equipo que se integraran en procesos productivos, razón por la cual, tanto, personas físicas y jurídicas gozaban de la protección de esta Ley. Sin embargo, esta Ley se vio derogada por la vigente *Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazo de Bienes Muebles*<sup>193</sup>, siendo de aplicación supletoria la Ley de Crédito al Consumo en todo lo que favorezca al consumidor<sup>194</sup>.

Con la entrada en vigor de la *Ley 16/2011, de 24 de junio de 2011* que transpone la *Directiva 2008/48, de crédito al consumo*, cambia sustancialmente el derecho de desistimiento para este tipo de contratos. De ello hablaremos en las siguientes líneas.

---

<sup>193</sup> Vid. Exposición de Motivos de la *Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazo de Bienes Muebles*.

<sup>194</sup> Vid. El artículo 2 de la *Ley 28/1998*, cuando declara: "Los contratos sujetos a esta Ley que también se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo se regirán por los preceptos de esta última. La presente Ley se aplicará con carácter supletorio a los contratos a que se refiere el párrafo anterior".

Dentro de los mecanismos de defensa que prevé la *Ley 28/1998, de 13 de julio*, encontramos el derecho de desistimiento, el cual tiene como fin evitar el sobreendeudamiento familiar<sup>195</sup>. La hoy derogada *Ley 50/1965*, también lo contemplaba, pero sólo de manera convencional<sup>196</sup>, es decir, sólo si se pactaba. La actual normativa, en cambio, lo regula de una manera irrenunciable, tal y como lo manifiesta el artículo 9.2: “*Este derecho será irrenunciable, sin que la no constancia de tal cláusula en el contrato prive al comprador de la facultad de desistimiento*”.

No obstante, cuando el vendedor no le comunique el derecho a desistir del contrato al consumidor, éste podrá hacerlo sin ningún problema. Sin embargo, ¿qué tipo de sanción se le aplica al empresario si omite la obligación de informar del derecho de desistimiento al consumidor? En caso de que el empresario incumpla el deber de información de la cláusula de desistimiento, se prevé lo siguiente: “*éste no podrá exigirle al consumidor el abono de los gastos no citados en el contrato, ni la constitución o renovación de garantía alguna*”<sup>197</sup> (art. 8.3) Es importante resaltar la opinión de BLASCO GASCÓ<sup>198</sup>, para quien no se debe confundir el desistimiento establecido en esta Ley con la condición suspensiva ya que el consumidor puede desistir del contrato sin alegar causa alguna, sólo se impone al adquirente como único requisito que comunique su comunicación en tiempo y en forma de acuerdo con el

---

<sup>195</sup> *Vid.*, en este sentido: ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 193: “[...] Es un plazo de reconsideración (también llamado “periodo de enfriamiento”) de los vínculos asumidos por el comprador, para evitar el sobreendeudamiento familiar por el consumo indiscriminado, o la falta de previsión: puede ocurrir que, tras la ilusión del comprador por obtener el bien, su realidad vital le obligue a no poder pagar el precio del bien, ni siquiera en “cómodos plazos”. En la misma línea: TRUJILLO DÍEZ, I. J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Comares, Granada, 2003, págs. 60-64 y 152.

<sup>196</sup> Así, el artículo 8 de Ley 50/1965 establecía: “*Si se hubiere pactado, el comprador podrá desistir del contrato dentro de los tres días siguientes a la entrega de la cosa, comunicándolo por carta certificada o de otro modo fehaciente al vendedor, siempre que no hubiere de la cosa vendida más que a efectos de simple examen o prueba y la devuelva, dentro del mismo plazo en el lugar, forma y estado en que la recibió, libre de todo gasto para el vendedor*”.

<sup>197</sup> Como señala, ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez e ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español...*, *op.cit.*, pág. 118: “[...] “ya que aquí el legislador ha preferido optar por una vía diferente –evitando así la eventual laguna de ley-: la rebaja del interés, seguramente en el entendimiento de que constituye mejor técnica para la protección del derecho de información (más gravosa, incluso, para el empresario; o desde la perspectiva adecuada, más favorecedora de los intereses del consumidor).

<sup>198</sup> *Cfr.* BLASCO GASCÓ, F de P., *La venta a plazos de bienes mueble*, Tirant lo Blach, Valencia, 2000, págs. 103-104.

artículo 9, pues el contrato es perfecto y eficaz desde el momento en que se celebra; en cambio, la condición suspensiva, establece una condición meramente potestativa proscrita por el artículo 1.115 CC, y por lo tanto acarrearía la nulidad el contrato por afectar a la causa.

*La Ley 28/1998, de venta a plazo de bienes muebles* tiene como objetivo regular la venta de bienes no consumibles e identificables (art. 1). Aunque la normativa comentada, prevé sus excepciones, en lo tocante a nuestro objeto de estudio, lo cual ocurre en los contratos de adquisición de vehículos de motor (art. 10.4)<sup>199</sup>. Por otra parte, el artículo 5 delimita ciertos supuestos entre los que encontramos: las compraventas a plazos de bienes muebles que se destinen a la reventa al público y los préstamos cuya finalidad sea financiar tales operaciones, las ventas y préstamos ocasionales sin finalidad de lucro, los préstamos y ventas garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento sobre los bienes objeto del contrato, aquellos contratos de venta a plazos o préstamos para su financiación cuya cuantía sea inferior a la que se determine reglamentariamente y a los contratos de arrendamiento financiero (art. 5 de la *Ley 28/1998, de 13 de julio*).

El artículo 9.1 de la *Ley 28/1998*, preveía un plazo para desistir de siete días hábiles; sin embargo con la entrada en vigor de la *Ley 16/2011*, se está a lo dispuesto en el artículo 28.1, el cual, como vimos líneas arriba, prevé un plazo de 14 días naturales para desistir. No obstante, cuando al consumidor no se le proporcione la información sobre su derecho a desistir, éste se amplía de manera indefinida, adoptándose nuevamente la teoría *Heininger* para este tipo de contratos. Además, el consumidor puede pedir la anulación del contrato (art. 7.2 de la *Ley 16/2011*). Esto con independencia de las infracciones y sanciones administrativas previstas en el TRLGDCU, las cuales pueden ser leves,

---

<sup>199</sup> Esta exclusión ha sido criticada por la doctrina, *vid.* CABALLERO LOZANO, J. M<sup>a</sup>., “Contrato de compraventa a plazos de bienes muebles”, en BOTANA GARCÍA G. A y RUIZ MUÑOZ, M., (Coords.): *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 474: “Con ello se admite la posibilidad de que uno de los sectores en que mayor número de contratos se han acogido a la modalidad de venta a plazos regulada por la Ley especial quede fuera del ámbito de aplicación de ésta, y que la exclusión de esta facultad pueda convertirse de hecho en una cláusula de estilo, introducida por los vendedores”.

graves o muy graves (art. 51), dependiendo del tipo de información que se omite.

La libertad de forma impera por lo que corresponde al ejercicio del derecho de desistimiento (art. 28.2-a). No obstante, corresponde al consumidor la carga de la prueba de haberlo ejercido dentro del plazo estipulado por la Ley.

Como ha señalado la doctrina los requisitos para poder ejercer el derecho de desistimiento en este tipo de contratos<sup>200</sup> son los siguientes:

1. No haber usado el bien más que a efectos de simple examen o prueba (art. 9.1.a) *Ley 28/1998*) Es importante dejar claro, como hemos hecho ya, que no se puede confundir la facultad de desistimiento con la compraventa a salvo o aprobación establecida en el artículo 328.1 del CC, ya que no se trata de verificar la mercancía recibida entendiendo que el contrato no se perfecciona hasta que el comprador verifica la cosa; en cambio en la venta a plazo de bienes muebles el contrato es perfecto y el efecto de desistimiento produce precisamente lo contrario al que produce la aprobación en la venta *ad probatiomen*.

2. Devolver el bien, dentro del plazo señalado, en el lugar, forma y estado en que lo recibió. Es decir el plazo de 14 días es de caducidad y transcurrido dicho plazo el contrato produce todos sus efectos. El vendedor no puede reducir dicho plazo, pero si puede ampliarlo<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> Vid. ALMOGUERA GÓMEZ, A., "Forma y contenido de los contratos de ventas a plazo de bienes muebles", en NIETO CAROL, U (Dir): *La Ley y Venta a Plazo de Bienes Muebles*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 129; GARCÍA SOLE, F., "Problemática práctica de los contratos de venta a plazos de bienes muebles" en NIETO CAROL, U (Dir): *La Ley y Venta a Plazo de Bienes Muebles*, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 255-256; BLASCO GASCÓ, F de P., *La venta a plazos de bienes muebles...*, *op.cit.*, págs. 100-105. Todos estos autores coinciden en los siguientes aspectos cuando el consumidor decida ejercer el derecho de desistimiento: forma, plazo, indemnización, no uso del bien, y reintegrar el préstamo.

<sup>201</sup> Vid. REBOLLEDO VARELA, A. L., "El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLEG. 1/2007, de 16 de noviembre", *RDP*, núm. 5-6, 2010, pág. 44: "Ha de señalarse que el artículo 74.2 TRLGDCU no es aplicable a las ventas a plazos de bienes muebles. En estos contratos, el adquirente, para conservar su derecho de desistimiento, no puede usar el bien más que a los efectos de simple examen, es decir, verificar que se trata efectivamente del bien objeto del contrato o prueba, para comprobar que responde a sus características y se amolda a su finalidad (art. 9.1ª) LVPMB), y aún así, conforme al art. 9.1c) LVPMB, es posible pactar una indemnización a favor del vendedor por la eventual depreciación comercial del bien que se produzca como consecuencia de su uso de mera prueba, que no podrá ser superior a la quinta parte del precio al contado. En todo caso, el deterioro de los embalajes, cuando fuera necesario para acceder al bien, no impedirá su devolución".

3. Indemnizar al comprador en la forma establecida contractualmente (art. 9.3 de la *Ley 28/1998*.)

4. Por último, la extinción del contrato principal trae aparejada la extinción del contrato accesorio de financiación. En este sentido, la incorporación de la Directiva de crédito al consumo la regulación actual en España en materia de créditos vinculados da un giro importante (*cfr.*, art. 29 de la *Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo*, que regula los contratos accesorios que contienen principio de unidad económica).

Como se aprecia en su regulación, el supuesto estudiado, al igual que los demás que hemos venido analizando, comparte las características generales del derecho de desistimiento ante apuntadas. No es por tanto, un derecho distinto, sino el mismo.

#### **2.2.5.5. El derecho de desistimiento en los contratos de aprovechamiento por turno**

El *R/D 8/2012*, regula en su artículo 12 el derecho de desistimiento *ad nutum* del consumidor para este tipo de contratos. No obstante, el cómputo para ejercer el derecho de desistimiento varía según las circunstancias (art. 12.2). Por ejemplo, si el empresario proporciona la información precontractual incluyendo el formulario de desistimiento el plazo que tendrá el consumidor para dar por terminado el contrato será de 14 días naturales. En cambio, si el empresario cumple con el deber precontractual de información, pero no proporciona el formulario de desistimiento, el consumidor puede desistir el contrato dentro del plazo de un año (art. 12.2-b). Por último, si el empresario cumple con el deber de entregar el formulario de desistimiento, pero omite entregar la información precontractual, el consumidor puede desistirse del contrato en el plazo de tres meses (art 12.2-c). Como podemos observar, el formulario de desistimiento en materia de tiempo compartido, se convierte en un elemento formal para este tipo de contratos cuando no se le proporcione al consumidor, esto último con el fin de aumentar su seguridad jurídica.

Asimismo, se adopta la teoría de la expedición en lo que toca al derecho de desistimiento en los contratos de tiempo compartido, bastando solamente que la notificación se realice antes de que caduque el plazo previsto por la ley.

Anteriormente, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias<sup>202</sup> (art. 10.2), distinguía entre un derecho de desistimiento *ad nutum* y un derecho de resolución, siendo este último aplicable cuando el empresario incumpliera con los deberes contractuales de información, u omitiera la información relativa al derecho de desistimiento. Hoy día tal solución ya no es posible, pues la normativa sólo amplía el plazo para desistir<sup>203</sup>.

Por otra parte, el artículo 12.4 R/D 8/2012, al igual que el artículo 70 TRLGDCU, prevé la libertad de forma para el ejercicio del derecho de desistimiento, razón por la cual no es obligatorio que el consumidor utilice el formulario de desistimiento, aunque su implementación facilita su ejercicio. Además es importante mencionar la aplicación supletoria del régimen general del derecho de desistimiento (arts. 68-79 TRLGDCU) en esta materia.

Los efectos que se producen cuando el consumidor ejerce el derecho de desistimiento en este tipo de contratos son dos: (1) se pone fin a la relación contractual y (2) no soportar coste alguno ni estar obligado a pagar ningún precio correspondiente al servicio que pudiera

---

<sup>202</sup> BOE núm. 300, de 16-XII-1998.

<sup>203</sup> Vid. Exposición de Motivos de la 4/2012, de la Ley de aprovechamientos por turno, la cual en su punto III señala: *El capítulo IV regula el desistimiento como un derecho de naturaleza única «ad nutum», sin expresión de motivos; y ello, tanto si el empresario hubiera facilitado correctamente la información precontractual, como si la hubiere omitido o lo hubiera hecho de manera insuficiente. No se trata de dos derechos de naturaleza diferente, sino única; y solo varía en ambos supuestos el cómputo de los plazos de ejercicio del derecho. Con ello se asume el criterio de la Directiva 2008/122/CE que en sus versiones francesa e inglesa utiliza los términos «se retracter» y «withdraw», respectivamente. Y acaba con el dualismo de la Directiva 1994/47/CE que utilizaba dichos términos para el desistimiento «ad nutum», cuando el empresario facilitó correctamente la información; utilizando, sin embargo, para los supuestos de falta o incorrecta información precontractual los términos «résiliation» y «cancelation», en francés e inglés respectivamente. Con este tratamiento unitario se acaba con la confusión suscitada por la traducción española de la Directiva 1994/47/CE que había utilizado la palabra «resolución», lo que se trasladó a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que aplicó el sistema dual de «desistimiento» para los casos de información correcta y «resolución» para los de falta o incorrecta información precontractual.*

llevarse a cabo antes de la fecha del desistimiento (art. 12.6 del *R/D 8/2012*); además se prohíbe el pago de anticipos.

En los contratos accesorios, si el consumidor ejerce su derecho de desistimiento del contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico o de producto vacacional de larga duración, éste quedará sin efecto automáticamente, incluidos los contratos de intercambio o de reventa (art. 15.1 *R/D 8/2012*). En caso de que el precio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un préstamo concedido al consumidor por el empresario, el contrato de préstamo quedará sin efecto sin coste alguno para el consumidor, si éste ejerce su derecho a desistir del contrato, de reventa o de intercambio (art. 15.2); además no podrán incluirse en los préstamos cláusulas que impliquen una sanción o pena impuesta al consumidor para el caso de desistimiento. Si el consumidor se hubiera subrogado en un préstamo concedido al transmitente, ejercitado el desistimiento, quedará sin efecto la subrogación (art. 15.3). La carga de la prueba de la anulación del contrato accesorio corresponde al consumidor, teniendo de plazo dos años a contar desde la fecha del ejercicio del derecho de desistimiento (art. 15.4.5). Por último, el consumidor no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza (art. 15.7-3).

Por lo demás, el derecho de desistimiento otorgado en los contratos de aprovechamiento por turno, comparte todas las características del derecho de desistimiento otorgado en los contratos de consumo, según hemos apuntado.

#### **2.2.5.6. ¿Es realmente un derecho de desistimiento el supuesto regulado en el artículo 160 TRLGDCU?**

La *Ley 21/1995, de 6 de julio*, reguladora de los viajes combinados transpuso la *Directiva 90/314/CEE*<sup>204</sup>, y que se modificó por la *Ley*

---

<sup>204</sup> Esta Directiva se encuentra actualmente en revisión, tal y como se deja ver en el Dictamen del CESE “sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del



39/2002, de 28 de octubre, en su artículo 9 contemplaba un derecho de desistimiento<sup>205</sup>, sin embargo con la refundición de leyes en el año 2007, a través del TRGLGDCU el precepto comentado se encuentra actualmente previsto en el artículo 160 de la norma comentada denominándolo “resolución por el consumidor y usuario”, en donde, se establece una variación del porcentaje de indemnización a favor del organizador del viaje en caso del consumidor decida resolver el contrato. El fundamento del derecho de desistimiento para este tipo de contratos según la doctrina se encuentra en que el contrato de viaje combinado se asemeja al contrato de obra<sup>206</sup>, razón por la cual, la ley impone

---

Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE”. En su punto 7 aclara lo siguiente: “Derechos de anulación

7.1. Con arreglo a las nuevas normas, los consumidores no solo conservarán su derecho a ceder el contrato a un tercero, sino que podrán también anular un contrato. En tal caso, estarán obligados a abonar un recargo razonable al organizador para cubrir los costes en que haya incurrido.

7.2. El CESE apoya la ampliación del derecho del consumidor a la anulación previa a la salida. Sin embargo, el Comité se plantea cuál es el valor real de un recargo «razonable» en caso de rescisión por parte del consumidor. La Directiva debe establecer unos principios o normas generales sobre la manera de calcular la compensación imputable al consumidor. Estos recargos no deben ser ni desproporcionados ni excesivos.

7.3. Además, el consumidor debe poder anular el contrato por razones imprevistas y que escapen a su control –como enfermedad o defunción en la familia– sin pago de compensaciones, como complemento del derecho de anulación –también sin pago de compensaciones– que se propone para el organizador en casos de fuerza mayor”. DOCE, núm. 170, de 5-6-2014, págs. 73-77.

<sup>205</sup> “En todo momento el usuario o consumidor podrá desistir unilateralmente de los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá inmediatamente indemnizar al organizador detallista, salvo que el desistimiento tenga lugar por causa de fuerza mayor”. Sin embargo, en el actual TRGLGDCU (art. 160) se han eliminado las expresiones “podrá desistir” y “desistimiento”, las cuales se sustituyen por “resolución”, “dejar sin efecto”, y “cancelación”.

<sup>206</sup> Vid. ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez e ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español...*, op.cit., págs. 98-99, sobre la configuración legal del derecho de desistimiento en este tipo de contratos la citada autora señala: “podría configurarse: bien como un derecho de desistimiento no gratuito, cuyo fundamento sería que no se puede obligar al consumidor a realizar el viaje (se produciría una analogía con los contratos de obra y mandato en los que se prevén estas facultades de retractación), bien como una hipótesis de incumplimiento del consumidor con su correspondiente liquidación; esto es, que quizás lo más probable es que la regulación de este fenómeno se haya impuesto por imperativos prácticos dando una cobertura legal, bajo la forma de desistimiento, a lo en la práctica no era más que un incumplimiento contractual por parte del consumidor, a quien en cierto modo se quiere proteger de la obligación de satisfacer la totalidad del precio pactado”, la autora continúa explicando que en cuanto a la denominación legal no hay ningún problema en llamarlo desistimiento aunque, este desistimiento dista mucho de los demás derechos de desistimientos del consumidor por tres razones: 1. Porque el consumidor puede desistir del viaje combinado en cualquier momento; 2. Porque no se trata de una facultad exclusiva del consumidor y 3. Por que las indemnizaciones y gastos

excepcionalmente una penalidad o indemnización<sup>207</sup>. Sin embargo, no estamos de acuerdo con tal postura, debido a que como es sabido por todos el artículo 1.594 CC, permite al comitente desistir libremente de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, “indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella”. En caso de aplicarse analógicamente el precepto comentado, el viajero tendría la obligación de abonar todo el precio<sup>208</sup>. En este sentido BELUCHE RINCON aclara: “El consumidor de viajes combinados está, de forma manifiesta, no sólo peor tutelado que otros usuarios a los que se atribuye legalmente un derecho de desistimiento gratuito, sino injustificadamente, incluso peor tratado que el comitente, que-sabemos-debe dejar al contratista en la misma situación que estaría de haber llevado a cabo la obra (1.594 CC), pero sin que esa indemnidad suponga enriquecimiento. Creemos que el viajero resultaría más favorecido con el silencio de la norma, supuestamente protectora de su interés, que impediría al detallista u organizador recibir una indemnización superior al importe de los daños que efectivamente sufre por la cancelación del viaje”<sup>209</sup>.

En conexión con lo anterior, cabe aclarar que la doctrina se encuentra dividida, pues para unos se trata de un derecho de desistimiento con penalización asimilándolo al contrato de obra<sup>210</sup>, mientras que para la doctrina mayoritaria, y es con la que concordamos

---

que se prevén como consecuencia del ejercicio del derecho se alejan de los gastos que, en los demás casos pueden ser soportados por el consumidor”. En términos parecidos se expresa SAINZ-CANTERO CAPARROZ, M. B., “El desistimiento *ad nutum* en los contratos con consumidores...”, *op.cit.*, pág. 877, y GÓMEZ CALLE, E., “Comentario a los artículos 150-165 del TRLGDCU”, 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, págs. 1306-1308.

<sup>207</sup> Vid. ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 295.

<sup>208</sup> Vid. GÓMEZ CALLE, E., “Comentario a los artículos 150-165 del TRLGDCU...”, *op.cit.*, pág. 1363.

<sup>209</sup> BELUCHE RINCÓN, I., “La deficiente protección del consumidor de viajes combinados en el Derecho español”, en TOMILLO URBINA, J., *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 248-253.

<sup>210</sup> Vid. GARCÍA VICENTE, J.R., “La contratación con consumidores”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de contratos*, Vol. IV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1496-1497.

no, se trata de un auténtico derecho de desistimiento, pues la existencia de penalizaciones es abiertamente contraria al régimen del derecho de desistimiento consagrado en los artículos 68-79 TRLGDCU<sup>211</sup>, ya que tal y como vimos líneas arriba es característica esencial del desistimiento *ad nutum* la gratuidad en su ejercicio. Además, la terminología usada por el TRLGDCU no es la correcta al denominarlo derecho de “resolución”<sup>212</sup> del consumidor. Sin embargo, la normativa en ningún momento remite al artículo 1.124 CC, que es donde se encuentra regulada la figura jurídica comentada<sup>213</sup>.

A diferencia de otras regulaciones en donde se establece un límite de tiempo para que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento (p. ej., 14 días naturales), el artículo 160 TRLGDCU no lo prevé, limitándose a señalar que el consumidor puede ejercer su derecho de resolución en cualquier momento, siempre y cuando se realice antes de los 15 días a la salida del viaje. De esta manera, si el consumidor resuelve el contrato de viaje con antelación a los diez días y menos de quince días a la fecha de la salida del viaje, tendrá la obligación de pagar los gastos de gestión y de anulación y un importe total del 5% del viaje. En cambio, el 15%, si la cancelación se produce entre los días tres y diez, y 25% dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida. Asimismo, de no presentarse a la salida, el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido. Además, cabe señalar que, en el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como flete de aviones, buques o tarifas

---

<sup>211</sup> Vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., “El real decreto legislativo 1/2007...,” *op.cit.*, pág. 15.

<sup>212</sup> Vid. GÓMEZ CALLE, E., “Comentario a los artículos 150-165 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 1358: “La diferencia más notable entre los arts. 9.4 LVC y 160 TR-LGDCU radica en la desaparición en el nuevo precepto de todas las referencias que el antiguo hacía al desistimiento, siendo sustituidas por «dejar sin efecto», «resolución» (en el párrafo primero) y «cancelación» [en el apartado b)]. Creo que la explicación de esa desaparición se halla en la regulación del derecho de desistimiento en los arts. 68 y ss. TR-LGDCU, en sede de los contratos con consumidores y usuarios; ese derecho reviste unas notas que faltan en la hipótesis contemplada por el art. 160 TR-LGDCU: en concreto, el desistimiento no puede comportar penalización (art. 68.1) ni gasto alguno para el consumidor (arts. 73 y 76.1); además, del art. 60.2 resulta que su ejercicio se puede someter a un plazo (que como mínimo ha de ser de siete días hábiles: art. 71.1); pues bien, la ahora denominada resolución del art. 160 puede comportar penalizaciones y gastos para el consumidor, y puede hacerse valer «en todo momento» [...]”.

<sup>213</sup> Vid., *supra*, 2.1.5.

especiales, los gastos de cancelación se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes (art. 160 b TRLGDCU). Estas reglas difieren mucho de lo previsto en el artículo 74 TRLGDCU, en donde se establecen las consecuencias del “auténtico” derecho de desistimiento del consumidor.

Por otro lado, el consumidor, como parte interesada en el cumplimiento de sus obligaciones, ha de correr con los gastos de anulación y de gestión, los cuales debemos aclarar no son gastos de ejecución del contrato, sino de indemnización. Esto cobra importancia, ya que va en contra de una de las características del derecho de desistimiento de consumidor, el cual al momento de ejercerlo, la ley le prohíbe al empresario imponer penalización alguna (art. 73 TRLGDCU).

En ningún caso, la Ley habla que se deba entregar un documento de desistimiento al consumidor que decide resolver el contrato. En cambio, como veremos más adelante, el TRLGDCU para el caso del desistimiento en los contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, si, que prevé un formulario de desistimiento, con el fin de facilitar su ejercicio<sup>214</sup>.

Por otra parte, como señalamos, el TRLGDCU excluye de su ámbito de aplicación a los viajes combinados, debido a que estos tienen su propia normativa<sup>215</sup>. Además, el artículo 103 letra L) TRLGDCU excluye el derecho de desistimiento: *“El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos”*. Con esta previsión se trata de evitar un abuso del derecho de desistimiento por parte del consumidor<sup>216</sup>. Volveremos sobre

---

<sup>214</sup> Vid. *infra*, 4.3.

<sup>215</sup> Vid. *infra*, 3.2.

<sup>216</sup> Vid., en este sentido, BATUECAS CALETRIO, A y APARICIO VAQUERO, J. P., cuando aclaran: “El viaje combinado implica organización previa por parte de la agencia (mayorista o minorista) de las prestaciones, presentadas de forma conjunta o como un producto único. Si es el turista el que diseña su propio paquete contratando directamente con los proveedores de cada servicio (con la línea aérea por un lado, con el hotel por otro...) utilizando a la agencia como simple intermediario en dicha contratación no estaremos en presencia de un auténtico «viaje combinado». [...]. Evidentemente, si a cada proveedor se dirige desde un metabuscador o central de reserva, no habrá viaje combinado (además de que, legalmente, no podrían ofertarlo si no son agencias de

el tema cuando hablemos de las excepciones del derecho de desistimiento<sup>217</sup>.

Como podemos observar el supuesto regulado en el artículo 160 TRLGDCU no tiene nada que ver, con el desistimiento del consumidor estudiado en el presente capítulo, el cual por lo que ahora nos interesa, es un derecho que el consumidor puede ejercer sin penalización alguna.

### 2.2.6. Recapitulación

Como pudimos ver a lo largo del presente Capítulo la delimitación entre el derecho de desistimiento del consumidor y otras formas de ineficacia contractual como la nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, etc., se encuentra bien marcada, es decir, no se confunden.

Por otra parte, el desistimiento como figura jurídica, es “asistemática y fragmentaria”, dado que se encuentra regulada en distintas leyes y ámbitos. No obstante, por lo que toca al Derecho de Consumo, la figura objeto de nuestro estudio sí cuenta con unas características propias, de ahí la tendencia, a que, en un futuro próximo, pueda haber un concepto general en la materia comentada, tal y como lo hemos propuesto. Quizá, tanto la DDC como su transposición al ordenamiento español han desperdiciado la primera oportunidad por hacerlo.

El derecho de desistimiento del consumidor es una figura nueva, la cual ha creado el legislador europeo con el fin de proteger al consumidor en diferentes sectores de contratación, incentivando a su vez, el consumo en estos sectores. No obstante, debemos aclarar que el desistimiento es una misma y única institución, aunque encuentre diferentes fundamentos, y esté regulado en diversos preceptos del ordenamiento jurídico civil.

---

viajes). Pero otras modalidades, a través de portales o *webs* de auténticas agencias, en las que mediante menús con diversas opciones se permite al usuario «componer» su «propio» paquete turístico sí tendrían cabida en el concepto legal de «viaje combinado», si dichas opciones se limitan a realizarse dentro de las bases de datos de servicios ofertados por la propia agencia [...]”. (BATUECAS CALETRÍO A y APARICIO VAQUERO, J. P., “La contratación *on line* de servicios turísticos”, en PANIZA FULLANA, A., (Coord.): *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción de los supuestos legales y distribución de responsabilidad*, Comares, Granada, 2013, pág. 67, nota al pie núm. 36).

<sup>217</sup> *Vid. infra*, 4.4.

Existen distintos supuestos de derecho de desistimiento del consumidor, entre los que encontramos el derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, el derecho de desistimiento en los contratos de servicios financieros, el derecho de desistimiento en los contratos de crédito al consumo, el derecho de desistimiento en los contratos de venta a plazo de bienes muebles y el derecho de desistimiento en los contratos de aprovechamiento por turno. Cada uno de estos supuestos tiene su propio régimen jurídico, su propia razón de ser, sus propias excepciones, sus propias sanciones ante el incumplimiento del deber de información, así como sus propias consecuencias, de ahí que no haya parecido oportuno hacer una generalización total del derecho de desistimiento, tal y como está previsto en la normativa actual (arts. 68-79 TRLGDCU).

No obstante, a nuestro juicio, todos, con sus especialidades, son manifestación de *un* derecho con una *única* naturaleza jurídica. De esta manera, de todos ellos podemos predicar una misma definición: *“El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad irrenunciable del consumidor y usuario de dejar sin efectos el contrato celebrado, notificándose a la otra parte contratante en el plazo establecido, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, ya se encuentre previsto legal o contractualmente, sin necesidad de alegar causa alguna y sin penalización de ninguna clase, salvo las cargas impuestas por la ley, las cuales se justifican dependiendo de la modalidad contractual”*.

Este particular enfoque parece aportar, por de pronto, dos ventajas evidentes:

a) supone una concepción funcional del negocio jurídico, adaptándose a las necesidades prácticas de la vida cotidiana y en particular en el comercio electrónico, permitiendo el enlace de los propósitos contractuales de los autores del acto con la previsión abstracta y típica de la hipótesis normativa. Con ello se trata de proteger el dinamismo de la iniciativa individual a través de la utilización óptima de los instrumentos negociales y del aprovechamiento de su versatilidad.

b) Es además un concepto integral, porque agrupa diversos supuestos de desistimiento, los cuales se encuentran regulados en

distintas normas de la legislación de consumo, las cuales tienen como fin principal, la idea rectora de regular la relación bipolar empresario-consumidor. Este concepto, en efecto, busca superar el esquema estrecho y raquítrico del desistimiento y puede proporcionar a la investigación un espacio de gran fertilidad. Propongo además una simplificación en la materia, al distinguir qué no es derecho de desistimiento y qué es derecho de desistimiento del consumidor.

No pretendo ser original. Es necesariamente vano el esfuerzo de intentar la construcción de una teoría del desistimiento del consumidor en forma completamente novedosa o reveladora: por lo menos modernamente, su doctrina ha sido elaborada a lo largo de más de dos décadas con ayuda de la mejor tradición científica a nivel comunitario, y por supuesto, a través de las diversas sentencias que el TJCE ha dictado en la materia. De hecho, cada una de ellas ha logrado mejorar en forma apreciable nuestro conocimiento del desistimiento, aunque es forzoso reconocer que, en muchas otras ocasiones, sólo se ha logrado confusión.

En pocos campos del Derecho Civil ha existido una multiplicidad y disparidad de interpretaciones teóricas tan grande, lo cual en cierta medida es beneficioso, aunque debe tenerse en cuenta que el interés que proporciona un concepto de la teoría se encuentra principalmente en relación con su utilidad práctica, sobre todo cuando llega a descubrir nuevos aspectos de la realidad que nos rodea, porque en esta medida sirve para entenderla mejor y para servirnos de ella.

Por otro lado, debemos dejar bien claro que se trata de una misma institución, es decir, el desistimiento como una forma más de ineficacia contractual; distinta, eso sí, de otras. Por lo tanto, no es que haya *varios* derechos de desistimientos, sino *uno solo*, ya que todos estos supuestos comparten las siguientes características: a) se trata de un derecho discrecional; b) es irrenunciable para el consumidor y usuario; c) tiene carácter temporal para su ejercicio, d); no se exige una determinada para poder ejercerlo, e) es una declaración de voluntad recepticia, f); sin penalización alguna para el consumidor; g) su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado y; h) puede tener su origen tanto legal como contractualmente.

También es cierto que todo intento de clasificación del derecho de desistimiento en el ámbito de consumo corre el riesgo de ser puramente convencional y casi todas las clasificaciones pueden ser sustituidas eventualmente por otras que aparentan idéntica validez. En consecuencia, debe reconocerse la arbitrariedad y la imprecisión que supone de una realidad compleja. Después de todo, ya hemos visto que esta es una de las múltiples perspectivas en que puede verse el desistimiento. Sea como fuere, existe al parecer cierta tendencia en el legislador europeo y nacional para explicar la diversidad y multiplicidad de los hechos, intentando su reducción esquemática a un sólo concepto primordial que cubra cada vez un campo mayor de fenómenos. Pero siempre habrá casos atípicos que escapen a la generalización intentada, tal como ocurre en el “*derecho a poner fin al contrato*” (art. 62 TRLGDCU) o el supuesto regulado en el artículo 160 TRGDCU para el caso de los viajes combinados.



## Capítulo III

### Perfeccionamiento y ejecución del contrato electrónico como forma del contrato a distancia

#### 3.1. Marco normativo de la contratación a distancia y electrónica: la prestación de servicios por Internet en España

Tal y como vimos en el Capítulo I, la contratación a distancia y por ende la contratación electrónica han tenido un largo camino legislativo en la UE<sup>1</sup>. En el Derecho español, son diversas las leyes que regulan el fenómeno de la contratación electrónica. Estas normas se han dictado en atención a la transposición de la normativa comunitaria en materia de protección del consumidor, regulando diversos aspectos, tales como las diferentes etapas de celebración del contrato (perfeccionamiento y ejecución), condiciones generales, y los deberes pre y postcontractuales de información, entre otros aspectos. No obstante, esta diversidad de leyes ha provocado problemas de fragmentación jurídica e interpretación, razón por la cual, se ha tratado de resolver este problema a través de intentos de unificación parcial. Sin embargo, tal embrollo subsiste, como veremos a continuación.

Para adaptar al ordenamiento jurídico español la *Directiva 97/7/CE*, se dictó la *Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación al Comercio Minorista* (en adelante LOCM). Este cuerpo legal se alejó de su objetivo principal al regular no sólo la materia de protección del consumidor, sino también tal y como su nombre indica, el comercio minorista, mezclándose de paso tanto normas de carácter privado como público, lo cual planteó una serie de problemas, debido a que tradicionalmente la normativa civil y mercantil se habían incorporado en textos autónomos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Vid. supra*, 1.1.

<sup>2</sup> *Vid.* BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, A., "Notas sobre los aspectos jurídico mercantiles de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LCM)", en *Estudios de Derecho Mercantil: homenaje al profesor Justino Duque Domínguez, Vol. II*, Universidad

La LOCM regulaba dentro de su cuerpo normativo las ventas a distancia (arts. 38-48)<sup>3</sup>. Es importante mencionar que esta norma fue criticada en su momento, ya que el legislador español adelantándose en tiempo, transpuso la *Directiva 97/7/CE* de manera errónea, lo cual provocó serias consecuencias, debido a que la aprobación final de la Directiva de contratos a distancia varió mucho de lo que se preveía inicialmente en la Propuesta de Directiva de 1992<sup>4</sup>.

Para enmendar el error de mala transposición de la *Directiva 97/7/CE*, de contratos a distancia, se aprueba la *Ley 47/2002, 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*. Esta norma tuvo como objetivo en su momento adaptar la normativa nacional al Derecho Privado europeo en materia de contratación a distancia, razón por la cual se reformaron varios preceptos de la LOCM que preveían la contratación a distancia, tales como el derecho de desistimiento (art. 44), prohibición de envíos no solicitados (art. 42), y el pago mediante tarjeta (art. 46), entre otros preceptos<sup>5</sup>. Esta Ley tuvo su origen con motivo de la

---

de Valladolid, Valladolid, 1998, pág. 945. Para el autor la separación de normas mercantiles y administrativas tiene una connotación especial por la siguiente razón: “[...] si un texto legal es jurídico mercantil ello significa que ese texto rige en todo el Estado. Por el contrario si el texto legal es jurídico-administrativo habrá que examinar cuales son las competencias de las distintas Comunidades Autónomas en relación con la materia sobre la que se legisla”.

<sup>3</sup> Estos artículos regulan aspectos específicos del contrato a distancia como: la propuesta de contratación, información previa, la necesidad de consentimiento expreso, prohibición de envíos no solicitados, la ejecución y pago, el derecho de desistimiento y sus excepciones y el pago mediante tarjeta.

<sup>4</sup> Vid. Exposición de Motivos de la *Ley 47/2002*, segundo párrafo el cual respalda nuestro dicho: “A pesar de que el legislador de 1996 hizo un notable esfuerzo para atenerse en la regulación de la materia a lo que entonces no era más que un proyecto de Directiva, una vez publicada ésta se ha hecho evidente la necesidad de modificar esa regulación para que la Directiva pueda considerarse transpuesta”.

<sup>5</sup> Vid. Exposición de Motivos, de la *Ley 47/2002*, en la cual se reformaron aspectos como la resolución del contrato para el caso de incumplimiento del deber de información, etc.: “La *Directiva 97/7/CE*, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, regula una materia ya contemplada en nuestro ordenamiento jurídico en la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, dentro de lo que la Ley llama “Ventas especiales” y a la que dedica el capítulo II del Título III, bajo la rúbrica de “Ventas a distancia”.

[...].

*Es justo destacar que los puntos fundamentales de la norma comunitaria, tales como el derecho de desistimiento, la prohibición de envíos no solicitados, el pago mediante*

sentencia dictada del TJCE de 28 de noviembre de 2002<sup>6</sup>, la cual obligó a España a cumplir con las precisiones contempladas en el artículo 15 apartado 1 de la *Directiva 97/7/CE*<sup>7</sup>.

Sin embargo, con la transposición de la DDC al ordenamiento jurídico nacional, a través de la Ley de Consumidores se derogan los artículos 38 a 48 LOCM con objeto de evitar la confusión que genera la existencia de un régimen duplicado para los contratos de venta a distancia en esta norma y en la citada ley, cuyo contenido sobre venta a distancia resulta desfasado. La ley deroga igualmente el apartado 4 del

---

*tarjeta o el deber de información estaban ya incorporados, por lo que la Directiva ya se hallaba transpuesta en sus más importantes aspectos desde el mismo momento de su publicación. Quedaban, no obstante, por incorporar otras previsiones de importancia secundaria, junto con algún otro aspecto importante, como es el derecho de resolución para el caso de incumplimiento del deber de información, lo que ha obligado a modificar la mayoría de las normas que se ocupan de la materia.*

*Sin embargo, no obstante la extensión de la reforma realizada, el núcleo de la regulación sigue siendo muy similar al anterior.*

*Ha sido precisamente este limitado alcance de la reforma el determinante para optar, en cuanto a la transposición de la Directiva 97/7/CE, por una ley de modificación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en vez de realizar la transposición mediante una nueva ley completa, como podría aconsejar el hecho de que la Directiva extiende su ámbito a contratos de compraventa y de suministro de servicios, cuando la Ley española sólo se ocupaba, en principio, de las ventas a distancia, así como el hecho de que la Directiva se dirige de forma inmediata a la protección del consumidor, mientras que la Ley española lleva a cabo esa protección en un contexto más amplio de regulación general de la actividad de venta. De todos modos, ya la Ley de 1996 incluía una disposición adicional primera destinada a aplicar la normativa de ventas a distancia a los contratos de servicios; y, por otra parte, el hecho de que una norma sobre comercio interior responda al principio de protección de los consumidores obedece a un expreso mandato constitucional”.*

<sup>6</sup> Vid. TJCE 28 de noviembre de 2002, asunto C-414/01 (DOCE núm. C 19, de 25-I-2003). Especialmente puntos 7, 8, 9, 10 y 11 de la sentencia comentada cuando aclara:

*“7. Según el Reino de España, el retraso obedece al hecho de que el legislador español empezó planteándose en detalle si era necesario adaptar nuevas disposiciones en el marco de la Ley 7/96 o si la propia Ley 7/96 cumplía ya las exigencias de la Directiva 97/7. Cuando se optó finalmente por modificar la Ley 7/96, se planteó la cuestión de si procedía modificar otras leyes españolas, así como la posible relación con la nueva normativa en materia de comercio electrónico.*

*8. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el momento determinante para juzgar si existe un incumplimiento es el momento en que finaliza el plazo señalado en el dictamen motivado. Dicho plazo expiró el 9 de mayo de 2001 sin que se hubieran adoptado las medidas exigidas por la Comisión. Proceda hacer constar, pues, que no se ha adaptado el Derecho interno a la Directiva dentro del plazo señalado.*

*9. Asimismo según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su Derecho interno para justificar el no dar cumplimiento a una directiva dentro de plazo.*

*10. La obligación de adaptar el Derecho interno a la Directiva resulta, por una parte, directamente de la Directiva y, por otra, de los artículos 249 CE, apartado 3, y 10 CE.*

*11. Así pues, al haber incumplido el Reino de España la obligación que le incumbe en virtud del Derecho comunitario, procede estimar el recurso de la Comisión y condenar en costas a dicho Estado miembro como consecuencia del incumplimiento”.*

<sup>7</sup> Cfr. NIETO MELGAREJO, P., *El derecho de desistimiento en la contratación electrónica...*, op.cit., pág. 293, especialmente nota 340.

artículo 5 de la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación* y el *Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación*, cuyas disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se transpone<sup>8</sup>. De esta manera se armonizan los deberes pre y postcontractuales, así como el régimen jurídico del derecho de desistimiento objeto de nuestro estudio (arts. 92-108), tal y como veremos a lo largo del presente y próximo Capítulos.

Por lo que toca a la contratación electrónica, su regulación específica la encontramos en la LSSI<sup>9</sup>, la cual adaptó al ordenamiento jurídico interno la *Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico*, regulando a su paso aspectos tanto sociales como económicos<sup>10</sup>.

Por lo que respecta a nuestro objeto de estudio, la LSSI prevé un marco jurídico para el contrato electrónico celebrado con consumidores, aplicándose reglas específicas, entre las que encontramos: la obligación por parte del empresario de suministrar información previa (arts. 10 y 27), lo cual evita la concurrencia de regímenes de información, sobre todo cuando el contrato se celebra por medio de condiciones generales (art. 27.4); perfeccionamiento del contrato electrónico (art. 23.1-2); régimen de información posterior a la celebración de contratos electrónicos (art. 28); forma del contrato electrónico (art. 23.2.3) y prueba de su celebración (art. 24); y la Ley aplicable y jurisdicción competente (arts. 26 y 29)<sup>11</sup>.

La norma comentada fue reformada por la *Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medias de Impulso de la Sociedad de la Información*<sup>12</sup>, la cual introdujo varias modificaciones, creándose de paso un artículo 12 bis, con el fin de obligar a los PSSI a informar a sus clientes de forma permanente, fácil, directa y gratuita, sobre los diferentes medios de

<sup>8</sup> Vid., punto III de la Exposición de Motivos de la Ley de Consumidores

<sup>9</sup> Vid. BOE núm. 166, de 12-VII-2002.

<sup>10</sup> Cfr. PLAZA PENADÉS, J., "La contratación electrónica en la ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico", *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 3, 2003, págs. 77-79.

<sup>11</sup> Vid. PLAZA PENADÉS, J., "Marco jurídico de la contratación electrónica", *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 4, 2004, págs. 23-37.

<sup>12</sup> BOE núm. 312, de 29-12-2007.

carácter técnico que aumenten los niveles de la seguridad de la información y permitan, entre otros, la protección frente a virus informáticos y programas espía, y la restricción de los correos electrónicos no solicitados. Asimismo, los PSSI de servicios de correo electrónico o de servicios similares deberán informar a sus clientes de forma permanente, fácil, directa y gratuita sobre las medidas de seguridad que apliquen en la provisión de los mencionados servicios.

Por otra parte, se da nueva redacción al artículo 20 de la LSSI, para dotar de mayor transparencia a la información exigida sobre las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos. Por último, el artículo 27 LSSI adapta su redacción a las nuevas técnicas de comunicación en el ámbito de la contratación electrónica al contemplar la telefonía móvil. En este sentido, también fueron modificados los artículos 21 y 22 LSSI por el *Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista*<sup>13</sup>. Esta reforma se da con el fin de brindar mayor seguridad a los destinatarios de servicios que reciban publicidad o contraten a través de correo electrónico o medios de comunicación análogos.

La LSSI define al Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) en el Anexo c) como *“la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la Sociedad de la Información”*. Asimismo, en la letra b) se aclara que servicio de intermediación, es un *“servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la Sociedad de la Información o el acceso a la información”*. Por ejemplo, la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios

---

<sup>13</sup> BOE núm. 78, de 31-III-2012.

suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores del año 2014, si la contratación electrónica se realizaba a través de condiciones generales, se aplicaba también el *Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre*, el cual regulaba *la contratación telefónica y electrónica mediante condiciones generales*, la normativa comentada se dictó con el fin de desarrollar el artículo 5 de la *Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación*. Este cuerpo legal estaba compuesto por cinco artículos, los cuales preveían los siguientes temas: información pre y postcontractual, la atribución de la carga de la prueba y un mal llamado derecho de “resolución” (el cual era a todas luces un derecho de desistimiento). Sin embargo, cabe señalar que este Real Decreto había violado de manera radical el principio de reserva de Ley en materia de contratos, alejándose completamente del propósito para el que se dictó, razón por la cual la contratación a distancia objeto de nuestro estudio se regía por las reglas establecidas por el TRLGDCU y la LSSI al ser normas de mayor jerarquía<sup>14</sup>.

Por otra parte, en Internet muchas veces los principales problemas no derivan de la seguridad jurídica en las transacciones o de la fiabilidad

---

<sup>14</sup> Vid. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “Las Condiciones generales en la contratación electrónica. La absoluta invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales”, *La Ley*, núm. 1, 2001, págs. 1693-1698: “No oculto que también la teoría de la congelación del rango puede ser entendida en un sentido más restrictivo del que se pueden extraer consecuencias parcialmente diferentes [...]. [I] a congelación del rango no prohíbe que el reglamento se ocupe de las materias legalmente reguladas; más bien lo que dicho principio o teoría impide es que de ocuparse, el reglamento lo haga contradiciendo la normativa legal, supuesto en el que la norma reglamentaria sería nula por violar el principio de jerarquía normativa [...]. Si se parte de estas premisas, resultaría que el Real Decreto 1906/1999 no habría desarrollado la habilitación legal marcada por el art. 5.3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en su párrafo primero, habilitación que de momento seguiría sin haberse actuado. No obstante, el citado Real Decreto habría regulado, con rango reglamentario, una serie de cuestiones para las que no había habilitación legal previa, pero tampoco reserva material de ley. Por consiguiente, desde tal perspectiva, para analizar la validez del Real Decreto 1906/1999, o por el contrario su invalidez por oposición al principio de jerarquía normativa, habríamos de entrar a analizar su contenido a fin de detectar si existe o no contradicción con la norma o normas de rango superior existentes sobre esa misma materia. Pues bien, tal contradicción existe, si no en todas, sí al menos en la mayor parte de las cuestiones tratadas en el reglamento que nos ocupa”. Sin embargo, hoy en día este RD ha quedado formalmente derogado al igual que el artículo 5.4 de la *Ley 7/1998, de condiciones generales de la contratación* que lo desarrollaba, tras la adaptación de la DDC por medio de la Ley de Consumidores del año 2014.

en la identidad de los contratantes, si no que surgen debido a las actividades ilícitas realizadas por los *ciberpiratas*, quienes se aprovechan de la vulnerabilidad de los sistemas informáticos con el fin de apropiarse de los datos de los ciudadanos y de esta manera cometer delitos. Por ejemplo, el pago fraudulento mediante tarjeta de crédito o falsificación de identidad<sup>15</sup>. Para evitar este tipo de problemas y fomentar el comercio electrónico, el legislador ha creado una serie de medidas de seguridad en materia de contratación electrónica, entre las cuales encontramos la firma electrónica. En España tal instrumento se encuentra regulado en la *Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre firma electrónica (LFE)*<sup>16</sup>, aunque su vigencia habrá de valorarse a la luz del *Reglamento número 910/2014, sobre identificación electrónica y servicios de confianza* (art. 52).

La LFE define a la firma electrónica, en su artículo 3.1, 2,3 y 4), como “el conjunto de datos, en forma electrónica, consignados a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”. El apartado dos del artículo comentado define lo que es la firma electrónica avanzada<sup>17</sup> y el apartado tres la firma electrónica reconocida<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Vid. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *El contrato electrónico: Formación y cumplimiento*, Bosch, España, 2013, pág. 310.

<sup>16</sup> En la Exposición de Motivos de esta Ley se señalan las pretensiones del legislador que quiso dar “orden a los cambios que sugiere la evolución de la tecnología y los servicios de certificación con el objetivo de generar en el ámbito digital las condiciones de seguridad y confianza necesarias para estimular el desarrollo de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular, de la administración y del comercio electrónicos”. Vid. BATUECAS CALETRÍO, A., “Hacia una ley de firma electrónica que mejore el Real Decreto-Ley de Firma Electrónica 14/1999, de 17 de septiembre”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J., (Dir.): *Internet y Comercio Electrónico*, Universidad de Salamanca, pág. 154. A nivel comunitario tanto los ACQP *Principios* como el MCFR distinguen tres clases de firma: 1. *Firma manuscrita*, el nombre o signo que representa a una persona a efectos de autenticidad, 2. *Firma electrónica*, los datos en forma electrónica que se anexan o están lógicamente asociados a otros datos electrónicos, los cuales se emplean a efectos de verificación y autenticidad, y 3. *Firma electrónica avanzada*, la cual adquiere tal calidad cuando cumpla con los siguientes requisitos: a) sólo puede ser atribuida al firmante, b) permite verificar la identidad del firmante, c) es creada mediante la utilización de mecanismos que están bajo el control exclusivo del firmante, y d) está vinculada a los datos a los que se refiere de tal manera que puede detectarse cualquier cambio posterior de los mismos. Cfr. Artículo 1:307 ACQP y artículo I.- I:106 MCFR.

<sup>17</sup> La firma electrónica *avanzada* es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.

<sup>18</sup> Se considera firma electrónica *reconocida* la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

Como podemos observar, la LFE distingue diferentes clases de firmas electrónicas, las cuales son valoradas en un juicio de forma diferente. De esta manera, para el caso de impugnación de la firma electrónica simple se estará a lo dispuesto en los artículos 299.2 y 384 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (en adelante LEC), es decir, se necesitará el dictamen de peritos en la materia, para confirmar su autenticidad. En cambio, cuando se impugnen documentos autenticados con firma electrónica avanzada, se aplicará la regla contenida en el artículo 326.2 LEC, la cual aclara: “*cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto*”. Además, el artículo 3.8 LFE prevé un procedimiento especial, el cual tiene por objeto comprobar si concurren los requisitos de una firma electrónica avanzada<sup>19</sup>. Si bien es cierto que la firma electrónica simple vincula al firmante como si se trata de la firma manuscrita, no es menos cierto que la firma electrónica avanzada cumple adicionalmente ciertos requisitos de seguridad. Sin embargo, no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida (art. 3.9 LFE). También es necesario aclarar que, cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas (art. 3.10 LFE)<sup>20</sup>.

---

Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., “La firma Electrónica en el Derecho Español”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J., (Dir.): *Internet y Comercio Electrónico*, Universidad de salamanca, 2002, pág. 115, para quien generalmente las firmas electrónicas avanzadas tienen una función llamada Hash la cual contiene una serie de características con el fin de brindar mayor seguridad a la hora de contratar por medios electrónicos.

<sup>19</sup> Cfr. MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad negocial emergente”, *EC*, núm. 85, 2008, en: <http://www.consumo-inc.es>. [Con acceso el 15-X-2010].

<sup>20</sup> *Reglamento número 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*, se hace una clasificación de la firma electrónica al señalar en su artículo 3 lo siguiente:

“firma electrónica”, los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar.

“firma electrónica avanzada”, la firma electrónica que cumple los requisitos contemplados en el artículo 26.

“firma electrónica cualificada”, una firma electrónica avanzada que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica” (vid. DOCE núm. L 257 de 28-VIII-2014).



En relación con lo dicho en el párrafo anterior, el documento electrónico al incorporar la firma electrónica, debe reunir las siguientes características:

1.- *Inalterabilidad* el cual recoge el principio de permanencia como definición esencial del documento;

2.- *Autenticidad*, es decir, que no sufra alteraciones de contenido lo cual tiene relación con el principio de inalterabilidad;

3.- *Durabilidad* la cual se entiende como modificación irreversible del soporte, por lo tanto la inscripción o imagen estable en el tiempo no puede ser alterada por intervenciones externas, y;

4.- *Seguridad*, la firma de las partes juega un papel importante, sobre todo a la hora de identificar la identidad del autor de la declaración de la voluntad<sup>21</sup>.

A modo de ejemplo, (y extensible a cualquier documento electrónico *mutatis mutandis*) la LFE en su artículo 3.5 define al documento electrónico de la siguiente manera: “*Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplirse, respectivamente, con lo dispuesto en las letras a) o b) del apartado siguiente y, en su caso, en la normativa específica aplicable*”. Por lo tanto, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Vid. TÉLLEZ VALDÉS, J., *Derecho informático*, McGraw-Hill, 3ª ed., México, D. F., 2004, Págs. 248-249.

<sup>22</sup> El documento electrónico por si sólo puede presentar una serie de problemas jurídicos como podrían ser la alteración o manipulación de su forma unilateral, reconocer la fiabilidad del método con el que se almaceno o archivo dicho documento; para contrarrestar esta problemática se han creado una serie de medidas para darle valor jurídico al documento electrónico, como la Firma Electrónica reconocida la cual es expedida por prestadores de servicios de certificación. Por otra parte, es importante destacar que otra de las problemáticas que puede presentar el documento electrónico es cuando se debe considerar original dicho documento. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, señala cuatro posibles respuestas para esta interrogante: “A) considerar como original el documento conservado en la memoria de la persona que expide el mensaje de datos. B) considerar como original el documento que ha efectuado todo el viaje y que ha sido recibido efectivamente por el destinatario. C) considerar como original el documento que

Por otro lado, las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos. Asimismo, el tercero deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado que, en ningún caso, será inferior a cinco años (art. 25 LSSI).

El artículo 2 LFE reserva la función de archivo a las autoridades de certificación, quienes tendrán la obligación de verificar la identidad de las partes contratantes<sup>23</sup>. Sin embargo, debemos aclarar que el concepto de tercero de confianza es más genérico que el de autoridades de certificación, pues incluye a estas últimas. No obstante, las funciones que desempeña un tercero de confianza no se equiparan a la de un notario público, tampoco los certificados que emiten se asemejan a la protocolización notarial de un documento privado<sup>24</sup>.

El tercero de confianza garantiza en buena medida la seguridad de la documentación, al garantizar la seguridad de la documentación,

---

el destinatario almacena en la memoria de su computadora. D) considerar como original el primer impreso en soporte papel que se haga, considerando tanto una como otra parte". (MÁRQUEZ GONZÁLEZ, J. A., "Las preguntas más frecuentes en la contratación electrónica", *REDI*, núm. 103, 2007, en: [www.alfa-redi.com](http://www.alfa-redi.com). [con acceso el 25-I-2009.]). En sentido contrario se pronuncia ORTEGA DÍAZ, al señalar que lo que se produce es la existencia de un solo documento en distintos soportes físicos, siendo cada uno de ellos original, e tanto cuanto, son los primeros documentos existentes en papel, en la pantalla o en registro magnético o digital y detalla que de los tres soportes el único que interesa es el último pues el primero convierte el documento virtual en documento en soporte papel y el segundo porque en la práctica jurídica lo vuelve irrelevante y concluye que la representación del documento electrónico en la pantalla del ordenador o en la memoria RAM, podría ser subsumida en el registro magnético, ya que una vez que se ha constituido el registro magnético, por ejemplo al grabar un texto creando un archivo, lo que se produce es la eliminación de su carácter tomándolo jurídicamente relevante. (ORTEGA DÍAZ, J. F., "La cuestión de la perfección y del soporte contractual", *RCE*, núm. 86, 2007, pág. 90). En España de acuerdo con la lectura del artículo 5 de la LFE cualquier persona física o jurídica puede ser prestadora de servicios de certificación. Sin embargo, en la práctica ciertos entes públicos mantienen un monopolio en el ámbito de la administración pública, tal es el caso de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, debido a que en la actualidad tiene un gran número de clientes que, a su vez coarta el libre desarrollo de la economía y la libre competencia de la certificación de firma electrónica (*vid.* COUTO CALVIÑO, R., "Reflexiones acerca de la firma electrónica y el nuevo mercado de servicios de certificación", *RCE*, núm. 83, pág. 31. En este artículo se critican las figuras jurídicas de los prestadores de servicios de certificación así como y la firma electrónica debido a que estas encuentran su origen en el Derecho anglosajón lo cual trae aparejado una serie de problemas sobre todo en materia de libre competencia debido a que se crean monopolios).

<sup>23</sup> *Vid.* MARTÍNEZ NADAL, A., *Comentarios a la Ley 59/2003 de firma electrónica*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 54-55.

<sup>24</sup> COUTO CALVIÑO, R., "Reflexiones acerca de la firma electrónica y el nuevo mercado de servicios de certificación", *RCE*, núm. 83, 2007, págs. 3-37.

proporcionando la prueba de las transacciones económicas vendría obligado a guardar en su forma original el contrato para su consulta posterior en caso de que exista conflicto entre las partes<sup>25</sup>.

Dicho lo anterior, es necesario aclarar que los terceros de confianza actúan como intermediarios entre el emisor y el receptor de los mensajes, proporcionando el registro y confirmación de entrega de correo electrónico y/o la notificación de lectura segura de los mensajes, incluyendo el certificado de las condiciones generales de la contratación<sup>26</sup>.

En los contratos con consumidores, de acuerdo con el artículo 27.1 b LSSI, se prevé la posibilidad que el PSSI archive el documento en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible. Sin embargo, el acuerdo se resuelve, en la práctica, en la necesidad de que el consumidor preste su consentimiento. Aunque, esto presupone la previa contratación de las empresas de los servicios que proporcionan esos terceros, cuyo coste repercutirá luego en el consumidor<sup>27</sup>.

### 3.2. Concepto y características del contrato a distancia

En la LGDCU de 1984 no existía un concepto de lo que debía entenderse por “contrato a distancia”. No obstante, con la transposición de la *Directiva 97/7/CE*, a través de la LOCM (art. 38.1)<sup>28</sup>, se definió el

---

<sup>25</sup> ESTEBAN ENCINAS, B., “Comentario al artículo 25 de la LSSI”, en CREMADES, J y GONZÁLEZ MONTES, J. L., (Coord.): *La nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, La ley, 2003, pág. 407.

<sup>26</sup> Vid. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Comentario al artículo 25 de la LSSI”, 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, págs. 1713-1715.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Se consideraran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen en forma exclusiva a través de una técnica de comunicación a distancia y dentro de un sistema organizado por el vendedor. Este artículo ha sido modificado por la disposición final segunda de la Ley de Consumidores del año 2014, punto cuatro, quedando redactado de la siguiente manera: “Para la calificación de las ventas a distancia se estará a lo dispuesto en el artículo 92 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. 16 de noviembre”.

En términos similares a la LOCM por lo que se refiere al contrato a distancia, se pronunciaba la hoy derogada Directiva 97/7/CE, en su artículo 2. 1 define el concepto de contrato a distancia: [a]fectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) *contrato a distancia: todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios en*

concepto de contrato a distancia, el cual fue retomado por la Ley de consumidores del año 2014 (art. 92.1 TRLGDCU) que declara textualmente al delimitar el ámbito objetivo de los contratos a distancia: *“Los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo”*. Esta definición coincide con lo dispuesto en la actual DDC en su artículo 2.7<sup>29</sup>.

La definición comentada de “contrato a distancia” cobra importancia sobre todo para distinguirla del concepto de “contrato celebrado fuera de

---

*el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación del contrato, incluida la celebración del propio contrato.*

<sup>29</sup> Vid., punto II de la Ley de Consumidores del año 2014, cuando aclara: “Se incorpora al texto refundido una nueva definición de contrato a distancia que abarca todos los casos en que los contratos se celebran entre el empresario 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, como pueden ser la venta por correo, Internet, teléfono o fax, hasta el momento en que se celebra el contrato y con inclusión de ese momento. Dicha definición abarca también las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia. El concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia incluye los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del empresario pero utilizado por éste, como una plataforma en línea. No obstante, no cubre los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el empresario, sus bienes o servicios y sus datos de contacto”. En este sentido, ARROYO I AMAYUELAS, E., “La contratación a distancia en la Directiva de protección de los derechos de los consumidores”, en CÁMARA LAPUENTE, S., *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 253-254 aclara lo siguiente en relación con el concepto de contrato a distancia: “Lo que define la contratación a distancia es que ésta no permite concluir el contrato a partir de una combinación de técnicas de comunicación presenciales con otras que no lo son. El art. 2.7 DDC no varía el planteamiento de la Directiva 97/7, del que, por el contrario, sí parece que se apartaba el art. 2.6 PDDC al establecer que el uso de los medios de comunicación a distancia solo era “para la celebración del contrato”. Era la misma presentación seguida en el art. 5: A-01.2 ACQP, donde la expresión “for concluding the contract” es ambigua, porque no deja claro si excluye la fase de negociación o sí, por el contrario, está implícito en ella que se trata de utilizar exclusivamente los medios de comunicación a distancia “hasta la celebración del contrato, incluida la propia celebración del contrato”. Aunque esto último es algo que, quizás, podría deducirse del hecho que, de no ser así, el uso de técnicas de comunicación a distancia ya no hubiera podido ser “exclusivo”, sin embargo la EM 13 PDDC daba la pista de que el sentido podía ser otro, puesto que la norma reconducía al régimen de la contratación a distancia el contrato así concluido, pero negociado en persona fuera de establecimiento”.

establecimiento mercantil”, el cual es definido por el TRLGDCU en el artículo 92.2:

*“Las disposiciones de este título serán también de aplicación a los siguientes contratos celebrados con consumidores y usuarios fuera del establecimiento mercantil:*

*a) Contratos celebrados con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario.*

*b) Contratos en los que el consumidor y usuario ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las que se contemplan en la letra a).*

*c) Contratos celebrados en el establecimiento mercantil del empresario o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor y usuario en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del empresario, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor y usuario.*

*d) Contratos celebrados durante una excursión organizada por el empresario con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor y usuario”.*

Por otro lado, el TRLGDCU define el concepto de “establecimiento mercantil” como “*toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma permanente, o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma habitual*” (art. 59.1 bis d).

Como podemos observar, el ámbito objetivo de los contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil se encuentra perfectamente delimitado. No obstante, debemos señalar que del concepto de contrato a distancia arriba mencionado surgen tres características esenciales: 1. El empleo de una “*técnica de comunicación a distancia*”; 2. “*La no presencia física simultánea de las partes*” y, 3. “*El contrato se debe celebrar en el seno de un sistema organizado por el vendedor*”, aunque esta última característica no “define” tanto al contrato a distancia, cuanto señala a cuáles de dichos contratos se aplica el TRLGDCU, la normativa de protección de los consumidores. En los siguientes epígrafes analizaremos estas características.

De igual manera, tendrá la consideración de contrato a distancia, aquél en donde el consumidor visite el establecimiento mercantil con el propósito de recabar información sobre los bienes o servicios y la

negociación y celebración subsiguiente del contrato tiene lugar a distancia. En cambio, no se considera contrato a distancia, el que se inicie utilizando un medio de comunicación a distancia, pero acabe celebrándose en el establecimiento mercantil del empresario. 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<sup>30</sup>.

Sin embargo, existen diversos contratos, los cuales por distintos motivos tal y como veremos a continuación, se excluyen de la normativa de contratos a distancia, aunque pudiera serlo conforme a los mencionados tres criterios (art. 93 TRLGDCU):

*a) “de servicios sociales, incluidos la vivienda social, el cuidado de los niños y el apoyo, a familias y personas necesitadas temporal o permanentemente, incluida la atención a largo plazo”*

La exclusión de esta materia se debe principalmente al carácter personalísimo de los servicios, sus particulares destinatarios y su trascendencia social. Son servicios, que realmente, aunque de forma eventual puedan prestarse a distancia, exigen generalmente el carácter presencial<sup>31</sup>.

*b) “A los contratos de servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios, con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias”*

---

<sup>30</sup> Vid. Exposición de Motivos de la DDC, punto 20.

<sup>31</sup> Vid. Exposición de Motivos de la DDC en su punto 29: “Los servicios sociales poseen fundamentalmente unas características bien diferenciadas que se reflejan en la legislación específica del sector, de la cual, una parte se decide a nivel de la Unión y otra, a nivel nacional. Los servicios sociales comprenden, por un lado, los servicios a personas particularmente desfavorecidas o con muy bajos ingresos, así como los servicios a las personas o familias que requieren asistencia para la realización de tareas habituales y cotidianas y, por otro, los servicios para todos aquellos que precisan de manera especial asistencia, apoyo, protección o ánimo en una etapa concreta de sus vidas [...]. Las disposiciones de la presente Directiva no son adecuadas para los servicios sociales, por lo que deben excluirse de su ámbito de aplicación”.

La razón por la que se excluye este tipo de contratos es similar al caso anterior, vinculada, en este supuesto a razones de salud pública. Además, este tipo de contratos exige una regulación especial, debido a su complejidad técnica, su importancia como servicio de interés general, la existencia de trato personal y su importante financiación pública<sup>32</sup>.

c) “A los contratos de actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas”

En esta materia se deja libertad a los Estados miembros para adoptar medidas diferentes, incluso más estricta, de protección de los consumidores. El fundamento de la exclusión de estos contratos coincide con el que está detrás del de la prensa diaria y publicaciones periódicas<sup>33</sup>, pues, se trata de prestaciones concertadas, las cuales son difíciles de reintroducir en el mercado. Por ejemplo, un sorteo que se ha celebrado. Hay, además, razones de orden público y las especiales consideraciones que al legislador siempre le han merecido los juegos y las apuestas. Asimismo, la excepción comentada se extiende a cualquier tipo de participación contratada a distancia en juegos de azar organizados empresarialmente<sup>34</sup>.

A diferencia de la *Directiva 97/7/CE*, que la excluía en el apartado previsto para el derecho de desistimiento (art. 6.3), la DDC prevé tal

---

<sup>32</sup> En relación con la exclusión comentada, la Exposición de Motivos de la DDC en su punto 30 deja claro que: “La asistencia sanitaria se define en la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (1), como «los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios». Profesional sanitario se define en dicha Directiva como todo doctor en medicina, enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, matrona o farmacéutico a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (2), u otro profesional que ejerza actividades en el sector de la asistencia sanitaria que estén restringidas a una profesión regulada según se define en el artículo 3, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, o toda persona considerada profesional sanitario conforme a la legislación del Estado miembro de tratamiento[...]”.

<sup>33</sup> MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles...”, *op.cit.*, pág. 329.

<sup>34</sup> Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ A., “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 1298.

exclusión, pero de manera general para los contratos a distancia (art. 3.3), aclarando en su Exposición de Motivos, punto número 31, lo que debe entenderse por juego por dinero<sup>35</sup>.

En relación con lo anterior es importante tomar en cuenta la *Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego*<sup>36</sup>, la cual tiene por objeto regular el juego *on line*. La normativa comentada en su artículo 3 h) define al juego electrónico de la siguiente manera: “*Juego por medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos. Son aquellos en los que se emplea cualquier mecanismo, instalación, equipo o sistema que permita producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones, incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como televisión, Internet, telefonía fija y móvil o cualesquiera otras, o comunicación interactiva, ya sea ésta en tiempo real o en diferido*”<sup>37</sup>.

#### d) “A los contratos de servicios financieros”

---

<sup>35</sup> “Los juegos por dinero deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Las actividades de juego por dinero son aquellas que implican apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, el juego en los casinos y las apuestas. En relación con dichas actividades, los Estados miembros deben poder adoptar medidas diferentes, incluso más estrictas, de protección de los consumidores”.

<sup>36</sup> BOE, núm. 127, de 28-V-2011.

<sup>37</sup> Vid. Exposición de Motivos, punto II de la *Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego* cuando señala: “Las aludidas finalidades, así como la necesidad de dotar al sector del juego de una regulación adecuada, ha tenido su reflejo en distintas iniciativas parlamentarias y en mandatos al Gobierno como el establecido, en el ámbito nacional, en la Disposición adicional vigésima de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información y, en el ámbito comunitario, en la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2009 sobre la integridad de los juegos de azar en línea”. Continúa la norma aclarando en su punto III: “En cumplimiento y desarrollo del mandato previsto en la ya citada Disposición adicional vigésima de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información y a los efectos de controlar las actividades de juego de ámbito estatal, especialmente si se realizan a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, ha sido necesario establecer un sistema de planificación y acceso al desarrollo de la actividad, determinar las competencias estatales en materia de regulación y control, y definir un régimen de infracciones y sanciones que garantice la efectividad del marco regulatorio. Estos objetivos constituyen, en consecuencia, una de las finalidades esenciales de esta Ley que ha de ser la norma sectorial de referencia en materia de explotación de juegos a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos en el ámbito estatal, procurando, al mismo tiempo, la coordinación o integración de la regulación que ahora se aprueba con el marco normativo general de la actividad de juego en nuestro país y con otras normas sectoriales sobre las que esta Ley pueda tener incidencia, tales como, a título de ejemplo, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y demás normativa complementaria y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”.



Esta excepción encuentra su fundamento debido a que los servicios financieros se encuentran sujetos a fluctuaciones, por lo tanto, repercutiría en los intereses del empresario. Además la *Directiva 2002/65/CE, que regula los servicios financieros a distancia*, excluye en su artículo 6.2 determinados contratos para el caso del derecho de desistimiento.

e) *“A los contratos de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos”*

La razón de tal excepción se debe principalmente a la exigencia de determinados formalismos para llevar a cabo este tipo de contratos, siendo aplicables las normas específicas de la Ley de ordenación de la edificación<sup>38</sup>.

f) *“A los contratos para la construcción de edificios nuevos, la transformación sustancial de edificios existentes y el alquiler de alojamientos para su uso como vivienda”*

El inciso comentado se debe a que cada Estado miembro establece una serie de requisitos en su legislación nacional, en los contratos de construcción de edificios nuevos y el alquiler de alojamientos<sup>39</sup>.

g) *“A los contratos relativos a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados regulados en esta ley”*

---

<sup>38</sup> Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU...”, *op.cit.*, pág. 1206.

<sup>39</sup> Vid. Exposición de Motivos de la DDC en su punto 26: “Los contratos relacionados con la transferencia de bienes inmuebles, de derechos sobre bienes inmuebles o con la creación o adquisición de tales bienes inmuebles o derechos, los contratos para la construcción de nuevos edificios, para la transformación sustancial de edificios existentes, así como los contratos de alquiler de locales para su uso como vivienda son objeto de una serie de requisitos específicos en la legislación nacional. Estos contratos incluyen por ejemplo las ventas de bienes inmuebles que aún no se han realizado, y el alquiler con derecho a compra. Las disposiciones de la presente Directiva no son apropiadas para esos contratos que deben, por tanto, quedar excluidos de su ámbito de aplicación. Una transformación sustancial es una transformación comparable a la construcción de un nuevo edificio, por ejemplo, cuando solo se conserva la fachada del viejo edificio. Los contratos de servicios relativos, en particular, a la construcción de anexos de edificios (por ejemplo, un garaje o una veranda) y los relativos a la reparación y renovación de edificios distintas de la transformación sustancial deben estar incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, al igual que los contratos relativos a los servicios de un agente inmobiliario y los contratos de alquiler de locales que no vayan a ser utilizados como vivienda”.

Esta excepción, halla su fundamento en que los contratos de viajes combinados tienen una normativa propia: la *Directiva 90/314/CEE*, y en nuestra norma interna, los artículos 150 y siguientes del TRLGDCU.

*h) “A los contratos relativos a la protección de los consumidores y usuarios 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 regulados en la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias”*

La materia de contratación a distancia excluye este tipo de contratos, debido a que existe una regulación específica de la materia. Lo anterior, se ve reflejado en el Derecho español, a través de la *Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico*, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, la cual en su artículo 12 regula un derecho de desistimiento similar al otorgado en los contratos electrónicos<sup>40</sup>.

*i) “A los contratos que, con arreglo a la legislación vigente, deban celebrarse ante un fedatario público, obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor y usuario celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico”*

En relación con esta exclusión cabe aclarar que dentro de los Estados miembros existen funcionarios independientes como los notarios públicos, los cuales se encuentran investidos de fe pública. De hecho, la mencionada profesión tiene una regulación especial dentro de cada estado miembro, por lo tanto, existe una fragmentación jurídica en el derecho notarial, la cual es difícil de unificar en estos momentos. Aunque

---

<sup>40</sup> *Vid. infra*, 2.2.5.5.

en un futuro puede que haya una unificación en ciertos aspectos en la materia comentada.

j) *“A los contratos para el suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar, suministrados físicamente por un empresario mediante entregas frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor y usuario”*

Esta exclusión, la hace el legislador, debido a que, esta clase de contratos, tienen escasa trascendencia económica. Por otro lado, el carácter perecedero de los productos alimenticios es incompatible con el derecho de desistimiento, puesto que estos bienes no pueden ser devueltos por ser consumibles<sup>41</sup>.

k) *“A los contratos de servicios de transporte de pasajeros, sin perjuicio de la aplicación del artículo 98.2”*

Estos contratos se excluyen, debido a que contienen una regulación jurídica propia, tal y como lo aclara el punto 27 de la Exposición de Motivos de la DDC:

*“Los servicios de transporte abarcan el transporte de viajeros y el transporte de mercancías. El transporte de viajeros debe excluirse del ámbito de aplicación de la presente Directiva, pues ya es objeto de otra normativa de la Unión, o en el caso del transporte público o de los servicios de taxis, ya están regulados a escala nacional. No obstante, las disposiciones de la presente Directiva de protección de los consumidores contra honorarios excesivos por el uso de medios de pago o contra los costes ocultos deben aplicarse también a los contratos de transporte de pasajeros. En cuanto al transporte de mercancías y el alquiler de vehículos que son servicios, los consumidores deben poder acogerse a la protección que presta esta Directiva, salvo en lo que se refiere al derecho de desistimiento”.*

l) *“A los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas”*

Este tipo de contratos tiene su regulación específica en el capítulo III de la LOCM, dándose una definición de “venta automática” en el artículo

---

<sup>41</sup> Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ A., “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 1207.

49 de la normativa comentada<sup>42</sup>. Además, debemos aclarar que, en este tipo de contratos, puede no utilizarse una técnica de comunicación a distancia, la cual como veremos más adelante dentro de este mismo capítulo es uno de los atributos del contrato a distancia.

*m) “celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos para la utilización de esos teléfonos, o celebrados para el establecimiento de una única conexión de teléfono, Internet o fax por parte de un consumidor y usuario”*

Esta exclusión se encuentra muy cercana a la anterior comentada, es decir, a los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos, puesto que no se trata sólo del carácter instantáneo de los contratos celebrados mediante el uso de los teléfonos públicos, lo cual es incompatible además con el derecho de desistimiento, sino que la regulación de los contratos a distancia excede la protección para este tipo de operaciones, las cuales entrañan casos tan comunes como utilizar un teléfono público a cambio de una moneda<sup>43</sup>. Por otro lado, para este tipo de contratos se adopta la teoría de emisión<sup>44</sup>.

### **3.2.1. La ausencia física de comprador y vendedor para la celebración del contrato: contratos de formación sucesiva y contratos de formación instantánea**

Hasta antes de la entrada en vigor de la LSSI tanto la doctrina como el Tribunal Supremo consideraban contratos celebrados entre presentes, los perfeccionados por medios de comunicación personal inmediata y

---

<sup>42</sup> Artículo 49 LOCM [...]:

*“1. Es venta automática la forma de distribución detallista, en la cual se pone a disposición del consumidor el producto o servicio para que éste lo adquiera mediante el accionamiento de cualquier tipo de mecanismo y previo pago de su importe.*

*2. Los distintos modelos de máquinas para la venta automática deberán cumplir la normativa técnica que les sea de aplicación”.*

<sup>43</sup> Vid. ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la ley de ordenación del comercio minorista*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 204. Nota al pie, número 590. “Se justificó la excepción en la Exposición de Motivos de la Posición común de 1995 (pág. 10) precisamente por el “carácter instantáneo del contrato correspondiente de la utilización de cabinas telefónicas”.

<sup>44</sup> Vid. *infra*, 3.5.5.

bidireccional (p. ej., el teléfono)<sup>45</sup>. Lo anterior halla su fundamento en la STS de 3 de enero de 1948<sup>46</sup>, en donde se interpretó el artículo 255 del Código de Obligaciones y Contratos de la zona del Protectorado de Marruecos, que disponía que la oferta y la aceptación hechas por teléfono se entendían hechas entre presentes; por lo tanto, para que existiera un contrato de formación sucesiva, además de una distancia física entre las partes, debería existir un intervalo de tiempo relevante entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por parte del oferente<sup>47</sup>.

Ahora bien, es importante señalar que cuando un contrato se realice a través de medios electrónicos (p. ej., teléfono, o Internet), es considerado como un contrato a distancia y, por lo tanto, le serán aplicables las normas de protección de los consumidores, tanto del TRLGDCU como de la LSSI. Sin embargo, habrá que diferenciar su formación, la cual puede ser instantánea o sucesiva, según el medio que se emplee para celebrar el contrato. Por otra parte, con la aparición de la figura de la contratación a distancia se han ido delimitando cada vez más los límites entre contratación entre presentes y contratación entre ausentes, prueba de ello, lo tenemos en la actual DDC, en donde, el legislador europeo ha definido el término contrato a distancia (art. 2.7), tal y como quedó visto, y como ha sido recogido por la normativa interna.

Para la doctrina, la “distancia” como espacio físico que separa a las partes contratantes, es la distancia espacial o distanciamiento

---

<sup>45</sup> Vid. GONZÁLEZ GOZALO, A., “La formación del contrato”, en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de contratos, Tomo I, Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 700-701.

<sup>46</sup> STS 3-I-1948 (RJ 1948/11).

<sup>47</sup> Vid., por todos: APARICIO VAQUERO, J. P., “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 5, 2004, pág. 103, especialmente nota al pie número 4; para este autor la sentencia de 3 de enero de 1948 establece que no es la “material ausencia de las partes, sino el medio de comunicación empleado la circunstancia a tener en cuenta para fijar el aquel momento”. Continúa el autor aclarando que dicha sentencia citaba, además legislación vigente de aquella época, el artículo 255 del Código de Obligaciones y Contratos de la zona del Protectorado de Marruecos, el cual disponía que “las ofertas y aceptaciones hechas por medio del teléfono entre las partes o sus mandatarios personalmente se entenderán hechas entre presentes”. Concluye señalando que dicho Código data de 1-VI-1914, el cual en su momento tuvo en cuenta el adelanto de la tecnología para realizar contratos por medio del teléfono.

geográfico<sup>48</sup>. Por el contrario, la “presencia” comprende dos modalidades: 1) en sentido físico: al estar los participantes situados en un mismo lugar, y, 2) en sentido figurado: es decir, cuando las partes, ubicadas en distintos puntos en el espacio, realizan el intercambio de la oferta y de la aceptación de idéntico modo al de la presencia física, gracias al empleo de un medio de comunicación adecuado<sup>49</sup>. No obstante, cabe aclarar que este último criterio de falta de presencia física se encuentra hoy superado, puesto que la normativa de protección de consumidores califica como contratos a distancia, a los celebrados por teléfono, incluso los que se realicen por Internet, a través de video conferencias o chat.

Sin embargo, con la reforma realizada al artículo 1.262 CC y al artículo 54 CCom, a través de la LSSI tal y como veremos más adelante, se unifican los criterios<sup>50</sup>, y además se consideran contratos a distancia los celebrados por medios como el télex, el fax, video texto, video conferencia, chats, el teléfono, o el correo electrónico en todas sus modalidades<sup>51</sup>; por lo tanto, cuando el consumidor celebre contratos por los medios mencionados, estaríamos ante contratación entre ausentes<sup>52</sup>.

De esta manera, la doctrina ha distinguido dentro de los propios contratos a distancia entre contratos de formación sucesiva<sup>53</sup> y contratos

---

<sup>48</sup> PANIZA FULLANA, A., *Contratación a distancia y defensa de los consumidores: Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, 2003, pág. 30.

<sup>49</sup> MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 227.

<sup>50</sup> *Vid. infra*, 3.5.5.

<sup>51</sup> *Vid.* GONZÁLEZ GOZALO, A., “La formación del contrato...,” *op.cit.*, pág. 702.

<sup>52</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *RCE*, núm. 52, 2004, págs. 69-70, cuando aclara: “Por todo ello entiendo que la verdadera relevancia de la aplicación del artículo 1.262.2 y 3 CC y sus correspondientes párrafos 1 y 2 del artículo 54 C. Com., se va a encontrar en los clásicos contratos entre ausentes que conciertan sus respectivos consentimientos a través de medios de transmisión de los mismos no inmediatos [...]. Tal circunstancia fue ya correctamente apreciada en el artículo 23 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, pues el mismo sólo regula el tiempo de la celebración de los contratos en los que transcurre un periodo de tiempo entre la oferta y la aceptación”.

<sup>53</sup> Serán contratos de formación sucesiva aquellos en los cuales la técnica de comunicación a distancia no permita perfeccionar el contrato de manera instantánea. Tal es el caso de los impresos con o sin destinatario, por ejemplo, la publicidad en prensa con cupón de pedido, el catálogo, la radio, el correo electrónico la telefonía móvil, a través del SMS (del término anglosajón *Short Message Service*, el cual es un servicio disponible para los teléfonos móviles, que permite el envío de mensajes cortos), el fax, la televisión y el correo postal. A través de estas técnicas de comunicación, la oferta se realiza al público en general, es decir, sin especificar un destinatario concreto, (cosa

de formación inmediata, ya que dependiendo del medio de comunicación que se utilice estaríamos ante uno u otro tipo de contratación<sup>54</sup>. De lo anterior, se desprende que hay que distinguir entre medios de comunicación interrumpida<sup>55</sup> y medios de comunicación inmediata<sup>56</sup>, pues no es lo mismo celebrar un contrato por teléfono<sup>57</sup> que a través de una página *web* pasiva<sup>58</sup>. Aunque, repetimos, independientemente de la técnica comunicación empleada a la hora de celebrarse el contrato, éste

---

distinta es que la oferta sea hecha para un sector determinado, p. ej., el empresarial), aunque, también, hay que aclarar que mediante el uso del correo electrónico se puede hacer una oferta personalizada e individualizada. (Vid. ROGEL VIDE, C., “Momento y formación del contrato”, *La Ley*, 1982, núm. 4, pág. 1271; para este autor los contratos de formación sucesiva son: “aquellos contratos, a concluir entre personas físicamente alejadas entre sí, siempre que, por la lentitud del medio de comunicación empleado, y además de un intervalo posible entre la declaración de voluntad del que formula la oferta y aquella otra que entraña la aceptación de la misma, exista, en todo caso, un intervalo relevante entre la emisión de esta última y su conocimiento por el destinatario”).

<sup>54</sup> Cfr. ORTEGA DÍAZ, J. F., “Contratos electrónicos...”, *op.cit.*, pág. 65.

<sup>55</sup> Vid. GONZÁLEZ GOZALO, A., “La formación del contrato...”, *op.cit.*, pág. 702: “Los medios de comunicación interrumpida se caracterizan porque entre la remisión de la declaración y su recepción por el destinatario media un intervalo de tiempo más o menos largo, como ocurre en el caso de la contratación por correspondencia, sea epistolar o telegráfica. La existencia del citado *intervallo temporis* plantea la duda de en qué momento debe considerarse concluido el contrato [...], y permite que, en este ámbito, puedan plantearse las cuestiones relativas a la retirada o revocación de la declaración, o a su tempestividad, incluso habiendo sido enviada dentro de plazo [...]”.

<sup>56</sup> Entre los medios que permiten concluir un contrato de formación inmediata encontramos el chat, la videoconferencia, el *Messenger* de *Hotmail*, *Yahoo*, *Skype*, *VoipRaider*, entre otros, la mayoría de estos sistemas opera a través de un *software* que el usuario tiene que descargar para poder ser compatible con su sistema operativo. Sin embargo, estamos ante un contrato entre ausentes, razón por la cual se aplicarán las reglas de los contratos a distancia, debido a que el principio de simultaneidad altera las reglas de estos contratos., vid. GONZÁLEZ GOZALO, A., “La formación del contrato...”, *op.cit.*, pág. 703, cuando aclara: “Los medios de comunicación inmediata, en cambio, permiten que la declaración sea conocida por sus destinatarios tan pronto como sea emitida por su autor. Pueden ser, a su vez, de dos tipos. Unos proporcionan una comunicación bidireccional entre las partes, de modo que las declaraciones son instantáneamente conocidas por la otra, quien a su vez puede contestarle sin solución de continuidad en un diálogo fluido, verbal (teléfono video conferencia) o escrito (sistemas de mensajería en tiempo real entre personas simultáneamente conectadas a una red digital, como los *talks* o *chats* informáticos). Los contratos celebrados por estos medios se asemejan a los concluidos entre presentes. Otros, en cambio, simplemente suprimen el lapso de tiempo entre la emisión y la recepción de la declaración, pero no garantizan que el destinatario la conozca inmediatamente, por lo que esta comunicación podría calificarse como unidireccional. Es el caso del télex, el fax o la comunicación a través de la tecnología *web*. Aunque no sin discusión, hoy se tiende a asimilar estos contratos a los celebrados por medios de comunicación interrumpida”. GONZÁLEZ GOZALO, A., “La formación del contrato...”, *op.cit.*, pág. 703.

<sup>57</sup> Vid, en este sentido: LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *El contrato estructura, formación y eficacia*, Tirant lo Blanch, Madrid, 1997, pág. 117; ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 252; PERALES VICASILLAS, M<sup>a</sup> del P., “Formación del contrato”, en BOTANA GARCÍA, G. A., (Coord.): *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, pág. 410.

<sup>58</sup> Vid. *infra*, 3.5.1, en donde señalamos la diferencia entre página *web* activa y pasiva.

seguirá teniendo la calidad de “contrato a distancia” y por consiguiente se aplicará el régimen jurídico del TRLGDCU (arts. 92 108)<sup>59</sup>.

Cuando un contrato se celebra a través de teléfono o por medio de páginas *webs* interactivas, éste se perfecciona de manera instantánea. En cambio, en las páginas *web* pasivas en donde sólo se informa de manera general de las descripciones del producto, teniendo el consumidor que establecer contacto con el comerciante, el contrato se perfecciona de manera sucesiva, al igual que como ocurre en los contratos celebrados vía correo electrónico<sup>60</sup>.

### **3.2.2. La oferta y la aceptación se realizan necesariamente a través de una técnica de comunicación a distancia**

Cabe señalar que en un principio la LOCM no contenía una enumeración de técnicas de comunicación a distancia como la regulada en el artículo 92 TRLGDCU. Sin embargo, tal error se corrigió al dictarse el *RD 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*<sup>61</sup>, que en su numeral 5 prevé las técnicas de comunicación a distancia tal y como lo hacía el artículo 92 TRLGDCU, al señalar las siguientes: “*los impresos, con o sin destinatario concreto; las caras normalizadas: la publicidad en prensa con cupón de pedido, el catalogo, el teléfono, con o sin intervención humana, cual es el caso de las llamadas automáticas o el audiotexto; la radio, el teléfono, con imagen,*

---

<sup>59</sup> *Vid.*, en este sentido la opinión de PANIZA FULLANA, A., *Contratación a distancia...*, *op.cit.*, págs. 25-26, para esta autora la pregunta clave sobre este tema es la siguiente ¿es el contrato celebrado por teléfono un contrato entre personas presentes o distantes? Y señala que aunque la doctrina mayoritaria opine que se trata de un contrato entre personas presentes, algunos lo han considerado como un contrato a distancia.

<sup>60</sup> *Vid.* APARICIO VAQUERO quien señala que los contratos realizados por medio de intercambio de e-mails son muy similares al intercambio de correspondencia y se basan en el envío de mensajes sucesivos entre las partes, pudiendo iniciarse mediante una autentica oferta o una simple *invitatio offerendum*, por cualquiera de las partes (proveedor o destinatario del servicio). (APARICIO VAQUERO, J. P., “Los contratos electrónicos en el Derecho Español: el marco establecido por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J., (Dir.): *Internet y Comercio Electrónico*, Universidad de Salamanca, 2002, págs. 178-179).

<sup>61</sup> BOE núm. 72, de 25-03-2006, en: [http://www.boe.es/diario\\_boe/](http://www.boe.es/diario_boe/). [Con acceso el 24-VI-2010].



*el video texto con teclado o pantalla táctil, ya sea a través de un ordenador o de la pantalla de televisión; el correo electrónico, el fax y la televisión*". Debemos aclarar que esta lista no se consideraba cerrada, pues el precepto comentado, introducía la frase: entre otras, por lo tanto, se pueden contratar por diversos medios como las páginas *web* activas, de lo contrario se atentaría contra el principio de neutralidad tecnológica<sup>62</sup>. Lo anterior se puso de manifiesto en la Exposición de Motivos de la derogada *Directiva 97/7/CE*, en su punto nueve: "[...] *la evolución permanente de estas técnicas no permite establecer una lista exhaustiva, pero requiere que se definan unos principios validos incluso para aquéllas que todavía se utilizan poco en la actualidad*".

Para responder al título del presente epígrafe, tenemos que definir lo que es una técnica de comunicación a distancia. Según el artículo 2 e) de la *Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros*, es: "*todo medio que pueda utilizarse, sin que exista una presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, para la comercialización a distancia de un servicio entre estas partes*".

Dentro de la enumeración de técnicas a comunicación a distancia previstas en la antigua redacción del artículo 92.2 TRLGDCU habría que distinguir tres categorías: la primera comprendería los medios de soporte documental que permiten los medios de comunicación a distancia como el impreso con destinatario, el impreso sin destinatario, la carta normalizada, la publicidad en prensa con cupón de pedido y el catálogo. Todas estas técnicas de comunicación se encuadran dentro de la clasificación de lo que se conoce como formación sucesiva del contrato<sup>63</sup>. En una posición intermedia encontramos el teléfono, el fax, télex y teletexto. En una tercera categoría se incluirían las comunicaciones realizadas a través de televisión, radio, y videotexto con teclado o pantalla táctil. Aunque, no se puede excluir el uso del correo electrónico mediante telefonía móvil, el cual cobrará un auge muy importante en un futuro<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> *Vid. infra*, 3.3.2.

<sup>63</sup> *Vid. infra*, 3.2.1, en donde hablamos de la distinción entre contratos de formación sucesiva y contratos de formación instantánea.

<sup>64</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ, A., "Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU...", *op.cit.*, págs. 1198-1999.

Además, en materia de contratación electrónica como modalidad de la contratación a distancia existen diversos canales por medio de los cuales el consumidor puede celebrar un contrato entre los que encontramos los siguientes: correo electrónico<sup>65</sup>, video conferencia<sup>66</sup>, el chat<sup>67</sup>, la telefonía móvil<sup>68</sup> y las páginas *web*<sup>69</sup> pasivas<sup>70</sup> y activas<sup>71</sup>.

Por otro lado hay que mencionar que la DDC a diferencia de la hoy derogada *Directiva 97/7/CE*<sup>72</sup>, de contratos a distancia, no incluye a modo de ejemplo una lista de medios de comunicación a distancia por los cuales se puede perfeccionar el contrato. Lo anterior se debe al papel que desempeña el *principio de neutralidad tecnológica*, el cual, como explicaremos más adelante, tiene como objetivo no impedir el desarrollo de nuevas tecnologías con cortapisas jurídicas. En este sentido, la Ley de

---

<sup>65</sup> Correo electrónico (en inglés: *e-mail*), es un servicio de red que permite a los usuarios enviar y recibir mensajes y archivos rápidamente (también denominados mensajes electrónicos o cartas electrónicas) mediante sistemas de comunicación electrónicos. Principalmente se usa este nombre para denominar al sistema que provee este servicio en Internet, mediante el protocolo SMTP, aunque por extensión también puede verse aplicado a sistemas análogos que usen otras tecnologías. Por medio de mensajes de correo electrónico se puede enviar, no solamente texto, sino todo tipo de documentos digitales dependiendo del sistema que se use. Su eficiencia, conveniencia y bajo coste están logrando que el correo electrónico desplace al correo ordinario para muchos usos habituales. Concepto tomado de la página de Wikipedia en: <http://es.wikipedia.org/wiki>. [Con acceso el 16-XII-2013].

<sup>66</sup> Una videoconferencia es una conexión multimedial entre dos o más personas que pueden verse, oírse e intercambiar recursos aunque estén separados por miles de kilómetros. Concepto tomado de la página de Wikipedia en: <http://es.wikipedia.org/wiki>. [Con acceso el 16-XII-2013].

<sup>67</sup> El chat (término proveniente del inglés que en español equivale a 'charla'), también conocido como cibercharla, designa una comunicación escrita realizada de manera instantánea mediante el uso de un software y a través de Internet entre dos, tres o más personas ya sea de manera pública a través de los llamados chats públicos (mediante los cuales cualquier usuario puede tener acceso a la conversación) o privada, en los que se comunican dos o más personas. Concepto tomado de la página de Wikipedia en: <http://es.wikipedia.org/wiki>. [Con acceso el 16-XII-2013].

<sup>68</sup> La telefonía móvil, también llamada *telefonía celular*, básicamente está formada por dos grandes partes: una red de comunicaciones (o red de telefonía móvil) y los terminales (o teléfonos móviles) que permiten el acceso a dicha red. Concepto tomado de la página de Wikipedia en: <http://es.wikipedia.org/wiki>. [Con acceso el 16-XII-2013].

<sup>69</sup> Para MIGUEL ASENSIO, P, A., *Derecho Privado de Internet*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 229: "Las páginas web son documentos de hipertexto creados normalmente por medio de secuencias de instrucciones en lenguaje HTML".

<sup>70</sup> Una página *web* pasiva, es aquella, en donde sólo se muestran especificaciones del producto que el consumidor quiere comprar, o se muestra información de las características del servicios que el consumidor quiere contratar, por lo tanto, no hay una verdadera oferta.

<sup>71</sup> Una página *web* activa, es aquella, en donde se especifican todas las características del producto o servicio, habiendo una verdadera oferta para que el consumidor u usuario compre el bien o contrate el servicio.

<sup>72</sup> *Vid.* Anexo núm. 1 de la *Directiva 97/7/CE*, de contratos a distancia, el cual contempla las mismas técnicas de comunicación a distancia.

Consumidores al reformar el artículo 92 TRLGDCU señala lo siguiente, en relación al tema que nos ocupa: “entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax”.

Debemos aclarar que para que un contrato se considere electrónico, tanto la oferta como la aceptación habrán de emitirse por medios electrónicos<sup>73</sup> (p., ej., el correo electrónico, páginas web activa, el chat, etc.). De esta manera el contrato electrónico se consideraría contrato a distancia, tal y como es definido por el artículo 92.1 TRLGDCU.

Al igual que el artículo 92 TRLGDCU en el sentido de señalar una lista de medios de comunicación a distancia por los cuales se pueden celebrar contratos, a nivel comunitario hacen lo propio el MCFR (art. 3:104<sup>74</sup>) y el ACQUIS<sup>75</sup>. Ambas propuestas de codificación distinguen entre canales de comunicación de formación sucesiva del contrato y canales de comunicación directa e inmediata del contrato. Esta clasificación cobra importancia como hemos visto<sup>76</sup> al momento de perfeccionarse el contrato, pues dependiendo de uno u otro caso, estaremos ante contratos de perfección sucesiva o inmediata

### 3.2.3. Sistema de venta organizado por el vendedor

En un principio, el legislador español al adaptar la *Directiva 97/7/CE*, de contratos a distancia, omitió el requisito de “sistema de venta organizado” (art. 38.1 LOCM). Sin embargo, tras la modificación por la *Ley*

---

<sup>73</sup> Vid, en este sentido: MORENO NAVARRETE, M, A., *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 36, para este autor, “la proposición por medios electrónicos y la forma electrónica de celebración van inexcusablemente unidos. Pues si solo apareciese la oferta electrónica (por ejemplo, anuncio televisivo de un coche con características y precio), pero el contrato se ha de concluir en la forma escrita (por ejemplo, en el concesionario oficial), el negocio no es electrónico. No ocurre lo mismo al contrario, la celebración o forma electrónica es suficiente para que el contrato sea electrónico aunque no exista oferta electrónica. [...]. Por este motivo podemos concluir que para que el contrato sea electrónico, la forma de la aceptación ha de ser electrónica”; PINOCHET OLAVE, R., *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

<sup>74</sup> II. 3:104: (2) *Direct and immediate distance communications includes Telephone and electronic means such as voice over Internet protocol and Internet related chat.*

<sup>75</sup> Cfr., el artículo 2:204 del ACQP.

<sup>76</sup> Vid. *supra*, 3.2.1.

47/2002, tal falta quedó subsanada. A nivel comunitario, la características de sistema de venta, también se encuentra prevista por la *Directiva 2002/65/CE*, de servicios financieros, en cuya Exposición de Motivos, considerando 18, se aclara: “(a) *l hacer referencia a un sistema de prestación de servicios organizado por el prestador 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.*”

Un “sistema organizado de contratación” es una organización pensada y creada por un operador económico con la finalidad de distribuir bienes y servicios por medio de bienes o servicios en el mercado por medio de técnicas de comunicación a distancia de cualquier tipo<sup>77</sup>, incluyendo los medios electrónicos (p. ej., el correo electrónico, video conferencia, el chat, etc.)<sup>78</sup>.

Asimismo, la expresión “sistema”, significa que el empresario se dedica a esa actividad, quedando fuera las transacciones a distancia *ocasionales*<sup>79</sup>, por ejemplo, la 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; tal situación podría ocurrir, por ejemplo, en caso de que el consumidor llame por teléfono para pedir una cita en una peluquería<sup>80</sup>. No obstante, habrá que valorar la ocasionalidad, la cual en sentido estricto no significa excepcionalidad<sup>81</sup>. En este sentido,

---

<sup>77</sup> Ejemplo de un sistema organizado de venta lo encontramos en las siguientes páginas de empresas que se dedican al comercio electrónico:

[http://www.elcorteingles.es/informacion/comercio\\_electronico/devolver.asp#Anchor-49575](http://www.elcorteingles.es/informacion/comercio_electronico/devolver.asp#Anchor-49575). [Con acceso el 29-VI-2014].

[www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/product/es/es/zara-S2013/386001/1249013](http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/product/es/es/zara-S2013/386001/1249013). [Con acceso el 29-VI-2014].

<http://www.demartina.com/tienda-playmobil-c>

[73\\_21.html?gclid=CNut55f7\\_LYCFSXLtAodBA4Ahw](http://www.demartina.com/tienda-playmobil-c). [Con acceso el 29-VI-2014].

<sup>78</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “Título III contratos celebrados a distancia”, en REBOLLO PUIG, M y IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dirs.): *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, 2011, pág.1477.

<sup>79</sup> Cfr. ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia...*, *op.cit.*, págs. 162-163.

<sup>80</sup> Ejemplo tomado del Considerando número 20 de la Exposición de Motivos de la Directiva sobre los derechos de los consumidores.

<sup>81</sup> Cfr. ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia...*, *op.cit.*, pág. 163, para esta autora a pesar de que el vendedor no cuente con un sistema organizado de venta, pero si el contrato se perfecciona utilizando técnicas de comunicación a distancia, es decir, sin

no disponen de un sistema organizado las empresas que únicamente se anuncian en un medio de comunicación como serían las páginas amarillas, prensa, radio, o incluso una página *web*, si sólo es afectos publicitarios o informativos, pero que no invitan a la conclusión de contratos<sup>82</sup>.

Sin embargo, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿Cómo podría demostrar el consumidor la existencia de un sistema organizado de técnicas de comunicación a distancia, para el caso de que el empresario negara que ha celebrado un contrato a distancia? La normativa no se pronuncia sobre tal extremo pero si el consumidor ha recibido ofertas o propuestas de contratación a través de técnicas de comunicación a distancia, éste podrá servirse de la inscripción en el *Registro de empresas de ventas a distancia*, el cual “es un órgano de carácter público y naturaleza administrativa, dependiente de la Dirección General de Política Comercial del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, cuyo objetivo es la obtención de información de las empresas que practican la modalidad de ventas a distancia en el territorio español, así como la elaboración de un censo actualizado de las mismas”, según el artículo 2 del *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*<sup>83</sup>. Por el contrario, si el empresario no organiza su propio sistema de venta, sino que recurre a otros sistemas diseñados por terceros<sup>84</sup>, ante esta situación, tal y como

---

la presencia física simultánea de las partes, el consumidor gozará de las normas protectoras que la Ley le ofrece.

<sup>82</sup> Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 1196.

<sup>83</sup> BOE núm. 72, de 25-III-2006.

<sup>84</sup> PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., *La perfección del contrato en el Derecho Privado (reflexiones sobre su régimen a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 217, el autor pone el siguiente ejemplo para ilustrar el principio de ocasionalidad: “Un *prestador de servicios de la sociedad de la información* (empresario o profesional) que ofrezca en una página *web* la información exigida por la LSSICE deberá hacer constar, entre otra información el domicilio de la empresa (una dirección postal donde localizarle alternativamente), un número de teléfono, un número de fax, una dirección de correo electrónico, etc. (todos ellos, medios que permitirían la *contratación a distancia*; se encuentran, en efecto, incluidos en el Anexo de la Directiva, como técnicas adecuadas a tal fin). Si la página *web* sólo pretende ofrecer información de la propia empresa (por ejemplo, imagen corporativa de la empresa, o se ha diseñado con una mera función publicitaria, o incluso presenta la descripción de los bienes o servicios que habitualmente oferta el empresario,

aclara ARROYO I AMAYUELAS: “[...] el consumidor debería poder probar que la empresa se sirve de un sistema organizado de contratación a distancia a partir de la evidencia que representan las comunicaciones comerciales que se envían a su correo electrónico, la existencia de una página *web* en internet que pone a su disposición un formulario de venta, o la publicidad a través de la televisión -o de la misma red-, en la que se indica un número de teléfono, siempre que éste no tenga simplemente la finalidad de obtener información sino, en concreto, la de realizar pedidos [...] Sería entonces al empresario a quien le correspondería demostrar lo contrario [...]”<sup>85</sup>.

En un inicio la PDDC del año 2008 omitía el requisito del “sistema de venta organizado”, definiendo el contrato a distancia (art. 2) como “*todo contrato de venta o servicios en el que el comerciante, para la celebración del contrato, hace uso exclusivo de uno o más medios de comunicación a distancia*”. Tal concepto quedaba aclarado en los Considerandos 12 y 13 de la Exposición de Motivos de la PPDDC: “(l)a nueva definición de contrato a distancia debe abarcar todos los casos en que los contratos de ventas o servicios se celebran exclusivamente a través de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, internet, teléfono o fax). Esto debería crear condiciones iguales de competencia para todos los comerciantes a distancia. Debería también mejorar la seguridad jurídica con respecto a la definición actual, que requiere la existencia de un sistema de venta a distancia organizado, gestionado por el comerciante, en el momento de la celebración del contrato”. Lo anterior, se corrobora en el Considerando 13, al declarar: “(e)n la definición de contrato a distancia, no deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas en las que se ha realizado la oferta o se ha

---

por ejemplo, a través de sus establecimientos mercantiles, aunque no con el suficiente detalle como para considerar que nos encontramos en presencia de una oferta, en sentido estricto) y no ha sido diseñada con el fin específico de organizar un sistema de ventas o presentación de servicios a distancia, el recurso por el *comprador* (consumidor) a cualquiera de las técnicas de comunicación a distancia recogidos en la página *web* no implica el régimen tuitivo de la *venta a distancia*”.

<sup>85</sup> ARROYO I AMAYUELAS., “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, 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, pág. 960.

*negociado el contrato. 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 todo contrato negociado en persona entre el comerciante y el consumidor fuera del establecimiento debe considerarse un contrato a distancia si se ha celebrado exclusivamente a través de medios de telecomunicación, como por teléfono o Internet. Una definición más simple de contrato a distancia debería mejorar la seguridad jurídica para el comerciante y protegerle contra la competencia desleal”.*

No obstante, a pesar de lo dicho líneas arriba, la aprobación final de la DDC en el año 2011, sí incluyó dentro del concepto de contrato a distancia previsto en el artículo 2.7, el requisito de sistema organizado. De hecho su Considerando número 20 aclara: “[...] *El concepto de 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 este, como una plataforma en línea. No obstante, no debe cubrir los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el comerciante, sus bienes o servicios y sus datos de contacto”.*

### **3.3. La contratación electrónica como modalidad de la contratación a distancia: generalidades**

#### **3.3.1. Concepto de contrato electrónico: ámbito objetivo y subjetivo**

Una vez visto el significado de Sociedad de la información, Comercio Electrónico<sup>86</sup>, así como el concepto de contrato a distancia, pasaremos a ver el concepto de contrato electrónico y los principios que rigen a la contratación electrónica, puesto que es una modalidad del contrato a distancia, lo cual no significa que sea una materia autónoma, es decir, independiente del Derecho Privado, debido a que ésta encaja perfectamente dentro de la teoría de las obligaciones y contratos, regulada en el CC y el CCom. No obstante, su aparición ha contribuido a la evolución del Derecho, y en particular al Derecho Privado.

---

<sup>86</sup> *Vid. supra*, 1.2.

En el pasado, los términos contratación electrónica y contratación informática se trataban como sinónimos<sup>87</sup>, señalándose que estábamos en presencia de un contrato informático<sup>88</sup> cuando el objeto del contrato recaía sobre la compraventa o arrendamiento o servicios de *hardware*<sup>89</sup> y *software*<sup>90</sup>, así como todo aquello que servía de complemento para el mantenimiento y asistencia de programas de equipo. En esta línea, la doctrina diferenciaba entre bienes informáticos, los cuales se asocian a los elementos que constituyen el soporte físico (unidad central de procesamiento, periféricos y complementos). En cambio, los servicios informáticos son aquellos que se relacionan con el tratamiento automatizado de la información<sup>91</sup>. Por el contrario, el “contrato electrónico”

---

<sup>87</sup> Vid. APARICIO VAQUERO, J. P., *La nueva contratación informática*, colección “Derecho y nuevas tecnologías”, núm. 2, Comares, Granada, 2002, pág. 5, cuando aclara: “[e]n un principio ambos conceptos llegaron a identificarse, tratándose la contratación informática en un sentido muy amplio, considerándose la contratación electrónica dentro de los contratos informáticos”. En la misma línea ROSAS RODRÍGUEZ, R., “Un enfoque comparativo sobre la formación de los contratos electrónicos”, *RCE*, núm. 50, 2004, pág. 5.

<sup>88</sup> DAVARA RODRÍGUEZ define a la contratación informática, como aquella que se refiere a la contratación de bienes y servicios informáticos. (DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *Manual de Derecho informático*, 9ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 261).

<sup>89</sup> El término *hardware* se refiere a todas las partes tangibles de un sistema informático; sus componentes son: eléctricos, electrónicos, electromecánicos y mecánicos. Son cables, gabinetes o cajas, periféricos de todo tipo y cualquier otro elemento físico involucrado; contrariamente, el soporte lógico es intangible y es llamado *software*. El término es propio del idioma inglés (literalmente traducido: *partes duras*), su traducción al español no tiene un significado acorde, por tal motivo se la ha adoptado tal cual es y suena; la Real Academia Española lo define como “Conjunto de los componentes que integran la parte material de una computadora”. El término, aunque sea lo más común, no solamente se aplica a las computadoras; del mismo modo, también un robot, un teléfono móvil, una cámara fotográfica o un reproductor multimedia poseen *hardware* (y *software*). Referencia tomada de: <http://es.wikipedia.org/wiki/Hardware>. [Con acceso el 28-XI-2013].

<sup>90</sup> Se conoce como *software al equipamiento lógico o soporte lógico* de un sistema informático, que comprende el conjunto de los componentes lógicos necesarios que hacen posible la realización de tareas específicas, en contraposición a los componentes físicos que son llamados *hardware*. Un ejemplo de software lo encontramos en las licencias de uso no personalizada de un programa de ordenador, la cual es definida por APARICIO VAQUERO como “aquel contrato por medio del cual el titular de los derechos de explotación de un programa de ordenador transfiere los derechos de reproducción necesarios para la utilización de una copia del mismo a un tercero, usuario final, que viene determinado en cada caso por la legítima posesión de dicha copia, al tiempo que regula las principales circunstancias del uso lícito del programa, singularmente el régimen de responsabilidad al que se somete el licenciante ante la existencia de vicios o errores en el *software* adquirido”. (Vid. APARICIO VAQUERO, J. P., *Licencias de uso no personalizadas shrink wrap, click wrap y otras formas de distribución de software*, Comares, Granada, 2004, pág. 78).

<sup>91</sup> Cfr. DARIO BERGEL, S., “Notas sobre la contratación informática”, *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 3, 1997, pág. 179. En esta línea también se manifiesta: CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M<sup>a</sup>. A y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P.,



puede recaer sobre cualquier bien o servicio, incluso informáticos, siendo lo característico el cómo se perfecciona: utilizando medios electrónicos.

La definición legal de contrato electrónico la encontramos en la LSSI, la cual, en su Anexo (letra h), lo define “*como aquel 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*”. La mayoría de la doctrina española coincide con este concepto al señalar que el contrato celebrado por vía electrónica es aquel que se realiza mediante la utilización de redes telemáticas, ya sea a través de páginas web pasivas o activas, correo electrónico u otros medios<sup>92</sup>.

Por otro lado, es importante hacer la distinción entre contratación electrónica directa e indirecta, pues dependiendo de que estemos ante uno u otro caso se aplicarán reglas diferentes a la hora de ejecutarse el contrato. La “contratación electrónica *directa*” (*on line*), es aquella en la que los bienes son susceptibles de transmitirse a través de la red, como podrían ser la compra de música, de libros, revistas digitales, o periódicos en formato electrónico, es decir, se refiere específicamente a bienes inmateriales; por lo tanto, el contrato es ejecutado también en forma electrónica, bien sea de forma inmediata o bien diferida en el tiempo (p. ej., una suscripción a un periódico digital). En cambio, la “contratación

---

*La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, 3ª ed., Comares, Granada, 2000, pág. 115.

<sup>92</sup> VATTIER FUENZALIDA habla de comercio electrónico, refiriéndose a los contratos que se forman por medios electrónicos, como las operaciones que se realizan de manera directa, y discurren en las redes telemáticas, y señala que la característica de estos contratos es su naturaleza consensual, ya que se someten a condiciones generales, y tanto el concurso como la oferta son de formación virtual. (VATTIER FUENZALIDA, C., “El régimen legal de la firma electrónica”, *AC*, núm. 1, 2000, pág. 411); SAINZ VIOLA comenta que “contrato electrónico es aquel que se celebra o perfecciona por medios electrónicos. Se incluyen los contratos por medio de teléfono, del télex, del fax, de ordenadores a través de una red telemática, consistiendo tal dialogo en la transmisión de datos y documentos”. (SAINZ VIOLA, A. M., “Contratación electrónica”, *AC*, núm. 2, 2001, pág. 646); MORO ALMARAZ explica, que muchas veces se tiende a confundir contratación electrónica, con comercio electrónico, pues el *e-commerce* tiene una acepción más amplia que el concepto de contratación electrónica. (MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J. “La contratación en el comercio electrónico luces y sombras”, *REDI*, núm. 80, 2005, en: [www.dialnet.unrioja.es](http://www.dialnet.unrioja.es) [con acceso el 30-IX-2008]); APARICIO VAQUERO define a los contratos electrónicos, como aquellos que son celebrados entre personas distantes mediante el empleo de máquinas informáticas que permiten el intercambio de las diferentes voluntades negócias. (APARICIO VAQUERO, J. P., “Los contratos electrónicos a la luz de la nueva ley de servicios de la sociedad de la información y del *e-commerce*”, *REDI*, núm. 51, 2002, en: [www.vlex.com](http://www.vlex.com). [con acceso el 30-XI-2008]).

electrónica *indirecta*” (*off line*), es aquella que se perfecciona de manera electrónica, pero su ejecución se realiza por medios tradicionales, como sería la entrega del bien mediante correo o paquetería postal.

Al igual que en materia de contratación a distancia, en materia de contratación electrónica existen determinados contratos, los cuales se excluyen del objeto de su regulación por diversos motivos. En este sentido, el artículo 23.4 de la LSSI aclara: “*No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones. Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos, la forma documental pública, o que requieran por la Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles o autoridades públicas se regirán por su legislación específica*”<sup>93</sup>.

Por lo que toca al Derecho de Familia y Sucesiones, este tipo de contratos tiene su propia regulación en el CC. Además, dentro de los Estados miembros no hay una uniformidad en esta materia, por lo tanto, existe fragmentación jurídica. Asimismo, la normativa de comercio electrónico no menciona expresamente al testamento el cual no es un contrato, aunque se admiten las sucesiones contractuales en algunos Derechos Forales, debido a que la mayor parte de la doctrina entiende que es el negocio jurídico unilateral por excelencia, teniendo una naturaleza personalísima, razón por la cual tiene difícil cabida en el mundo de las transacciones virtuales<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Estas excepciones hallan su fundamento en el artículo 9 de la *Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico*. Este precepto, sin embargo, hace una interpretación restrictiva de las exclusiones comentadas, al establecer que: “*Los Estados miembros no podrán disponer que el apartado 1 no se aplique a contratos incluidos en una de las categorías siguientes: a) los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento; b) los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública; c) los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión; d) los contratos en materia de Derecho de familia o sucesiones*”.

<sup>94</sup> Vid. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *El contrato electrónico: Formación y cumplimiento*, Bosch, España, 2013, pág. 55.

La normativa de comercio electrónico prevé la posible exclusión por los Estados miembros de los contratos, negocios o actos la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública. Dentro de esta excepción entrarían los contratos civiles y mercantiles en los que la intervención o inscripción se exija imperativamente por Ley con carácter solemne. Lo anterior significa, tal y como señala FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, que “cuando el Derecho Civil establezca una determinada forma *ad solemnitatem* o algún requisito adicional, deberán cumplirse para la plena validez en atención a una norma imperativa, pero ello nada tiene que ver con el hecho de haberse formado el negocio jurídico con validez en el medio electrónico”<sup>95</sup>.

Resuelta la cuestión del concepto y ámbito objetivo del contrato electrónico, pasaremos a ver la *delimitación subjetiva*.

Cuando los contratantes sean empresarios se suele hacer mención a la expresión en inglés, *Business to Business (B2B)*<sup>96</sup>. En cambio, si este se lleva a cabo entre particulares, es decir, ninguna de las partes tiene la condición de profesional, se denominará *peer to peer (P2P o C2C)*. Al contrario, cuando actúan un particular y un profesional, estaremos en presencia de una contratación *Business to consumer (B2C)*<sup>97</sup>. Sobre esta última clasificación centraremos nuestra atención, debido a que a estos contratos les es aplicable la normativa de protección del consumidor, y por ello se le concederá a éste el derecho de desistimiento en ciertos casos.

---

<sup>95</sup> *Ibidem.*, pág. 56.

<sup>96</sup> *Business-to-business* es la transmisión de información referente a transacciones comerciales electrónicamente, normalmente utilizando tecnología como la Electronic Data Interchange (EDI), presentada a finales de los años 1970 para enviar electrónicamente documentos tales como pedidos de compra o facturas. Referencia tomada en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Business-to-business>. [Con acceso el 23-IX-2013].

<sup>97</sup> B2C es la abreviatura de la expresión *Business-to-Consumer* («del negocio al consumidor», en inglés). B2C se refiere a la estrategia que desarrollan las empresas comerciales para llegar directamente al cliente o consumidor final. Referencia tomada en: <http://es.wikipedia.org/wiki/B2c>. [Con acceso el 24-XI-2013].

Para PINOCHET OLAVE, el contrato electrónico es el contrato escrito contenido en soporte electrónico y firmado digitalmente por las partes. Su forma electrónica no es requisito *sine qua non* para existir pues elevaríamos el soporte material a elemento de existencia olvidándonos de consentimiento expresado en ese medio que es la característica determinante de su clasificación. (PINOCHET OLAVE, R., *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, pág. 44).

Además de la clasificación apuntada, encontramos el comercio electrónico desarrollado a través de intermediarios, como sería el caso de “eBay” o “mercado libre”. A estas empresas se le conocen como intermediarios *on line*<sup>98</sup>, ya que crean “plataformas informáticas<sup>99</sup>” las cuales permiten la celebración de contratos *B2B* y *B2C*, incluyendo la venta e intercambio de bienes y servicios entre particulares<sup>100</sup>. No obstante, existen otras clasificaciones, las cuales quedan fuera del objeto de nuestro estudio, entre las que encontramos: *Business to Administration (B2A)*, es decir, las nacidas entre una persona física o jurídica y las administraciones o poderes públicos; y, por último, la clasificación *Business to Employees (B2E)*, es la relación comercial entre las empresas y sus empleados<sup>101</sup>. Como podemos observar, el fenómeno de la contratación electrónica es extenso, abarcando tanto materias de Derecho Público como de Derecho Privado.

### 3.3.2. Principios que rigen la contratación electrónica

En la contratación electrónica se prevén ciertos principios como especialidad de esta, entre los que encontramos la equivalencia funcional, buena fe, neutralidad tecnológica e inalterabilidad del Derecho preexistente de obligaciones y contratos. Los principios comentados encuentran su origen en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), y

---

<sup>98</sup> Los intermediarios *online* son compañías que facilitan las transacciones entre compradores y vendedores, como contraprestación económica reciben un porcentaje del valor de la transacción. La mayoría de las transacciones se realizan a través de estos intermediarios, que pueden ser brokers o «informeintermediarios», genéricos o especializados, respectivamente. Referencia tomada en: <http://es.wikipedia.org/wiki/B2c>. [Con acceso el IX-2013].

<sup>99</sup> En informática, una “plataforma” es un sistema que sirve como base para hacer funcionar determinados módulos de hardware o de software con los que es compatible. Dicho sistema está definido por un estándar alrededor del cual se determina una arquitectura de hardware y una plataforma de software (incluyendo entornos de aplicaciones). Al definir plataformas se establecen los tipos de arquitectura, sistema operativo, lenguaje de programación o interfaz de usuario compatibles. Referencia tomada en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Plataforma\\_\(inform%C3%A1tica\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Plataforma_(inform%C3%A1tica)). [Con acceso el 18-IX-2014].

<sup>100</sup> Vid. CARBAJO CASCÓN, F., “La distribución en internet”, en HERRERO GARCÍA, M. J., (Dir.): *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 166.

<sup>101</sup> B2E (del inglés *business to employee*, empresa a empleado) es la relación comercial que se establece entre una empresa y sus propios empleados.

para el Comercio Electrónico, realizada en 1996 y reformulada en el año 1998, la cual en su momento tuvo como objetivo hacer frente a los nuevos desafíos tecnológicos que se presentaran a lo largo del siglo XXI en materia de contratación internacional<sup>102</sup>. La norma comentada, ha sido tomada como referencia por los distintos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, con el fin de regular la contratación electrónica en sus ordenamientos jurídicos. A continuación comentaremos en qué consiste cada uno de estos principios.

1. “*La equivalencia funcional*” supone otorgar validez jurídica al contrato electrónico, así como a la firma y al documento electrónicos<sup>103</sup>, con el fin de no discriminar los distintos actos jurídicos celebrados por medios tecnológicos<sup>104</sup>, tal y como aclara el artículo 23.1 LSSI: “*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*”. De esta manera, la Ley permite celebrar contratos electrónicos sin necesidad de previo acuerdo, prevaleciendo la libertad de forma, y sustituyéndose la forma escrita por el “*soporte duradero*”, siempre y cuando la información contenida en éste no se altere<sup>105</sup>.

En relación con lo anterior, la LSSI en su Exposición de Motivos punto IV deja claro que: “*Se favorece igualmente la celebración de contratos por vía electrónica, al afirmar la Ley, de acuerdo con el principio*

---

<sup>102</sup> Cfr. ILLESCAS ORTIZ, R., “Los principios de la contratación electrónica, revisitados”, en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 22-23.

<sup>103</sup> Vid. RICO CARILLO, M., “Aspectos jurídicos de la contratación electrónica”, en RICO CARRILLO, M., (Coord.): *Derecho de las nuevas tecnologías*, La Rocca, Buenos Aires, 2007, pág. 274.

<sup>104</sup> Vid. MADRID PARRA, A., “Regulación del comercio electrónico: examen comparado de las leyes modelo de uncitral”, *Revista de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003, pág. 23.

<sup>105</sup> Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., “La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 1, 2003, págs. 28-30, para este autor este principio se ve materializado en distintas normas jurídicas como la Ley Modelo CNUDMI sobre comercio electrónico y las *Directivas 1999/93/CE, sobre firma electrónica y 2000/31/CE, sobre comercio electrónico*, las cuales tienen por objeto regular tres grandes aspectos de la contratación electrónica de acuerdo con el principio de equivalencia funcional: 1. El concepto de documento escrito, 2. La noción de firma y 3. El cumplimiento del eventual requisito legal o convencional de producción o presentación, en sentido amplio, de documento o documentación original.

*espiritualista que rige a perfección de los contratos en nuestro Derecho, la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, declarar que no es necesaria la admisión expresa de esta técnica para que el contrato surta efecto entre las partes, y asegurar la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de “forma escrita” que figura en diversas leyes”.*

“*Equivalencia funcional*”, por lo tanto, implica darle el mismo valor jurídico a los documentos contenidos en soporte papel que a los contenidos en forma electrónica, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: *inalterabilidad, autenticidad, durabilidad y seguridad*. Además tal y como vimos en otra parte de este Trabajo<sup>106</sup>, la firma electrónica, así como la intervención de terceros de confianza juegan un papel importante a la hora de valorar la autenticidad del documento electrónico.

El principio comentado se ve reflejado en el concepto de “soporte duradero”, el cual es definido de la siguiente manera: “*todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios*” (art. 2.10 DDC)<sup>107</sup>. En la misma línea se pronuncia el TRLGDCU en el artículo 59 bis.1 f).

Ejemplo de lo que es un soporte duradero nos lo da la actual DDC, en cuya Exposición de Motivos, punto 23 señala: “*El soporte duradero debe permitir al consumidor guardar la información durante el tiempo necesario para proteger sus intereses derivados de su relación con el comerciante. Dichos soportes deben incluir, en particular, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador así como los correos electrónicos*”.

---

<sup>106</sup> Vid. *supra*, 3.1.

<sup>107</sup> A nivel comunitario el término “soporte duradero” ha sido definido por diversas Directivas y proyectos de codificación entre las que mencionamos las siguientes:

- la *Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo* (art. 3, inciso m);
- la *Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico* (art. 9);
- la *Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros* (art. 2, inciso f);
- la *Directiva 2008/122/CE, de tiempo compartido* (art. 2, inciso h);
- el ACQP (art. 1:305); y
- el MCFR (art. I.- 1:105-3).

2. La “buena fe” es otro de los principios rectores en todo tipo de contratación, el cual contiene una pluralidad de matices y consecuencias<sup>108</sup>. Es un pilar básico del comercio electrónico, siendo un postulado de la inalterabilidad del Derecho preexistente de las obligaciones privadas en el campo de la contratación electrónica<sup>109</sup>.

Hay que distinguir entre “buena fe subjetiva”, la cual consiste en la conducta correcta de los contratantes dentro de la relación jurídica, es decir, de estar actuando conforme a Derecho o, por la ignorancia de estar dañando a un tercero<sup>110</sup>. Ejemplos de buena fe subjetiva en el CC se dan en materia de compraventa (arts. 1.487 y 1.488); posesión (arts. 433, 451, 1.940 y ss.); de accesión (arts. 361-382). En materia de consumo, la buena subjetiva se ve reflejada en el TRLGDCU artículos 114-127.

En cambio en la “buena fe objetiva” se exige al ciudadano un “standard” jurídico, o nivel de comportamiento dentro de la sociedad, por ejemplo, deberes de diligencia, de esmero, de cooperación etc. En las siguientes líneas nos referiremos indirectamente a la buena fe objetiva, ya que, como es sabido, ésta actúa dentro de las distintas fases de la celebración del contrato, por lo tanto, su ausencia en la fase precontractual provoca la ruptura de los tratos preliminares. Por otro lado, determina las obligaciones de las partes, así como la interpretación y ejecución del contrato (arts. 1.258 y 1.288 CC). Asimismo, en la etapa post-contractual su función es evitar el incumplimiento de un contrato, razón por la cual, se impone a las partes la observación de determinados

---

<sup>108</sup> Vid. DÍEZ PICAZO, L., En el prologo del libro de WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, (CARRO, J. L, Trad.), Civitas, Madrid, 1982, pág. 19, cuando aclara:

“a) la buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma.

b) la buena fe es tenida en cuenta en segundo lugar como una causa o una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe.

c) la buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico”.

<sup>109</sup> Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la Contratación Electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 54.

<sup>110</sup> Vid. DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 117.

deberes, los cuales servirán de fundamento para regular la liquidación de la situación creada por un contrato anterior y ahora extinguido<sup>111</sup>. Debemos señalar que, aunque no aparezca consagrada ni en la LSSI ni en la *Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico*, no por ello puede negársele su efectiva aplicación al contemplarla el CC (art. 1.258) y el CCom (art. 7.1 y 57)<sup>112</sup>.

A nivel Europeo propuestas de codificación en materia contractual como el ACQUIS prevén la buena fe objetiva (art. 2:101): “*en las relaciones precontractuales, las partes deben actuar de buena fe*”. En la misma línea encontramos también el MCFR siendo más específico cuando señala lo siguiente en su artículo II.- 1:102-1, el cual lleva por título “autonomía de las partes”: *las partes son libres de realizar un acto jurídico o contrato, determinándose su contenido, con sujeción a las normas de la buena fe y trato justo*.

3. *La “libertad contractual”*. Este principio se encuentra reconocido en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo, al igual que la buena fe es una manifestación del postulado de inalteración del Derecho de obligaciones y contratos<sup>113</sup>, debido a que la libertad contractual deriva de la libertad del individuo. Si el individuo es libre para contratar y obligarse, lo que decide le compromete de forma inalterable.

Hay que distinguir dos tipos de libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual, encontrando la diferencia entre ambas en que la primera es el discernimiento entre celebrar o no celebrar el contrato y

---

<sup>111</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad de matrimonio”, en GONZÁLEZ PORRAS, J. M y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., (Coords.): *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 2, Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, España, 2004, pág. 3114.

<sup>112</sup> Cfr. GUIADO MORENO, A., “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *DN*, núm. 145, 2002, pág. 42.

<sup>113</sup> Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la Contratación Electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 56-58.

HANS KELSEN, decía que la obligatoriedad del contrato deriva de la libertad del individuo para contratar, por lo que al intervenir en la creación de esta norma de conducta, llámese contrato, funciona como un legislador de la suya propia sin que le sea posible sustraerse unilateralmente a su observancia por un cambio posterior de voluntad. (KELSEN, H., *El contrato y el tratado, analizado desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho*, España, Nacional, 1974, pág. 113).



para escoger a la persona con que va a contratarse; y la segunda hace alusión a la forma y contenido del contrato<sup>114</sup>, en donde se especifican las obligaciones y derechos en que las partes se obligan, respetándose los límites y las condiciones que la Ley establezca. En principio, las partes son libres para determinar cuál es el contenido del contrato, pero la Ley puede establecer ciertas previsiones obligatorias. Además, como ya hemos visto, hay ciertos contratos que quedan fuera del ámbito de las normas de contratación a distancia y, por lo tanto, de la contratación electrónica por su objeto o por razones de oportunidad<sup>115</sup>.

Entre las restricciones impuestas para proteger al consumidor caben, por ejemplo, las obligaciones de información pre y postcontractuales, o las derivadas de la normativa de protección de datos, que obliga a realizar una serie de menciones contractuales. Además, la propia existencia de forma contribuye a acotar el contenido del contrato diferenciándolo de los tratos preliminares o negociaciones previas, toda vez que da certeza en orden a la identidad de las partes y a las circunstancias de tiempo y lugar de celebración, facilitándose la prueba del mismo, con el fin de evitar conflictos<sup>116</sup>. En este sentido, en materia de contratación electrónica, el artículo 28.2 LSSI aclara que, “*se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello*”. Con este tipo de previsiones, una vez más, se pone en práctica uno de los postulados que la UE a través del TJCE ha dejado bien claro, como es el de “consumidor medio”:

---

<sup>114</sup> El principio de libertad de forma en el Derecho español se encuentra consagrado en el artículo 1.278 CC., el cual reza lo siguiente: “*los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez*”. Este mismo artículo viene precedido del artículo 1.258 CC, que señala: “*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley*”. Sin embargo, tiene excepciones, como se deduce de la interpretación de los artículos 1.279 y 1.280. *Vid.*, en este sentido FLIQUETE CERVERA, A., “La forma de los contratos”, en DELGADO DE MIGUEL, J. F., (et. al.): *Instituciones de Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 527 y sigs.; REGLERO CAMPOS, F., “Comentario a los artículos 1.278-1.280 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 1532-1538.

<sup>115</sup> *Vid. supra*, 3.2.

<sup>116</sup> *Cfr.* HERAS HERNÁNDEZ, M. DEL M. “La forma de los contratos el neoformalismo en el Derecho de consumo”, *RDP*, núm. 3, 2005, págs. 29 y sigs.

normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos<sup>117</sup>.

4. *La “neutralidad tecnológica”*. Con la previsión de este postulado se trata de evitar que las leyes queden obsoletas por motivo de los avances tecnológicos, ya que en la actualidad cualquier medio sirve para celebrar un contrato, por ejemplo, el *e-mail*, las páginas *web*, el *chat*, la video conferencia, la telefonía móvil, etc.<sup>118</sup>. En este sentido, la DDC en el punto número 36 de su Exposición de Motivos señala: “[E]n los contratos a distancia, es preciso adaptar los requisitos de información para tener en cuenta las restricciones técnicas de determinados medios de comunicación, como las limitaciones de número de caracteres en determinadas pantallas de teléfono móvil o de tiempo en los anuncios de ventas televisivos. En tales casos, el comerciante debe respetar un conjunto mínimo de requisitos de información y remitir al consumidor a otra fuente de información, por ejemplo facilitando un número de teléfono gratuito o un enlace a una página web del comerciante donde la información pertinente esté directamente disponible y sea fácilmente accesible [...]”.

De esta manera, se promueve la innovación tecnológica a nivel comunitario y se fijan las condiciones para mantener un tratamiento igualitario entre las comunicaciones electrónicas, cualquiera que sea su forma o medio. También, el principio comentado se inspira en razones de tipo económico, como son la eficiencia del mercado para dar respuesta al desarrollo tecnológico. Cabe referirse, por otra parte, a que con la previsión de una regulación tecnológicamente neutral se protege al consumidor cuando realice transacciones por medios electrónicos<sup>119</sup>.

Con la Comunicación “*Hacia un nuevo marco normativo para la infraestructura de las comunicaciones electrónicas y servicios*”

---

<sup>117</sup> *Vid. supra*, 1.1.

<sup>118</sup> GUIADO MORENO, A., “El comercio electrónico y su disciplina...,” *op.cit.*, págs. 42-43. Sin embargo, como señala la autora a pesar de que este principio no tiene por objeto privilegiar tecnología alguna, tanto el Derecho comunitario como el español, no parecen respetarlo al privilegiar la firma electrónica avanzada, es decir, “la basada en la criptografía asimétrica (clave pública y privada), y que a su vez haya sido certificada por un prestador de servicios de certificación [...]”

<sup>119</sup> *Cfr.* CULLELL MARCH, C., “El principio de neutralidad tecnológica...” *op.cit.*, págs. 4-5.

asociados<sup>120</sup>, se establecieron las bases para que se dictaran las siguientes normas, las cuales plasman dentro de su contenido el principio de neutralidad tecnológica:

1. La “*Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión*” (Directiva de acceso)<sup>121</sup>.

2. La “*Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*” (Directiva autorización)<sup>122</sup>.

3. La “*Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*” (Directiva marco)<sup>123</sup>.

4. La “*Directiva 2009/140/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*”<sup>124</sup>.

Visto todo lo anterior, no nos cabe la menor duda de que el principio de neutralidad tecnológica se encuentra ampliamente desarrollado por diversas normas dentro de la UE, las cuales en buena medida regulan el desarrollo de las comunicaciones a través de Internet.

5. “*Inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos*”. Según este principio, los contratos celebrados por medios electrónicos entran en la clasificación del Derecho Privado, sin modificar sustancialmente sus principios y bases, debido a que el Derecho tecnológico no ha adquirido una autonomía propia, tal y como aclara RINCÓN CARDENAS: “[...] no se puede negar que la generalización en la utilización del comercio electrónico en relación con determinados

---

<sup>120</sup> Vid. [COM (1999)539].

<sup>121</sup> Vid. DOCE de 24-IX-2002.

<sup>122</sup> Vid. DOCE de 24-IV-2002.

<sup>123</sup> Vid. DOCE de 24-IX-2002.

<sup>124</sup> Vid. DOCE de 18-XII-2009, asimismo, vid. Exposición de Motivos punto 40: “*La introducción de la neutralidad con respecto a la tecnología y al servicio y del comercio de los derechos de uso del espectro existentes puede exigir normas transitorias, incluidas medidas encaminadas a velar por una competencia leal, pues el nuevo sistema podría permitir algunos usuarios del espectro empezar a competir con otros que hubieran adquirido sus derechos de uso del espectro con arreglo a unas condiciones más exigentes [...]*”.

contratos ha determinado un cambio en el Derecho aplicable, y esto como consecuencia, en muchas oportunidades, del vacío jurídico que se presenta al momento de identificar los problemas y soluciones de los aspectos más destacables del comercio electrónico”<sup>125</sup>.

Tal y como hemos explicado a lo largo de las presentes líneas, la contratación electrónica es una modalidad de la contratación a distancia, la cual tiene su régimen jurídico propio, complementándose por los CC y de CCom y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial (art. 23.1 LSSI). Además, como señalamos en el primer Capítulo del presente Trabajo, “el Derecho de consumo es una obra en construcción permanente”, ejemplo de la cual es, precisamente, la “*contratación electrónica*” con consumidores y usuarios<sup>126</sup>.

### 3.4. Información precontractual

El artículo 60 TRLGDCU prevé los deberes precontractuales para *cualquier* contrato de consumo y, por lo tanto, con independencia de lo que luego añadan o maticen las normas de contratación a distancia y electrónica, serán de aplicación a los contratos electrónicos<sup>127</sup>. Cabe señalar que, con la transposición de la DDC, se armonizan los deberes comentados (art. 5), haciéndose la distinción de la información que se debe otorgar tanto para los bienes como para los servicios. La importancia de los deberes contractuales de información radica en que el consumidor emita un consentimiento informado y libre de toda manipulación, tal y como señala CÁMARA LAPUENTE, cuando aclara que su fundamento se halla en proteger la libertad de contratar que asiste

---

<sup>125</sup> RINCÓN CÁRDENAS, E., *Contratación electrónica*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pág. 31.

<sup>126</sup> *Vid. supra*, 1.7.

<sup>127</sup> *Vid.* Artículo 97.7 TRLGDCU cuando señala: “Los requisitos de información establecidos en este capítulo se entenderán como adicionales a los requisitos que figuran en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”.

al consumidor, de manera que éste tenga la posibilidad de comparar bienes y servicios<sup>128</sup>.

Además, la información precontractual cumple funciones de diversa índole como la de hacer frente a la complejidad del tráfico jurídico, la diversidad de bienes y servicios que ofrece el mercado, la aparición de nuevas figuras contractuales o la proliferación de condiciones generales de la contratación, las cuales han dificultado el acceso a la información del usuario de dichos bienes, incrementado la situación de desequilibrio que existe entre el profesional y el cliente. Al mismo tiempo, la agresividad de las técnicas publicitarias propias de una sociedad de consumo incita constantemente a adquirir nuevos productos, o contratar nuevos servicios<sup>129</sup>. Es por ello que, *“el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas”* (art. 60.1 TRLGDCU).

A continuación pasaremos a comentar de manera general el contenido del artículo 60 TRLGDCU:

a) *“Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios”*

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores del año 2014, no se aclaraba si el vendedor estaba obligado o no a brindar información sobre las características de los bienes o productos ofrecidos. Con este tipo de medidas se trata de evitar que al consumidor se le brinde una publicidad engañosa, la cual puede derivar en error, principalmente cuando se realizan contratos por medios electrónicos como serían las páginas *web* activas, las cuales muchas veces sólo muestran fotografías o describen de manera general las características del producto o servicio.

---

<sup>128</sup> Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al artículo 60 del TRLGDCU”, 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, pág. 489.

<sup>129</sup> Vid. SERRANO FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. y SÁNCHEZ LERÍA, R., “Del Código Civil a las Directivas comunitarias sobre el derecho de la contratación: un recorrido por el deber precontractual de información al consumidor”, *RdPat*, Mayo-Agosto, 2013, núm. 31, pág. 26, especialmente, nota al pie, núm. 6.

b) *“La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe”*

Con este requisito se trata de evitar el establecimiento de empresas fantasmas. Asimismo, con estos datos, en caso de incumplimiento contractual por parte del empresario, el consumidor puede reclamarle el cumplimiento de contrato.

En la práctica las empresas que se dedican al comercio electrónico cumplen con poner a disposición dentro de sus páginas web, domicilio, incluso hasta su número de teléfono<sup>130</sup>.

c) *“El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.*

*En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares”.*

Como podemos ver, se hace una distinción clara entre lo que es una verdadera oferta y la publicidad (tema sobre el que volveremos más adelante<sup>131</sup>). En la práctica, las empresas que se dedican al comercio electrónico, por ejemplo, El Corte Inglés o Zara, ofrecen sus productos por medio de páginas web activas, las cuales desglosan el precio total del

---

<sup>130</sup> Vid. Asi., p. ej., El Corte Inglés informa sobre la denominación social, su domicilio físico y un número de teléfono. Referencia tomada de: <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp>. [Con acceso el 29-VI-2014]. En términos parecidos, la tienda Zara añade incluso sus datos de inscripción en el Registro Mercantil e incluye horarios de atención telefónica; referencia tomada en: [http://static.zara.net/static/pdfs/ES/terms-and-conditions/terms-and-conditions-es\\_ES-20140709.pdf](http://static.zara.net/static/pdfs/ES/terms-and-conditions/terms-and-conditions-es_ES-20140709.pdf). [Con acceso el 14-VII-2014].

<sup>131</sup> Vid. *infra*, 3.5.1.

bien que el consumidor desea adquirir, especificando dentro de su oferta los gastos de envío y devolución<sup>132</sup>.

Por otra parte, el artículo 60.1-c) TRLGDCU tiene una estrecha relación con el artículo 60 *bis* del mismo cuerpo legal, que regula los pagos adicionales, al obligar al empresario a obtener el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada en el contrato; en caso contrario el consumidor tendrá derecho al reembolso de dicho pago.

*d) “Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio”*

En materia de contratación electrónica, existen determinados procedimientos de pago, como el pago contra reembolso, o el pago mediante tarjeta, siendo esta última forma la más empleada por las empresas que se dedican al comercio electrónico. Volveremos sobre el tema<sup>133</sup>.

Por otro lado, debemos mencionar que los contratos tienen habitualmente una fecha para su ejecución. Es común que las empresas, indiquen dentro de sus condiciones generales el tiempo en que el contrato se ejecutará, sobre todo cuando se trata de la compraventa de bienes<sup>134</sup>. La previsión comentada cobra importancia, debido a que en el comercio electrónico se pueden realizar transacciones las 24 horas del día. Por otra parte, tal y como tendremos ocasión de ver, el concepto de día “hábil” y

---

<sup>132</sup> Por ejemplo, El Corte Inglés, en su página *web* desglosa los gastos de envío, pues dependiendo la región a donde se envíe el producto, estos aumentan o disminuyen. Si el envío del producto es a Portugal el coste sería de 8, 9€, por el contrario, si el envío se hace a Grecia, el coste del envío es de 65 €. Referencia tomada en: <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp>. [Con acceso el 29-VI-2014].

<sup>133</sup> *Vid. infra*, 3.6.2.

<sup>134</sup> La empresa Casio dedicada a la venta de relojes y otros productos electrónicos dentro de sus condiciones generales en su punto 6.2 aclara: “El tiempo de envío estimado es de entre 4 y 5 días laborales a partir de la recepción de pago o de la confirmación del banco. En la tienda online indicamos expresamente los diferentes plazos de envío de productos concretos”. Referencia tomada en: <http://es.casio-shop.eu/cms/gdc/>. [Con acceso el 28-VI-2014].

“natural” juega un papel importante a la hora de computar el plazo en que el consumidor tiene que ejercer su derecho de desistimiento<sup>135</sup>.

e) *“Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales”*

Esta previsión es de vital importancia, debido a que si el bien resulta defectuoso, es decir, no es conforme con lo estipulado en el contrato, ya sea porque no funcione adecuadamente o no cumpla con las características descritas, será de aplicación el régimen especial para bienes de consumo previsto en el TRLGDCU (arts. 114-127). Sobre el tema volveremos cuando hablemos de las obligaciones del vendedor en la etapa de la ejecución del contrato<sup>136</sup>.

En la práctica, las empresas que se dedican al comercio electrónico reservan habitualmente un apartado especial al tema comentado dentro de sus condiciones generales<sup>137</sup>.

f) *“La duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio”*

---

<sup>135</sup> Vid. *infra*, 4.2.

<sup>136</sup> Vid. *infra*, 3.6.1.

<sup>137</sup> Vid. DeMartina empresa dedicada a la venta de juguetes, dentro de sus condiciones generales aclara lo siguiente: “En los casos en que usted considere que en el momento de la entrega el producto no se ajusta a lo estipulado en el Contrato, deberá ponerse en contacto con nosotros de forma inmediata por medio de nuestro formulario de contacto incidencias@demartina.com, facilitando los datos del producto así como del daño que sufre, en algunos casos solicitaremos nos envíe foto de los desperfectos”. Referencia tomada en: <http://www.demartina.com/condiciones-generales-venta-n-116.html> [Con acceso el 29-VI-2014]. La empresa Casio en su punto 9 de sus Condiciones Generales señala: “Se aplicará la legislación de la República Federal de Alemania. Este acuerdo sobre las leyes aplicables afectará a los consumidores siempre que con ello no se le retire la protección que le proporcionan las disposiciones imperativas de la legislación del país en el que tengan su residencia habitual. Queda excluida la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”. Referencia tomada en: <http://es.casio-shop.eu/cms/gdc/>. [Con acceso el 14-VII-2014]. En nuestra opinión, la cláusula comentada de la empresa Casio por lo que se refiere a la Ley aplicable resultaría nula (art. 83 TRLGDCU), puesto que como veremos más adelante, por lo que respecta al foro y ley aplicable, en los contratos de consumo se aplican reglas especiales (*vid. infra*, 3.5.6).



Este inciso del artículo 60 se refiere a los contratos de “*duración indefinida*” de los cuales hablamos en el Capítulo II de la presente Tesis y al que nos remitimos para no repetir lo dicho sobre este tema<sup>138</sup>.

*g) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación*

En materia de contratación electrónica cobra relevancia el idioma en el cual se celebra el contrato, debido a que algunas empresas realizan comercio transfronterizo, principalmente a través de páginas *web* activas, en la cual se habilita una casilla en la que se puede escoger la lengua en la que el consumidor desea contratar<sup>139</sup>.

*h) “La existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo”*

Como vimos en el Capítulo II de la presente Tesis al analizar las características del derecho de desistimiento del consumidor, las empresas que se dedican al comercio electrónico han de informar sobre la posibilidad legal (o, en su caso, de la establecida en el futuro pacto contractual) de que el consumidor desista del contrato, siempre y cuando la naturaleza de éste lo permita, ya que como veremos en el capítulo IV existen excepciones a la figura comentada<sup>140</sup>.

*i) “La funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional”*

Este inciso tiene una estrecha relación con el inciso j que declara lo siguiente: “ *Toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema*

---

<sup>138</sup> Vid. *supra*, 2.1.10.

<sup>139</sup> La empresa Casio al inicio de su página la de la opción al consumidor de elegir entre las siguientes lenguas: inglés, Holandés, alemán, español, entre otros. Vid. <http://es.casio-shop.eu/cms/gdc/>. [Con acceso el 28-VI-2014].

<sup>140</sup> Vid. *infra*, 4.4.

*operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos”*

Con estas previsiones se pretende incentivar la contratación *on-line*, como los son la venta de música o libros digitales, los cuales muchas veces se encuentran protegidos por los derechos de autor. En la práctica, las empresas que se dedican al comercio electrónico suelen indicar de manera clara dentro de sus páginas *web*, las características de los contenidos digitales, así como la compatibilidad e incompatibilidad con ciertos programas.

*k) “El procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4”*

En el apartado que estamos comentando se hace alusión indirectamente al arbitraje como forma de resolución de conflictos. En este sentido cabe recalcar que los Códigos de Conducta juegan un papel importante al prever dentro de sus contenidos cláusulas que permiten recurrir al arbitraje al consumidor con el fin de dirimir una disputa sin recurrir a los tribunales judiciales. A este tipo de previsiones se les conoce en el mundo anglosajón como derecho suave, o *soft law*.

Por otro lado, el apartado 3 del artículo 60 TRLGDCU hace la siguiente aclaración por lo que corresponde a los deberes contractuales de información: *“El apartado 1 se aplicará también a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material”*.

La información precontractual comentada deberá facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y, al menos, en castellano (art. 60.4 TRLGDCU).

### 3.4.1. Información precontractual en materia de contratación a distancia

Cuando el contrato se realice a distancia, el empresario debe proporcionar al consumidor adicionalmente de la información prevista en el artículo 60 TRLGDCU vista en el apartado anterior, una serie de informaciones las cuales deben incluirse dentro de la oferta contractual. Este deber se encuentra regulado en el artículo 97 TRLGDCU, y formará parte integrante del contrato a distancia y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario (art. 97.5 TRLGDCU).

Llegados a este punto es importante hacer la distinción entre “forma interna” y “forma externa” de los deberes pre y postcontractuales de información. La “*forma interna*” tiene que ver con los *requisitos* que debe contener todo contrato, los cuales se encuentran regulados actualmente en los artículos 97 y 98 TRLGDCU, preceptos ambos que transponen los artículos 6 y 8 DDC. En cambio, la “*forma externa*” hace alusión a la *manera* en que el empresario debe proporcionar la información al consumidor<sup>141</sup>. Esta clasificación cobra importancia en materia de contratación electrónica, puesto que como anteriormente vimos, la mayoría de la Directivas en materia de protección al consumidor equiparan el soporte duradero a la forma escrita, jugando un papel determinante los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica, equiparándose de esta manera, los contratos electrónicos a los contratos escritos.

A continuación comentaremos de manera general los contenidos que debe contener el deber precontractual de información (forma interna) en materia de contratos a distancia (art. 97 TRLGDCU).

a) “*Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios*”

Con esta previsión se trata de evitar prácticas comerciales desleales, razón por la cual, el empresario debe actuar de buena fe (arts. 1.258 y

---

<sup>141</sup> *Vid.*, por todos ampliamente sobre la clasificación de forma interna y externa en los contratos a distancia: ARROYO I AMAYUELAS, E., “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, págs. 979-991.

1.167 CC). De esta forma, la información proporcionada al consumidor, deberá ser eficaz y suficiente<sup>142</sup>, de lo contrario si se induce a error a los destinatarios, se pueden desencadenar acciones de cese y publicidad engañosa<sup>143</sup>.

*b) “La identidad del empresario, incluido su nombre comercial”*

Este requisito se encuentra estipulado en el artículo 60 b) TRLGDCU. Sin embargo, el precepto que estamos comentando es más específico en el sentido de añadir los siguientes requisitos en los incisos c y d), los cuales no se estipulaban antes de la transposición de la Ley de Consumidores del año 2014: “c) *La dirección completa del establecimiento del empresario y el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico del mismo, cuando proceda, con objeto de que el consumidor y usuario pueda ponerse en contacto y comunicarse con él de forma rápida y eficaz*”, así como, cuando proceda, la dirección completa y la identidad del empresario por cuya cuenta actúa”; “d) *Si es diferente de la dirección facilitada de conformidad con la letra c), la dirección completa de la sede del empresario y, cuando proceda, la del empresario por cuya cuenta actúa, a la que el consumidor y usuario puede dirigir sus reclamaciones*”. De esta manera, se brinda mayor seguridad jurídica al ofrecerle al consumidor una información detallada.

*e) “El precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales y cualquier otro gasto o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales. En*

---

<sup>142</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R y LEGUINA VILLA., J., (Coords.): *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 700.

<sup>143</sup> Cfr. PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, en PASQUAU LIAÑO, M., en PINAR MAÑAS, J. L y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (Dirs.): *Comentarios a la ley de ordenación del comercio minorista, y a la ley orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 314.

*el caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que incluya una suscripción, el precio incluirá el total de los costes por período de facturación. Cuando dichos contratos se cobren con arreglo a una tarifa fija, el precio total también significará el total de los costes mensuales. Cuando no sea posible calcular razonablemente de antemano el coste total, se indicará la forma en que se determina el precio”*

En términos similares se pronuncia el artículo 60 c) TRLGDCU, por lo que nos remitimos a lo ahí dicho.

*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”*

Este inciso cobra relevancia en el caso de los contratos celebrados por teléfono, en donde el importe del coste de la técnica no es el ordinario, sino, habitualmente, superior; ejemplo de ello, lo encontramos en las líneas 9XX y 8XX, en las cuales el precio por minuto sobrepasa el coste normal<sup>144</sup>.

*g) “Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación de los servicios, así como, cuando proceda, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario”*

El supuesto que estamos comentando es de vital importancia, debido a que, el uso de instrumentos de pago es frecuente en sede de contratación electrónica; tal sería el caso, por ejemplo, del cheque, el pagaré, la tarjeta de crédito o la transferencia bancaria<sup>145</sup>. En caso de que no se indique al consumidor la forma de pago y las modalidades de entrega o ejecución del pedido, se entenderá que el pago habrá de realizarse al contado en el tiempo y en el lugar en que se haga entrega de la cosa (art. 1.500 CC)<sup>146</sup>. En cambio, si el pago es aplazado será de aplicación la *Ley 16/2011, de Crédito al Consumo*, la cual excluye de su

---

<sup>144</sup> Cfr. ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia...*, *op.cit.*, pág. 181.

<sup>145</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 701.

<sup>146</sup> Cfr. PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 315.

ámbito de aplicación los contratos de crédito, cuyo importe total sea inferior a 200 euros o superior a 75 000 euros.

*h) “La 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”*

Tal y como comentábamos cuando analizábamos el inciso g) del artículo 60 TRLGDCU, las empresas que realizan comercio transfronterizo, por lo general, ponen a disposición del consumidor una casilla en donde pueda elegir la lengua en la que desea contratar. Sobre el tema volveremos en el siguiente epígrafe cuando hablemos de los deberes precontractuales en materia de contratación electrónica.

*i) “Cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento”*

Este deber precontractual de información es de suma importancia, debido a que si el empresario lo incumple, se le aplicarán sanciones tanto civiles como administrativas<sup>147</sup>.

*j) “Cuando proceda, la indicación de que el consumidor y usuario tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia, cuando los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, el coste de la devolución de los mismos”*

En la antigua redacción del artículo 97 TRLGDCU no se encontraba una previsión como la comentada. Sin embargo, la Ley de Consumidores del año 2014 al momento de transponer la DDC ha sido más específica. Este deber precontractual, tiene una relación directa con el artículo 108.1 TRLGDCU, el cual imputa directamente el coste de devolución de los bienes al consumidor, salvo ciertas excepciones, tal y como veremos cuando analicemos los efectos del desistimiento en materia de bienes<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Vid. *infra*, 4.2.3.

<sup>148</sup> Vid. *infra*, 4.5.1.

*“k) En caso de que el consumidor y usuario ejercite el derecho de desistimiento tras la presentación de una solicitud con arreglo al artículo 98.8 o al artículo 99.3, la información de que en tal caso el consumidor y usuario deberá abonar al empresario unos gastos razonables de conformidad con el artículo 108.3”*

El supuesto comentado, esta haciendo referencia a los efectos del desistimiento en materia de servicios, pues como es bien sabido una vez ejecutado el servicio no puede ser restituido, razón por la cual, para evitar un abuso del derecho por parte del consumidor, éste deberá pagar la parte proporcional del servicio prestado<sup>149</sup>.

*l) “Cuando con arreglo al artículo 103 no proceda el derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor y usuario no le asiste, o las circunstancias en las que lo perderá cuando le corresponda”*

Por lo que a nuestro objeto de estudio corresponde, existen ciertas excepciones en las que el derecho de desistimiento se excluye, tal y como veremos más adelante<sup>150</sup> y, en todo caso, el empresario debe hacérselo saber al consumidor.

*m) “Un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes”*

Esta previsión, tal y como vimos se encuentra prevista en el artículo 60 e) TRLGDCU. No obstante, el artículo que estamos comentando es más específico al señalar en el inciso n) lo siguiente: *“Cuando proceda, la existencia de asistencia posventa al consumidor y usuario, servicios posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones”*. En nuestra opinión este último supuesto hubiera sido mejor que se hubiera extendido a todos los contratos de consumo y no sólo a la materia de contratación a distancia.

*o) “La existencia de códigos de conducta pertinentes y la forma de conseguir ejemplares de los mismos, en su caso. A tal efecto, se entiende por código de conducta el acuerdo o conjunto de normas no impuestas*

---

<sup>149</sup> Vid. *infra*, 4.5.3.

<sup>150</sup> Vid. *infra*, 4.4.

*por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, en el que se define el comportamiento de aquellos empresarios que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos”*

En materia de contratación electrónica es común la existencia de códigos de conducta, los cuales muchas veces mejoran la protección del consumidor, en diversos aspectos, entre ellos el derecho de desistimiento. Volveremos sobre el tema más adelante dentro de este mismo capítulo<sup>151</sup>.

*p) “La duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución*

*q) Cuando proceda, la duración mínima de las obligaciones del consumidor y usuario derivadas del contrato”*

Estas cláusulas son de vital importancia sobre todo en los contratos de servicios telefónicos o de Internet. Además, tienen relación directa con el artículo 62 TRLGDCU, el cual prevé el “*derecho de poner fin al contrato*” tanto al consumidor como al empresario<sup>152</sup>.

*r) “Cuando proceda, la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor y usuario tenga que pagar o aportar a solicitud del empresario”*

Con este tipo de regulación se trata de hacer transparente la información contenida en los contratos de crédito al consumo que el consumidor solicita muchas veces para la compra de bienes o la contratación de servicios.

Aparte de los deberes precontractuales de información que venimos comentando, el artículo 97 TRLGDCU en los incisos *s*, *t* y *u*, hace alusión a la siguiente información, la cual se encuentra igualmente estipulada en el artículo 60 TRLGDCU:

*s) “Cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables”*

---

<sup>151</sup> Vid. *infra*, 3.7.

<sup>152</sup> Vid. *supra*, 2.1.10.



t) *“Cuando proceda, toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer”*

u) *“Cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de reclamación y resarcimiento al que esté sujeto el empresario y los métodos para tener acceso al mismo”*

La información mencionada líneas arriba se aplicará también a los contratos para el suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material (art. 60.2 TRLGDCU).

Para el caso de las subastas públicas, la información a que se refiere el apartado 1. b), c) y d), podrá ser sustituida por los datos equivalentes del subastador (art. 60.3 TRLGDCU). Asimismo, la información contemplada en el apartado 1. i), j) y k) podrá proporcionarse a través del modelo de documento de información al consumidor y usuario sobre el desistimiento establecido en el anexo A, de esta manera el empresario habrá cumplido los requisitos de información contemplados en los incisos mencionados cuando haya proporcionado dicha información correctamente cumplimentada (art. 60.4 TRLGDCU). Además, la información regulada en el apartado 1 del artículo 60 TRLGDCU, formará parte integrante del contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario. Corresponderá al empresario probar el correcto cumplimiento de sus deberes informativos y, en su caso, el pacto expreso del contenido de la información facilitada antes de la celebración del contrato.

Sin embargo, si el empresario no cumple los requisitos de información sobre gastos adicionales u otros costes contemplados en el apartado 1. e) del artículo 97 TRLGDCU, o sobre los costes de devolución de los bienes contemplados en el apartado 1. j) del artículo 97 TRLGDCU, el consumidor y usuario no tendrán la obligación de abonar dichos gastos o costes (art. 60.6 TRLGDCU).

### 3.4.2. Requisitos formales del contrato a distancia

Vistos los deberes precontractuales de información en materia de contratación a distancia, a continuación comentaremos de manera general cada uno de los requisitos regulados en el artículo 98 TRLGDCU, el cual regula los deberes formales de información del contrato a distancia (esto es, cómo ha de presentarse al consumidor la información a la que hemos hecho referencia):

1. *“En los contratos a distancia, el empresario facilitará al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o bien, en la lengua elegida para la contratación, y, al menos, en castellano, la información exigida en el artículo 97.1 o la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar. Siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible”*

Con la previsión de este requisito, se confirma una vez más lo establecido en los artículo 60, 97 TRLGDCU y 27 LSSI en el sentido de que al consumidor se le debe ofrecer una información clara y comprensible y en la lengua en la que se celebró el contrato, con el fin de evitar prácticas comerciales desleales, pues como señala el artículo comentado, el empresario debe actuar de buena fe objetiva, es decir, acorde con lo estipulado en el artículo 7.2 CC.

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

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

*activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse, de manera que sea fácilmente legible, únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación análoga no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al empresario. En caso contrario, el consumidor y usuario no quedará obligado por el contrato o pedido”.*

Esta cláusula halla su fundamento en los artículos 6 y 8.2 DDC, los cuales prohíben el “premarcado de casillas y las trampas de costos”, evitándose de esta manera prácticas comerciales desleales, las cuales se pueden dar con mucha frecuencia al no informársele al consumidor sobre la existencia de pagos adicionales.

*3. “Los sitios web de comercio deberán indicar de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas”*

Este deber se encuentra integrado en las condiciones generales de la contratación de la mayoría de las empresas que se dedican al comercio electrónico, sólo que ahora se ha materializado en una ley<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Vid. Condiciones generales de la Corte Inglés en donde se aclara: “Podrá pagar sus compras con los siguientes medios:

-Tarjeta de Compra El Corte Inglés

-Tarjeta Regalo El Corte Inglés (1)

-Tarjeta de crédito o débito: Visa, MasterCard, 4B, Euro 6000, Maestro española, American Express, Diners Club y JCB.

-PayPal (2)

-Contra reembolso al recibir su pedido, para entregas en Península y Baleares por importe inferior a 1.000 euros (excepto grandes electrodomésticos, muebles, flores, regalos, entregas en domicilios diferentes al habitual o recogidas en El Corte Inglés/Opencor).

Nota.- Los pedidos con destino a Canarias podrán ser pagados con Tarjeta de Compra El Corte Inglés o tarjeta de crédito o débito. No podrán ser cobrados al contado, excepto las entregas de Supermercado.

La Tarjeta de Compra de El Corte Inglés cuenta con la seguridad de que usted accede directamente, sin intermediarios, a la página web de El Corte Inglés. En Financiera El Corte Inglés E.F.C., S.A. existen los controles convenientes para garantizar la seguridad de la transacción y detectar posibles fraudes”. Referencia tomada en: [http://www.elcorteingles.es/es/informacion/comercio\\_electronico/gastosenvio.asp](http://www.elcorteingles.es/es/informacion/comercio_electronico/gastosenvio.asp). [Con acceso el 27-VII-2014]. La empresa DeMartina es más específica en sus condiciones generales al señalar: “El pago de los pedidos podrá efectuarse utilizando las siguientes modalidades: Pago con tarjeta de crédito o débito. Nos reservamos el derecho de NO aceptar ciertos pagos con determinadas tarjetas de crédito. Pago contra reembolso (cuando se cumplan determinadas condiciones). Pago contra reembolso (cuando se cumplan determinadas condiciones). No obstante existen productos en nuestra tienda “www.demartina.com” cuya modalidad de pago es exclusiva de Tarjeta Visa. Sólo en algunos casos podremos activar el pago mediante transferencia bancaria. Para algunos

---

clientes podremos modificar la forma de pago elegida de reembolso a pago con tarjeta o transferencia, cuando nos conste en su historial que ha realizado pedidos contra reembolso y estos no han sido recogidos por motivos justificables, generando a DEMARTINA TOY SHOP unos gastos que luego no han sido abonados por el cliente. En caso de que el cliente no esté conforme con la nueva forma de pago, no podrá por dicho motivo iniciar acciones en contra DEMARTINA TOY SHOP. DEMARTINA TOY SHOP se reserva el derecho a cambiar las modalidades de pago, pudiendo crear nuevas o eliminar alguna de las existentes, sin que el usuario/cliente de "www.demartina.com" pueda realizar reclamaciones por este motivo. No obstante si el cambio en la modalidad de pago afectase a un pedido ya realizado, desde "www.demartina.com" nos pondríamos en contacto con el cliente para informarle de dicho cambio, ofreciéndole la opción de cancelar el pedido si lo considerase conveniente. Pago con tarjeta de crédito/débito. El cargo se realiza online, es decir, en tiempo real, a través de la pasarela de pago de la entidad financiera correspondiente y una vez se haya comprobado que los datos comunicados son correctos. Con el objetivo de dar la máxima seguridad al sistema de pago "www.demartina.com" utiliza sistemas de pago seguro de entidades financieras de primera línea en comercio electrónico. En este sentido, los datos confidenciales son transmitidos directamente y de forma encriptada (SSL) a la entidad financiera correspondiente. El sistema de encriptación SSL que utilizamos confiere total seguridad a la transmisión de datos a través de la red. Sus datos gozan de total confidencialidad y protección. Los datos sobre las tarjetas de crédito no quedan registrados en ninguna base de datos nuestra. Están únicamente utilizados en el TPV (Terminal Punto de Venta) virtual de nuestra entidad financiera, a través de su Pasarela de Pago Seguro. Las tarjetas de crédito estarán sujetas a comprobaciones y autorizaciones por parte de la entidad emisora de las mismas, pero si dicha entidad no autoriza el pago, no nos haremos responsables por ningún retraso o falta de entrega y no podremos formalizar ningún Contrato con Usted. DEMARTINA TOY SHOP se reserva el derecho de verificar los datos personales suministrados por el cliente y adoptar las medidas que estime oportunas (incluida la cancelación del pedido) para que la mercancía adquirida sea entregada de conformidad con los datos que figuran en el pedido. Pago contra reembolso: El cliente realizará el pago una vez el producto se le entregue en el domicilio de envío solicitado, esta modalidad tendrá un coste adicional de 2,99€, aunque algunos productos tienen asignados un coste de reembolso superior, esto siempre quedará reflejado en el proceso de compra. El cliente que realice una compra mediante dicha modalidad, salvo cancelación de la misma a través llamada telefónica al 902 955 865 o mediante correo electrónico [atencionclientes@demartina.com](mailto:atencionclientes@demartina.com), previo al correo enviado por [www.demartina.com](http://www.demartina.com) informando de que ya el pedido ha sido enviado, estará obligado al pago del mismo, considerándose fraude el rechazo del paquete. Para poder realizar el envío tenemos que confirmar telefónicamente que todos los datos aportados son correctos y veraces, en el caso de no poder contactar en 48 horas, el pedido se anulará automáticamente. Para las Islas Baleares solo aceptamos el pago mediante Tarjeta Visa. Pago con PayPal: Los pagos con PayPal se realizan directamente en la web de PayPal, siguiendo las condiciones de uso que establece PayPal. En el caso de no pagar el pedido en el plazo de una hora, daremos por cancelado el pedido. Uso de cupones descuento:

Los cupones descuento, no suponen en ningún momento un medio de pago y por lo tanto, no están sujetos a las mismas condiciones que el resto de medios de pago: Son una herramienta de marketing. No se puede cambiar por dinero. No se pueden usar parcialmente, en caso de usarlos y no usar el importe total, el resto del cupón se pierden. Está sujeta a una serie de restricciones como: número de veces que se puede usar, propietario del cupón, fecha de caducidad, pedido mínimo, y marcas y/o categorías en las que se puede usar". Por lo que toca a la entrega de los productos se señala lo siguiente: Trabajamos con los siguientes plazos:

Modalidad de envío urgente: entrega en 24 horas.

Modalidad de envío normal: entrega en 48 a 72h. Entenderemos estos plazos de entrega en días laborales (de lunes a viernes) y para pedidos realizados en [www.demartina.com](http://www.demartina.com) antes de las 13 horas. Disponemos en [www.demartina.com](http://www.demartina.com) de artículos cuyos plazos de entrega no se corresponden con las condiciones generales, pero para estos artículos estará especificado correctamente en su ficha los plazos de entrega para los

4. *“Si el contrato se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia en la que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados, el empresario facilitará en ese soporte específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información precontractual sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución, tal como se refiere en el artículo 97.1. a), b), e), i) y p). El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario las demás informaciones que figuran en el artículo 97 de una manera apropiada con arreglo al apartado 1”*

Es frecuente que en la contratación a través de medios móviles como sería el de la telefonía, el consumidor no pueda acceder de modo claro y comprensible a las condiciones generales del contrato, razón por la cual, el legislador para evitar abusos por parte de las empresas han regulado el supuesto comentado.

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

---

mismos. Estos plazos son medios, y por tanto una estimación. Por ello, es posible que varíen por razones logísticas o de fuerza mayor. Si por algún motivo no pudiésemos cumplir con la fecha de entrega estimada, le informaremos de esta circunstancia y le daremos la opción de seguir adelante con la compra estableciendo una nueva fecha de entrega o bien anular el pedido con el reembolso total del precio pagado. Tenga en cuenta en cualquier caso que no realizamos entregas los sábados ni domingos. Imposibilidad de entrega: Nos reservamos el derecho de retirar cualquier Producto de nuestro sitio web en cualquier momento y/ o a quitar o modificar cualquier material o contenido del mismo. Aunque haremos lo posible para tramitar siempre todos los pedidos, puede haber circunstancias excepcionales que nos obliguen a rechazar la tramitación de algún pedido después de haber enviado el Confirmación de pedido, y nos reservamos el derecho a hacerlo en cualquier momento, a nuestra sola discreción. No seremos responsables frente a Usted o frente a cualquier tercero por el hecho de retirar cualquier producto de nuestro sitio web “www.demartina.com”, con independencia de si dicho producto ha sido vendido o no, quitar o modificar cualquier material o contenido del sitio web, o por negarnos a tramitar un pedido una vez que le hayamos enviado la Confirmación del pedido”. Referencia tomada en: <http://www.demartina.com/ayuda/condiciones-generales-venta-n-116.html>. [Con acceso el 29VII-2014].

Este inciso tiene una estrecha relación con el punto seis del artículo que venimos comentado, el cual declara: *“En aquellos casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms”*

Aplaudimos este tipo de previsiones, con el fin de evitar problemas de prueba, ya que como tendremos ocasión de ver, ha habido casos en que el consumidor ha celebrado un contrato vía telefónica y después ha comunicado al empresario su decisión de desistir del mismo, a través de una llamada telefónica, pero al no existir prueba o constancia del acto, la empresa ha negado los hechos<sup>154</sup>.

Por último debemos señalar que corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere, para lo cual deberá adoptar las medidas adecuadas y eficaces que le permitan identificar inequívocamente al consumidor y usuario con el que celebra el contrato (art. 98.9 TRLGDCU).

A nivel comunitario, tanto el ACQUIS como el MCFR señalan como obligación por parte del empresario la de confirmación de la aceptación del contrato tras su conclusión, siendo más específico en este aspecto el ACQUIS, que dedica especialmente un artículo a la confirmación de la recepción de la oferta<sup>155</sup>.

### **3.4.3. Información precontractual en la contratación electrónica**

Con el fin de brindar seguridad jurídica al consumidor que contrata a través de medios tecnológicos como el Internet, el legislador ha añadido una serie de requisitos (arts. 27 y 28 LSSI) a parte de los previstos en los

---

<sup>154</sup> Vid. *infra*, 4.3.

<sup>155</sup> Cfr. Artículo 4:108 ACQP el cual lleva por título “Confirmación de la recepción”. Artículo II.- 3:103 (1) MCFR.

artículos 60 y 97 TRLGDCU, los cuales el PSSI debe conceder al consumidor en la fase pre y postcontractual. En el presente epígrafe analizaremos los siguientes aspectos (1) cuáles son esos deberes precontractuales que el PSSI debe proporcionar al consumidor, (2) las excepciones en que la normativa permite al PSSI no proporcionar los deberes precontractuales de información; (3) las condiciones generales en materia de contratación electrónica y (4) cómo han de presentarse esos deberes.

### **1. Requisitos contemplados en el artículo 27 de la LSSI:**

*a) “los distintos trámites que deberán seguirse para poder celebrar el contrato”*

La importancia de este requisito radica en saber las distintas *fases técnicas* que debe seguir el consumidor a lo largo de la contratación hasta que el contrato se perfeccione<sup>156</sup>, evitándose de esta manera dudas y confusiones, sobre todo cuando la celebración de la transacción se realiza por medios de páginas *web* activas, las cuales contienen varios iconos que pueden pasarse de manera sucesiva<sup>157</sup>.

*b) “si el prestador va archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si este va a ser accesible”*

Con esta previsión se le facilita al consumidor un medio de prueba<sup>158</sup>, tal y como señala NIETO MELGAREJO cuando aclara: “Esta cláusula resulta importante debido a que si ocurriera alguna discrepancia entre las partes, sobre cualquier punto de las condiciones de compra se podrá recurrir siempre al justificante de la compra, como prueba de la realización de la operación y de las condiciones en las que se efectuó”<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> Cfr. NIETO MELGAREJO, P., “El derecho de información en la contratación electrónica en base a la legislación española y europea”, *REDI*, núm. 108, 2007, en: [www.alfa-redi.com](http://www.alfa-redi.com), [con acceso el 11-XI-2009].

<sup>157</sup> Cfr. PALACIOS GONZÁLEZ, D., “Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y la contratación electrónica con consumidores”, en LEÓN ARCE, A y GARCÍA GARCÍA, L. M., (Coords.): *Derecho de los consumidores y usuarios*, 2ª edición, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 915.

<sup>158</sup> Cfr., *ibídem*.

<sup>159</sup> NIETO MELGAREJO, P., “El derecho de información en la contratación electrónica...”, *op.cit.*, en: [www.alfa-redi.com](http://www.alfa-redi.com), [con acceso el 11-XI-2009].

De esta manera, el consumidor tendrá la oportunidad de acceder al documento para comprobar su pedido<sup>160</sup>.

Por otra parte, el artículo 24 LSSI señala que la prueba de los contratos celebrados por vía electrónica se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico, y cuando éstos estén firmados electrónicamente se estará a lo dispuesto en el artículo 3 LFE, siendo admisible como prueba documental el soporte electrónico en donde conste que un contrato ha sido celebrado.

Para brindar mayor seguridad a las transacciones electrónicas las partes pueden pactar archivar las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos mediante la intervención de terceros de confianza (art. 25 LSSI), tal y como vimos<sup>161</sup>. Aunque, el papel de dichos sujetos no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública.

*c) “los medios técnicos que pone a disposición del destinatario del servicio para identificar y corregir los errores en la introducción de datos”*

Este inciso se incluyó con el objetivo de evitar errores en la contratación mediante simple pulsación de teclas o contratos-*click*, pues este tipo de contratos es muy habitual en el comercio electrónico, el cual se desarrolla a través de páginas *web* activas<sup>162</sup>.

En la práctica es frecuente que el PSSI ponga a disposición del consumidor una página de recapitulación de datos antes de que el contrato se perfeccione, con el fin de que éste pueda constatarlos y leer todos los datos referentes tanto los referentes al bien o servicio contratado, así como los personales<sup>163</sup>. En este sentido BATUECAS CALETRÍO aclara que lo correcto sería que “[...] durante todo el proceso de contratación existiera un enlace siempre visible en la página *web* en la

---

<sup>160</sup> Cfr. BERROCAL LANZAROT, A., “Perfección del contrato en la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico la unificación de criterios”, *RCE*, núm. 100, 2009, pág. 87.

<sup>161</sup> *Vid. supra*, 3.1.

<sup>162</sup> Cfr. MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup> y PAGADOR LÓPEZ, J., “La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad negocial emergente”, *EC*, núm. 85, 2008, en: <http://www.consumo-inc.es>. [Con acceso el 15-X-2010].

<sup>163</sup> Cfr. NIETO MELGAREJO, P., “El derecho de información en la contratación electrónica...”, *op.cit.*, en: [www.alfa-redi.com](http://www.alfa-redi.com). [con acceso el 11-XI-2009]; BERROCAL LANZAROT, A., “Perfección del contrato en la Ley 34/2002...”, *op.cit.*, págs. 87-88.



que se van incorporando los datos introducidos por el comprador para que éste pudiera subsanar los errores que apreciara y pudiera visitarla cuando lo estimara oportuno”<sup>164</sup>. Por otra parte, la doctrina española ha señalado la posibilidad de prever sanciones civiles alternas para el caso de que el PSSI incumpla con el deber de poner a disposición del consumidor los medios de corrección de errores<sup>165</sup>.

En cambio, en el ámbito internacional, el artículo 14.1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones internacionales*, adoptada por la Asamblea General el 23 de noviembre de 2005<sup>166</sup>, declara lo siguiente:

*1. “cuando una persona física cometa un error al introducir los datos de una comunicación electrónica intercambiada con el sistema automatizado de mensajes de otra parte y dicho sistema no le brinde la oportunidad de corregir el error, esa persona, o la parte en cuyo nombre ésta haya actuado tendrá derecho a retirar la parte de la comunicación electrónica en que se produjo dicho error:*

*a) “La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, notificará a la otra parte el error tan pronto como sea posible después de haberse percatado de éste y le indica que lo ha cometido”;*

*b) “La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, no ha utilizado los bienes o servicios ni ha obtenido ningún beneficio material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, que haya recibido de la otra parte”.*

*2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de regla de derecho alguna que regule las consecuencias de un error cometido, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1”.*

---

<sup>164</sup> BATUECAS CALETRÍO, A., “Deberes de información del proveedor en la contratación electrónica”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J., (Dir.): *Autores, Consumidores y Comercio electrónico*, Colex, Madrid, 2004, pág. 449.

<sup>165</sup> *Vid.*, en este sentido: GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de contratos, tomo II, Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute*, Valencia, 2009, págs. 1703-1704, para el autor en caso de ausencia de medios de corrección de errores, se podrían dar las siguientes consecuencias civiles: 1. Inexistencia del contrato pues, el consentimiento se presta de manera defectuosa; 2. La nulidad absoluta, debido a que el consentimiento tiene carácter solemne; 3. La anulabilidad del contrato, inclinándose por esta opción el autor en el sentido de que la prestación de un consentimiento viciado es anulable; y, 3. El derecho de desistimiento contemplado en el artículo 101 TRLGDCU, esta solución ofrece protección suficiente al consumidor, sin embargo el consumidor deberá actuar con la debida diligencia.

<sup>166</sup> *Vid.* Texto completo de la resolución en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc>. [Con acceso el 11-XI-2009].

Como podemos observar, la lectura del artículo comentado en nada se asemeja a lo dispuesto en la LSSI (art. 27.1-c) el cual tiene como objetivo garantizar la correcta formación del consentimiento del consumidor<sup>167</sup>.

d) *“La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato”*

Debido a que Internet traspasa las fronteras, lo cual se convierte en un mercado de ventas a nivel mundial, en donde los empresarios pueden ofrecer sus productos en distintos países, razón por la cual, el idioma se convierte en un elemento importante del comercio electrónico, de ahí que el legislador haya previsto este requisito para poder brindar seguridad al consumidor transfronterizo. Piénsese, por ejemplo, en empresas como e-Bay, Amazon, u otras, las cuales configuran dentro de su página web un icono, en donde se muestran los distintos idiomas en que se puede realizar la transacción. En este sentido APARICIO VAQUERO señala que: “el idioma en el que ha constar la información para que sea comprensible debe estar en relación directa con el del Estado o mercado concreto al cual se encamina el producto o servicio. Siendo éste muy heterogéneo, si no es factible la referencia a todos ellos (por pretender servir, por ejemplo, a todo el mundo), habrá de optarse por el más generalizado, lo que desemboca en la utilización casi universal del idioma inglés [...] por otra parte, también es consecuencia de la exigencia de “comprensibilidad” el que las referencias al proceso de contratación, requerimientos de los equipos, etc., no estén hechas en un lenguaje tan técnico que resulte inalcanzable para el destinatario medio, con conocimientos informáticos a nivel de usuario”<sup>168</sup>.

La DDC en el artículo 6.7, establece lo siguiente: “[...] *Los Estados miembros podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, requisitos de carácter lingüístico en relación con la información contractual a fin de garantizar que dicha información pueda ser comprendida*

---

<sup>167</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica...,” *op.cit.*, pág. 1704-1705.

<sup>168</sup> APARICIO VAQUERO, J. P., “Los contratos electrónicos en el Derecho español”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J., (Dir.): *Internet y comercio electrónico*, Ediciones Universidad de Salamanca, págs. 188-189.

fácilmente por los consumidores<sup>169</sup>. Volveremos más a delante sobre este tema<sup>170</sup>.

*La Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información*<sup>171</sup> (en adelante LMSI), añadió un tercer párrafo al artículo 27.1 primer apartado señalando: “cuando el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderá cumplida la obligación establecida en este apartado cuando facilite de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de internet en la que se haya la información”. Esta regla esta pensada cuando la contratación se realice a través de telefonía móvil, en donde los caracteres no entran de manera completa en la pantalla.

---

<sup>169</sup> Vid., al respecto TJCE sentencia dictada el 7-XII-2010 C-585/08 (asunto *Pammer*) en las conclusiones del Abogado General punto 82 se aclara lo siguiente: “Por un lado, si la página web sólo está redactada en una lengua no muy difundida que es la lengua oficial de un único Estado miembro, ello puede apuntar a que el vendedor dirige su actividad únicamente a dicho Estado miembro. Ciertamente este criterio puede ser problemático, puesto que suscita la cuestión de si el sitio Internet está dirigido sólo a consumidores del Estado miembro en que esa lengua es la lengua oficial o también a las personas que viven en otros Estados miembros y que hablan dicho idioma. Sin embargo, a este argumento cabe responder con la interpretación literal del artículo 15, apartado 1, letra c), del *Reglamento nº 44/2001*: en virtud de dicho artículo, el vendedor debe dirigir su actividad a un determinado Estado miembro y no a un determinado grupo de consumidores que hablan una determinada lengua. Por el contrario, en el caso de una página web redactada en una lengua ampliamente utilizada o que es la lengua oficial de varios Estados miembros, no es posible determinar automáticamente si la actividad del vendedor está «dirigida» asimismo a Estados miembros distintos del Estado miembro en el que está establecido. También en este caso es necesario pronunciarse sobre la base de todos los elementos disponibles”. Asimismo, en el punto 83 en relación con la utilización de la lengua, se señala que: “Por otra parte, a mi juicio es pertinente comprobar si la página web, redactada en una lengua, puede ser visualizada en otra. Esta circunstancia es relevante, puesto que constituye un indicio de que el vendedor también dirige su actividad a otros Estados miembros. En efecto, con la posibilidad de modificar el idioma demuestra deliberadamente su propósito de celebrar contratos con consumidores de otros Estados miembros”. En la práctica, empresas que se dedican al comercio electrónico internacional, ponen en su página de inicio un icono, en donde el consumidor puede elegir diferentes idiomas, por ejemplo, alemán español, inglés, entre otros, por lo que se entiende que la oferta se dirige a distintos países; en este sentido, ZARA pone a disposición del consumidor la opción de contratar en diferentes idiomas y desde diversos Estados cuando señala lo siguiente dentro de su información general: *¿En qué países se puede comprar online?*

“Actualmente puedes hacer tu compra en España, Portugal, Francia, Mónaco, Italia, Alemania, Polonia, Austria, Suiza, Grecia, Rumanía, Reino Unido, Irlanda, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Suecia, Noruega, Dinamarca, Rusia, USA, Canadá, Japón y China”. Referencia tomada en: <http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/product/es/es/zara-S2013/358050/1326278/CAZADORA+DENIM>. [Con acceso el 29-VI-2014].

<sup>170</sup> Vid. *infra*, 3.5.7.

<sup>171</sup> Vid. BOE núm. 312, de 29-XII-2007.

En cambio, cuando se esté ante un rango de numeración telefónica a servicios de tarificación adicional en el que se permita el acceso a servicios de la Sociedad de la Información y se requiera su utilización por parte del PSSI, esta utilización y descarga de programas informáticos que efectúen funciones de marcación, deberán realizarse con el consentimiento previo y expreso del usuario.

A tal efecto, el PSSI deberá proporcionar al menos la siguiente información (art. 10.3 LSSI):

- a..” Las características del servicio que se va a proporcionar.*
- b. Las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará.*
- c. El procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin, y*
- d. El procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional. La información deberá estar disponible de manera clara visible e identificable”.*

La información mencionada se entiende sin perjuicio de lo establecido en la normativa de telecomunicaciones, en especial, en relación con los requisitos aplicables para el acceso por parte de los usuarios a los rangos de numeración telefónica, en su caso, atribuidos a los servicios de tarificación adicional.

Por otro lado, el comerciante que ofrezca sus productos a través de Internet no tiene la obligación de proporcionar su número de teléfono, basta con que sólo ponga a disposición del cliente su dirección de correo electrónico, siempre y cuando, a través de este medio se logre una comunicación adecuada, directa y suficiente para lograr un contacto rápido. Lo anterior halla su fundamento en la sentencia dictada por el TJCE en el asunto número 298/07 con fecha de 16-X-2008<sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> Vid. TJCE, Asunto c-298/07 de 16 de octubre de 2008. Esta sentencia tuvo por objeto resolver si la empresa DIV, la cual es una compañía de seguros que ofrece sus servicios a través de internet, tenía la obligación de proporcionar su número de teléfono, ya que dicha empresa ofrece su dirección postal, así como su dirección de correo electrónico, pero no su número de teléfono, el cual sólo se comunica una vez celebrado el contrato. En cambio, la empresa ofrece la posibilidad a las personas interesadas en contratar sus servicios de hacerle preguntas mediante un formulario de contacto por internet. En conclusión el TJCE resolvió lo siguiente: 1. “un prestador de servicios no está obligado, con arreglo al artículo 5, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento

Además, el artículo 27.1 LSSI con respecto a los deberes precontractuales de información en sus dos últimos párrafos aclara:

- *“La obligación de poner a disposición del destinatario la información referida en el párrafo anterior se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones en dicho párrafo.”*
- *“Cuando el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos automáticos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderá cumplida la obligación establecida en este apartado cuando facilite de manera permanente, fácil y directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario”.*

Aparte de la información contemplada en el artículo 27.1 de la LSSI, se obliga al vendedor a brindar la siguiente información genérica más allá de los procesos de contratación, por el simple hecho de ser un PSSI (art. 10 LSSI):

- a) Su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva.*
- b) Los datos de su inscripción en el Registro Mercantil en el que, en su caso, se encuentren inscritos o de aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad.*
- c) En el caso de que su actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión.*
- d) Si ejerce una profesión regulada deberá indicar:*
  - 1.- Los datos del Colegio profesional al que, en su caso, pertenezca y número de colegiado.*
  - 2.- El título académico oficial o profesional con el que cuente.*
  - 3.- El Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento.*
  - 4.- Las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos.*
- e) El número de identificación fiscal que le corresponda.*

---

Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, a facilitar un número de teléfono para informar a los consumidores antes de celebrar un contrato. 2. El prestador del servicio tampoco está obligado, con arreglo a dicho precepto, a proveer un segundo medio para atender al usuario, diferente de la dirección de correo electrónico siempre que esta última sea adecuada y suficiente para lograr un contacto rápido y entablar una comunicación directa.

*f) Cuando el servicio de la sociedad de la información haga referencia a precios, se facilitará información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío.*

*g) Los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente”.*

Visto todo lo anterior, podemos señalar que la protección del consumidor en lo que a información se refiere esta garantizada por la ley cuando realice transacciones a través de medios electrónicos<sup>173</sup>.

## **2) Excepciones**

Sin embargo, el PSSI no tendrá la obligación de proporcionar la información enumerada en el artículo 27.1 LSSI cuando se den los siguientes supuestos (art. 27.2):

*1. “Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o*

*2. El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de la obligación”.*

Para CAVANILLAS MÚGICA estas exclusiones hallan su justificación en la clasificación de contratos como “formales” e “informales”, lo cual sirve para resolver cuestiones de delimitación de fronteras entre ambos contratos: “En efecto allí donde uno de los contratantes produce el mensaje que contiene su declaración interactuando mediante clics del ratón, en las paginas o pantallas dispuestas por el otro, parece razonable prevenir, tanto el error en la

---

<sup>173</sup> *Vid.* GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica...”, *op.cit.* pág. 1699, en palabras del autor “la tutela brindada por los textos legales es suficiente por dos motivos. En primer lugar, las fórmulas mixtas, que son las más habituales en la práctica (p. ej., correo electrónico con enlace a una página *web*), quedan sujetas a los mismos deberes que los contratos en páginas *web* interactivas. En segundo lugar, la obligatoriedad de la información previa probablemente deba extenderse sobre todos aquellos supuestos en los que la comunicación tiene una estructura análoga a la de una página *web* interactiva, es decir, cuando el adquirente no elabora por sí mismo el mensaje, sino que se limita a declarar la voluntad a través de clics (p. ej., marcando una casilla con el producto deseado y reenviado el correo electrónico)”.

manipulación, como en la ignorancia en que se encuentra el “cliente” acerca de si su última acción ha producido los pretendidos efectos en el “servidor”. Nada de ello parece preciso cuando cada uno de los contratantes elabora en su ordenador y con sus propios programas, el mensaje que contiene su declaración y lo envía por las vías electrónicas ordinarias<sup>174</sup>. Además, el autor añade que este tipo de formalismos se agregan a las formulas mixtas, por ejemplo, cuando el consumidor recibe un correo electrónico y se le remite a una página *web*, en donde, se concluye el contrato.

Por otro lado, cuando nos encontremos ante técnicas de comunicación electrónicas equivalentes al correo electrónico, la obligación de informar y de acusar recibo decaerá<sup>175</sup>, razón por la cual, los deberes establecidos en el artículo 27 LSSI no serán obligatorios, es decir, pierden sentido<sup>176</sup>.

### **3) Condiciones generales**

Cabe mencionar que sí bien ni el artículo 60 ni el 97 TRLGDCU mencionan la obligación que tiene el empresario de informar de la condiciones generales de la contratación cuando el consumidor contrate por vía electrónica, no por ello el empresario puede dejar de cumplir con esta obligación, lo cual se deduce de la lectura de los artículos 80.1.b), 59.3 TRLGDCU y 5 de la *Ley 7/1998 de condiciones generales*. Además, ambos preceptos prevén los requisitos que deben contener las cláusulas no negociadas individualmente tales como accesibilidad y legibilidad, con

---

<sup>174</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S., “La conclusión del contrato en internet”, en CLEMENTE MEORO, M. E y CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y contratos en Internet*, Comares, Granada, 2003, págs. 156-157.

<sup>175</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica...”, *op.cit.*, pág. 1699.

<sup>176</sup> Cfr. MATEUS DE ROS, R., “Principios de la contratación electrónica en la ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”, en MATEUS DE ROS, R y LÓPEZ-MONIS GALLEGU, M., (Coords.): *Derecho de Internet. La ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 122-123.

el fin de permitir al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido<sup>177</sup>.

Por otra parte, como señala CAVANILLAS MÚGICA: “Las condiciones generales deben presentarse de manera clara y manejable (que no obligue al consumidor a realizar operaciones complejas o engorrosas para su lectura”<sup>178</sup>).

En la práctica es común que las empresas remitan las condiciones generales por medio de un enlace al internauta desde una página anterior siempre a la última aceptación<sup>179</sup>. De esta manera, se cumple con lo dispuesto en el artículo 27.4 LSSI, el cual señala que las condiciones generales de la contratación deberán ser accesibles y podrán ser almacenadas por el consumidor, de lo contrario el PSSI cometería una infracción grave (art. 38.3 c LSSI), la cual es sancionable con una multa de 60.001 hasta 300.000 €<sup>180</sup>.

#### **4) Cómo han de presentarse esas informaciones**

En esta línea BATUECAS CALETRÍO refiriéndose a la información que debe recibir el consumidor en materia de contratación electrónica aclara que “debe ser útil y ayudar verdaderamente a resolver cualquier problema que pueda plantearse; utilizable, lo que significa que ha de estar siempre accesible y ser manejable por un consumidor medio; y usada, o, lo que es lo mismo, que se haga llegar en el momento, lugar y forma más adecuada para producir los efectos deseados en quien la reciba”<sup>181</sup>.

Cuando la contratación se lleva a cabo por medios electrónicos, como sería el caso de una página *web*, las condiciones generales y

---

<sup>177</sup> Vid., por todos: DÍEZ BALLESTEROS, J. A., “Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores”, *EC*, núm. 85, 2008, en: <http://www.consumo-inc.es>. [Con acceso el 15-X-2010].

<sup>178</sup> Vid. CAVANILLAS MÚGICA, S y CLEMENTE MEORO, M. E., *Responsabilidad civil y contratos en Internet*, Comares, Granada, 2003, pág. 164.

<sup>179</sup> Vid. APARICIO VAQUERO, J. P., “Los contratos electrónicos en el Derecho español...”, *op.cit.*, pág. 192, cuando aclara: “En la práctica, se permite al internauta el acceso a las condiciones generales mediante algún enlace desde una página anterior siempre a la última aceptación, cuando no el visionado obligatorio de las mismas en cuanto paso técnicamente necesario para continuar con el proceso de adquisición [...]”.

<sup>180</sup> Vid. GRAMUNT FOMBUENA, M<sup>a</sup>. D., “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”, en BARRAL VIÑAS, I., (Coord.): *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, 2003, pág. 68.

<sup>181</sup> BATUECAS CALETRÍO, A., “Deberes de información...”, *op.cit.*, pág. 441.



cualquier otra información precontractual pueden presentarse de la siguiente manera: (1) que el empresario incorpore un icono en el cual al pincharlo el consumidor se desplieguen y puedan leerse; (2) también es frecuente que se obligue al contratante pasar por la página en que se encuentran establecidas las condiciones generales para que las acepte; y (3) debemos tener en cuenta las restricciones técnicas, por ejemplo, el número de caracteres en determinadas pantallas de teléfono móvil o, el tiempo comercial en los anuncios de ventas televisivos. En ambos casos, el comerciante deberá facilitar un número de teléfono o un enlace a una página *web*, en donde se encuentren colgadas las condiciones generales, las cuales deberán ser fácilmente accesibles y disponibles<sup>182</sup>.

Cabe aclarar que el artículo 2 del *R/D 1906/1999, de 17 de diciembre*, el cual en su numeral 2 y en una de sus incoherencias señalaba: “*previamente a la celebración del contrato y con la antelación necesaria como mínimo en los tres días naturales anteriores a aquella, el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales*”. La disposición comentada en su momento causó revuelo en la doctrina<sup>183</sup>, pues en la *Directiva 97/7/CE*, no se preveía el requisito de poner a disposición del consumidor la información con tres días de antelación, razón por la cual, tuvo que ser necesario una consulta a la Dirección de los Registros y del Notariado (RDGRN) para aclarar esta cuestión, la cual se resolvió en fecha de 29 de marzo de 2000 aclarando lo siguiente: “*Para el caso del artículo 2 R/D 1906/1999, el deber de información se cumplirá con tan solo poner las condiciones generales del contrato en la página web mediante un icono, con el fin de que cualquier*

---

<sup>182</sup>Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “Condiciones Generales y Comercio Electrónico”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J. (Dir.): *Internet y Comercio Electrónico*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, págs. 25-26.

<sup>183</sup> Cfr. DÍEZ BALLESTEROS, J. A., “Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica...”, *op.cit.*, en: <http://www.consumo-inc.es>. [Con acceso el 15-X-2010]; MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La formación y ejecución del contrato electrónico...”, *op.cit.*, <http://www.consumo-inc.es>. [Con acceso el 15-X-2010]; GARCÍA RUBIO, M. P., “Las condiciones generales en la contratación electrónica”, *La Ley*, núm. 1, 2001, págs. 164-166.

consumidor interesado pueda consultar tal información de manera on line”.

Bastaría, por tanto, cuando la contratación se lleve por medio de páginas web con que a través de un enlace el consumidor pudiera acceder al texto de las condiciones generales. Para el caso de remisión por parte del PSSI vía correo electrónico, las condiciones generales pueden incorporarse al mensaje o incluirse en un archivo adjunto<sup>184</sup>, con el fin de evitar cuestiones tales como la ausencia de documentación escrita, publicidad engañosa, virus en la red o actos de sabotaje y fraudes bancarios, lo cual ocurre cuando se realiza un pagó mediante tarjeta<sup>185</sup>.

### 3.5. Formación y Perfección del contrato

#### 3.5.1. Oferta

La oferta es una propuesta para contratar que una persona realiza a otra<sup>186</sup>. La doctrina española coincide en los siguientes requisitos que debe contener ésta como son la declaración de voluntad<sup>187</sup>, su carácter recepticio, propósito del oferente de vincularse con carácter definitivo<sup>188</sup>, así como su carácter determinado e indeterminado, es decir, que puede ser hecha a persona determina o indeterminada<sup>189</sup>. Asimismo, la oferta

---

<sup>184</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Contratación electrónica y protección de los consumidores: régimen jurídico”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 660, julio-agosto, 2000, pág. 2362.

<sup>185</sup> Vid., sobre este punto, PARDO GATO, J. R., *Las páginas web como soporte de condiciones generales contractuales*, Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 57-66, el autor divide en dos grupos los problemas que se pueden presentar cuándo se contrata por medio de una página web. Estos son: problemas materiales y problemas competenciales.

<sup>186</sup> MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Navarra, 1998, pág. 24, el autor señala que son cuatro los requisitos para que se considere una verdadera oferta son los siguientes: 1.- declaración o manifestación de voluntad. 2.- declaración de voluntad unilateral e inicial. 3.- declaración recepticia. 4.- declaración de una específica voluntad.

<sup>187</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Contratos*, Bercal, 2003, Madrid, pág. 41.

<sup>188</sup> MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 34-35.

<sup>189</sup> Vid, en este sentido: MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato”, *Separata de Revista de Derecho Notarial*, núm. XII, 1956, págs. 49-50, quien señala que se puede hacer una clasificación de las ofertas directas, por una parte, y las hechas a persona indeterminada. Y establece que cuando una persona tiene la intención de realizar un

debe ser autosuficiente o completa, o sea, debe tener todas las circunstancias y elementos constitutivos del contrato cuya celebración se propone, de manera que el destinatario pueda aceptarla o rechazarla.

Por otro lado, habría que distinguir qué es “oferta”, “publicidad” y “prácticas comerciales”. Estaremos ante una verdadera oferta cuando el contrato contenga todos los requisitos esenciales, de manera que la simple aceptación del destinatario vincule al oferente, sin necesidad de realizar ningún acto posterior. En cambio, la “publicidad” es “*toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*” (art. 2 de Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad<sup>190</sup>). No obstante, el concepto de “práctica comercial” abarca, “*todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial*” (art. 19.2.2 TRLGDCU).

La mayoría de las ofertas que se hacen a través de Internet se realizan como mencionamos través de páginas *web*, o bien mediante

---

contrato se dirige a otra que reúna las condiciones personales que en ciertos contratos son de gran importancia, su situación económica la posesión de un objeto o cualquier otra circunstancia que le muestre lo más indicado, a juicio del oferente, para que sea parte en el contrato que intenta concluir. El autor además hace otras clasificaciones de la oferta, como la oferta al público que es aquella en la que se ignora quién va a ser su aceptante porque su determinación va encaminada a un acto posterior, por cualquiera de los componentes de la comunidad. La oferta a un grupo que es aquella que va dirigida a una persona que reúna ciertas condiciones con anterioridad a la publicación de la oferta. Sobre este punto de las clasificaciones de las ofertas es importante destacar que el autor hace énfasis por lo que se refiera a la contratación a persona indeterminada o (*ad incertam personam*), al señalar que en el campo de las relaciones económicas y a la generalización de la uniformidad en las condiciones de la producción, que imponen el empleo de contratos de contenido invariable y previamente establecido para toda una serie de operaciones, y debido también a que, como consecuencia de los adelantos técnicos y las necesidades del tráfico, se han producido dentro de la contratación moderna nuevos métodos de celebración a través de la prensa, radio y otros medios de publicidad, que se basan en ofrecimientos dirigidos al público y que alcanzan a contratos de la más diversa índole. Prueba de la importancia adquirida por esta forma de contratación es la abundante bibliografía que se ha producido en torno a la oferta, hecha *incertam personam*, que ha tratado con detenimiento de los diversos problemas que las mismas pueden plantear y la atención que le dedican las legislaciones más modernas.

<sup>190</sup> Vid. BOE núm. 274, de 15-XI-1988.

correo electrónico. Para el primer caso habrá que distinguir si se trata de una página *web* interactiva o una página *web* pasiva. Si la oferta contiene un dispositivo técnico de aceptación, con indicaciones suficientes para que el consumidor emita su consentimiento, ésta es completa, y, por lo tanto, estaremos ante una verdadera oferta<sup>191</sup>. Mientras que si la página *web* sólo contiene información general del producto y el contrato no se puede perfeccionar a través de un mecanismo electrónico, nos encontramos ante una página *web* pasiva, por consiguiente, sólo se tiene la intención de hacer publicidad o una invitación a contratar<sup>192</sup>. También se considerará verdadera oferta la realizada a través de correo electrónico siempre y cuando se cumpla con los requisitos que la ley impone. Sin embargo, este medio de comunicación se excluye de la regulación de la contratación electrónica cuando se utilice con fines ajenos a realizar cualquier actividad económica, es decir, sin fines de lucro.

Por otro lado, la oferta tiene un periodo limitado de vida o vigencia, durante el cual la aceptación puede darse y por consiguiente perfeccionarse el contrato<sup>193</sup>. La doctrina distingue dos clases de oferta atendiendo a su carácter revocable: a) las que recogen en su contenido, expresamente su plazo de vigencia; y b) aquellas en las que el oferente no estipula plazo<sup>194</sup>. Ahora bien, si la oferta se dirige a una persona presente y no se fija plazo para su aceptación, dicha oferta decae

---

<sup>191</sup> *Vid.*, en este sentido: CLEMENTE MEORO, M. E., “Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica”, *RDPat*, núm. 4, 2000, págs. 78-79: “Entiendo que cuando el empresario describe en su página *web* el producto o servicio, fija su precio y condiciones de pago y entrega y dota a la página de los requisitos técnicos para que quien se conecte a ella pueda “aceptar (v. gr., pulsando un “botón” o “icono” en que se incluye la expresión “aceptar” u “OK” u otra similar, previa determinación por el visitante de la página del producto o servicios que desea), no estamos ante una simple comunicación publicitaria, sino ante una oferta hecha al público”; en la misma línea; DÍAZ BRITO, F. J., “Contratación electrónica: ¿camino del laberinto?”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 23/2001, pág. 5; GUILLÉN CATALÁN, R., *Oferta contractual y nuevas tecnologías*, Revista Aranzadi de Derecho y nuevas Tecnologías, monografía, Aranzadi, núm. 7, Navarra, 2009, Navarra, pág. 76-77.

<sup>192</sup> GUILLÉN CATALÁN, R., *Oferta contractual...*, *op.cit.*, págs. 76-77.

<sup>193</sup> *Vid.*, por todos: MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., *La formación del contrato...*, *op.cit.*, pág. 62: “En relación con lo anterior, si bien es cierto, que los códigos decimonónicos (civil y mercantil), no contienen una norma que contenga en qué momento se puede dar la revocabilidad de la oferta, los tribunales españoles si han abordado el tema, prueba de ello, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1986 (RA3296)<sup>193</sup>, la cual declaró: “es doctrina científica comúnmente admitida que la oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya perfeccionado...”

<sup>194</sup> *Cfr.* MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual...*, *op.cit.*, pág. 188.

inmediatamente y la posibilidad de revocarla se reduce a un breve lapso de tiempo. En cambio, si la oferta lleva aparejada una fecha, el oferente no puede revocarla antes de que haya transcurrido tal periodo<sup>195</sup>. Aunque en materia de contratación electrónica el artículo 27.3 LSSI hace la siguiente aclaración: “*sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación 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 del servicios*”<sup>196</sup>.

### 3.5.2. Aceptación

Una vez realizada la oferta sólo faltaría la aceptación para que el contrato quede automáticamente perfeccionado. Aunque, para que sea considerada válida, habrá de cumplir con los siguientes requisitos tal y como aclara MARTÍNEZ GALLEGO<sup>197</sup>:

1. *La regla del espejo (the mirror image rule)*, la cual gira en torno a la idea de que la aceptación ha de ser el reflejo “exacto” de la oferta, de ahí su nombre. Se entiende, así, que toda respuesta a una propuesta contractual que no suponga una adhesión pura y simple a su contenido, no se puede estimar en rigor como aceptación, sino que ha de ser entendida como una contraoferta, por lo cual se invierten los papeles de los sujetos, de modo que el primitivo oferente es quien debe emitir ahora una declaración de voluntad aceptando los nuevos términos. Asimismo, es importante aclarar

---

<sup>195</sup> Cfr. MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., *La formación del contrato...*, *op.cit.*, pág. 62.

<sup>196</sup> No obstante, habrá que hacer la distinción entre “retirada” y “revocación de la oferta”. En este sentido DÍEZ PICAZO aclara: “La retirada es una declaración del oferente que indica su voluntad de dejar sin efecto una anterior declaración de la oferta, cuando ésta todavía no ha alcanzado efectividad. Existe retirada en el período de tiempo en la fase de formación que media entre emisión de la oferta y la recepción o llegada de la misma al destinatario. En cambio, revocación es la declaración de la voluntad de cancelación de la oferta y de sus efectos en el periodo que media entre la recepción de la oferta y la perfección del contrato. La consecuencia práctica más importante de la distinción es permitir la retirada de las ofertas cuando éstas sean irrevocables. La retirada de la oferta es lógicamente, libre y está sometida únicamente al requisito de la tempestividad. Se refiere a una declaración que no ha alcanzado ninguna forma de efectividad. El destinatario de la retirada no puede alegar ningún justo motivo para impedir dicha retirada puesto que ningún tipo de confianza, ni de interés atendible podría haberse creado en él”. (DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I: Introducción teoría del contrato*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 294).

<sup>197</sup> MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., *La formación del contrato...*, *op.cit.*, págs. 94-111.

que, en la práctica la mayoría de los comerciantes que se dedican al comercio electrónico utilizan formularios, los cuales se denominan “*contratos de adhesión*”, con el fin de evitar costes de negociación y la redacción de un acuerdo por separado con cada comprador, por lo tanto, el consumidor no tiene más remedio que aceptar sus términos<sup>198</sup>.

2. La regla de la *última palabra* (*the last-word rule*). Esta regla es consecuencia inmediata de la anterior y nos sitúa en la hipótesis de que no exista concordancia exacta entre oferta y aceptación, porque esta última ha excluido algún término o ha llevado a cabo alguna otra modificación respecto de la propuesta originalmente recibida y, por lo cual, se ha convertido en una contra oferta.
3. Debe ser *tempestiva* la aceptación, es decir, debe emitirse estando todavía vigente la oferta, para ser eficaz jurídicamente.
4. Es una declaración *recepticia* que ha de llegar al oferente. La persona que acepta la oferta debe dirigirse al oferente o prestador de servicios, de lo contrario el contrato no se perfeccionara.
5. La aceptación se rige por el principio de *libertad de forma*, salvo que el oferente haya determinado una concreta forma de aceptación. Al igual que la oferta, la aceptación puede exteriorizarse por cualquier medio aceptado, siempre y cuando se cumpla con los requisitos que exige la Ley.

Sin embargo, cuando la aceptación se lleve a cabo a través de medios electrónicos, el PSSI tiene la obligación de confirmarla mediante un acuse de recibo como el correo electrónico u otro medio equivalente, con el fin de que el aceptante tenga la oportunidad de tener constancia de

---

<sup>198</sup> Vid. POSNER, R. A., *El análisis económico del Derecho*, (SUÁREZ, L., E., Trad.), Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., en español, 2007, pág. 195, cuando señala: “El uso de formas impresas conduce al problema que los abogados contractuales llaman “la batalla de las formas”. A podría firmar, y enviar a B, un contrato impreso que constituye una oferta, y B, en lugar de firmar la forma de A, podría firmar, y enviar a su propia forma impresa. Bajo la regla de la “imagen de espejo” del derecho común, si la forma de B no es idéntica a la de A, no sería una aceptación de la oferta de A, sino que se trataría como una contraoferta. El Código Comercial Uniforme adopta una postura más liberal. Si A, al recibir la forma de B, empieza a cumplir, esto se toma como una aceptación de la oferta de B, aunque contenga términos muy discrepantes, porque A, al recibir la forma de B, podría haber informado a B que tal oferta era inaceptable en lugar de empezar a cumplir”.

la contratación efectuada (art. 28 LSSI 1 a y b). No obstante, la LSSI exime al PSSI de acusar recibo al aceptante cuando la contratación se haya llevado a cabo entre empresarios, y cuando la técnica de comunicación a distancia para contratar empleada fuera exclusivamente el correo electrónico u otro medio similar<sup>199</sup>.

Por otro lado, cuando la oferta se realiza a través de técnicas de comunicación a distancia, tiene que haber aceptación expresa, como estipula el artículo 101 TRLGDCU. La finalidad de este numeral es contrarrestar las prácticas agresivas de comercialización a distancia, evitando que el consumidor realice una compra por sorpresa o por ignorancia<sup>200</sup>. Además, con este tipo de medidas se pone de manifiesto que el silencio no es sinónimo de aceptación, lo cual ha originado importantes discusiones doctrinales con el fin de valorar su significado en materia contractual<sup>201</sup>. No obstante, para el supuesto que venimos comentando no cabe duda alguna de que se necesita la voluntad expresa del aceptante al momento de perfeccionarse el contrato, pues de lo contrario se caería en una práctica prohibida en que un empresario realice una oferta y la falta de respuesta a ésta sea considerada aceptación<sup>202</sup>.

La regla de la aceptación expresa no constituye una excepción al principio de libertad de forma previsto por el artículo 1.278 CC, pues la

---

<sup>199</sup> Siempre y cuando, estos medios no hayan sido utilizados para eludir el cumplimiento del deber de informar (art. 28. 3 a) y b de la LSSI).

<sup>200</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...", *op.cit.*, pág. 703.

<sup>201</sup> Vid. SERNA MEROÑO, E., "Comentario a los artículos 38-41 de la LOCM", en ALONSO UREBA, A., (Coord.): *Régimen jurídico general del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 484, para este autor no hay una posición uniforme dentro de la doctrina a la hora de atribuirle un valor jurídico al silencio en materia de contratos señalando: "[e]n efecto, para unos, el silencio sólo puede ser valorado de forma negativa, esto es, como una ausencia de declaración de voluntad, "quien calla, calla". Otros, siguiendo el antiguo proverbio "quien calla otorga", consideran que el silencio es un tácito asentimiento a lo manifestado por otra persona. Y todavía cabe señalar una tercera posición, que adopta una postura intermedia y valora el silencio como una declaración de voluntad contractual cuando, dada una determinada relación entre dos personas, el hábito ya establecido entre ambas hace necesario que se dé una obligación de hablar, de tal forma que si el que debe pronunciarse no lo hace, se entiende que su silencio debe interpretarse como voluntad de obligarse". Esta última tesis mayoritaria ya acogida por el jurista y la jurisprudencia, pero, como puede apreciarse no es la única.

<sup>202</sup> Cfr. MARÍN LÓPEZ, J. J., "Comentarios a los artículos 38 a 48 de la LOCM", en Arimany, Manubens y Asociados (Coord.): *Ordenación del Comercio Minorista*, Praxis, Barcelona, 1996, pág. 307.

manifestación del consentimiento se puede dar tanto de forma expresa como tácita<sup>203</sup>, (p. ej., la realizada por teléfono, videoconferencia o chat), o por medios escritos como la carta; el envío de un correo electrónico entre otros; también entrarían dentro de este supuesto ciertas conductas que expresen asentimiento, como sería el caso de dar *click* en un icono de aceptación<sup>204</sup>.

Por el contrario, no se considera verdadera aceptación, por ejemplo, el pago del bien o servicio, la firma de un recibo del bien suministrado, la simple comunicación del número de la tarjeta de crédito o los datos de la cuenta bancaria<sup>205</sup>. Esto cobra importancia, debido a que el legislador exige el carácter explícito de la aceptación, es decir, de forma “contundente”, con el fin de brindar mayor protección al consumidor<sup>206</sup>. Aunque debemos señalar que, las renovaciones a las suscripciones periódicas sí entran dentro del supuesto de aceptación tácita cuyo fundamento se encuentra en la relación creada por el empresario y el consumidor, por lo tanto, se admite el valor positivo del silencio en este tipo de transacciones<sup>207</sup>.

Para reafirmar nuestro argumento sobre el silencio, el artículo 66.1 *quáter* TRLGDCU, el cual guarda una relación estrecha con el artículo 101 del mismo ordenamiento, prohíbe los envíos no solicitados, a excepción del envío por error. Con esta previsión se trata de evitar la presión psicológica en la que puede caer el consumidor ante tal situación<sup>208</sup>, razón por la cual éste no está obligado a la devolución del

---

<sup>203</sup> Vid. RINCÓN CARDENAS, E., *Manual de Derecho de Comercio Electrónico y de Internet*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pág. 130, “[...]: la aceptación expresa y tácita. Es expresa la aceptación cuando el destinatario hace saber al proponente, por escrito o de la palabra y dentro del término útil para hacerlo, que adhiere a su oferta expresa o tácita. La aceptación es tácita cuando el interesado en adherir a la oferta de tal naturaleza manifiesta su propósito mediante hecho, signo o actitud, de lo cual se infiere este propósito”.

<sup>204</sup> Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 1272.

<sup>205</sup> *Ibidem.*, pág. 1273.

<sup>206</sup> *Ídem.*

<sup>207</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 705.

<sup>208</sup> Cfr. SERNA MEROÑO, E., “Comentario a los artículos 38-41 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 475. Parte de la doctrina señala que tal prohibición alcanza tanto a los envíos onerosos como gratuitos (cfr. MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentarios a los artículos 38 a 48 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 312.)



bien ni a pago alguno (art. 66.1 *quáter* TRLGDCU); por lo tanto, si se diera el caso en que decidiera devolverlo, no tiene porqué indemnizar al empresario por los daños o deméritos sufridos en el bien<sup>209</sup>. Por otra parte

---

Para otros autores no entrarían dentro del supuesto de envíos no solicitados por ejemplo, el envío de un cupón de abono a una revista no solicitado por el destinatario (cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 1276.)

Cosa distinta es el envío de publicaciones con cupón de asociaciones religiosas para realizar donativos, a través de los cuales muchas veces como señala la doctrina podrían filtrarse supuestos que con carácter general están prohibidos (p. ej., la actividad comercial de una ONG). (Cfr. ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia...*, *op.cit.*, pág. 286.)

Para otros autores sólo se permiten las muestras comerciales con carácter gratuito, con el fin de evadir el régimen sancionador por infracción a la norma, debiendo quedar claramente la gratuidad en la muestra comercial (cfr. PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 321.)

<sup>209</sup> Hay que señalar que el artículo 100.2 TRLGDCU hace una excepción al supuesto de envío no solicitado. Cuando se trate de un error, por ejemplo, que el empresario se haya equivocado de dirección postal, en este caso se trata de evitar un enriquecimiento injusto del receptor de los bienes (cfr. SERNA MEROÑO, E., “Comentario a los artículos 38-41 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 503), razón por la cual quien recibe los bienes debe actuar acorde al principio de buena fe comunicando en su caso al empresario el error del envío (Cfr. MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentarios a los artículos 38 a 48 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 314).

Aunque, como apunta la doctrina no se caerá en el supuesto de error de envío no solicitado, cuando el envío se produzca en el seno de una relación contractual entre empresario y consumidor, y cuando se reciba un bien diferente o por duplicado. En el primer caso habrá incumplimiento contractual. En cambio, cuando se dé el segundo supuesto se estará a lo dispuesto en el artículo 1.901 del Código Civil. (Cfr. ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia...*, *op.cit.*, pág. 290).

Expuesto lo anterior, habrá error en dos situaciones: primera cuándo se envía a persona distinta; y la segunda cuando el error recae directamente sobre el producto (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 709). No obstante, para que se dé el supuesto de envío por error no solicitado debe quedar probado, correspondiendo la carga de la prueba al empresario (*vid.* SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 1283). Sin embargo, el consumidor está obligado a comunicar al empresario en el plazo de un mes (art. 1.128 CC) el envío no solicitado, debido a que el artículo 100 del TRLGDCU no especifica el cómputo del plazo. Para una parte de la doctrina, el receptor del bien se convierte en depositario durante el plazo de un mes (art. 1.776 CC), respondiendo incluso por los daños y perjuicios causados a éste durante este lapso de tiempo (*vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 711).

No obstante, otro sector de la doctrina contradice la postura anterior, es decir, no se estará ante la figura del depósito, pues el consumidor tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados por virtud del envío erróneo (*vid.* SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 1284). Aunque, si transcurrido el plazo mencionado el consumidor no recibe respuesta del empresario, éste tendrá derecho hacer suyo el bien sin que se le reclame pago alguno (*Vid.* PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 326). En la misma línea que el TRLGDCU se pronuncia el MCFR en su artículo 3:401 siendo más específico al señalar que si una empresa envía bienes o servicios no solicitados a un consumidor está empresa no tendrá ninguna pretensión para ejercer cualquier acción o en contra del consumidor por virtud de los bienes o servicios no solicitados. Tampoco surge ninguna obligación extracontractual para el consumidor desde la adquisición, rechazo o uso de los bienes o prestación de servicios. Sin embargo, al igual que el TRLGDCU el MCFR establece excepciones a los envíos no

un sector de la doctrina aclara que los envíos a título gratuito encajan dentro del supuesto de la donación contemplado en el artículo 632 CC. En cambio, no tendrán la misma condición jurídica cuando se trate de envíos no solicitados, pues en tal supuesto será de aplicación la sanción civil y administrativa que corresponda<sup>210</sup>. Para otro sector de la doctrina, no estaríamos ante el supuesto de la donación cuando el empresario envía el bien al consumidor con la condición de pagarlo o devolverlo; por lo tanto, el consumidor puede adjudicarse el producto al no existir relación contractual alguna<sup>211</sup>. Compartimos esta última opinión, pues queda excluida la figura de enriquecimiento injusto, eximiéndose al consumidor de la obligación de pagar precio alguno<sup>212</sup>. Sin embargo, cuando nos encontremos ante el supuesto del envío no solicitado, el empresario se hará acreedor de sanciones tanto de índole civil y administrativo<sup>213</sup>.

### **3.5.3. Información postcontractual en la contratación a distancia y, en particular, en la contratación electrónica**

Una vez perfeccionado el contrato, el comerciante tiene la obligación de confirmar por escrito la información contenida en el artículo 97 TRLGDCU, así como también la prevista en el artículo 98 del mismo texto.

---

solicitados, por ejemplo, cuando el bien haya sido enviado por error, ante lo cual en caso de que el consumidor no devolviera el bien nos encontraríamos ante la figura del enriquecimiento in justo (art. II.-3401-2). No obstante, a diferencia del MCFR el TRLGDCU establece una indemnización a favor del consumidor tanto por los gastos como por los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado la custodia del bien (art. 100.2-2). En la Directiva sobre los derechos de los consumidores no hay un pronunciamiento específico pronuncia sobre tal cuestión por lo que entendemos que los estados miembros se encuentran en la libertad de regular este aspecto de la manera que más se adecue a sus necesidades tal y como se encuentra la situación actual. (La de Directiva sobre los derechos los consumidores en su artículo 27 remite a la Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales desleales, la cual en su artículo 9 prohíbe los envíos no solicitado).

<sup>210</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...", *op.cit.*, pág. 707; MARÍN LÓPEZ, J. J., "Comentarios a los artículos 38 a 48 de la LOCM...", *op.cit.*, pág. 313.

<sup>211</sup> Vid. PASQUAU LIAÑO, M., "Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...", *op.cit.*, pág. 323.

<sup>212</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...", *op.cit.*, pág. 708; SÁNCHEZ GÓMEZ, A., "Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU...", *op.cit.*, pág. 1279-1280.

<sup>213</sup> Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., "Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU...", *op.cit.*, pág. 1279.

Una de las funciones principales del precepto comentado, es la de documentar el contrato para servir como prueba del mismo<sup>214</sup>, con el fin de que el consumidor tenga la mejor información posible<sup>215</sup>. En este sentido debemos mencionar que la confirmación escrita de la información en las ventas a distancia cumple dos funciones:

1). “*Defensiva*”, es decir, proteger al consumidor frente al empresario, pues aquél se encuentra en una situación de inferioridad y;

2). “*Preventiva*”, con el objetivo de equilibrar el contrato, promoviendo de esta manera la contratación de bienes y servicios<sup>216</sup>, dejándose constancia de los derechos que le corresponden al consumidor.

Habrá que distinguir el momento en el que se produce el suministro de la información. Si la información precontractual (art. 5 DDC; art. 60 y 97 TRLGDCU), no se ha suministrado por escrito o en otro soporte duradero, deberá recibirla el consumidor al momento de la ejecución del contrato, ya sea por escrito o mediante soporte duradero. Ahora bien, si se trata de la contratación de un bien deberá el empresario entregar la información a más tardar al momento de su entrega. En cambio, si se trata de la ejecución de un servicio deberá entregarse la información antes de su prestación (art. 98.7 TRLGDCU<sup>217</sup>).

En relación con el tema que venimos comentando, el artículo 97.7 TRLGDCU aclara:

*“El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Tal confirmación incluirá:*

---

<sup>214</sup> Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 1258.

<sup>215</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 731.

<sup>216</sup> Cfr. REVERTE NAVARRO, A., “Comentarios a los artículos 46-48 de la LOCM”, en ALONSO UREBA, A., (Coord.): *Régimen jurídico general del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 531.

<sup>217</sup> Cfr. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, págs. 986-987.

a) *Toda la información que figura en el artículo 97.1, salvo si el empresario ya ha facilitado la información al consumidor y usuario en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia, y*

b) *Cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 103.m)*".

Este punto se encuentra íntimamente ligado con el 10 del artículo que venimos comentado el cual declara: "*Este artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre la celebración de contratos y la realización de pedidos por vía electrónica establecidas en la Ley 34/2002, de 11 de julio*". No nos explicamos, el porqué el legislador no lo integró en un sólo punto, creemos que ha sido un error de técnica legislativa.

Asimismo, de la lectura del punto 7 del artículo 98 TRLGDCU se deduce que se obliga al empresario a dejar constancia de la contratación celebrada, ya sea en soporte duradero o en papel, pues como señalamos líneas arriba, el principio de equivalencia funcional equipara el soporte duradero al papel tradicional, razón por la cual, el ordenamiento jurídico otorga al empresario la posibilidad de proporcionar la información al consumidor en soporte electrónico (art. 23.3 LSSI), lo cual dependerá muchas veces del tipo de comunicación utilizada en el proceso de contratación.

Ahora bien, cuando la contratación se lleva a cabo por medios electrónicos se aplicará imperativamente el artículo 28 de la LSSI, el cual transpone el artículo 11 de la *Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico*. El precepto comentado obliga al PSSI a enviar el acuse de recibo al consumidor sin demora indebida al término de la celebración del contrato, o 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 (art. 28.1 a y b). Sin embargo, hay que aclarar que la expedición del acuse de recibo no es un requisito de conclusión del contrato, pues como vimos líneas arriba, el

contrato se perfecciona con la sola aceptación del contratante. No obstante, la misma ley excluye la necesidad de dar aviso o confirmar la celebración del contrato, en la contratación en dos supuestos:

- a) *“ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o*
- b) *El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación”* (art. 28.3 LSSI).

En nuestra opinión, se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes puedan tener acceso a los mismos; por ejemplo, si la contratación se realizó por medio de una página *web* activa, bastaría que el acuse de recibo apareciera en la pantalla al concluir el proceso de contratación. En este sentido, la doctrina ha dejado claro que los deberes contractuales de información se tendrán por cumplidos, simple y sencillamente con la expedición del acuse de recibo que contenga la aceptación<sup>218</sup>. Esta previsión se configura como una disposición imperativa (art. 28.1-a) b) LSSI<sup>219</sup>, y el PSSI que no la cumpla se haría acreedor a una multa, la cual oscilaría entre 30.0001 hasta 150.000 €, con independencia de otras sanciones administrativas como serían la suspensión de la actividad del PSSI y, en su caso, cierre provisional de sus establecimientos (art. 41.1 a) LSSI).

Hay que apuntar que la imposición del acuse de recibo a cargo del empresario se da con la finalidad de contrarrestar la falta de seguridad en las transacciones electrónicas realizadas a través de páginas *web* o correo electrónico<sup>220</sup>. Lo anterior cobra importancia, sobre todo cuando el consumidor contrata a través de páginas *web*, en donde hay que diferenciar si se trata de una verdadera oferta o de una simple invitación a contratar. Por lo tanto, habrá que recurrir a la clasificación de páginas *web* activas y páginas *web* pasivas, en el caso de que nos encontráramos ante

---

<sup>218</sup> Cfr. APARICIO VAQUERO J. P., “Los contratos electrónicos en el Derecho español...,” *op.cit.*, pág. 205.

<sup>219</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica...,” *op.cit.* pág. 1712.

<sup>220</sup> Cfr. BATUECAS CALETRÍO, A., “Deberes de información del proveedor...,” *op.cit.*, pág. 459.

las primeras, si el consumidor emite su consentimiento por medio de un *clic* el contrato se perfecciona y el empresario entonces deberá acusar recibo de la transacción realizada<sup>221</sup>. En cambio, si estuviéramos ante páginas *web* pasivas, se trataría de una simple invitación a contratar, es decir, no se trataría de una verdadera oferta.

En la práctica la mayoría de las empresas que se dedican al comercio electrónico, dentro de sus condiciones generales prevén la confirmación de la aceptación, a través de un correo electrónico<sup>222</sup>.

No obstante, cuando la oferta no fuera realizada por el empresario, sino por el cliente, se deberá facilitar a éste la información prevista en el apartado 1 del artículo 28 LSSI<sup>223</sup>. Sin embargo, cuando el suministro de información se realice mediante acuse de recibo se entenderá recibido desde el momento en el que el mensaje quede almacenado en el servidor, en donde se encuentre dada de alta la cuenta de correo electrónico, no siendo necesario para el consumidor descargar el mensaje, pues sólo basta su alojamiento en su servidor<sup>224</sup>. El plazo para enviar el acuse de recibo es de 24 horas, bien sea cuando la contratación se haya llevado por correo electrónico o mediante página *web*.

Además, si la contratación electrónica se realiza a través de páginas *web* es necesario que el PSSI ponga a disposición del consumidor un mecanismo de corrección de errores sin necesidad de recurrir a conocimientos técnicos, imprimir la página o soportar costes

---

<sup>221</sup> Cfr. NIETO MELGAREJO, P., "El derecho de información en la contratación electrónica...", *op.cit.*, en: [www.alfa-redi.com](http://www.alfa-redi.com). [con acceso el 11-XI-2009].

<sup>222</sup> La empresa deMartina en su punto 3 de las condiciones generales señala lo siguiente: "para realizar un pedido, deberá seguir el procedimiento de compra online hasta el pago. Tras esto, recibirá un correo electrónico acusando recibo de su pedido ("la confirmación de pedido") [...]". Referencia tomada en: [www.demartina.com./ayuda/condiciones-generales-venta-n--116.htm](http://www.demartina.com./ayuda/condiciones-generales-venta-n--116.htm). [Con acceso el 29-VII-2014]. En términos parecidos se pronuncia la empresa Zara en el punto 6 de sus condiciones generales: "Para realizar un pedido, deberá seguir el procedimiento de compra online y hacer clic en "Autorizar pago". Tras esto, recibirá un correo electrónico acusando recibo de su pedido (la "Confirmación de Pedido)". Referencia tomada en: <http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/TermsAndConditionsView?catalogId=24052&langId=-5&storeId=10701>. [Con acceso el 29-VII-2014].

<sup>223</sup> Cfr. PALACIOS GONZÁLEZ, D., "Ley de servicios de la sociedad de la información...", *op.cit.*, pág. 924.

<sup>224</sup> Cfr. BATUECAS CALETRÍO, A., "Deberes de información del proveedor...", *op.cit.*, pág. 461.

adicionales<sup>225</sup>. Lo anterior no ocurre cuando las partes utilicen el correo electrónico u otro medio equivalente, en donde el PSSI sólo tiene la posibilidad de poner a disposición del consumidor el mecanismo de corrección de errores cuando hubiera recibido noticia de la declaración de voluntad al recibir su mensaje, es decir, posteriormente<sup>226</sup>.

Visto todo lo anterior, hubiera sido preferible que el legislador armonizara y unificara los deberes postcontractuales en materia de contratación a distancia, tal y como ocurrió con el derecho de desistimiento. De esta manera, se hubiera evitado una duplicidad de deberes, lo cual provoca incongruencia jurídica al no emplearse una técnica legislativa adecuada. Una posible solución a la problemática señalada, sería la introducción de la siguiente frase: “*Cuando la contratación se realice a distancia o por medios electrónicos adicionalmente se proporcionara la siguiente información*”. Por otra parte, el legislador europeo perdió la oportunidad de unificar en un mismo régimen jurídico los deberes pre y postcontractuales de información en materia de contratación electrónica regulados en los artículos 5 y 6 de la *Directiva 2000/31/CE* (arts. 10, 27 y 28 LSSI), razón por la cual, la dispersión legislativa continuará en esta materia tanto a nivel europeo como nacional.

Por último, debemos dejar bien claro que no estamos en contra de los deberes contractuales de información previstos en el TRLGDCU y la DDC; al contrario se refuerzan en muchos aspectos. En lo que no estamos de acuerdo, repetimos, es en la técnica legislativa empleada,

---

<sup>225</sup> Por ejemplo, la empresa deMartina.com dedicada a la venta de juguetes playmaobil, a través de Internet, ofrece una página intermedia con el fin de que el consumidor pueda corregir algún dato. Referencia tomada en: [http://www.demartina.com/chk\\_confirmation.php](http://www.demartina.com/chk_confirmation.php). [Con acceso el 29-VII-2014]. La tienda ZARA, dedicada a vender artículos de ropa, durante la tramitación del pedido, en la página web da la opción de volver atrás para corregir cualquier error. Referencia tomada en:

<https://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/OrderShippingPage?catalogId=24052&angId=-5&storeId=10701>. [Con acceso el 29-VII-2014]. El Corte Inglés, en su página dedicada al comercio electrónico, pone a disposición del consumidor páginas intermedias para corregir errores de datos. Referencia tomada en: [https://www.elcorteingles.es/tienda/electronica/checkout/billing.jsp?preFillValues=true&ret urnVerification=&\\_requestid=436725](https://www.elcorteingles.es/tienda/electronica/checkout/billing.jsp?preFillValues=true&ret urnVerification=&_requestid=436725). [Con acceso el 29-VII-2014].

<sup>226</sup> Cfr. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Comentario a los artículos 27 y 28 de la LSSI...,” *op.cit.*, págs. 1736-1737.

puesto que sólo esta pensada para regular dos formas de conclusión de contrato en materia de consumo: contratación a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.

#### **3.5.4. Consecuencias del incumplimiento de los deberes contractuales de información**

Por lo que respecta al tema del incumplimiento de los deberes contractuales de información, dentro del ordenamiento jurídico español no existe una regla uniforme, debido a la disparidad e incongruencia jurídica. Ante esta situación, habría que distinguir entre:

1.- Sanciones civiles generales contempladas en los artículos 61 y 65 TRLGDCU, los cuales sancionan al empresario cuando éste proporcione información falsa o inexacta u omita total o parcialmente los deberes precontractuales de información.

2.- Sanciones civiles generales contempladas en el CC, entre las que encontramos la nulidad o anulabilidad del contrato al existir error o dolo omisivo para el caso de que el contrato se perfeccione basándose en información errónea (arts. 1.266, 1.269, 1.270, y 1.300 y sigs. CC). Además de la responsabilidad contractual regulada en los artículos 1.101 y siguientes CC.

3.- Sanciones civiles especiales establecidas en leyes sectoriales de consumo. El legislador nacional al momento de transponer las Directivas en normas de protección al consumidor ha creado un régimen dispar en lo que se refiere a las sanciones; por ejemplo, en materia de crédito al consumo y contratos de servicios financieros, para el caso de que el empresario no cumpla con el deber de informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento, la ley le concede un derecho a desistir sin límite de tiempo (art. 10 *Ley 22/2007* y art. 28.1 *Ley 16/2011*). En cambio, para el caso de los contratos electrónicos objeto de nuestro estudio, si el empresario no proporciona información sobre el derecho de desistimiento al consumidor en la fase postcontractual del contrato, la Ley le concede un plazo de un año para desistir del contrato. Sobre el tema volveremos



en el capítulo IV de la presente tesis<sup>227</sup>. Asimismo, existen sanciones en Derecho privado contempladas en la normativa de competencia desleal y publicidad, las cuales se regulan en el caso de que el empresario omita las informaciones establecidas en el artículo 20 TRLGDCU en relación con las ofertas comerciales, teniendo coincidencia con las estipuladas en el artículo 60 del mismo ordenamiento<sup>228</sup>.

En lo tocante a nuestro objeto de estudio (contratación a distancia), el TRLGDCU sanciona con una infracción económica al empresario que incumpla los deberes de información contemplados los artículos 60, 97 y 98 TRLGDCU, tal y como aclara el artículo 51 TRLGDCU. Además habrá que tener en cuenta lo previsto en los artículos 49 y 50 TRLGDCU, que establecen las infracciones y sanciones correspondientes, dependiendo del tipo de información que se omita.

Por otro lado, las consecuencias civiles ante el incumplimiento del deber de información por parte del empresario al consumidor pueden ser diversas: nulidad, anulabilidad, resolución, suspensión del pago del precio, inexigibilidad de pago anticipado, prórroga de la fijación del *dies a quo* para ejercer el derecho de desistimiento. Además como señala ARROYO I AMAYUELAS, se debería establecer una distinción según se denunciara la omisión de información escrita (infracción de la forma interna) o éste se proporcionase en forma distinta a la requerida (infracción de la forma externa) y, dentro de cada supuesto atendiendo a la gravedad de la infracción<sup>229</sup>.

4.- Sanciones administrativas. El artículo 49 TRLGDCU prevé una serie de infracciones administrativas, las cuales se consideraran prácticas comerciales desleales, para el caso de que el empresario induzca a engaño o confusión al consumidor. El artículo comentado tiene una conexión directa con los artículos 51 y 52 TRLGDCU, tales preceptos

---

<sup>227</sup> Vid. *infra*, 4.2.3.

<sup>228</sup> Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentario al artículo 60 del TRLGDCU", 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, págs. 508-510.

<sup>229</sup> ARROYO I AMAYUELAS, E., "Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU", 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, pág. 992.

establecen la graduación de las infracciones. Por ejemplo, se considera grave: *“El incumplimiento de las obligaciones que la regulación de contratos celebrados a distancia impone en materia de información y documentación que se debe suministrar al consumidor y usuario, de los plazos de ejecución y de devolución de cantidades abonadas, el envío, con pretensión de cobro, de envíos no solicitados por el consumidor y usuario y el uso de técnicas de comunicación que requieran el consentimiento expreso previo o la falta de oposición del consumidor y usuario, cuando no concurra la circunstancia correspondiente”* (art. 49.2 b TRLGDCU). Por lo tanto, el empresario será sancionado con una multa entre 3.005,07 euros y 15.025,30 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción (art. 51.1 b TRLGDCU).

En cambio, cuando la contratación se lleve a cabo por medios electrónicos, se aplicará la LSSI, la cual en los artículos 37-40 clasifica a las infracciones administrativas en leves, graves y muy graves. Por ejemplo, se consideran infracciones graves no brindar la información contractual contenida en los artículos 27 y 28 de la LSSI. Ante tal situación, la multa oscila entre los 30.001 y 150.000 euros (art. 39.1, b). Esto con independencia de otras medidas, tales como la suspensión temporal de la actividad del PSSI y, en su caso, cierre provisional de sus establecimientos (art. 41.1 a LSSI).

Como pudimos ver, la regulación normativa cuando el empresario incumpla con el deber de informar al consumidor de los deberes contractuales de información se encuentra fragmentada, por lo que habrá que estar a la materia concreta, así como el tipo de información omitida, debido a que las sanciones varían. Por ejemplo, y por lo que se refiere a la materia que nos ocupa, el destimio en los contratos de tiempo compartido, en donde se establecen reglas especiales para el plazo de su ejercicio, tal y como aclara el artículo 12 del *RDL 4/2012* al señalar:

*“El plazo para su ejercicio es de catorce días naturales y se computará:*

*a) A contar desde la fecha de celebración del contrato o cualquier contrato preliminar vinculante, si en ese momento el*

*consumidor recibió el documento contractual o, en otro caso, desde la recepción posterior de dicho documento.*

*b) Si el empresario no hubiere cumplimentado y entregado al consumidor el formulario de desistimiento previsto en el artículo 11.4, el plazo empezará a contar desde que se entregue al consumidor el formulario de desistimiento debidamente cumplimentado y vencerá, en cualquier caso, transcurrido un año y catorce días naturales a contar desde el de la celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante o el de la recepción posterior del documento contractual.*

*c) Si el empresario no hubiera facilitado al consumidor la información precontractual mencionada, en el artículo 9, incluidos sus formularios, el plazo empezará a contar desde que se facilite dicha información y vencerá transcurridos tres meses y catorce días naturales a contar desde el de la celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante si en ese momento el consumidor recibió el documento contractual o el de la recepción posterior de dicho documento”.*

De esta manera, el derecho de desistimiento se vuelve un elemento formal del contrato al imponerse una serie de sanciones, las cuales como podemos constatar de la lectura del precepto comentado varían en función de las circunstancias.

Lo mismo ocurre en materia de Crédito al Consumo, en donde, para el caso de que no se informara al consumidor de su derecho de desistimiento, el consumidor puede desistir del contrato por tiempo indefinido, adoptándose la teoría de la sentencia *Heininger* (art. 28.1 del *R/D 16/2011*). En cambio, para el caso de que se omitan los deberes contractuales de información, incluido el derecho de desistimiento, la normativa establece como sanción la anulabilidad del contrato (art. 7.2 del *R/D 16/2011*). Una situación similar a la regulada en materia de crédito al consumo, se da en materia de servicios financieros, la cual sigue también el criterio establecido por la sentencia *Heininger*, para el supuesto de que el empresario no comunique al consumidor de su derecho de desistimiento que le asiste (art. 10.1 de la *Ley 22/2007*), y para el caso de que se omitan las condiciones contractuales y la información previa, la sanción sería la nulidad del contrato (art. 9 .4 de la *Ley 22/2007*).

En materia de contratación a distancia, la actual DDC, por lo que se refiere a las sanciones tanto civiles como administrativas cuando el empresario incumpla con el deber de informar al consumidor de los deberes contractuales no se pronunció, dejando en manos del legislador

nacional la regulación de tal cuestión. Ante tal situación la Ley de consumidores prevé dos soluciones: la primera se refiere a la nulidad del contrato (art. 100.1 TRLGDCU) y la segunda a la ampliación del derecho a desistir del contrato en el plazo de un año (art. 105.2). Sobre este tema volveremos cuando hablemos de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento por parte del empresario al consumidor<sup>230</sup>.

La fragmentación jurídica en la materia comentada ocurre, debido a que una vez más se confirma nuestro argumento, en el sentido de haber varios supuestos de desistimiento en materia de consumo, tal y como tuvimos ocasión de comprobar en el Capítulo II cuando analizamos la naturaliza jurídica del derecho de desistimiento. Sin embargo, repetimos todos estos supuestos comparten las mismas características, es decir, se trata de un derecho discrecional, tiene carácter temporal para su ejercicio, es una declaración de voluntad recepticia, es sin penalización alguna para el consumidor, su ejercicio determina la extinción del contrato celebrado y puede tener su origen tanto legal como contractual. Además, como señalamos en su momento, el derecho de consumo es una “*obra en construcción permanente*”<sup>231</sup>, debido a que siempre surgen nuevos problemas, como en el caso de la contratación a distancia y electrónica, los cuales muchas veces superan al legislador.

A nivel comunitario tanto el ACQUIS como el MCFR prevén consecuencias jurídicas para el caso de que el empresario incumpla con el deber de información contractual, entre las que encontramos la ampliación del derecho de desistimiento a un año, la nulidad del contrato, o la posibilidad de su resolución, entre otras. Estas sanciones se aplican a cada caso concreto, es decir, dependiendo del tipo de información omitida<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> *Vid. infra*, 4.2.3.

<sup>231</sup> *Vid. supra*, 1.7.

<sup>232</sup> *Cfr.* Artículos 2:207, 4:108, y 8:101-8:407 ACQP y artículos II.- 3:107, II.-7:101-II.-7:304 MCFR.

### 3.5.5. Momento de perfección del contrato

Dentro de este epígrafe analizaremos el momento en el que el contrato electrónico queda perfeccionado. Lo cual cobra relevancia a la hora de valorarse la existencia y validez del contrato, es decir, si el consentimiento ha sido otorgado por personas capaces, si la causa es lícita y si el objeto es posible y determinado<sup>233</sup>.

Dentro de las teorías que prevén el momento de perfección del contrato encontramos las siguientes:

a) *Teoría de la recepción*: el contrato se perfecciona en el momento en el que el emisor recibe la declaración de voluntad por parte del destinatario.

b) *Teoría de la cognición o conocimiento*: el contrato se perfecciona en el momento en el que la parte que hizo la oferta tenga conocimiento de la aceptación de esta.

c) *Teoría de la expedición*: el contrato se perfecciona en el momento en el que se expide la declaración de voluntad por parte del destinatario de la oferta.

d) *Teoría de la emisión*: el contrato se perfecciona desde que se emite la oferta.

A continuación, pasaremos a ver por cuál de estas teorías se decanta el CC y el CCom.

A nivel internacional, existen cuerpos legales que se decantan por la teoría de la recepción, entre los que encontramos la Convención de Viena (arts. 18.2, 23 y 24), los principios UNIDROIT (art. 1.9) y la Ley Modelo UNCITRAL (art. 15)<sup>234</sup>. En el ámbito nacional español tanto la legislación

---

<sup>233</sup> *Vid.*, por todos: SALOMÓN SÁNCHEZ, L., "Momento de perfección de los contratos electrónicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Núm. 11, 2006, pág. 4.

<sup>234</sup> *Vid.*, en este sentido: VATTIER FUENZALIDA, C., "Sobre la formación del contrato en el anteproyecto de la Ley de comercio electrónico", *RCE* núm. 8, 2000, pág. 7, según este autor casi todos los códigos de tercera generación adoptan el criterio de la recepción poniendo como ejemplo el Código Civil alemán (art. 130), italiano (art. 1.335), portugués (art. 224) y el holandés (art. 3.15), termina el autor señalando que los países

civil como la mercantil han adoptado el criterio de la teoría del conocimiento matizada por la teoría de la recepción, siempre y cuando los contratantes se encuentren físicamente distantes<sup>235</sup>; por lo tanto, el contrato se perfecciona desde el momento en que la aceptación llega a quien efectuó la oferta. No obstante, para el caso de los contratos concluidos mediante dispositivos automáticos se aplica la regla de la expedición o emisión<sup>236</sup>.

Hasta antes de la entrada en vigor de la LSSI, el artículo 1262 CC adoptaba la teoría del conocimiento, para el caso de la aceptación de la oferta contractual cuando ésta se realizaba por carta. En cambio, para el caso de los contratos mercantiles que se celebraban por correspondencia se acogía el criterio de la expedición (art. 54 CCom). Por esta razón, no había criterios unificados<sup>237</sup>. Sin embargo, al transponerse la *Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico*, mediante la LSSI, y aprovechando la libertad que se daba al legislador europeo, el legislador español procedió a aclarar y a unificar la cuestión de la perfección del contrato<sup>238</sup>.

Es necesario aclarar que el primer párrafo del artículo 1.262 CC no fue reformado por la LSSI, pues no afecta en nada a la etapa de la perfección contractual momento en que debe perfeccionarse el contrato. El precepto comentado es considerado la piedra angular de la declaración de voluntad como base del contrato<sup>239</sup>, pues como vimos líneas arriba para que exista contrato, debe existir tanto la oferta como la aceptación.

En el ámbito nacional en el Anteproyecto de la LSSI de 18 de enero de 2001 se optaba por la teoría de la recepción, opción por la cual se decantaba el Ministerio de Justicia, argumentado que los contratos

---

que adoptan el *common law lawyers*, se inclinan por el criterio de la recepción poniendo como ejemplo la convención de Viena (art. 18.2) y los principios UNIDROIT (art. 1.9).

<sup>235</sup> Cfr. VALERO CANALES, A., "Momento de perfección del contrato celebrado mediante dispositivos automáticos", *REDI*, núm. 55, 2003, en, [www.alfa-redi.com](http://www.alfa-redi.com), [con acceso el 11-XI-2009].

<sup>236</sup> Vid, en este sentido: PERALES VISCASILLAS, M, P., "Sobre perfección del contrato: el "popurrí de los nuevos" artículos 1.262 del Código civil y 54 del Código de comercio", *RCE*, núm. 33, 2002, pág. 75-76.

<sup>237</sup> Cfr. RICO CARRILLO, M., "El contrato electrónico en Europa y Latinoamérica", *RCE*, núm. 44, 2003, pág. 23.

<sup>238</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., "Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia", *RCE*, págs. 46-50.

<sup>239</sup> Vid. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *El contrato electrónico: Formación y cumplimiento*, Bosch, España, 2013, pág. 118.

electrónicos son contratos a distancia, siendo uno de los principales objetivos el de unificar el régimen civil y mercantil, lo cual se logro como veremos más adelante. No obstante, como aclara APARICIO VAQUERO<sup>240</sup> dicha propuesta no tomaba en cuenta algunas especialidades como los correos electrónicos y la contratación mediante página *web*, razón por la cual se consideró como mejo opción a la teoría de la expedición, la cual fue defendida en su momento por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, señalando que esta última se adaptaba perfectamente a la inmediatez del tráfico mercantil<sup>241</sup>. Aunque tal teoría también fue rechazada pues resultaba fácil evadir tal disposición mediante una simple invitación a contratar cuando se utilizaran medios como el correo electrónico o similares canales de comunicación<sup>242</sup>.

Finalmente la LSSI no se decantó por regular el perfeccionamiento de los contratos. Sin embargo, se creó una disposición adicional cuarta, la cual modificó los artículos 1.262 CC y 54 CCom, quedando redactados estos artículos en los mismos términos<sup>243</sup>.

#### Artículo 1.262 CC:

*“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pudiera ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.”*

---

<sup>240</sup> Cfr. APARICIO VAQUERO, J. P., “Momento y lugar de perfección...,” *op.cit.*, pág. 112.

<sup>241</sup> Cfr. SALOMÓN SÁNCHEZ, L., “El momento de la perfección...,” *op.cit.*, pág. 115.

<sup>242</sup> Cfr. APARICIO VAQUERO, J. P., “Momento y lugar de perfección...,” *op.cit.*, pág. 113.

<sup>243</sup> Para VATTIER FUENZALIDA, C., “Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (*et al.*): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Thompson Civitas, Madrid, 2003, págs. 312-3123, en materia de perfección del contrato la modificación introducida por LSSI en el año 2002, se puede dividir en cuatro etapas: la primera comprende los tres anteproyectos del año 2000, en que prevaleció la idea de no establecer regla especial para determinar el momento de perfección del contrato; la segunda etapa comprende el anteproyecto del año 2001, el cual estimó que la materia debía regularse y se hizo con buen criterio acogiendo la teoría de la recepción por el oferente, tanto en los contratos mercantiles, como en contratos civiles. La tercera etapa comprende los anteproyectos sucesivos que cambiaron de orientación y previeron una norma según la cual en los contratos electrónicos, sin precisar la naturaleza de los mismos, se entendía que el consentimiento se emitía en el momento en que el destinatario de la oferta daba su aceptación., y finalmente se llega a una unificación de criterios tanto los artículos 1.262. II. CC y 54 CCom., los cuales quedan redactados de la misma forma.

*En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.*

En términos similares se expresa el artículo 54 CCom:

*“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la acepto, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. En tal caso el contrato se presume celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.*

Como podemos observar, la nueva redacción de los artículos 1.262 del CC y 54 CCom se adapta a los nuevos entornos tecnológicos, distinguiéndose dos tipos de contratación: la contratación entre ausentes y la contratación entre presentes. Por lo que toca a la contratación electrónica cuando ésta se realice por correo electrónico u otro medio de comunicación similar como los mensajes en telefonía móvil SMS, la perfección del contrato será de forma sucesiva y no instantánea. En cambio, cuando la contratación electrónica se lleve a cabo, por medio de páginas *web* activas, o a través de las máquinas expendedoras de productos que funcionan de forma automática, la celebración del contrato será de forma instantánea<sup>244</sup>.

En este sentido, cabe recordar que para el caso de contratos celebrados mediante “dispositivos automáticos”, se aplicará una regla especial (la de la emisión) según el Consejo de Estado:

*“Sin duda la contratación electrónica es contratación entre ausentes, pero a ella no resultan aplicables el segundo párrafo del artículo 1262 del Código Civil ni el artículo 54 del Código de Comercio cuando la prestación del consentimiento se produzca de forma inmediata, sin lapso temporal apreciable entre la oferta y la aceptación. Tal es el caso en la mayoría de los supuestos, en los que se manifiesta la aceptación de un contrato mediante un dispositivo*

---

<sup>244</sup> Cfr. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *El contrato electrónico...*, *op.cit.*, págs. 156-157, en relación con la utilización de medios electrónicos a la hora de establecer el momento en el cual se perfecciona el contrato el autor aclara: “Hay otros supuestos donde esta distinción es más difusa, y entonces deberemos analizarlos jurídicamente caso por caso. Un buen ejemplo en este caso es la llamada *mensajería instantánea*, donde las personas integrantes de una lista se encuentran conectados intercambiando mensajes escritos entre ellos en ese momento –los comúnmente llamados chats–. Igualmente también es equiparable la contratación telefónica móvil o fija con telefonía vocal o con intercambio de imágenes en tiempo real donde las partes contratantes además de hablarse a través del terminal también pueden verse”.



*automático instalado en la página web del oferente que puede ser accionado por el aceptante (lo que la doctrina anglosajona denomina "clickwraps"). En estos supuestos, análogos a las ventas automáticas ya conocidas en nuestro ordenamiento, no existe lapso temporal apreciable entre oferta y aceptación (pues la instalación de estos dispositivos automáticos impide al oferente con arreglo a la buena fe alegar que no llegó a tener conocimiento efectivo de la aceptación hasta un momento posterior), por lo que en ellos no se plantea el problema que los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio pretenden resolver. [...]. Además, la teoría de la emisión es más beneficiosa para el consumidor o usuario que la teoría de la recepción, puesto que el consumidor puede estar seguro de la celebración del contrato desde que remite su aceptación al oferente, pudiendo despreocuparse de posibles fallos en la conexión que retrasen la recepción de su comunicación y cerrando el paso a maniobras fraudulentas del oferente para alterar los registros de la fecha de entrada de dicho mensaje en su servidor [...] en los supuestos de contratación automática, incluida la contratación electrónica. La inmediatez es característica de estas formas de contratación, y resultaría sin duda contrario a la buena fe que quien instala, en condiciones de funcionamiento, un mecanismo automático de contratación pretendiera supeditar el perfeccionamiento del contrato o la prestación del consentimiento al momento en que tenga conocimiento efectivo de las aceptaciones formuladas por sus clientes”<sup>245</sup>.*

Ahora bien, una vez determinada la regla que se aplicará a los contratos regulados en los artículos 1.262.III CC y 54.II CCom, es necesario determinar cuándo se perfecciona el contrato. Para la doctrina mayoritaria, y es por la posición por la que nos inclinamos, los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos se perfeccionan cuando el destinatario de la oferta realiza lo que se le indica para la que la máquina pueda procesar su aceptación<sup>246</sup>, razón por la cual, en caso de producirse

---

<sup>245</sup> *Dictamen del Consejo de Estado número 3534/2001, de 17 de enero de 2002, págs. 70, 72-73.*

<sup>246</sup> *Vid. PARDO GATO, J. R., Las páginas web como soporte..., op.cit., pág. 123, para el autor, “cuando se trate de contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, dentro de cuya categoría se encuentran obviamente los contratos electrónicos, si el destinatario pulsa el ratón aceptando la oferta existirá contrato o, lo que es lo mismo, el contrato se entenderá perfeccionado, con independencia del momento en que el oferente tenga conocimiento del mismo. A título de ejemplo, la cuestión puede explicarse del siguiente modo: imaginemos que el vendedor responde hoy al oferente, pero éste no abre su correo electrónico hasta dentro de varios días ¿cuándo se entiende perfeccionado el contrato? Ante la nueva norma civil y mercantil la respuesta no puede ser otra que en el día de hoy, ya que lo importante a efectos es la aceptación por el destinatario y no el momento de su conocimiento por parte del oferente, con lo que la contratación a través de Internet se da prioridad a la protección dispensada al consumidor-adherente en detrimento del predisponente, quien debe preocuparse por*

un fallo posterior a la manifestación de la aceptación, el aceptante perjudicado tendrá derecho a exigir el cumplimiento del contrato ya concluido<sup>247</sup>.

### **3.5.6. Lugar de perfección del contrato, foro de competencia y Ley aplicable**

A pesar de haberse uniformado el criterio de perfección del contrato en los artículos 1.262 CC y 54 CCom, no se establecen reglas claras sobre el lugar de celebración del contrato. Sólo señala de manera genérica en ambos preceptos la siguiente frase: *“El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”*. Como podemos ver, ambas normas no son claras, pues no se pronuncian sobre qué pasa con los contratos celebrados por consumidores activos que se realizan a través de Internet. No obstante, la problemática comentada ha sido abordada por la LSSI.

En un primer momento, la LSSI preveía como lugar de celebración del contrato el lugar de residencia del destinatario de los servicios. Por el contrario, en un segundo borrador se señalaba que el contrato se perfeccionaba en el lugar del oferente o prestador de servicios. Sin embargo, el tercer borrador de enero de 2001 aclaraba que la celebración del contrato electrónico sería en el lugar en donde el PSSI se encontrara establecido, salvo en aquellos contratos en donde interviniera un consumidor, los cuales se presumían celebrados en el lugar de residencia habitual de éste<sup>248</sup>.

Finalmente, el artículo 29 de la LSSI quedó redactado de la siguiente manera:

1. *“En los contratos electrónicos celebrados entre empresarios o profesionales, prima lo que pacten las partes; y de no existir un acuerdo que lo regule, se presumirán celebrados en el que esté establecido el prestador de servicios”*.

---

conocer la existencia de la aceptación para saber si el destinatario ha suscrito el contrato y adquirido en realidad obligaciones contractuales”.

<sup>247</sup> Vid. GONZÁLEZ GOZALO, A., “La formación del contrato...,” *op.cit.*, pág. 711.

<sup>248</sup> Cfr. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *El contrato electrónico...*, *op.cit.*, págs. 164-165.

2. “En los contratos celebrados por vía electrónica en los que una de las partes sea un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar de su residencia habitual”<sup>249</sup>.

Como podemos observar, el precepto comentado distingue claramente las relaciones comerciales entre empresarios (*Business to Business*), empresario y consumidor (*Business to Consumer*) y consumidores entre sí (*Consumer to Consumer*). De esta manera queda zanjado el problema de lugar de celebración de contrato.

En las siguientes líneas, analizaremos los aspectos relevantes del lugar de celebración del contrato (foro de competencia y ley aplicable<sup>250</sup>) en las relaciones entre empresas y consumidores. Para ello, habrá que diferenciar tres tipos de contratos:

- 1.- “*Contratos de consumo intracomunitarios*”, los cuales guardan una relación estrecha con otro Estado miembro de la UE. Estos contratos pueden tener una naturaleza personal o real. Por otro lado, como pudimos ver en el Capítulo I de la presente Tesis, la UE en los últimos años ha experimentado los avances tecnológicos, razón por la que se ha creado un marco jurídico de la contratación electrónica, lo cual tiene como consecuencia que figuras como la del consumidor pasivo o activo hayan entrado en crisis<sup>251</sup>, debido a que cuando utilizamos Internet para

---

<sup>249</sup> *Vid.*, en este sentido: ORTEGA DÍAZ, J. F., “Contratos electrónicos...,” *op.cit.*, pág. 72-73; APARICIO VAQUERO, J. P., “Momento y lugar de perfección...,” *op.cit.*, pág. 117; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Tiempo y lugar de perfección...,” *op.cit.*, pág. 83. Todos estos autores están de acuerdo con el numeral 29 párrafo primero de la LSSI, en el sentido de cuando actúe un consumidor en materia de contratos electrónicos esté perfeccionado en el lugar de su residencia habitual.

<sup>250</sup> En la práctica algunas empresas no respetan el foro de competencia y ley aplicable en los contratos celebrados por los consumidores, por ejemplo la empresa AMAZON dentro de sus cláusulas de venta en el punto 14.1 señala lo siguiente: “Las presentes condiciones se regirán e interpretarán de conformidad con las leyes del Gran Ducado de Luxemburgo, excluyéndose expresamente la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Ambas partes acordamos someternos a la jurisdicción no exclusiva de los tribunales de distrito de la ciudad de Luxemburgo, lo que significa que usted podrá reclamar sus derechos como consumidor en relación con las presentes Condiciones de Uso tanto en Luxemburgo como en su Estado Miembro de residencia en la Unión Europea”. Referencia tomada en: [http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=footer\\_cou?ie=UTF8&nodeId=200545940](http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=footer_cou?ie=UTF8&nodeId=200545940). [Con acceso el 29-VII-2014].

<sup>251</sup> El consumidor activo es aquel que se desplaza de su lugar de residencia para adquirir productos, ya sea a nivel internacional o nacional. Mientras tanto, el consumidor pasivo es aquel que estando en su lugar de residencia el empresario le propone una oferta para contratar. Esta diferencia es de suma importancia sobre todo en el ámbito del Derecho

contratar a través de páginas *web*, por regla general, todos somos consumidores activos al desaparecer las fronteras geográficas para la compra de bienes y productos. A su vez la red de redes se convierte en un mercado mundial, por medio del cual, las grandes empresas ofrecen sus productos. En este contexto, el legislador europeo ha dictado normas en materia procesal y foro de competencia, cuya finalidad es la de proteger al consumidor, sobre todo cuando éste contrate por medios electrónicos. De esta manera, se promulga el *Reglamento Nº 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia Civil y Mercantil*<sup>252</sup> (en adelante Reglamento de Bruselas I) y el *Reglamento (CE) Nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*<sup>253</sup>, el cual entró en vigor el 17 de diciembre de 2009 (en adelante Reglamento Roma I). Asimismo, con este tipo de medidas se tratan de evitar prácticas comerciales desleales como las cláusulas abusivas, y la competencia desleal.

En los contratos *Business to Consumer*, el Reglamento Bruselas I aclara que la acción entablada por un consumidor contra el vendedor, podrá interponerse ante los Tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte, o ante el Tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor. Por otro lado, la acción entablada contra el consumidor por parte del vendedor sólo podrá interponerse ante los Tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor (art. 16.1.2.).

Sin embargo, la norma comentada considera admisibles tres cláusulas para el caso del juego de la autonomía de la voluntad en los contratos con consumidores en la elección del foro (art. 17). La primera regla señala que es válido el acuerdo de elegir un foro diferente al del consumidor, siempre y cuando la elección del foro se da con posterioridad al litigio, es decir, una vez que haya empezado la controversia. En el

---

internacional privado, para determinar la Ley y el foro en materia de contratos de consumo.

<sup>252</sup> *Vid.* Texto completo del Reglamento de Bruselas, en DOCE núm. L 12, de 16-I-2001.

<sup>253</sup> *Vid.* Texto completo de Reglamento Roma (I), en DOCE núm. L 176, de 4-VII-2008.

segundo supuesto, se admiten cláusulas de sumisión, con la condición de que se amplíe a favor del consumidor la elección de foros; y la tercera excepción se da cuando en una cláusula contractual se atribuye competencia al tribunal de un Estado miembro en donde residen ambas partes (vendedor y consumidor<sup>254</sup>).

Además de lo previsto en el artículo 17 del Reglamento Bruselas I, habrá que tener en cuenta la clasificación de contratos de consumo que el Reglamento Roma I nos proporciona en su artículo 6 entre los que encontramos los siguientes:

- “a) Los contratos de venta a plazos de mercaderías;*
- b) Los contratos de préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes;*
- c) En todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades”.*

Esta clasificación cobra relevancia sobre todo a la hora de producir sus efectos el Reglamento Bruselas I (art. 15.1.c.), el cual exige que se cumplan los siguientes presupuestos: (1) que el empresario ejerza actividades empresariales en el Estado donde se encuentra el domicilio del consumidor, (se trata del principio *Doing Business*), el cual fue importado del Derecho Privado Internacional estadounidense; y (2) que el empresario dirija sus actividades comerciales al Estado miembro, en donde, el consumidor tenga su domicilio (se trata del principio *Stream-of-commerce*, también importado del Derecho americano)<sup>255</sup>. Asimismo quedan excluidos del concepto contrato de consumo los contratos relativos a transporte, salvo que se trate de un contrato de viaje combinado.

La delimitación del foro de competencia cobra importancia sobre todo cuando el consumidor contrata a través de Internet, por medio de

---

<sup>254</sup> Cfr. AMORES CONRADI, M, A., (*et al*) “Contratos internacionales/normas y principios supranacionales con relevancia en el Derecho de contratos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de contratos, tomo I*, Valencia, 2009, pág. 388.

<sup>255</sup> Cfr. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., “La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario. Cuestiones de Derecho internacional Privado”, *EC*, núm. 79, 2006, en: <http://www.consumo-inc.es>. [Con acceso el 15-X-2010].

páginas web, puesto que la publicación de una página web en Internet, aunque sea accesible desde cualquier parte del mundo, no significa que el empresario quiera contratar con todos los países. Esta aclaración fue hecha por la Comisión y el Consejo el 24 de noviembre del año 2000, debido a que la redacción del artículo 15 de la normativa comentada resultaba de amplia aplicación, por lo tanto no se sabía cuándo estábamos ante una página web pasiva<sup>256</sup> y cuándo nos encontrábamos ante una página web activa<sup>257</sup>. Aunque si una página web es pasiva, pero invita al consumidor a realizar su pedido a través de fax o un número de teléfono gratuito, éste gozará de la protección que le brinda la ley, tal y como aclara la sentencia dictada el 7-XII-2010 C-585/08 (asunto *Pammer*), la cual en sus conclusiones aclara:

2) *“Con el fin de determinar si puede considerarse que un vendedor, cuya actividad se presenta en su página web o en la de un intermediario, «dirige» su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 44/2001, procede comprobar si, antes de la celebración del contrato con el consumidor, de las citadas páginas web y de la actividad global del vendedor se desprende que este último tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con ellos.*

*Los siguientes elementos, cuya lista no es exhaustiva, pueden constituir indicios que permiten considerar que la actividad del vendedor está dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor: el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor, la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa*

---

<sup>256</sup> Vid. ARENAS GARCÍA, R., “Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión en la contratación electrónica internacional”, EC, núm. 85, 2008, en: <http://www.consumo-inc.es>. [Con acceso el 15-X-2010]. Para este autor en relación con las páginas web pasivas “esta idea ya había sido utilizada por la jurisprudencia de Estados Unidos, que se negó a asumir competencia en un supuesto en el que el comerciante demandado en Nueva Jersey sobre la base de que su página web era accesible en dicho Estado. La decisión de la *Court of the District of New Jersey* de 12 de septiembre de 1997 rechazó que esta circunstancia fuera base competencia suficiente con el argumento de que la página web del demandado era puramente pasiva, limitándose a ofrecer información y fotografías de los hoteles que operaba el demandado. De esta forma, las páginas que se limiten a ofrecer información sobre la empresa o los productos de la misma no justificarán por sí solas la aplicación de las normas protectoras de competencia de los consumidores contenidas en los arts. 16 y 17 del Reglamento...”

<sup>257</sup> Vid, en este sentido, HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ, A., “La protección del consumidor...”, *op.cit.*, <http://www.consumo-inc.es>. [Con acceso el 15-X-2010].

*habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, con la posibilidad de reservar y de confirmar la reserva en esa otra lengua, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros. Corresponde al juez nacional comprobar si existen esos indicios.*

*En cambio, el mero hecho de que pueda accederse a la página web del vendedor o del intermediario en el Estado miembro del domicilio del consumidor es insuficiente. Lo mismo ocurre con la mención de una dirección electrónica y de otros datos o con la utilización de una lengua o de una divisa que son las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor”.*

En lo tocante a la protección de los consumidores, en cuanto al foro judicial internacional se refiere el, TJCE, ha delimitado el ámbito de aplicación de la siguiente manera:

1. “Interpretación autónoma” del consumidor, la cual comprende sólo a las personas físicas, excluyéndose, por lo tanto, las personas jurídicas.
2. “Interpretación restrictiva”, en el sentido de favorecer al consumidor desplazando la generalidad del *fórum actoris*, evitándole desplazarse de su domicilio.
3. “Interpretación teleológica”, con esta interpretación, se trata de incentivar al consumidor hacer valer sus derechos procesales al favorecerle con la cercanía de los tribunales, con el fin de evitarle un perjuicio económico y jurídico<sup>258</sup>.

Hay que dejar claro también que el Reglamento Roma I adapta su regulación a la nueva realidad tecnológica, es decir, prevé la contratación electrónica, pues el derogado Convenio de Roma de 1980 excluía de su ámbito de aplicación (art. 5) los contratos celebrados *on line*. Por otro lado, tampoco existía una delimitación de los conceptos de consumidor activo y pasivo, lo cual provocaba incertidumbre jurídica. De ahí que el legislador comunitario se preocupara por cubrir este vacío legal al prever

---

<sup>258</sup> Cfr. DURÁN AYAGO, A., *La protección de las PYMES en el comercio internacional: propuestas de regulación*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 51.

en el artículo 6 del Reglamento Roma I la contratación de bienes intangibles.

2.- “*Contratos de consumo extracomunitarios*”. Con la regulación de estos contratos se pretende proteger al consumidor pasivo en aquellos contratos de consumo que se excluyen de la normativa (art. 3.4 del Reglamento Roma I), ya sea por razón de materia o porque la elección por las partes de una ley no sea la de un Estado miembro. Además, el artículo 23 de la normativa comentada prevé la aplicación conjunta de otras disposiciones de derecho comunitario<sup>259</sup>, las cuales han introducido normas de Derecho Internacional Privado, esto con el propósito de impedir que se prive al consumidor europeo de la protección jurídica, sobre todo cuando un contrato no tenga la calidad de intracomunitario<sup>260</sup>.

Por otra parte, la protección del consumidor pasivo a nivel nacional se regula en el artículo 67 TRLGDCU, el cual hace mención a la expresión “*vínculos estrechos*”, los cuales se dan cuando: [...] “*el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro*”.

Para el caso de ventas a distancia (objeto de nuestro estudio) y garantías de bienes de consumo, se entiende que existe un vínculo estrecho cuando “*el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier*

---

<sup>259</sup> Vid. Artículo 6.2 de la *Directiva 93/13/CEE*, de cláusulas abusivas; artículo 12 de la *Directiva 122/2008/CE*, de tiempo compartido; artículo 12 de la *Directiva 48/2008/CE*, de crédito al consumo; artículo 3 de la *Directiva 2000/31/CE*, de comercio electrónico (la cual introduce la cláusula de mercado interior); artículo 7 de la *Directiva 1999/44/CE*, de compraventa.

<sup>260</sup> Cfr. AÑOVEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 59.



*conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea*<sup>261</sup> (art. 67.3 TRLGDCU). Con este tipo de medidas el legislador español salvaguarda los intereses del consumidor en el espacio intracomunitario europeo. En este sentido la DDC en el punto número 58 de su Exposición de Motivos aclara: “*El consumidor no debe ser desposeído de la protección que le otorga la presente Directiva. Si la ley aplicable al contrato es la de un tercer país, debe aplicarse el Reglamento (CE) no 593/2008, para determinar si el consumidor conserva la protección que ofrece la presente Directiva*”.

3.- “*Contratos de consumo relativamente comunitarios*”. Son aquellos que, como su nombre indica, no presentan conexiones relevantes con Estados no comunitarios<sup>262</sup>, para lo cual tendremos que recurrir al Derecho Privado autónomo español (art. 22.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (en adelante LOPJ), la cual tomó como modelo el Convenio de Bruselas I al adoptar soluciones muy similares, aunque con ciertas diferencias. Ello se refleja en los contratos de ventas a plazos de objetos corporales y los destinados a la financiación de éstos, en donde la LOPJ permite al consumidor acceder a los foros sin exigir requisito alguno<sup>263</sup>.

Asimismo, es importante señalar también que para el caso de que una disputa se someta a arbitraje extranjero queda excluida la aplicación del Reglamento de Bruselas I, por lo tanto, el litigio se regirá por lo previsto en el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales en el extranjero, el cual no excluye de su ámbito de aplicación los contratos celebrados con consumidores, por ello, una cláusula arbitral estipulada en un contrato de consumo se considera válida y eficaz en los Tribunales donde se presente la demanda que se someta a arbitraje<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup> Cfr. REQUEJO ISIDRO, M., “Comentario al artículo 67 del Texto Refundido”, 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 (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 836.

<sup>262</sup> Cfr. AÑOVEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo...*, *op.cit.*, pág. 41-42.

<sup>263</sup> Cfr. AMORES CONRADI, M, A., (*et al*) “Contratos internacionales/normas...” *op.cit.*, págs. 389-390.

<sup>264</sup> *Ibidem*.

En materia de contratación mercantil, la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 12 de junio de 1996 en su artículo 15.4 establece las directrices para determinar el lugar de celebración del contrato, en relación con el tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos, al prever las siguientes situaciones:

- a) “Si en el contrato no se estableció cláusula que determine, en donde se celebren el contrato, será el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.*
- b) Si el iniciador o el destinatario tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal y;*
- c) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual”.*

Como podemos ver, determinar el lugar en el cual se celebra el contrato electrónico cobra gran importancia a efectos de ley aplicable y determinación del fuero y fiscales<sup>265</sup>.

### **3.6. Ejecución del contrato**

Tal y como veremos en las próximas líneas, la contratación electrónica como modalidad de contratación a distancia contiene un régimen especial por lo que toca a la ejecución del contrato, por lo tanto, se estará a las reglas establecidas en el TRLGDCU.

La obligación principal del vendedor en materia de contratación electrónica es la entrega de la cosa en el plazo de 30 días naturales y sin ninguna demora indebida (art. 109 TRLGDCU). Además, el bien no debe presentar vicios ocultos, de lo contrario se aplicará el régimen previsto en la garantía de bienes de consumo previsto en los artículos 114 y 127 TRLGDCU, tal y como tendremos ocasión de ver. Por otro lado, en caso

---

<sup>265</sup> La Directiva 2002/38/CE del Consejo, de 7 de mayo, por la que se modifica y se modifica temporalmente la Directiva 77/388/CE 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. En su artículo 9.1 considera como lugar de prestación de servicios el lugar donde esté situada la sede de la actividad económica de quien los preste o en el lugar donde esté último posea un establecimiento permanente desde el que haga la prestación de servicios o, en su defecto de la sede o el establecimiento mencionados, el lugar de su domicilio o residencia habitual.

de que el vendedor no cumpla con su obligación de entregar el bien en la fecha establecida, la normativa da la opción al consumidor de resolver el contrato, así como, en caso de retraso injustificado reclamar las cantidades duplicadas, e, incluso, daños y perjuicios (art. 110 TRLGDCU).

Por lo que toca al comprador su obligación principal es la del pago del precio, el cual puede realizarse por los tradicionales métodos como son el pago contra reembolso, la transferencia bancaria y el pago al contado. Sin embargo, en materia de contratación electrónica es frecuente la utilización de las pasarelas de pago y el pago mediante tarjeta, siendo este último medio uno de los más utilizados, razón por la cual el legislador se ha visto en la necesidad de regularlo dentro del ordenamiento jurídico (art. 112 TRLGDCU), con el fin de brindar seguridad jurídica.

### **3.6.1. Obligación del vendedor: la entrega de la cosa**

A los efectos que nos interesan ahora, “*entregar*” significa poner en posesión del comprador o transmitirle la cosa con aptitud para su destino. Uno de los efectos que produce la entrega de la cosa vendida es la conversión del adquirente en propietario. El CC, en los artículos 1.461 y 1.462 obliga al comprador a entregar el bien como consecuencia inmediata de la perfección del contrato de compra venta; siendo recíproca a la obligación del pago del precio para el vendedor.

Si bien en la compraventa tradicional rige el llamado “*periculum est emptoris*” (art. 1.182 CC). En materia de consumo, el TRLGDCU prevé unas reglas especiales en lo tocante a la transmisión del riesgo (art. 66 *ter*), atribuyendo al vendedor el riesgo de pérdida o deterioro del bien, incluso sin su culpa, mientras el consumidor o un tercero indicado por él, distinto del transportista no haya adquirido su posesión material. Volveremos sobre el tema en otra parte del presente Trabajo<sup>266</sup>.

El empresario deberá cumplir con su obligación de ejecutar el contrato en el plazo de 30 días naturales, a partir de la celebración del

---

<sup>266</sup> Vid. *infra*, 4.5.2.

contrato y sin ninguna demora indebida (art. 109 TRLGDCU). Se trata de una norma con carácter dispositivo para el supuesto de no haberse fijado plazo alguno en la propuesta de contratación<sup>267</sup>. El cómputo del plazo señalado se realizará acorde con lo estipulado en el artículo 5 CC, es decir, a partir del día de la aceptación de la oferta<sup>268</sup>. Hay para quienes este plazo es suficiente para que el vendedor cumpla con su obligación de entregar el bien. Sin embargo, la cuestión planteada puede resultar problemática sobre todo en los contratos de adhesión, en donde se podría estipular una cláusula superior al de treinta días<sup>269</sup>. En caso de que esto ocurriera, tal cláusula sería nula (art. 83 TRLGDCU).

En el supuesto de que el empresario no realice su prestación en el plazo señalado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, esto sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad (art. 110 TRLGDCU).

La importancia del cumplimiento del contrato sin que se agote el plazo de 30 días es de gran relevancia, sobre todo para verificar si el empresario ha cumplido en tiempo y en forma con su obligación. Por otro lado, algunas veces no ven problema alguno de ampliar el plazo de 30 días cuando la naturaleza del producto o los mecanismos de distribución utilizados prevean tal necesidad<sup>270</sup>. También se debe tomar en cuenta el medio de comunicación empleado para contratar, ya que en atención a esto se adoptará la teoría de la recepción o emisión, lo cual influye en la perfección del contrato contemplada en el artículo 1.262 CC<sup>271</sup>, pues como vimos líneas arriba, existen contratos electrónicos, en los cuales su ejecución es inmediata, por ejemplo, la compra de música o de libros

---

<sup>267</sup> Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., "Prácticas comerciales y protección de los consumidores", *Derecho privado y constitución*, núm. 5, 1995, pág. 165.

<sup>268</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...", *op.cit.*, pág. 712.

<sup>269</sup> Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., "Comentarios a los artículos 38 a 48 de la LOCM...", *op.cit.*, pág. 319; ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia...*, *op.cit.*, pág. 302.

<sup>270</sup> Vid. DÍEZ SOTO, C. M., "Comentario a los artículos 42-45 de la LOCM", en ALONSO UREBA, A., (coord.): *Régimen jurídico general del comercio minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 521.

<sup>271</sup> Cfr. BUSTO LAGO, J. M, ÁLVAREZ LATA, N y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo: Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 493-494.

electrónicos. Por el contrario, hay otros contratos, los cuales su ejecución no es inmediata, tal es el caso de los contratos *off-line*.

Por otro lado, en caso de no hallarse el bien o servicio contratado, cuando el consumidor y usuario hubiera sido informado de forma 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. 111 TRLGDCU).

No obstante, en la entrega de los bienes comprados mediante un contrato de venta, el artículo 66 *bis.2* TRLGDCU aclara que cuando el vendedor no entrega la mercancía a tiempo, el consumidor debe brindarle una segunda oportunidad para entregar lo acordado en un plazo razonable, de lo contrario el consumidor puede resolver el contrato.

Cabe aclarar que la regla prevista en el artículo 66 *bis.2* TRLGDCU no será aplicable a los contratos de venta, cuando el comerciante haya rechazado entregar los bienes, o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración, o cuando el consumidor informe al comerciante antes de la celebración del contrato que su ejecución es esencial en una fecha determinada. En ambos casos, si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo fijado en el apartado 1 del artículo 66 *bis.1* TRLGDCU, el consumidor puede resolver el contrato de inmediato (art. 66 *bis.2* TRLGDCU).

Sin embargo, cuando se haya resuelto el contrato, el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud del mismo. En caso de retraso injustificado en cuanto a la devolución de las cantidades, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad (art. 66 *bis.3* TRLGDCU). Asimismo, corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento de

los plazos previstos en el artículo 66 *bis* TRLGDCU (art. 66 *bis*.4 TRLGDCU).

Las medidas comentadas tienen su antecedente directo en el artículo 18 de la DDC, el cual quedó redactado tal cual en las modificaciones realizadas a la normativa comentada, el jueves 23 de junio del año 2011. Sin embargo, tales reglas fueron criticadas por el grupo socialista español, debido a que se reducía la protección del consumidor en este punto<sup>272</sup>. Afortunadamente, en este sentido el TRLGDCU amplía la protección del consumidor en materia de contratación a distancia y contratación electrónica al señalar en el artículo 110 TRLGDCU lo siguiente:

*“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 sin ninguna demora indebida las sumas que haya abonado en virtud del mismo. En caso de retraso injustificado por parte del empresario respecto a la devolución de las sumas abonadas, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad”.*

Asimismo, para el caso de sustitución de bienes o servicios contratados a distancia se prevé esta solución (art. 111 TRLGDCU):

*“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”.*

Estamos totalmente de acuerdo con las medidas comentadas, ya que de esta manera, se protege al consumidor que contrate a distancia, y a través de medios electrónicos.

---

<sup>272</sup> Vid. Comentario del grupo socialista español, disponible en: A.7-0038/2011:<http://www.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-20110116&language=ES&ring=A7-2011-0038>. [Con acceso el 29-IV-2013].

En el ámbito comunitario, el ACQUIS y el MCFR imponen sanciones más estrictas que el TRLGDCU, para el caso de que el empresario incumpla con la entrega del bien contractual entre las que se encuentran: la resolución, la reducción de la prestación o en su caso la indemnización; dependiendo la causa del incumplimiento se estará ante uno u otro caso<sup>273</sup>.

Más no sólo ha de “entregar el bien” el empresario: ha de hacerlo, para cumplir plenamente con su obligación, libre de vicios o defectos. Cabe aclarar que en el Derecho Español se cuenta actualmente con un triple régimen sobre vicios o defectos de las cosas entregadas, pues dependiendo del ámbito subjetivo en el que nos encontremos será de aplicación una ley u otra. Por ejemplo, si se trata de una compraventa mercantil se aplicará el CCom. Por el contrario, si se trata de una compraventa entre particulares tendremos que acudir a las disposiciones del CC (art. 1.494 y sigs.), los cuales prevén el régimen jurídico de los vicios ocultos. Sin embargo, si se trata de una compraventa en la que interviene un consumidor y un empresario, estaremos a lo dispuesto en lo contenido en el TRLGDCU (arts. 114 y sigs.)<sup>274</sup>. No obstante, el TRLGDCU sólo regula el régimen jurídico aplicable en el caso de falta de conformidad del *bien* al contrato. Por lo tanto, cuando se trate de la contratación de *servicios* se aplicará el régimen previsto en el CC<sup>275</sup>.

El antecedente directo del concepto de “falta de conformidad” lo encontramos en el primer inciso del artículo 1.484 CC, en el cual como aclara DE VERDA Y BEAMONTE, “se diferencia, pues, claramente, entre la noción de “vicio”, entendida como un defecto que ocasiona la inhabilidad de la cosa para servir a su natural destino, el cual se

---

<sup>273</sup> Cfr. Artículos 8:301-8:407 ACQP, y artículos III.3:101-3:711 MCFR.

<sup>274</sup> Vid. Artículo 117 TRLGDCU cuando aclara: “El ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa.

*En todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad”.*

<sup>275</sup> Vid. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La falta de conformidad en la compraventa de bienes. Análisis de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 34.

determina conforme a parámetros generales extraídos de la práctica comercial, y el requisito de la gravedad del mismo, que alude al grado de frustración que experimenta el comprador como consecuencia de dicho defecto en relación con las específicas utilidades que éste esperaba obtener de la cosa adquirida, el cual deberá apreciarse “in concreto”, en atención al singular uso al que pretendía destinarla y para el que la compra”<sup>276</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, la jurisprudencia ha distinguido los vicios o defectos del bien objeto del contrato y la total inoperatividad del objeto vendido. Tal clasificación cobra importancia a la hora de aplicar para el primer supuesto el artículo 1.484 y concordantes del CC y en el segundo caso el artículo 1.101 CC y concordantes del ordenamiento legal citado. Sin embargo, en la práctica es difícil distinguir cuándo nos encontramos ante un incumplimiento contractual por la entrega de una cosa distinta a la debida (*aliud por alio*), y cuándo nos encontramos ante un incumplimiento por inoperatividad de la cosa. De esta manera, la jurisprudencia ha declarado que estamos ante un supuesto de *aliud pro alio* cuando la inhabilidad nace de “defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella utilidad que motivó su adquisición, sin que sea bastante para instar su resolución una insatisfacción puramente subjetiva del comprador”<sup>277</sup>.

Para superar la problemática comentada en el párrafo anterior, surge el concepto de “conformidad” como “garantía” en la venta de bienes de consumo, el cual viene creado por la *Directiva 99/44/CE*. El concepto comentado abarca diferentes categorías de vicios o anomalías, entre las que encontramos defectos en la calidad del bien, entrega de una cosa por otra, o no se ajusten a la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo. “En definitiva, la expresión “falta de conformidad” es mucho más amplia que la de “vicios ocultos” propia de los Códigos civiles decimonónicos, ya que la “no conformidad” del comprador resulta de la

---

<sup>276</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Saneamiento por vicios ocultos: las acciones edilicias*, Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 24.

<sup>277</sup> MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La falta de conformidad...*, *op.cit.*, pág. 38.



comparación entre la prestación prometida y la efectivamente realizada”<sup>278</sup>.

El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean “conformes” con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto (art. 114 TRLGDCU). No obstante, se excluye del régimen en la venta de la garantía de bienes de consumo, los contratos de compraventa y de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse. Tampoco, será de aplicación a los productos adquiridos mediante venta judicial, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas y a la electricidad. Además, esta normativa no será aplicable a los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente (art. 115 TRLGDCU). Por lo que respecta a los bienes hechos por los artesanos también se aplicará el TRLGDCU cuando el bien no sea conforme (art. 115).

En el supuesto de que el bien no sea conforme, la ley le otorga al consumidor una serie de “remedios”, los cuales se establecen de forma jerárquica.

En primer lugar, el consumidor podrá pedir la *reparación* o *sustitución* del bien. No obstante, la opción comentada no tiene cabida en caso de bienes no fungibles y bienes de segunda mano (art. 120 g) TRLGDCU). En cualquier caso la elección de una u otra opción corresponde al consumidor.

En segundo lugar, si una vez reparado o sustituido el bien, éste no fuera conforme, el consumidor podrá pedir, ya sea la rebaja del precio o la resolución del contrato (art. 121 TRLGDCU). Si el consumidor optara por la primera opción, es decir, la *rebaja del precio*, esta será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha

---

<sup>278</sup> *Ibidem*.

entrega (art. 122 TRLGDCU). La *resolución* no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia<sup>279</sup>.

En la normativa de conformidad, los plazos previstos para la manifestación de la falta (dos años desde la entrega o sólo uno, en bienes, de segunda mano) se amplían considerablemente a favor del consumidor en comparación con lo previsto para el saneamiento por vicios en el CC<sup>280</sup> y en el CCom<sup>281</sup>, debido a que dicho consumidor se encuentra en una situación de indefensión o inferioridad respecto al empresario, y por la necesaria asunción del riesgo propia de la actividad comercial que compete a este último<sup>282</sup>.

Por otra parte, el comprador debe recibir la cosa tal y como la compró al momento de perfeccionarse el contrato, por lo tanto no se le puede obligar a recibir otra cosa diferente, salvo pacto en contrario (art. 1.166 del CC).

---

<sup>279</sup> Vid. APARICIO VAQUERO, J. P., “Riesgos conformidad y prueba en los contratos de consumo”, en VALDÉS MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. del C., (Coord.): *Formación, perfeccionamiento y eficacia del contrato*, Universidad Veracruzana, Xalapa México, 2007, págs. 276-277, cuando señala: “Para que el vendedor asuma la falta de conformidad, ésta debe haberse manifestado en el plazo de dos años desde la entrega presumiendo que ésta se produjo en la fecha que consta en el ticket de compra, factura o albarán de entrega (art. 123.1 TRLGDCU). Dicho plazo puede verse reducido a un año en los bienes de segunda mano únicamente si así lo acuerdan vendedor y comprador; es decir, a falta de pacto expreso (que habrá de demostrar el vendedor), el plazo de garantía de los bienes de segunda mano sigue siendo de dos años. La entrega del bien al vendedor para repararlo o sustituirlo *suspende* esos plazos. Una vez devuelto el bien reparado o el sustituto, el plazo continúa por el tiempo que faltara de consumir de la garantía inicial.

A partir del momento en que se manifieste el defecto, el consumidor dispone de dos meses para comunicárselo al vendedor (art. 123.5 TRLGDCU). Se trata de una carga de denuncia que se impone al consumidor que quiera hacer valer sus derechos frente a la contraparte y en la que, nuevamente, habrá que confiar en la buena fe de una de las partes, en este caso el consumidor, pues se presume que dicha comunicación tiene siempre lugar en el mencionado plazo. Cabría, no obstante, que el vendedor demostrara lo contrario y quedara así liberado de su responsabilidad.

Finalmente, la acción *judicial* para reclamar frente a la falta de conformidad apreciada caduca a los tres años desde la entrega del bien (art. 123.4 TRLGDCU). El consumidor, por lo tanto, no deberá dilatar el recurso a los tribunales más allá de dicho plazo, aunque haya comunicado en tiempo el defecto al vendedor, si éste no asume su responsabilidad y subsana, por los medios vistos, la falta de conformidad. Por el contrario, la reparación o sustitución del bien suspenden todos los plazos señalados hasta que se entregue el bien ya reparado o el sustituto”.

<sup>280</sup> Según el artículo 1.490 CC la acción para pedir el saneamiento por vicios ocultos se extingue a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida.

<sup>281</sup> Vid. Artículo 342 CCom., cuando aclara: “El comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor”.

<sup>282</sup> Cfr. APARICIO VAQUERO, J. P., “Riesgos conformidad y prueba...” *op.cit.*, pág. 276.

En el ordenamiento civil español no existe regla alguna que haga alusión al lugar de entrega de la cosa, por lo que el mismo se regira por lo dispuesto en los artículos que regulan el pago (arts. 1.171 y 1.500 CC)<sup>283</sup>. En relación con esto el artículo 1.465 del CC reza lo siguiente: “*los gastos para la entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor, y los de su transporte o traslación de cargo del comprador, salvo el caso de estipulación especial*”. Este precepto establece el régimen legal supletorio de distribución de los gastos de entrega y transporte de la cosa vendida para el caso de que tales gastos existan. Se trata de una norma de carácter dispositivo la cual puede ser alterada por la voluntad de los contratantes manifestada en cualquier forma. El sistema diseñado por el artículo 1.465 CC se aplica en defecto de voluntad diversa de los contratantes, es idéntico al dispuesto por el artículo 338 CCom para las ventas mercantiles, el cual atribuye al vendedor los gastos de entrega y al comprador los gastos de transporte<sup>284</sup>.

Por lo que toca al ámbito de la contratación electrónica cuando el consumidor realice la compra de un bien o la prestación de un servicio, la entrega del bien o la ejecución del servicio será en el lugar que el consumidor haya indicado en el contrato; habitualmente, su propio domicilio. Puede, no obstante, haber variaciones, para el caso, por ejemplo, de que indique un apartado postal o el domicilio de un tercero. Las posibles restricciones al respecto han de indicarse expresamente (art. 98.3 TRLGDCU). Muchas empresas que operan en Internet (p.ej., Amazon) ofrecen diferentes modalidades a elección del consumidor. En todo caso, y por lo que a los gastos de entrega respecta, conviene recordar el régimen establecido en los artículos 97.1 d) TRLGDCU y 10.1

---

<sup>283</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho civil II, Derecho de las obligaciones*, J. M Bosch Editor, Barcelona, 2002, págs. 528-529. “No hay norma especial alguna; por lo que rigen las generales, según las que se entregará en el lugar acordado, y si no se fijó uno, en el que estuviese la cosa al ser vendida, si era cosa determinada, y en cualquier otro caso, en el domicilio del vendedor”.

<sup>284</sup> Vid. PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario a los artículos 1.462 a 1.499 del CC...,” *op.cit.*, págs.1743-1744: “Son gastos de entrega todos aquellos necesarios para realizar la entrega de la cosa en las condiciones pactadas. Como los derivados de la especificación o concentración cuando se debe una cosa genérica; los que genere la determinación de los elementos del contrato que no se encontrasen plenamente determinados; el pesado, la cuenta o la medición de las cosas fungibles; la de liberación de cargas y gravámenes de la cosa que se hubiesen vendido en tal concepto”.

LSSI a los que hemos hecho referencia, y que obligan a informar sobre los extremos relativos a los gastos de entrega que comporta la adquisición del producto.

### 3.6.2. Obligaciones del comprador: en particular el pago

La obligación principal del comprador es el pago de la cosa. En este sentido el CC señala que *“no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía”* (art. 1.157). En sede de contratación electrónica es habitual que las empresas establezcan dentro de sus condiciones generales una cláusula de reserva de propiedad cuando existe un crédito del consumo de por medio<sup>285</sup>. Además, *“el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre”* (art. 1.162 CC).

Como medios tradicionales de pago encontramos: la “transferencia bancaria”, el “pago al contado” y el “pago contra reembolso”<sup>286</sup>. Esta

---

<sup>285</sup> Por ejemplo la empresa Casio dedicada a la venta de relojes y otros artículos electrónicos, dentro de sus condiciones generales en su punto 6 aclara: “Los productos permanecerán en nuestra propiedad hasta que se realice el pago completo”. Referencia tomada en: [www.es.casio-shop.eu/cms/gdc/](http://www.es.casio-shop.eu/cms/gdc/). [Con acceso el 29-VI-2014]. En términos parecidos se pronuncia la empresa Zara dedicada a la venta de ropa en su punto número 11: “Usted adquirirá la propiedad de los productos cuando recibamos el pago completo de todas las cantidades debidas en relación con los mismo, incluidos los gastos de envío, o bien en el momento de la entrega”. Referencia tomada en: <http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/TermsAndConditionsView?catalogId=24052&langId=-5&storeId=10701>. [Con acceso el 29-VI-2014].

<sup>286</sup> Vid. Condiciones generales de la empresa deMartina, la cual dentro de sus condiciones generales punto 7 aclara lo siguiente en lo que toca al pago: “El pago de los pedidos podrá efectuarse utilizando las siguientes modalidades: -Pago con tarjeta de crédito o débito. Nos reservamos el derecho de No aceptar ciertos pagos con determinadas tarjetas de crédito.- Pago mediante Pay Pal (cuando se cumplan determinadas condiciones).- Pago contra reembolso (cuando se cumplan determinadas condiciones). No obstante existen productos en nuestra tienda “[www.demartina.com](http://www.demartina.com)” cuya modalidad de pago es exclusiva de Tarjeta Visa. Sólo en algunos casos podremos activar el pago mediante transferencia bancaria”. Referencia tomada en: [www.demartina.com/ayuda/condiciones-generales-venta-n-116.html](http://www.demartina.com/ayuda/condiciones-generales-venta-n-116.html). [Con acceso el 29-VI-2014]. El Corte Inglés también admite el pago contra reembolso, esto se deja ver tras la lectura de sus condiciones generales en el punto relativa a “*Cómo pagar*”: “Podrá pagar sus compras con los siguientes medios: -Tarjeta de compra el Corte Inglés -Tarjeta Regalo El Corte Inglés -Tarjeta de crédito o débito: Visa, Master Card, 4B, Euro 6000, Maestro española, Amercian Express, Diners Club y JCB. -Paypal. -Contra reembolso al recibir su pedido, para entregas en Península y Baleares por importe inferior a 1.0000 euros (excepto grandes electrodomésticos, muebles, flores, regalos, entregas en

última forma de pago es la más recomendable, puesto que no se entrega ningún dinero hasta que no se ha recibido el pedido. Sin embargo, como bien expresa RICO CARRILLO: “La innovación tecnológica, representada principalmente por los avances de la informática y la electrónica, abre el camino a los pagos electrónicos, cuyo origen se sitúa en el ámbito de las transferencias y las tarjetas, al sustituirse las órdenes de pago, originalmente emitidas en papel, por impulsos electrónicos. El uso generalizado de estos mecanismos ha puesto de manifiesto que el dinero es simplemente información y como tal, puede residir en la memoria de los ordenadores, realizándose los pagos por medio de transferencias de unas máquinas a otras”<sup>287</sup>.

En materia de contratación electrónica es frecuente la utilización de “pasarelas de pago”<sup>288</sup>, ya sea para contratar un servicio o comprar un bien, aunque los medios de pago que más se emplean en las compras a distancia son la tarjeta de crédito o débito<sup>289</sup> para dos de cada tres personas es el modo preferido de pagar en las transacciones realizadas vía Internet<sup>290</sup>), lo cual puede generar ciertos problemas (p. ej., actos

---

domicilios diferentes al habitual o recogidas en El Corte Inglés/Opencor”. Referencia tomada en: [http://www.elcorteingles.es/es/informacion/comercio\\_electronico/comopagar.asp](http://www.elcorteingles.es/es/informacion/comercio_electronico/comopagar.asp). [Con acceso el 14-VII-2014].

<sup>287</sup> RICO CARRILLO M., *El pago electrónico en Internet: Estructura operativa y régimen jurídico*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 33.

<sup>288</sup> La pasarela de pago es un servicio que suministra un proveedor de servicios con el fin de autorizar pagos electrónicos en línea, es decir, *on-line*, ejemplo de una pasarela de pago es *Paypal*.

<sup>289</sup> La “tarjeta de crédito” es la “*tarjeta que permite que su portador se beneficie de una línea de crédito que le permite comprar bienes y servicios hasta un límite preestablecido (derivado entre el emisor y el poseedor de la tarjeta)*”. En cambio la “tarjeta de débito” es la “*que da acceso a la cuenta bancaria del poseedor en la que se repercutirán las operaciones efectuadas mediante la tarjeta (por lo general retirada de billetes en una ventanilla bancaria automática o pagos realizados en un terminal instalado en el punto de venta) y esto se hará inmediatamente o (en el caso de una operación electrónica off-line) después de un periodo muy corto*”. (Vid. Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo titulada “*Una nueva baza para Europa: las tarjetas de pago electrónicas*”, de 12 de enero de 1987 [COM(86) 754 final]).

<sup>290</sup> Vid., la empresa Zara dedicada a la venta de ropa en su punto 12 de sus condiciones generales hace la siguiente aclaración: “Podrá utilizar como medio de pago las tarjetas Visa, Mastercard, American Express y Affinity Card y PayPal. Asimismo, podrá pagar todo o parte del precio de su compra con una tarjeta regalo o una tarjeta abono de Zara emitida por Zara España, S.A. o por Fashion Retail, S.A. Para minimizar el riesgo de acceso no autorizado, se codificarán los datos de su tarjeta de crédito. Una vez que recibamos su pedido, haremos una pre-autorización en su tarjeta para asegurar que existen fondos suficientes para completar la transacción. El cargo en su tarjeta se hará en el momento que su pedido salga de nuestros almacenes. Si su medio de pago es Paypal, el cargo se hará en el momento que le confirmemos el pedido. Al hacer clic en

fraudulentos por terceros quienes podrían utilizar la tarjeta duplicándola, mediante manipulación informática<sup>291</sup>) no sólo para el consumidor que adquiera bienes y servicios, sino para cualquier comprador que utilice medios de pagos electrónicos<sup>292</sup>.

Para contrarrestar este tipo de inconvenientes el legislador español regula en el artículo 112.1 TRLGDCU el pago mediante tarjeta en las compras a distancia.

1. *“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 usuario titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad”.*

No obstante, tal y como aclara el artículo 112.2:

*“si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario 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”<sup>293</sup>.*

---

"Autorizar Pago" usted está confirmando que la tarjeta de crédito es suya o que es el legítimo poseedor de la tarjeta regalo o de la tarjeta abono. Las tarjetas de crédito estarán sujetas a comprobaciones y autorizaciones por parte de la entidad emisora de las mismas, pero si dicha entidad no autorizase el pago, no nos haremos responsables por ningún retraso o falta de entrega y no podremos formalizar ningún Contrato con usted". Referencia tomada en: <http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/TermsAndConditionsView?catalogId=24052&langId=-5&storeId=10701>. [Con acceso el 29-VI-2014].

<sup>291</sup> Cfr. LÓPEZ GARCÍA, O., "Pago mediante tarjeta en ventas a distancia electrónicas", *RCE*, núm. 91, 2008, págs. 8-10: El autor señala que es difícil la aplicación del supuesto de duplicación de tarjeta, regulado en el artículo 248.2 del Código Penal, por lo tanto, en el tipo penal, "es necesario que el conocimiento del número de tarjeta derive de una manipulación informática o algún artificio semejante. Si el tercero se limita a introducir los datos requeridos por el TPVV, no hay delito. Tampoco podemos entender que haya estafa, pues el art. 248 CP exige que haya engaño. Si el empresario no opta por comprobar la titularidad de esa tarjeta, no ha podido sentirse engañado". Dicho lo anterior, el legislador español ha regulado en el artículo 112 del TRLGDCU el pago indebido en materia de contratos a distancia, el cual es el supuesto de estudio que nos ocupa.

<sup>292</sup> Cfr. MARTÍNEZ NADAL, A., "El pago con tarjeta en la contratación electrónica. En especial el art. 46 LOCM", *RDBB*, núm. 84, 2001, pág. 39.

<sup>293</sup> Este artículo no tiene equivalente en la DDC, por lo que cabe entender que se dejaba a los Estados miembros la posibilidad de regular la cuestión comentada.

Tal disposición tiene concordancia con la *Recomendación 97/489/CE, de la Comisión, de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos*<sup>294</sup>. La resolución comentada excluyó la responsabilidad del titular de la tarjeta cuando el importe hubiera sido cargado indebidamente (art. 6):

[...] 3. “No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, el titular no será responsable si el instrumento de pago se utilizó sin presencia física o identificación por medios electrónicos del instrumento mismo, el uso exclusivo de un código confidencial o cualquier otro elemento similar de identificación no será suficiente para entrañar su responsabilidad”<sup>295</sup>.

Cuando se dé el supuesto contemplado en el artículo 112.1 del TRLGDCU, el banco tendrá la obligación de hacer el abono correspondiente a las cuentas del empresario y consumidor<sup>296</sup>. Sin

---

<sup>294</sup> Vid. Texto completo de la recomendación, en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997H0489:ES:NOT>. [Con acceso el 15-XII-2009].

<sup>295</sup> Vid, en este sentido, MARIÑO LÓPEZ, A., *Responsabilidad por utilización indebida de la tarjeta*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, para este autor con la nueva redacción dada al artículo 46 de la LOCM, por la Ley 47/2002 de 19 diciembre, “se prevé, entonces, un posible uso fraudulento o indebido de la tarjeta de crédito por una persona que no se encuentra autorizada para ello, protegiendo al titular de la tarjeta ante tal posibilidad”.

<sup>296</sup> El artículo 31, de la *Ley 16/2009, de medios de pago* atribuye la responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas cuando declara: *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la presente Ley, y de las indemnizaciones por daños y perjuicios a las que pudiera haber lugar conforme a la normativa aplicable al contrato celebrado entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, 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.* Sin embargo, cuando el artículo 32 modula la responsabilidad del proveedor de servicios cuando se den los siguientes supuestos:

1. *No obstante lo dispuesto en el artículo 31, 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.*
2. *El ordenante soportará el total de las pérdidas que afronte como consecuencia de operaciones de pago no autorizadas que sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27.*
3. *Salvo en caso de actuación fraudulenta, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna por la utilización, con posterioridad a la notificación a que se refiere el artículo 27.b, de un instrumento de pago extraviado o sustraído.*
4. *Si el proveedor de servicios de pago no tiene disponibles medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío o la sustracción de un instrumento de pago, según lo dispuesto en el artículo 28.1.c, el ordenante no será responsable de las*

embargo, la norma no es explícita al no señalar contra quién debe dirigirse el consumidor para exigir la anulación del cargo, si al empresario o al banco. En este sentido la mayoría de la doctrina opina que el consumidor debe acudir al empresario para solicitarle la anulación del cargo indebido, quién tramitará ante la entidad bancaria el reabono a su cuenta<sup>297</sup>. Además, el precepto comentado en ningún momento aclara si existió un error al momento de realizar el cargo a la cuenta del consumidor. Esta última cuestión cobra importancia, sobre todo a la hora de obligar al empresario hacer la anulación correspondiente, pues en caso de darse el supuesto, estaríamos ante una revocación de la orden de pago, la cual nunca existió<sup>298</sup>.

Por el contrario, en caso de que el consumidor actuara de manera negligente por utilizar indebidamente la tarjeta, por ejemplo, comunicando el NIP a un tercero, o no poner en conocimiento del emisor de la tarjeta su extravío o sustracción para anular el cargo, dicho consumidor será responsable y por consiguiente tendrá la obligación de resarcir los daños y perjuicios al empresario y al emisor de la tarjeta de crédito<sup>299</sup>. En cuanto a la carga de la prueba por la utilización indebida de la tarjeta la doctrina no es unánime. La mayoría concuerda que recae sobre la entidad

---

*consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento de pago, salvo en caso de que haya actuado de manera fraudulenta.*

<sup>297</sup> Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., "Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU...", *op.cit.*, pág. 1322.

<sup>298</sup> *Ibidem.*, págs. 1322- 1323.

<sup>299</sup> Cfr. LÓPEZ GARCÍA, O., "Pago mediante tarjeta...", *op.cit.*, pág. 15. Por otra parte, con este tipo de medidas lo que se pretenden los siguientes objetivos: "En primer lugar, se persigue estimular la competencia entre los mercados nacionales y asegurar igualdad de oportunidades para competir. En esta línea, se permite la creación de nuevas entidades de pago que, sin perjuicio de que cumplan importantes exigencias y garantías para su funcionamiento, puedan representar una ampliación de los proveedores de servicios de pago. En segundo lugar, se pretende aumentar la transparencia en el mercado, tanto para los prestadores de los servicios como de los usuarios. Para conseguir este objetivo es preciso establecer normas comunes, como mejor sistema para ofrecer seguridad jurídica, tanto en el ámbito nacional como en el transfronterizo, toda vez que son uniformes las condiciones y los requisitos de información aplicables a los servicios de pago. En tercer lugar, se establece un sistema común de derechos y obligaciones para proveedores y para usuarios en relación con la prestación y utilización de los servicios de pago. Sin tal ordenación, sería imposible la integración del mercado único de pagos. Todo ello contribuirá a una mayor eficiencia, un nivel más elevado de automatización y un procedimiento común sujeto a legislación comunitaria". (*Vid. Exposición de Motivos, punto II de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago*).



emisora. En cambio, para otros es el consumidor quien debe probar la anulación del cargo<sup>300</sup>.

Por otra parte, hay que dejar bien claro que el derecho de desistimiento del consumidor no tiene nada que ver con el supuesto regulado en el artículo 112.1 TRLGDCU. Por el contrario, el desistimiento halla su origen en la legislación comunitaria (p. ej., contratos a distancia, fuera de establecimiento mercantil, crédito al consumo, etc.) y opera dentro de un contrato perfectamente celebrado y válido. Sin embargo, la anulación del cargo de tarjeta deriva de un hecho ilícito<sup>301</sup>, es decir, el contrato no se perfecciona “puesto que el titular de la tarjeta de pago no

---

<sup>300</sup> Los autores que están de acuerdo en que la carga de la prueba recaiga sobre la entidad emisora son los siguientes: BARUTEL MANAUT, C., *Las tarjetas de pago y de crédito*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 437-438; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 40-48 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 730; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Tarjeta de crédito y tutela del consumidor”, *RDBB*, núm. 98, 2005, pág. 106, este último autor opina lo siguiente: “La carga de la prueba recae sobre la entidad emisora de la tarjeta y se debe desplegar en un doble sentido. El primero es el relativo a la realidad de las operaciones concluidas por medio de la tarjeta, mientras que el segundo se refiere al saldo. Por la importancia que ello tiene, se trata de una cuestión que las condiciones generales se han encargado de prever y que resulta sencillo para las entidades, puesto que la prueba radica en sus propios libros y registros”. En cambio, para otro sector de la doctrina la carga de la prueba recae sobre el titular de la tarjeta en esta línea encontramos a los siguientes autores: REVERTE NAVARRO, A., “Comentario a los artículos 46-48 LOCM”, en ALONSO UREBA, A., (Coord.): *Régimen jurídico general del comercio minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 587-588, para este autor el de acuerdo con el artículo 1.214 del Código Civil, “incumbe la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opondrá”. Sin embargo, el autor hace la siguiente matización en el sentido de que si el banco reclama “al titular de la tarjeta los pagos realizados con ella debe estar en condiciones de acreditar la realidad de los actos dispositivos llevados a cabo por el titular mediante oportunos justificantes de pago, y no basta con el mero estado de cuentas confeccionado unilateralmente por la entidad” (...); BATUECAS CALETRÍO, A., *Pago con tarjeta de crédito. Naturaleza y régimen jurídico*, monografías *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, Aranzadi, Navarra, 2005, nota al pie, núm. 130, pág. 246: [...] “el titular podrá rechazar todas aquellas transacciones de las que no exista nota de la operación firmada por él que sirva de prueba. Los perjuicios de que no se firme nota de cargo recaerán en el establecimiento comercial, ya que será él quien tenga que cargar con los gastos de la operación, al ser obligación suya impuesta por el contrato de aceptación de tarjeta conservar las facturas de las operaciones. El problema se plantea en el comercio electrónico, donde no existe esta firma de la nota (...) resulta de aplicación directa el artículo 46, reduciéndose todo a un problema de prueba del uso fraudulento de la tarjeta entre las partes. En estos casos, en un principio, la carga de prueba recaerá sobre el titular, quien tendrá que demostrar que el cargo que se ha practicado en su cuenta corriente procede de una operación fraudulenta en la que se ha utilizado la tarjeta (alegando, por ejemplo, que él estaba utilizando la tarjeta en esos momentos en un cajero automático o en cualquier otro terminal, o que nunca firmó la recepción del producto). Si lo prueba se le tendrá que devolver el cargo practicado”. P. ej., una prueba por los albaranes de entrega de los bienes adquiridos, en lugares (ciudades, países) distintos al domicilio del consumidor.

<sup>301</sup> *Vid.*, en este sentido: MARTÍNEZ NADAL, A., “El pago con tarjeta...,” *op.cit.*, pág. 46; MARINO LÓPEZ, A., *Responsabilidad por utilización indebida...*, *op.cit.*, pág. 157.

ha manifestado su conformidad con la propuesta de comercial del empresario”<sup>302</sup>. En este sentido CASTILLA CUBILLAS opina que el artículo 112.1 TRLGDCU será aplicable a “aquellas situaciones en las que el importe hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago”<sup>303</sup>. Sólo en los casos en los que este elemento malicioso esté presente, podrá el titular de la tarjeta exigir la inmediata anulación del cargo”<sup>304</sup>.

### 3.7. Códigos de conducta

Los códigos de conducta en materia de contratación electrónica prevén mejores condiciones para el consumidor a la hora de contratar<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> LÓPEZ GARCÍA, O., “Pago mediante tarjeta...,” *op.cit.*, pág. 14.

<sup>303</sup> Es importante señalar que a nivel comunitario ni el MCFR, ni el ACQP, ni la Directiva de consumidores prevén en su contenido una disposición como la prevista en el artículo 8 de la Directiva 97/7/CE, en caso de utilización fraudulenta de la tarjeta de crédito. (Cfr. Artículo 2:206 ACQP y II-3:106-3 MCFR, ambos artículos tratan de manera general la claridad y forma de la información en los contratos a distancia como: la información relativa a las características de los bienes y servicios, identidad del profesional con quien contrata el consumidor, el precio con inclusión, de los gastos de envío, tasas y otros gastos, así como los remedios de resolución de controversias. No obstante, no se dice nada acerca de la utilización fraudulenta de la tarjeta de crédito). Sin embargo, la Directiva de consumidores en su artículo 22 obliga al empresario a informar al consumidor sobre los pagos adicionales.

<sup>304</sup> CASTILLA CUBILLAS, M., “La tarjeta de crédito”, en OLIVENCIA, M, FENÁNDEZ-NOVOA, C y, JIMÉNEZ PARGA, R., (Dirs.): *Tratado de Derecho Mercantil, Tomo XXVIII*, Marcial Pons, Madrid, pág. 162.

<sup>305</sup> *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado número 3534/2001, de 17 de enero de 2002, págs. 29-30. “Los códigos de conducta de adhesión voluntaria (contemplados en el artículo 18 del Anteproyecto) y los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos (artículo 33 del Anteproyecto) constituyen sin duda los procedimientos más adecuados al carácter no territorial y no estatal de Internet. El ámbito de aplicación de estos códigos de conducta previsiblemente tenderá a traspasar las fronteras estatales. Estos códigos de conducta son un instrumento respetuoso con la iniciativa privada característica de Internet, apto para fomentar la confianza de los destinatarios de los servicios en transacciones internacionales y de una notable eficacia, puesto en relación con los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos. La idea -por lo demás- es antigua, pues fue puesta ya de manifiesto en la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de abril de 1992, número 295/1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia. Recientemente ha sido destacada su importancia en el Informe sobre Comercio Económico y Desarrollo 2001 aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) el 20 de noviembre de 2001 (que subraya la necesidad de encontrar “soluciones en línea para los problemas en línea”, así como la de establecer mecanismos de prevención de conflictos basados en el uso de “sellos de reconocimiento” o distintivos de calidad que susciten confianza). La aplicación simultánea de códigos de conducta de adhesión voluntaria y mecanismos de solución extrajudicial de conflictos permitirá evitar en muchos casos, mediante la autorregulación de los particulares, el planteamiento de difíciles controversias relativas a la jurisdicción de Jueces y Tribunales estatales y a la Ley aplicable a las transacciones electrónicas”.

Su concurrencia aporta beneficios como eliminación de costes y mayor grado de seguridad y confianza en las personas<sup>306</sup>. Además, sirven para el control de contenidos nocivos en Internet, como mecanismos de distinción en la publicidad frente a otros proveedores, y permiten diseñar procedimientos de retirada de contenidos que afecten al interés social.

Una definición de los que es un código de conducta la encontramos en el artículo 2 f) de la *Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales desleales*: “*acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos*”. Para APARICIO VAQUERO “los códigos de conducta pueden ser, a su vez, verticales, en cuanto pretendan regular sólo determinados mercados o actividades, u horizontales, si su objetivo es abarcar uno o varios aspectos de forma transversal, de manera que agentes de diferentes sectores económicos puedan suscribirlos”<sup>307</sup>. El antecedente directo de la previsión de los códigos de conducta en materia de contratos a distancia a nivel comunitario lo encontramos en la Recomendación del 7 de abril de 1992, en donde la Comisión recomendó su creación<sup>308</sup>, con el fin de otorgar confianza y seguridad a los consumidores en materia de contratos a distancia<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> Cfr. FELIÚ REY, M. I., “La nueva regulación europea de la figura del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: La Directiva 2008/122/CE”, *DN*, núm. 222, 2009, págs. 25-26, como señala la autora los códigos de conducta se han extendido a varias materias no sólo al ámbito de consumo sino también a la publicidad, la protección de datos, las telecomunicaciones, internet y la sociedad de la información, la competencia desleal, los mercados financieros, la propiedad intelectual, la responsabilidad social corporativa, las prácticas comerciales desleales, el medio ambiente y desarrollo sostenible, los medicamentos y los alimentos.

<sup>307</sup> APARICIO VAQUERO, J. P., “Autorregulación de Internet y resolución extrajudicial de conflictos”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J., (Dir.): *Consumidores y comercio electrónico*, Colex, Madrid, 2004, pág. 484. Asimismo, el autor aclara, que “las funciones que están llamados a desempeñar son de muy diversa índole. A las genéricas de la autorregulación ya expuestas en orden a permitir una regulación flexible y “democrática” añadimos ahora, de forma más concreta, la generación de confianza y seguridad jurídica en el tráfico, así como establecer políticas de control de contenidos y, en su caso, su retirada”.

<sup>308</sup> Vid. Texto completo de la Recomendación (DOCE núm. L 156, de 10-VI-1992) (92/295/CEE).

<sup>309</sup> *Lo cual resulta de la lectura de sus considerandos tres y cuatro:*

La Directiva de Comercio Electrónico prevé la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario<sup>310</sup>. En la misma línea y como transposición de ésta, la LSSI apoya la elaboración de tales códigos (art. 18)<sup>311</sup>. Aunado a lo anterior y con el fin de promover distintivos públicos de confianza en línea se dicta el *R/D 1163/2005, de 30 de septiembre por el que se regula el distintivo público de confianza en los Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión de códigos de conducta*<sup>312</sup>.

Cabe aclarar que, aunque los códigos de conducta no sean incorporados al contrato, surten efecto: su contenido se convierte en una autentica obligación contractual, para lo cual se debe tomar en cuenta lo estipulado en el propio código de conducta (art. 37 de la *Ley 29/2009, de competencia desleal*)<sup>313</sup>, así como los términos del contrato (art. 1.282,

---

(3): considerando que las empresas que realizan transacciones mediante contratos a distancia utilizan determinadas técnicas específicas de promoción de las ventas; que estas técnicas de promoción pueden presentar unas características específicas, debidos a las técnicas de comunicación empleadas; que por tanto, es especialmente necesario que el consumidor pueda tener la seguridad que se le reembolsará en caso de no ejecutarse el contrato;

(4): considerando que la comisión evaluara a su debido tiempo la aplicación de la presente recomendación; que al hacerlo comprobara si se impone la adopción de otras medidas.

Recomienda: a las organizaciones de proveedores:

Que se doten de códigos de conducta, cuyo objetivo principal sea establecer, según los sectores afectados o las técnicas utilizadas, las normas mínimas contenidas en la Directiva relativa a los contratos negociados a distancia;

Que incluyan en estos códigos disposiciones relativas, en particular, a los puntos que se recogen en el anexo;

Que velen porque sus miembros cumplan estos códigos<sup>309</sup>;

Que informen a la comisión un año después de la publicación de la Directiva en el Diario oficial de las comunidades Europeas del contenido de dichos códigos y de la aplicación que les hayan dado sus miembros.

<sup>310</sup> Artículo 16.1 LSSI: “La elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores, con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15”.

<sup>311</sup> Artículo 18.1 LSSI: “Las administraciones públicas impulsarán, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en esta Ley. La administración General del Estado fomentará, en especial, la elaboración de códigos de conducta de ámbito comunitario o internacional”. En relación con esto, la DDC (art. 26) obliga a los Estados miembros adoptar medidas necesarias para que los comerciantes informen a los consumidores de sus Códigos de Conducta.

<sup>312</sup> BOE núm. 241, de 8-10-2005.

<sup>313</sup> Vid. Exposición de Motivos número II de la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre*, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, cuando aclara: “Se introduce un nuevo capítulo destinado a regular los códigos de conducta que, con pleno respeto a las normas de competencia contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores

1.258 CC y art. 61 TRLGDCU)<sup>314</sup>. En definitiva, su contenido es exigible por el consumidor, como punto de su propio contrato con el empresario. Su incumplimiento se considerará una práctica comercial desleal (arts. 5 y 6 de la *Dir. 2005/29/CE*). Ejemplo de este tipo de prácticas sería afirmar que una empresa se encuentra adherida a un código de conducta no siendo cierto, o exhibir un sello de confianza o de calidad o un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización.

---

*y usuarios, mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos por la normativa comunitaria, actualmente contenida en las Recomendaciones de la Comisión Europea 98/257/CE y 2001/310/CE y, como tales, notificados a la Comisión Europea de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, relativa a la red comunitaria de órganos nacionales de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente. Esta regulación incluye el ejercicio de las acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a códigos de conducta que infrinjan las obligaciones libremente asumidas o incurran en actos de competencia desleal y frente a los responsables de tales códigos cuando éstos fomenten actos desleales”.*

<sup>314</sup> Vid. APARICIO VAQUERO, J. P., “Autorregulación de Internet...,” *op.cit.*, págs. 488-489, para el autor ante la falta de una cláusula que señale la incorporación del código de conducta, “puede entenderse como publicitado por el proveedor, en cuanto ha de dar a su suscripción la oportuna publicidad, tanto por mandato legal (art. 10.1.g LSSI) como por voluntad del propio código que suscribe”.



## Capítulo IV

### Régimen jurídico del derecho de desistimiento en la contratación electrónica

#### 4.1. Marco normativo

Hasta antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores del año 2014, existía un triple régimen jurídico en materia de derecho de desistimiento objeto de nuestro estudio: LOCM (arts. 44-48), TRLGDCU (arts. 68-79) y *RD 1906/1999* (art. 4)<sup>1</sup>, lo cual provocaba que existiera fragmentación en la materia comentada. Lo anterior se debió a la técnica legislativa empujada por el legislador español a la hora de transponer las Directivas de consumo a nivel nacional, la cual como ya hemos señalado en varias ocasiones, no fue la adecuada. Esto se vio reflejado en el actual TRLGDCU (arts. 68-79), en donde en su momento se recogieron algunas generalidades sobre el desistimiento (como la contratación a distancia o la contratación fuera de establecimientos mercantiles), pero junto a ella aparecieron también en el ordenamiento otras leyes especiales que regulaban el desistimiento en otros sectores<sup>2</sup>, de ahí que haya venido siendo (y, de hecho continúe en la actualidad, una figura jurídica “asistemática y fragmentaria”<sup>3</sup>).

Además, cabe agregar que tal y como comentábamos en el primer capítulo, el Derecho de Consumo español es una “obra en construcción permanente”<sup>4</sup>. Por tal motivo, figuras como el derecho de desistimiento se ven retocadas por el legislador europeo y nacional, modificándose de

---

<sup>1</sup> Vid. GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “Las condiciones generales de la contratación electrónica. La absoluta invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales”, *La Ley*, núm. 1, 2001, págs. 1693-1698.

<sup>2</sup> Es importante mencionar que la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (PALMOC) del año 2009, en sus artículos 1.265.1, 1.267.11 y 1.268, d) último párrafo, preveía el derecho de desistimiento en contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, contratos a distancia y contratación electrónica. Sin embargo, la propuesta comentada en lugar de simplificar el régimen jurídico del derecho de desistimiento en las materias comentadas lo fragmentaba que el actual TRLGDCU arts. 68-79), por lo tanto, se quedó en un simple proyecto.

<sup>3</sup> Vid. *supra*, 2.2.1.

<sup>4</sup> Vid. *supra*, 1.7.

paso el Derecho de obligaciones y contratos, tanto de forma como sustancialmente.

Es importante señalar que en el pasado existieron propuestas que tuvieron como objetivo armonizar y unificar el derecho de desistimiento del consumidor en determinados sectores contractuales, como es el caso de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (PALMOC). Sin lugar a dudas, se tomó como referencia el BGB, el cual tiene una estructura similar<sup>5</sup>. No obstante, a diferencia del MCFR y el TRGLDGPU, que generalizan el derecho de desistimiento, la PALMOC lo sistematizaba previendo los siguientes sectores contractuales: contratos a distancia, contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, y con la novedad de regular también el desistimiento en la contratación electrónica. En esta línea, la doctrina alemana ha criticado la generalización del derecho de desistimiento contenida en el BGB<sup>6</sup>. Sin embargo, la PALMOC al regular el

---

<sup>5</sup> Vid. Exposición de Motivos PALMOC punto IV párrafos 3 y 4: *“Todo ello ha provocado que, con independencia del éxito que esas tentativas y esos trabajos hayan podido tener y puedan tener en el futuro, en la superación de los Derechos nacionales en esta materia, algunos países de lo que se suele llamar nuestro entorno hayan sentido la necesidad de poner al día su propia regulación y en cierta medida de colocarla en paralelo con las líneas por las que puede discurrir el futuro del Derecho europeo de contratos. Este ha sido muy especialmente el caso de la República Federal de Alemania con la llamada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2001, que ha introducido muy profundas variaciones en el Código Civil de aquel país, y con similares movimientos que se perciben en la República francesa y en algunos otros países europeos”*. El BGB en sus párrafos §355-359, en los cuales se regula el “derecho de revocación” para ciertos contratos de consumo como los contratos a distancia, los contratos a domicilio y los contratos de crédito al consumo, deja fuera de su regulación los contratos de seguro de vida los cuales se rigen por reglas especiales de seguro de vida. (Cfr. ARROYO I AMAYUELAS, E y EBERS, M., “Heininger” y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)”, En, *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, págs. 415-416).

<sup>6</sup> Vid. ROTT, P., “Harmonising different rights of withdrawal: can german law serve as an example for EC consumer law?”, *German Law Journals, Review of Developments in German European and international jurisprudence*, Vol. 7, núm. 12, 2006, pág. 1113. Este autor muy acertadamente señala los diferentes supuestos de desistimiento en los contratos de consumo aclarando lo siguiente: “[...] *The right of withdrawal is also useful where it was impossible for the consumer to see the goods in question before purchasing them, which is the situation of distance selling. In contrast, it has been doubted that the right of withdrawal is of practical use where contracts are highly complicated, which is the case of timesharing agreements or of consumer credit contracts – unless there is a hidden logic that even such complicated contracts are frequently concluded in a rush, or in a holiday mood, and that the consumer may understand their substance if he takes his time to digest the content of the contract*”. Es importante mencionar también como el autor hace una crítica a profundidad del régimen jurídico del derecho de desistimiento



desistimiento por materias y no de manera general como lo hace el TRLGDCU y el MCFR, dejaba ciertos vacíos<sup>7</sup>.

Asimismo, es preciso aclarar que si bien la PALMOC preveía el derecho de desistimiento para ciertos contratos de consumo, éste no se adaptaba a los cambios a nivel comunitario, por las siguientes razones: se ampliaba la dispersión del derecho de desistimiento, es decir, no se lograba el objetivo de regular de una manera completa el derecho de desistimiento en los contratos a distancia, en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y en la contratación electrónica, por lo que se tenía que recurrir o aplicar supletoriamente el TRLGDCU para cubrir las lagunas existentes; y, por último, el carácter imperativo de las normas de consumo es un obstáculo principal para la integración en bloque del Derecho de Consumo.

Por otra parte, hay que señalar que con la refundición de Leyes en el año 2007 por medio del TRLGDCU, el legislador español perdió la oportunidad de unificar el derecho de desistimiento en los contratos a distancia. No obstante, tal error fue enmendado por medio de la *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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, a la que tantas veces nos hemos referido a lo largo

---

recogido en el BGB al señalar como este se aparta de las Directivas europeas que lo regulan, razón por la cual concluye el mencionado autor que la regulación alemana en materia de derecho de desistimiento en los contratos de consumo pueda servir como ejemplo al marco comunitario europeo, principalmente en lo relativo a sus consecuencias, (*vid.*, págs. 1120-1130).

<sup>7</sup> *Vid.*, en este sentido JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “El derecho de desistimiento: presente y (posible) futuro”, AC, núm. 7, 2011, en: <http://revistas-especializadas.laley.es/>. [Con acceso el 4-IV-2011]. Cuando aclarar refiriéndose a la PALMOC: “Sin embargo, observamos que la Propuesta adolece de insuficiencias en su regulación, pues al seguirse una sistemática de regulación por materias y no general, a diferencia del PCMR y el TRLGDCU, existen algunas cuestiones tratadas únicamente en alguno de los ámbitos abordados, no contemplándose en los otros. Así, no se contempla el régimen de los contratos vinculados en relación con los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles ni respecto a la contratación electrónica, sino sólo en lo relativo a los contratos a distancia (art. 1267.11); ni tampoco se recoge en aquéllos ámbitos, y sí en el de los contratos a distancia, la sanción al empresario que se demore más allá de 30 días en el cumplimiento de su obligación de restitución (art. 1267.11. IV). En cambio, se recoge únicamente respecto de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, y no en relación con los otros dos ámbitos, el otorgamiento de una acción de anulabilidad al consumidor en caso de que la información sobre el derecho de desistimiento proporcionada por el empresario sea inexistente o incompleta (art. 1265.7)”.

del presente trabajo, y por la que se transpone la DDC (Ley de consumidores del año 2014). De esta manera, se unifica y armoniza el régimen jurídico del derecho de desistimiento, tanto en materia de contratos a distancia como en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, razón por la cual se modifica el Título II del TRLGDCU, eliminándose el Título V, cuya denominación y contenido pasa ahora al Título IV, en cuyo Capítulo III se regula el derecho de desistimiento en materia de contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil (arts. 102-108 TRLGDCU). Por lo tanto, se unifican los plazos para desistir, las sanciones civiles, las obligaciones del consumidor y del vendedor, los efectos del derecho de desistimiento en los contratos vinculados, así como también se facilita su ejercicio con la introducción de un formulario previsto en el Anexo B<sup>8</sup>.

En las próximas líneas hablaremos de todas estas novedades y de cómo transformaron el régimen jurídico del Derecho de los contratos a nivel nacional. No obstante, el régimen general de desistimiento sigue resultando también de aplicación a todo lo previsto para los contratos a distancia (arts. 68-79 TRLGDCU), tal cual ha sido retocado por la Ley de Consumidores del año 2014 al modificarse los artículos 71, 74, 77, y añadiéndose un nuevo artículo 76 *bis*, que regula los efectos del desistimiento en los contratos complementarios.

---

<sup>8</sup> Para BERMÚDEZ BALLESTEROS la Ley de Consumidores del año 2014 amplía la protección del consumidor en diversos aspectos: “Desde el punto de vista de la protección al consumidor, la unificación operada en el régimen del desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento se valora positivamente. En términos generales, los aspectos mejorados son: ampliación del plazo para desistir, fijación de días naturales en el cómputo del plazo, incorporación de un formulario normalizado de desistimiento, posibilidad de cumplimentar y enviar dicho formulario *on line*, establecimiento de un mismo plazo de 14 días para proceder a las mutuas restituciones entre las partes y regulación de los efectos del desistimiento en los contratos de prestación de servicios. No obstante, se aprecia también alguna omisión en el nuevo régimen, como la falta de regulación de la imposibilidad de restituir el bien por pérdida o la responsabilidad del consumidor por deterioros o menoscabos en el bien.” (Vid. BERMÚDEZ BALLESTEROS, M<sup>a</sup>. del S., “La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, págs. 104-117).

## 4.2. El plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento: su inicio y cómputo

El cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento en materia de contratación a distancia no ha sido un tema pacífico, tal y como veremos.

A nivel nacional, la *Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles* fue la primera que reguló en su artículo 8 el derecho de desistimiento, concediendo al consumidor un plazo de tres días para desistir del contrato. En cambio, con la aparición de la LGDCU de 1984 (a pesar de que en su artículo 10.1 prohibía las cláusulas que otorgaban a una de las partes resolver el contrato discrecionalmente, excepto en las ventas por correo, a domicilio y por muestrario), no se preveía regla alguna en relación con el cómputo del plazo. Con la transposición de la *Directiva 85/577/CEE, de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil*, a través de la *Ley 26/1991, de 21 de noviembre* en su artículo cinco se preveía un periodo de 7 días naturales para desistir del contrato, el cual se regulaba en el TRLGDCU (art. 110 segundo párrafo), hasta antes de la entrada de la Ley de Consumidores de 2014.

En materia de contratación a distancia, en un primer momento no se especificaba si los siete días de plazo que se le concedían al consumidor era hábiles o naturales. Tampoco quedaba claro el inicio del cómputo para el caso de bienes o servicios<sup>9</sup>. Tal situación se aclaró con la reforma a la LOCM mediante la *Ley 47/2002, de 19 de diciembre*, en donde el plazo para desistir que se estipulaba a favor del consumidor era de siete días *hábiles*, contados a partir de la recepción del bien, o de la firma del contrato para el caso de servicios (art. 44.1 y 4 LOCM): “*siendo la ley del lugar donde se ha entregado el bien objeto del contrato o donde hubiera de prestarse el servicio, la que determine los días que han de considerarse hábiles*”<sup>10</sup>. No obstante, si el último día era festivo o no

---

<sup>9</sup> Vid., primera redacción del artículo 44.1 LOCM el cual señalaba lo siguiente: “*El comprador podrá desistir libremente del contrato dentro del plazo de siete días contados desde la fecha de recepción del producto*”.

<sup>10</sup> Vid. ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia...*, op.cit., pág. 357: “Se observa, en consecuencia, que la Ley española y la Directiva han dispuesto un plazo general mínimo de siete días laborales (aunque la LOCM emplea el término “hábiles”). Y

laborable el plazo debía prorrogarse hasta el primer día laborable siguiente<sup>11</sup>.

En materia de contratación electrónica, es necesario aclarar que cuando el contratante fuese un consumidor y el contrato se realizaba mediante condiciones generales, el plazo para el cómputo del ejercicio del derecho de desistimiento se regía por lo dispuesto en el artículo 71.1 del TRLGDCU, y no por lo estipulado en el numeral 4 del *RD 1906/1999*, ya que así lo preveía la antigua redacción del artículo 80.1 apartado b) del TRLGDCU.

Sin embargo, el mencionado plazo no estuvo exento de problemas<sup>12</sup>, debido principalmente a que el término “*días hábiles*” tomado del artículo 2.2 del *Reglamento (CEE, EURATOM)*<sup>13</sup> núm. 1182/71 del Consejo de 3 de junio de 1971 por el que se determinan las normas aplicables a los plazos<sup>14</sup>, fechas y términos, varía a nivel comunitario, en los distintos Estados miembros, es decir, no hay uniformidad. Por ejemplo, el término “*Working day*”, se equipara a día “hábil” tal y como es definido en la regulación mencionada<sup>15</sup>. Aunque en otros países de la UE como es el

---

la duda inmediata que se plantea es la determinación de dichos días, pues no cabe ignorar que los días laborales varían en nuestro país de una Comunidad Autónoma a otra. La LOCM ha dado respuesta a esta duda al disponer que “será la ley del lugar donde se ha entregado el bien la que determine qué días han de tenerse por hábiles” (art. 44.1 “in fine”) y la “ley del lugar donde ha de prestarse el servicio la que determine que determine qué días son hábiles para el ejercicio del derecho de desistimiento” (disp. Adic. 1ª. 5 LOCM). Estas normas se muestran respetuosas con el mínimo comunitario, aunque otra opción, tal vez más conveniente a la vista de las diferencias en el calendario laboral de una Comunidad a otra y de un país a otro, hubiera sido prever un plazo superior, siendo el mismo de días naturales”.

<sup>11</sup> Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentarios a los artículos 43-49 de la LOCM...”, *op.cit.*, pág. 325.

<sup>12</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU...”, *op.cit.*, pág. 639: [...] “Pero a mi juicio no es fácil averiguar qué ventajas tiene que los días sean hábiles, porque lo único que se provoca con ello es una enorme inseguridad en las partes contratantes, sobre todo si pensamos en las facilidades que para la contratación internacional a distancia ofrecen las nuevas tecnologías de la información. Que el plazo se refiera a días hábiles, porque provoca también inseguridad jurídica en la contratación nacional, teniendo en cuenta la disparidad de días festivos existente entre las Comunidades Autónomas (a lo que habrá que sumar las festividades propias de cada municipio)”.

<sup>13</sup> DOUE núm. 124, de 8 de junio de 1971.

<sup>14</sup> “Por días hábiles se entenderá, para la aplicación del presente Reglamento, todos los días menos los días festivos, los domingos y los sábados”.

<sup>15</sup> Vid., el estudio realizado por la Universidad de Bielefeld, en: SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER, EBERS, M., (Eds.): *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis*, Muchen, 2008, *vid.*, págs. 554-555: “Some member states, e.g. AUSTRIA, BELGIUM<sup>224</sup>, BULGARIA, IRELAND, LITHUANIA, LUXEMBOURG, the NETHERLANDS, SLOVAKIA, SPAIN and the UNITED KINGDOM have adopted the 7

caso de Francia no se adopta tal término, sino el de “días francos”<sup>16</sup>. En cambio, en otros países como Malta y Eslovenia se habla de días “naturales”.

Por otro lado, el plazo para desistir del contrato variaba dependiendo del país en el que nos encontrábamos. Así, de esta manera, algunos países habían utilizado la cláusula mínima de 7 días hábiles, por ejemplo, Austria, Bélgica, Bulgaria, Irlanda, Lituania, Países Bajos, Eslovaquia, España y el Reino Unido. En Hungría era de 10 días laborables; en Grecia, Italia y Rumania, era de 10 días naturales; en Polonia era de 14 días naturales; en Chipre, la República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Letonia, Portugal, Suecia y Alemania era de dos semanas. Por el contrario, en Malta y Eslovenia era de 15 días naturales.

No obstante, debemos aclarar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.1 de la hoy derogada *Directiva 97/7CE*, el cómputo del

---

*working days period. It cannot be assessed, whether ‘working day’ has the same meaning in all these countries as defined in the Regulation mentioned above, and in particular, whether the term excludes Saturdays. But as the term must be interpreted in accordance with the Directive, there should be no infringement, unless a national court comes to a different result”.*

<sup>16</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia<sup>16</sup>. COM (2006) 514, final, pág. 11: “El derecho de resolución, que se ha introducido en cuatro Directivas en materia de consumidores y que, contempla también el artículo 6 de la Directiva, se utiliza con frecuencia, como ejemplo típico de las incoherencias en el acervo (los denominados “periodos de reflexión” varían de una Directiva a otra) y de las divergencias nacionales resultantes del recurso a la cláusula mínima. En el ámbito de la venta a distancia, la Directiva establece un periodo mínimo de siete días laborables para que el consumidor pueda rescindir el contrato. Los Estados miembros han incorporado este requisito de modos muy diversos, la mayor parte de los cuales se encuentran entre siete días laborables y catorce días naturales (véase anexo IV). La transposición del apartado 1 de dicho artículo, que prescribe la duración y el inicio del periodo de reflexión, no ha suscitado muchos problemas. El periodo de reflexión en Francia se calcula en “días francos”, concepto cuyo significado debe aclararse con las autoridades francesas. El punto a partir del que comienza el periodo de reflexión plantea cuestiones más importantes. Así, la “recepción” de las mercancías puede ser objeto de interpretaciones diversas en los Estados miembros. La cuestión de cuándo tiene lugar la entrega ha suscitado en ocasiones (p. ej., en el caso de entrega de un paquete estando el consumidor ausente, ¿la recepción se produce cuando el cartero deja aviso de envío del paquete o cuando el consumidor lo recoge, de hecho en la estafeta de correos? Y deberá considerarse en las labores generales de revisión. La comisión también se plantea si es necesario volver a estudiar, en el marco de la revisión, el tratamiento de las entregas escalonadas. En Alemania, Estonia, Letonia y Suecia, las legislaciones nacionales especifican que el periodo comienza a partir de la primera entrega de cada uno de los productos solicitados, pero este no es el caso cuando un producto único se suministra escalonadamente. Por ejemplo, un pedido de varios libros por internet (pongamos por caso una novela y una biografía) que no pueden suministrarse en un lote por no estar disponible uno de ellos no deberían considerarse del mismo modo que un contrato de suministro de una enciclopedia durante un plazo concreto”.

plazo en el caso de bienes comenzaba a partir de la entrega de éstos al consumidor. Tal regla fue transpuesta por la mayoría de los Estados miembros en su momento, por ejemplo: Austria, Bélgica, Bulgaria, la República checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Los Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, España y Suecia. En otros países como Bélgica y Chipre, el desistimiento para el caso de bienes empezaba un día después de la fecha que aparecía en el recibo de compra. En el Reino Unido, el cómputo del desistimiento comenzaba el día en que se concluyera el contrato, pero no expiraba hasta después de 7 días de recibido el producto, comenzando el plazo para desistir un día después de recibido. En Finlandia, el periodo se iniciaba después de haberse entregado el acuse de recibo de los bienes, pero si el bien era entregado después del acuse de recibo, el periodo para desistir empezaba a contar a partir de la entrega de éste.

En cambio, para el caso de los servicios, el inicio del cómputo del plazo se contaba a partir de la fecha de la conclusión del contrato (art. 6.1 *Dir. 97/7/CE*). La mayoría de los Estados miembros en su momento regularon esta previsión, salvo Grecia, en donde el periodo para desistir en el caso de los servicios empezaba cuando el consumidor recibía la documentación, en la cual se le informaba que el contrato había quedado concluido; cosa parecida ocurría en Chipre, en donde el plazo de desistimiento comenzaba al día siguiente, siempre y cuando el consumidor hubiera recibido la confirmación de la conclusión del contrato.

Como se observa, no había uniformidad en cuanto a los plazos y la forma de entenderlos en los diferentes países. Asimismo el *dies a quo* variaba, en atención al tipo de contrato ante el que nos encontráramos, ya fueran bienes o servicios.

Esta situación cambió dentro de los Estados miembros con la transposición de la DDC (en España, artículos 71 y 104 TRLGDCU), la cual, al ser de armonización plena, unifica el plazo a 14 días *naturales*<sup>17</sup>,

---

<sup>17</sup> *Vid.* Exposición de Motivos de la DDC en su punto 40 cuando aclara: “Las actuales diferencias en los plazos de desistimiento en función de los Estados miembros y en lo que respecta a los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del

tanto en bienes como en servicios (art.9). Esta norma toma como referencia el concepto de *día natural* contenido en el Reglamento (CEE, EURATOM) núm. 1182/71<sup>18</sup>. A continuación, comentaremos las soluciones previstas en la DDC, las cuales alteraron el *statu quo* en el ordenamiento jurídico español, en materia de plazos para desistir del contrato.

---

*establecimiento generan inseguridad jurídica y costes de cumplimiento. Debe aplicarse el mismo plazo de desistimiento a todos los contratos a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento. En el caso de los contratos de servicios, el plazo de desistimiento debe expirar a los 14 días de la celebración del contrato. En el caso de los contratos de venta, el período de desistimiento debe expirar a los 14 días del día en que el consumidor o un tercero distinto del transportista e indicado por el consumidor haya adquirido posesión material de los bienes. Además, el consumidor debe poder ejercer el derecho de desistimiento antes de entrar en posesión material de los bienes. Cuando el consumidor encarga múltiples bienes en un solo pedido, pero dichos bienes se entregan por separado, el plazo de desistimiento debe expirar a los 14 días del día en que el consumidor adquiera la posesión material del último bien. Cuando los bienes se entregan en diferentes lotes o partes, el plazo de desistimiento debe expirar a los 14 días del día en que el consumidor adquiera la posesión material del último lote o de la última parte". Asimismo el formulario de desistimiento previsto en el Anexo I de la DDC prevé las reglas comentadas en el apartado A, que lleva por título "modelo de documento de información al consumidor sobre el desistimiento":*

*"b) en caso de un contrato de venta: «que usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes.»;*

*c) en caso de un contrato de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido y entregados por separado: «que usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último de esos bienes.»;*

*d) en caso de entrega de un bien compuesto por múltiples componentes o piezas: «que usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último componente o pieza.»; e) en caso de un contrato para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado: "que usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del primero de esos bienes".*

<sup>17</sup> (41) Para garantizar la seguridad jurídica, conviene que el Reglamento (CEE, Euratom) nº 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos 1 , se aplique al cálculo de los plazos establecidos en la presente Directiva. Por tanto, todos los plazos previstos en la presente Directiva deben entenderse como días naturales. Cuando un plazo expresado en días deba contarse a partir del momento en que ocurra un suceso o se realice un acto, el día en que se produzca dicho suceso o se realice dicho acto no debe computarse en el plazo".

<sup>18</sup> Vid. Exposición de Motivos punto número 41 de la DDC: "Para garantizar la seguridad jurídica, conviene que el Reglamento (CEE, Euratom) nº 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos 1 , se aplique al cálculo de los plazos establecidos en la presente Directiva. Por tanto, todos los plazos previstos en la presente Directiva deben entenderse como días naturales. Cuando un plazo expresado en días deba contarse a partir del momento en que ocurra un suceso o se realice un acto, el día en que se produzca dicho suceso o se realice dicho acto no debe computarse en el plazo".

#### 4.2.1. Inicio y cómputo del plazo en contratos electrónicos de bienes

De acuerdo con lo establecido en el artículo 71.1 TRLGDCU, el cómputo del plazo en el caso de bienes comenzará a partir de la entrega de éstos al consumidor, siendo la ley del lugar donde se haga la entrega del bien, la que determinará qué días son considerados hábiles, siempre y cuando se haya cumplido con las obligaciones de información previstas en el ordenamiento jurídico tal y como veremos más adelante<sup>19</sup>. Ahora bien, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores del año 2014 no se decía nada acerca del cómputo del plazo en que debía iniciar el desistimiento para el caso de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido y entregados por separado. Sin embargo, este vacío quedaba cubierto por la DDC (art. 9 b) I, II y III), la cual aclara que el plazo para desistir del contrato empezará el día que:

a) El consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último de los bienes;

b) Si se tratara de un bien compuesto por múltiples componentes o piezas, el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último componente o pieza.

c) Cosa distinta ocurre en el caso de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, en donde el plazo comienza el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del primero de esos bienes<sup>20</sup>.

Las reglas mencionadas son novedosas, puesto que en la legislación española no se preveían. Sin embargo, la Ley de Consumidores de 2014 las transpuso en el artículo 104 del TRLGDCU<sup>21</sup>,

---

<sup>19</sup> *Vid. infra*, 4.2.3.

<sup>20</sup> En términos parecidos se pronuncia el CESL en su artículo 41, letras (a), (b), (c) y (d).

<sup>21</sup> Artículo 104 del TRLGDCU Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento:  
“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el plazo de desistimiento concluirá a los 14 días naturales contados a partir de:  
a) En el caso de los contratos de servicios, el día de la celebración del contrato.



en lo que toca a los contratos a distancia (y, por lo tanto, también los electrónicos), siendo ya Derecho vigente en nuestro ordenamiento.

En la práctica las empresas que se dedican al comercio electrónico, establecen distintos plazos en relación con el derecho de desistimiento<sup>22</sup>, incluso alguna lo amplía más de lo legalmente obligatorio<sup>23</sup>, bien como oferta contractual, bien de forma habitual dentro de sus condiciones generales, o bien por remisión a códigos de conducta que recogen plazos mayores.

---

b) *En el caso de los contratos de venta, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados, o bien:*

1.º *En caso de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor y usuario en el mismo pedido y entregados por separado, el día que éste o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último de los bienes.*

2.º *En caso de entrega de un bien compuesto por múltiples componentes o piezas, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último componente o pieza.*

3.º *En caso de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del primero de esos bienes.*

c) *En el caso de los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, o de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material, el día en que se celebre el contrato”.*

<sup>22</sup> Vid. El Corte Inglés en sus condiciones generales de contratación estipula lo siguiente: El plazo de devolución es de 14 días naturales desde la fecha de recepción del envío. Referencia tomada en: <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp> [Con acceso el 29-VI-2014].

<sup>23</sup> ZARA ofrece la opción al consumidor de desistir del contrato en un mes desde la confirmación del envío del bien. Referencia tomada en: <http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/TermsAndConditionsView?catalogId=24052&langId=-5&storeId=10701> [Con acceso el 29-VI-2014].

El mismo plazo lo estipula la tienda AMAZON: “Amazon.es para vender sus productos, ofrece un periodo de devolución de 30 días desde la fecha de recepción del producto. La garantía de devolución de 30 días de Amazon.es te permite devolver los productos que desees en caso de que no quedes completamente satisfecho con tu compra”. Referencia tomada en: [http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp\\_200507640\\_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrembolsos](http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp_200507640_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrembolsos) [Con acceso el 29-VI-2014].

Sin embargo, cabe señalar que hay empresas que se encuentran adheridas a códigos de conducta, los cuales como comentamos en el Capítulo III de la presente Tesis tienen como fin garantizar la protección del consumidor en distintos aspectos como la protección de datos personales, aumentar los derechos de los consumidores, por ejemplo, ampliar el plazo que la ley le otorga al consumidor para desistir del contrato. Este es el caso de la empresa de Martina.com, que se dedica a la venta de juguetes online, y que se encuentra adherida al código de conducta “confianza online”, concede al consumidor la posibilidad de desistir del contrato en un año. Lo anterior se deduce de lo establecido en sus condiciones generales cuando aclara: “Estimad@ cliente, si usted no está conforme con el/los productos adquiridos, ya los tenía, se ha confundido en su compra o simplemente no los quiere [...].1. Avisenos antes de 1 año desde que recibió el producto”. Referencia tomada en: <http://www.demartina.com/condiciones-generales-venta-n-116.html>. [Con acceso el 29-VI-2014].

Llegados a este punto, cabe hacerse la siguiente pregunta ¿puede el consumidor desistir del contrato *antes* de la recepción del bien? Para la doctrina mayoritaria tal circunstancia es posible<sup>24</sup>, pues, como vimos, una de las características del derecho de desistimiento, es su carácter *ad nutum*, es decir, no se necesita alegar causa alguna para ejercerlo; por tal motivo, el consumidor puede manifestar su declaración de voluntad en el momento que él lo desee, siempre y cuando respete los plazos previstos en la Ley. Aunque como veremos más adelante, le corresponde al consumidor la carga de la prueba de haber ejercido su derecho de desistimiento, puesto que existen diversas maneras de hacerlo; el problema radica en dejar constancia de ello.

En este sentido, la DDC y el TRLGDCU tras su transposición, al igual que la actual Directiva de tiempo compartido, introducen un formulario, con el objetivo de facilitar al consumidor su derecho a desistir del contrato. Tal previsión, cobra importancia en materia de contratación electrónica. De esta manera, el empresario que se dedique al comercio electrónico, tendrá la obligación de entregar al consumidor un documento a parte, en donde conste el formulario de desistimiento, para que éste pueda emitir su declaración de voluntad de cancelar el contrato. Con este tipo de medidas, se da la oportunidad al consumidor de desistir del contrato incluso antes de que el empresario envíe el bien o ejecute el servicio, reduciéndose los costes de transacción en el tráfico mercantil.

---

<sup>24</sup> Vid. PASQUAU LIAÑO, M., "Comentario a los artículos 38 a 48 LOCM...", *op.cit.*, pág. 342.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a los artículos 38 a 48 LOCM...", *op.cit.*, pág. 720. Vid, en el mismo sentido HERRERO OVIEDO, M., "El desistimiento en la venta a distancia", en TORRES GARCÍA, T. F., (Dir.): *Estudios de derecho civil homenaje al profesor francisco Javier serrano García*, Universidad de Valladolid, Salamanca, 2004, págs. 424-425: [...] "partiendo de que no es necesario alegar motivo alguno para poner fin al contrato, el hecho de que la facultad se ejercite antes de haber comprobado *in situ* las características del bien, no debe ser impedimento para su ejercicio, y además se pondrá fin en un plazo más breve a la situación de pendencia que supone la vigencia del plazo de desistimiento, con los beneficios que este hecho tendrá respecto de la seguridad jurídica del tráfico (en todo caso deberán tenerse en cuenta la prohibición de abuso de derecho y las exigencias de la buena fe". En la misma línea: DÍEZ SOTO, C. M., "Comentario a los artículos 42-45 de la LOCM...", *op.cit.*, pág. 545.

#### 4.2.2. Inicio y cómputo del plazo en contratos electrónicos de servicios

El *dies a quo* para desistir en este tipo de contratos comienza desde la celebración del contrato (art. 104.a TRLGDCU; art. 9.2 DDC)<sup>25</sup>. Esta regla halla su justificación debido a que los servicios no pueden restituirse “*in natura*” una vez prestados, a diferencia de los bienes<sup>26</sup>. Otra de las novedades, que no se encontraba prevista en el TRLGDCU por lo que se refiere al cómputo de plazos en materia de servicios, es la contenida en el artículo 9.2-c) DDC, el cual aclara que el inicio del cómputo para desistir en el caso de los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, o de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material, empieza el día en que se celebre el contrato<sup>27</sup>. La norma ha sido transpuesta por el artículo 104.c) TRLGDCU. Estamos de acuerdo con la regla comentada, puesto que los servicios tienen efectos *ex nunc*, es decir, una vez prestado no pueden ser devueltos.

Por otro lado, debemos aclarar que cuando parte del servicio haya sido prestado con el consentimiento del consumidor, éste tendrá la obligación de pagar la parte proporcional<sup>28</sup>. No obstante, si el comerciante ejecuta el servicio sin su consentimiento, y sin haberlo informado sobre el derecho de desistimiento que le asiste, el consumidor no tendrá

---

<sup>25</sup> Es importante mencionar que en un principio en la PPDC las reglas contempladas en el artículo 9.2-b) I, II y III) y letra c), no se preveían. Sin embargo, con las modificaciones introducidas el 23 de junio del año 2011, en las enmiendas 113 y 197 se regularon tales supuestos, los cuales se contemplan actualmente la normativa mencionada.

<sup>26</sup> *Vid.*, en este sentido: MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a.</sup>, “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles...,” *op.cit.*, pág. 321.

<sup>27</sup> Asimismo, a nivel comunitario, el CESL a diferencia de la actual DDC es más específica, por lo que se refiere a los contratos mixtos en relación con los contenidos digitales cuando, ya que señala que el cómputo del plazo para este tipo de contratos será: “*el día de la entrega al consumidor del soporte material de conformidad con la letra a), en el caso de suministro de contenidos digitales se suministren en un soporte material*” (art. 42 (f)). Sin embargo, cuando los contenidos digitales no se suministren en un soporte material, el cómputo del plazo será el día de la celebración del contrato (art. 42 (g)).

<sup>28</sup> *Vid.* Exposición de Motivos de la DDC en su punto 19, la cual aclara, refiriéndose a los contratos de servicios: “[...] En relación con dichos contratos, el consumidor debe tener derecho de desistimiento a menos que haya dado su consentimiento para que comience la ejecución del contrato durante el plazo de desistimiento y haya tenido conocimiento de que, consecuentemente, perderá el derecho de desistimiento [...]”.

obligación de pagar cantidad alguna; es más, en caso de haber abonado alguna cantidad al empresario, éste último deberá devolverle el pago que recibió. Volveremos sobre el tema<sup>29</sup>.

Queda por resolver cuándo comienza el plazo en los contratos mixtos, es decir, los contratos en los cuales aparecen tanto prestaciones de bienes como de servicios.

La actual DDC define al contrato de venta de la siguiente manera: *“todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios”* (art. 2.5)<sup>30</sup>. El TRLGDCU, tras su reforma de 2014 se pronuncia en los mismos términos que la DDC, al definir el contrato de venta en su artículo 59.bis.1)<sup>31</sup>. El concepto comentado incluye expresamente el concepto de contrato mixto.

Ahora bien, habrá que ver la naturaleza de la prestación ejecutada. Por ejemplo, si se trata de un curso de enseñanza, el *dies a quo* para desistir del contrato podría ser el de la entrega del material, debido a que

---

<sup>29</sup> Vid. *infra*, 4.5.3.

<sup>30</sup> Vid. Exposición de Motivos de la DDC en su punto 19 cuando aclara: *“Por contenido digital deben entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios. Los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva. De forma análoga los contratos de suministro de agua, gas y electricidad, cuando no se presenten a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, los contratos de calefacción mediante sistemas urbanos, o los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios. En relación con dichos contratos, el consumidor debe tener derecho de desistimiento a menos que haya dado su consentimiento para que comience la ejecución del contrato durante el plazo de desistimiento y haya tenido conocimiento de que, consecuentemente, perderá el derecho de desistimiento”. En relación con lo anterior el artículo 2.3 de la norma comentada, define lo que debe entenderse por bien: “todo bien mueble tangible, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento. El agua, el gas y la electricidad se considerarán «bienes» en el sentido de la presente Directiva cuando estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas”.*

<sup>31</sup> Vid. Artículo 59 bis. 1 a) del TRLGDCU: *“contrato de venta”: todo contrato en virtud del cual el empresario transmita o se comprometa a transmitir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, incluido cualquier contrato cuyo objeto esté constituido a la vez por bienes y servicios”.*

sin material no podría seguir desarrollándose el curso<sup>32</sup>. Aunque cabe señalar que tal material podría ser susceptible de reproducción. No obstante, el derecho de desistimiento podría ser ejercitable siempre y cuando el material se devolviera sin desprecintar. Esta interpretación es la que prevalece en la actual DDC y en su consecuencia en la nueva redacción del TRLGDCU<sup>33</sup>. Por lo tanto, las dudas interpretativas que en el pasado existieron en la legislación española quedan aclaradas.

#### **4.2.3. Consecuencias del incumplimiento del deber de información sobre el plazo del derecho desistimiento**

Hasta antes de la entrada en vigor de la reforma del año 2014, el consumidor podía “resolver” el contrato en el plazo de tres meses, cuando el empresario no le proporcionara la información contractual, incluyendo el derecho de desistimiento. La mayoría de la doctrina estuvo de acuerdo con tal previsión<sup>34</sup>, de esta manera, la resolución actuaba como una forma

---

<sup>32</sup> Vid. ARROYO APARICIO, A., *Los Contratos a distancia...*, *op.cit.*, pág. 360-361: “[...] De hecho, a la vista de las exclusiones al derecho de “desistimiento”, podría pensarse en una solución para el supuesto de prestaciones mixtas, no tanto en función de cuál sea la prestación principal en sentido económico, por ejemplo, sino de la naturaleza de la prestación ejecutada en primer lugar. En este contexto, parece razonable que si de un curso de enseñanza se tratara, el “dies aquo” podría ser el de la recepción del material, que precederá normalmente a la prestación de servicios y que constituye una parte importante del contenido contractual (sin material no podrá seguirse el curso); aunque siendo dicho material susceptible de reproducción, cabría entender que el derecho sería ejercitable siempre que el material se devolviera “sin desprecintar”.

<sup>33</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Derecho de desistimiento”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de la normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, págs. 215-216: “A mi juicio, la unificación que se realiza en la DDC no sólo en cuanto al plazo, sino también al día inicial del cómputo, imponen esta última manera de enfocar las cosas, por lo que en estos casos el día inicial no puede ser el de celebración del contrato. En este sentido, cabe destacar el caso resuelto por la SAP Las Palmas 27 mayo 2011 (JUR 2011, 280185): el curso de inglés ofertado por la empresa *Home English* no consistía en la simple entrega física de material didáctico y pedagógico sino que incluía, de manera principal junto con aquella entrega física, el acceso a través de internet a una serie de prestaciones que complementan el curso ofertado (enviar y recibir pruebas, realizar prácticas orales, acceder al foro, descargar *podcasts*, etc.), tal y como ofertaba la empresa en su página web”.

<sup>34</sup> En palabras de APARICIO VAQUERO, J. P., “Los contratos electrónicos en el Derecho Español...”, *op.cit.*, pág. 207: “La LOCM reconoce, para las ventas a distancia, un derecho, llamado “de desistimiento” por virtud del cual, y de forma libre el consumidor puede renunciar al contrato celebrado y devolver el producto adquirido, siéndole reintegrado el importe del mismo (art. 44). El RD 1906/1999, por su parte, concede al *adherente* un derecho, que denomina “de resolución”, en virtud del cual aquél puede desistir del contrato o resolverlo cuando el predisponente no haya cumplido los deberes de confirmación de la información contractual (art. 4)”. En la misma línea de quienes

de ineficacia contractual. Por el contrario, cuando el vendedor informaba al consumidor del derecho de desistimiento, dentro del plazo de tres meses desde la entrega del bien, el *dies a quo* para desistir del contrato comenzaba a partir de ese momento; de esta forma la ley le concedía una oportunidad más al empresario para que cumpliera con su obligación de informar acerca del derecho de desistimiento.

Como podemos ver, anteriormente la normativa distinguía dos derechos diferentes, uno de desistimiento *ad nutum* y otro de “resolución”. El primero era una facultad del consumidor que le otorgaba la Ley en el plazo de siete días “hábiles” (en la terminología y plazo del TRLGDCU antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores del año 2014), y el segundo encontraba su fundamento en una justa causa, en este caso el incumplimiento del vendedor del deber de informar de la existencia del derecho de desistimiento. Sin embargo, parte de la doctrina entendía que no se trataba propiamente de un derecho de resolución, sino de un alargamiento del plazo para desistir<sup>35</sup>. No obstante, debemos aclarar que esta última postura doctrinal no tomaba en cuenta el enfoque de armonización mínima de la *Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia*, ya que este tipo de técnica legislativa adoptada, tal y como vimos<sup>36</sup>, permitía al legislador español ampliar la protección del consumidor al prever las sanciones reguladas en el CC de conformidad con la normativa europea.

Por lo que toca a la materia de contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento hasta antes de la aprobación de la DDC no eran claras, debido a que existía oscuridad legal, ya que dentro de los Estados miembros no existía una posición uniforme en este punto, lo cual ocasionó que el TJCE se pronunciará en diversas sentencias pero nunca estableciera un criterio

---

considera que se trata de un derecho de resolución. (Vid. VEGA VEGA, J. A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Reus, Madrid, 2005, págs. 253-254).

<sup>35</sup> Vid, en este sentido: ARROYO APARICIO, A., *Los Contratos a distancia...*, *op.cit.*, pág. 365; en la misma línea, CAMACHO CLAVIJO, S., “El derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista)”, *Diario la Ley*, núm. 2, 2006, págs. 1553 y sigs.

<sup>36</sup> Vid. *supra*, 1.4.1.

definitivo<sup>37</sup>; por lo tanto, existía dispersión legislativa<sup>38</sup>. Sin embargo, la DDC armoniza plenamente la sanción civil por omisión de información

---

<sup>37</sup> Sentencia del TJCE, de 13-12-2001, *Heininger v Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG*, C-481/99. Comentada por ARROYO I AMAYUELAS, E y EBERS, M., “Heininger” y las sanciones...,” *op.cit.*, págs. 407-442. Sentencias del TJCE, de 25-10-2005, *E. Schulte and Wolfgang Schulte/Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, C-350/03; *Crailsheimer Volksbank eG/Klaus Conrads y otros*, C-229/04, *Annelore Hamilton/Volksbank Filder eG*, C- 412/06, de 10-4-2008. Comentada por EBERS, M., “¿Extinción del derecho de desistimiento de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la completa ejecución de las prestaciones? Anotaciones a la STJCE (sala primera), sentencia de 10 de abril de 2008, Asunto C-412/06 (*Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG*)”, *ADC*, Tomo LXII, 2009, fasc. III, págs. 1151-1159; y sentencia del TJCE, de 17-12-2009, *Martín Martín/EDP Editores, S.L.*, C-227/08. Comentada por TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Derecho Privado Comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 42, Mayo/Agostos, 2012, págs. 543-571. “Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento fueron los siguientes: se celebró una venta a domicilio de varios libros y DVDs, así como de un reproductor de DVD, con un representante de una empresa editorial. La parte compradora no satisfizo el precio y fue demandada judicialmente por reclamación de cantidad con intereses y costas. En primera instancia resulta condenada, pero recurre en apelación y la Audiencia Provincial plantea si el contrato podría ser declarado nulo de oficio, ya que no se informó a la demandada de su derecho en los términos del art. 3 de la Ley 26/1991. La compradora no había invocado este motivo de nulidad ni en primera instancia ni en apelación”. Añade TOMÁS MARTÍNEZ, *ibídem*, pág. 555, [e]n cumplimiento de la sentencia, la Audiencia Provincial de Salamanca, sección primera, dictó la sentencia de 22 de febrero de 2010, declarando nulo el contrato objeto de litigio. Con posterioridad a la resolución europea, la jurisprudencia menor en España ha aclarado su doctrina y donde hasta entonces había vacilado respecto a la categoría de la nulidad, comienza a declarar la nulidad de oficio o reconoce esta posibilidad al amparo de la resolución comunitaria.

<sup>38</sup> *Vid.* TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Derecho Privado Comunitario...,” *op.cit.*, pág. 559 “[...] Y es que cada Estado miembro ha determinado consecuencias muy diversas por ejemplo. Concretamente, la transposición de la Directiva 85/577/CE, se ha realizado de muy distinta manera y no todos los Estados han establecido “medidas adecuadas” [...] como se puso de relieve en el marco de revisión del acervo comunitario iniciado en el año 2004 [...]”. En este sentido la comunicación de la comisión al Parlamento Europeo y al Consejo que lleva por título: “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro” (Comunicación de 11 de octubre 2004, COM (2004) 651 final), se hizo la siguiente pregunta: “¿Conviene armonizar y normalizar íntegramente la duración y las modalidades de los plazos de desistimiento fijados en las Directivas para la venta a domicilio, la utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido y la venta a distancia?”. Asimismo, el estudio realizado por la Universidad de Bielefeld, en: SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER, EBERS, M., (Eds.): *EC Consumer Law Compendium. Comparative Aanalysis*, Muchen, 2008, *vid.*, págs. 79-107 sobre la transposición de la Directiva 85/577/CEE, de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. En este estudio, se señaló las diferencias existentes dentro de los estados miembros en lo relativo al comienzo del plazo para desistir, por ejemplo, en Alemania, el periodo de desistimiento es de dos semanas si se informa correctamente al consumidor de su derecho de desistimiento. Sin embargo, si el empresario no informa sobre el derecho de desistimiento, el periodo para desistir del contrato es improrrogable. La misma situación ocurre en el Derecho español. Cosa distinta ocurre en Bélgica, Francia y Malta, en donde, sólo la fecha de celebración contrato es decisiva para el cómputo del plazo del ejercicio del derecho de desistimiento, siempre y cuando el consumidor haya sido informado de su derecho de desistimiento.

sobre el derecho de desistimiento, ampliándose el plazo a doce meses<sup>39</sup>, en caso de que el empresario incumpla con el deber de información que le incumbe, contados a partir después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial (14 días naturales).

En un inicio la PDDC del año 2008 preveía un plazo de tres meses si el comerciante incumplía sus deberes de información sobre el derecho de desistimiento (art. 13)<sup>40</sup>. No obstante, tal disposición durante su tramitación parlamentaria fue criticada por la doctrina, debido a que no tomaba en cuenta lo dispuesto en ACQP y MCFR, pues ambas propuestas de codificación amplían el derecho a desistir a un año desde la conclusión del contrato (art 5:103), cuando el empresario no hubiera informado al consumidor del derecho de desistimiento<sup>41</sup>. Aunque ni el MCFR ni el ACQP especifican si el plazo de un año se aplica al suministro

---

<sup>39</sup> Vid. Exposición de Motivos punto número 43 de la DDC: “Si el comerciante no ha informado adecuadamente al consumidor antes de la celebración de un contrato a distancia o fuera del establecimiento, debe ampliarse el plazo de desistimiento. Sin embargo, para garantizar la seguridad jurídica en lo que respecta a la duración del período de desistimiento, conviene introducir un plazo de prescripción de 12 meses”. Debemos aclarar que no se trata de un plazo de prescripción sino de caducidad”.

<sup>40</sup> Vid. Artículo 13 de la PDDC del año 2008, “Si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 9, letra b), el artículo 10, apartado 1, y el artículo 11, apartado 4, el periodo de desistimiento expirará tres meses después de que el comerciante haya cumplido íntegramente sus demás obligaciones contractuales”. Sin embargo, tal situación cambió con el documento de sesión presentado el 22 de febrero de 2011 y votado en sesión parlamentaria en marzo del mismo año, en donde se realizaron las siguientes enmiendas: enmienda 16: “-Si la empresa no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 9, apartado 1, letra e), el periodo de desistimiento expirará un año después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 12, apartado 1 bis y 2.

1 bis. — No obstante, los Estados miembros podrán mantener la legislación nacional vigente que prevea un plazo más largo de expiración del periodo de desistimiento.

Enmienda 115: “Si la empresa no ha informado al consumidor acerca del derecho de desistimiento antes de la celebración de un contrato a distancia o fuera del establecimiento, debe ampliarse el plazo de desistimiento. Sin embargo, para garantizar la seguridad jurídica a lo largo del tiempo, conviene introducir un plazo de prescripción de un año”.

Enmienda 28: “Los Estados miembros podrán mantener disposiciones nacionales con un periodo de desistimiento más largo o disposiciones para preservar el período de desistimiento hasta que se haya facilitado la información mencionada en el apartado”. Así quedó fijada la redacción en la primera lectura en el Parlamento Europeo, que tuvo lugar el 23 de junio de 2011 (posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 23 de junio de 2011. PT-TA-PROV (2011). Referencia tomada en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0116&language=ES&ring=A7-2011-0038>. [Con acceso el 29-IV-2013].

<sup>41</sup> Cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Perspectivas de regulación del derecho de desistimiento en el (posible) Derecho europeo de contratos”, en BOSCH CAPDEVILA, E., *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, págs. 513-524.



de bienes o de servicios, o si se han ejecutado o no los servicios en caso de que el empresario haya suministrado una información defectuosa o incompleta<sup>42</sup>. En este sentido la DDC es más específica, pues da mayor protección jurídica al consumidor al declarar (art.10):

*“1. Si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 6, apartado 1, letra h), el período de desistimiento expirará 12 meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 9, apartado 2.*

*2. Si el comerciante ha facilitado al consumidor la información contemplada en el apartado 1 en el plazo de 12 meses a partir la fecha contemplada en el artículo 9, apartado 2, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días de la fecha en que el consumidor reciba la información”.*

Como podemos observar, esta regulación es novedosa, y así ha sido transpuesta en el artículo 105 TRLGDCU (*mutatis mutandis*, las referencias de los artículos según la legislación interna<sup>43</sup>). Por lo tanto se rompe con la distinción que en su momento existió en la normativa entre un derecho de desistimiento *ad nutum* y un derecho de *resolución*<sup>44</sup>, que

---

<sup>42</sup> Cfr. DIÉGUEZ OLIVA, R., “El derecho de desistimiento en el marco común...,” *op.cit.*, <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 17-XII-2009].

<sup>43</sup> Vid. TRLGDCU que en su artículo 105 aclara:

*“1. 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.*

*2. Si el empresario ha facilitado al consumidor y usuario la información contemplada en el apartado 1, en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 104, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor y usuario reciba la información”.* Estos mismos supuestos los regula el CESL a nivel comunitario en su artículo 42.

<sup>44</sup> Vid, en este sentido DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Derecho de desistimiento...,” *op.cit.*, pág. 217, cuando aclara: [...] “en ningún caso se puede admitir que un comerciante que ha incumplido con sus deberes de información se encuentre en una situación mejor que la que tendría si hubiera cumplido escrupulosamente con tales deberes. La cuestión se ve más clara si consideramos el supuesto de incumplimiento por el comerciante del deber de información sobre el derecho de desistimiento, en dos situaciones diferentes:

a) No puede tener las mismas consecuencias el desistimiento del consumidor dentro de los primeros 14 días en los casos en que éste ha sido correctamente informado de su derecho, que en aquellos otros en que es el consumidor quien conoce su derecho y no ha sido informado del mismo.

b) En caso de incumplimiento por parte del comerciante, el plazo es claramente de 12 meses, pero cuando falten 14 días naturales para que llegue el día final del plazo, si mantenemos que el derecho del consumidor es siempre de la misma naturaleza, desde luego el comerciante no se verá incentivado a proporcionar ninguna información. A mi juicio, si el comerciante incumple sus deberes, debe ver agravada su situación ante el

desaparece ahora, sustituyéndose por una *prórroga del derecho de desistimiento*. Observese que este precepto es aplicable al caso de que el empresario omita sólo la información relativa al derecho de desistimiento o la otorgue de forma incompleta. Si, por el contrario, lo que ha ocurrido es que ni siquiera ha facilitado copia del contrato o confirmación del mismo (y, por lo tanto, nada ha dicho tampoco del desistimiento, aunque esto sería irrelevante), cabría entonces para el consumidor acudir a la nulidad del contrato celebrado (art. 100 TRLGDCU).

Ahora bien, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Es adecuada la solución regulada en la DDC y el TRLGDCU en lo referente al incumplimiento del deber de informar al consumidor acerca de su derecho de desistimiento? Desde nuestro punto de vista sí, pues hay un equilibrio entre empresario-consumidor, evitándose un abuso del derecho tanto de una como de otra parte.

Además de la sanción civil prevista en el artículo 105 TRLGDCU, el empresario se haría acreedor a infracciones administrativas, la cuales podrían ser leves, graves o muy graves, dependiendo del tipo de información omitida. Por ejemplo, si el empresario añade una cláusula al formulario en donde se especifica que el consumidor tiene la obligación de justificar su derecho de desistimiento, tal cláusula sería nula (art. 86 TRLGDCU), y por consiguiente se haría acreedor a una multa, la cual sería considerada como grave que oscilaría entre 30.001 y 150.000 euros (art. 39.1 b) LSSI). Por el contrario, si el empresario omite entregar el formulario de desistimiento, tal falta se consideraría como muy grave, para la cual se prevé una multa entre los 150.001 y 600.000 euros (art. 39.1 LSSI).

Asimismo en los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves se podrán adoptar, con arreglo a la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sus normas de desarrollo*<sup>45</sup>, las medidas de carácter provisional previstas en dichas normas que se

---

ejercicio del derecho por parte del consumidor, y paralelamente, en caso de cumplimiento del deber de información, debe tener un tratamiento más favorable”.

<sup>45</sup> BOE núm. 285, de 27-XI-1992.

estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte.

En particular, podrán acordarse las siguientes:

a) Suspensión temporal de la actividad del prestador de servicios y, en su caso, cierre provisional de sus establecimientos.

b) Precinto, depósito o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos en general, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo.

c) Advertir al público de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del expediente sancionador de que se trate, así como de las medidas adoptadas para el cese de dichas conductas (art. 41 LSSI).

En la práctica, algunas de las empresas que se dedican al comercio electrónico no entregan un formulario de desistimiento como documento aparte, tal es el caso de la empresa El Corte Inglés<sup>46</sup> o la empresa DEMARTINA<sup>47</sup>. En cambio otras, si que le otorgan el documento mencionado<sup>48</sup>, pero no cumplen con los requisitos que exige la actual

---

<sup>46</sup> *Vid.* Condiciones generales del Corte Inglés en lo relativo al derecho de desistimiento cuando aclara: “Devoluciones GRATIS en nuestros centros comerciales Los artículos adquiridos por internet pueden ser devueltos gratuitamente en cualquiera de nuestros centros comerciales. El producto debe acompañarse del talón de venta que se envía junto al pedido.

Devoluciones desde el domicilio También pueden realizarse las devoluciones comunicándolo por e-mail o por teléfono (clientes@elcorteingles.es - 902 119 368). Nosotros acudiremos a recoger el artículo”. Referencia tomada en: <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp>. [Con acceso el 30-VI-2014].

<sup>47</sup> *Vid.* Condiciones generales de la empresa DEMARTINA cuando señala: “Estimad@ cliente, si usted no está conforme con el/los productos adquiridos, ya los tenía, se ha confundido en su compra o simplemente no los quiere, si aún no lo ha abierto y conserva su embalaje original, sólo tiene que seguir los siguientes pasos.

1. Avísenos antes de 1 año desde que recibió el producto.  
2. Cómo avisarnos:

Por teléfono en el 902 955 865

Por mail en: [atencionclientes@demartina.com](mailto:atencionclientes@demartina.com)”. Referencia tomada en: <http://www.demartina.com/ayuda/condiciones-generales-venta-n-116.html>. [Con acceso el 26-XI-2014].

<sup>48</sup> Este es el caso de la empresa Baroli, la cual se dedica a la venta de relojes de pulsera. Dentro de sus condiciones generales de venta permite descargar un formulario de desistimiento. Sin embargo, este documento resulta incompleto, incluso parece inducir al consumidor a no ejercitar su derecho de desistimiento cuando declara en una de sus partes lo siguiente: “Si no queda satisfecho con los productos adquiridos en BAROLI.ES, los podrá devolver en un plazo máximo de 30 días contados a partir del siguiente al que fue recibido. Las devoluciones deberá enviarlas a portes pagados, con la

DDC y el TRLGDCU en su anexo B). Una posible solución a esta problemática sería que las empresas anexaran al documento contractual un PDF, en donde conste el formulario de desistimiento, el cual debe cumplir con lo establecido en el TRLGDCU.

Por otra parte, debemos mencionar que todos los plazos previstos por la Ley en materia de derecho de desistimiento son de *caducidad* y no de *prescripción*<sup>49</sup>, ya que éste es el criterio habitual para el ejercicio de los derechos potestativos o facultades de configuración o modificación de situaciones jurídicas<sup>50</sup>. Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina, por lo que corresponde a nuestro objeto de estudio<sup>51</sup>. Sin embargo, como

---

mercancía en perfecto estado y sin haber sido usada, junto con el envase original y con toda la documentación que acompaña al reloj a la siguiente dirección: BAROLI, S.L. C/ Gabriel Lobo, nº 7, 28002 Madrid". Referencia tomada en: [http://www.baroli.es/ayuda/formulario\\_de\\_devolucion\\_relojes\\_baroli.pdf](http://www.baroli.es/ayuda/formulario_de_devolucion_relojes_baroli.pdf). [Con acceso el 26-XI-2014]. Asimismo, la empresa Sony prevé un formulario de desistimiento, el cual no se adecúa al formulario previsto en la DDC y el TRLGDCU, ya que es muy general, al estipular lo siguiente: Tu correo, Electrónico, Motivo, Asunto, Mensaje. Referencia tomada en: <https://shop.sony.es/shop/mimes/openAccess/store/help/contact.jsp?country=ES&language=es&css=wide>. [Con acceso el 10-VII-2014].

<sup>49</sup> Vid. COSIALLS UBACH, A. M., "El plazo de desistimiento del consumidor en los instrumentos europeos de derecho contractual", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43, septiembre/diciembre, 2012, págs. 1047-1075.

<sup>50</sup> La prescripción no puede declararse de oficio por el juez, razón por la cual, tiene que ser interpuesta por la parte quien la hace valer, es decir, la falta de ejercicio de su titular durante el plazo fijado por la ley la extinguen (Cfr. CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 25). Por otro lado, la prescripción es posible interrumpirla, tal y como ocurre en un derecho de crédito, el cual prescribe a los quince años, pero no hay obstáculo para que mediante sucesivos requerimientos del acreedor o continuos reconocimientos del deudor, el derecho se prolongue sin límite alguno (vid. DÍEZ PICAZO, L y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Vol. I, 3ª reimpresión, 1995, Madrid, pág. 463). Asimismo, como señala la doctrina, la prescripción tiene como uno de sus fines el salvaguardar el orden social y la seguridad jurídica en relación al bien público (*ibídem*, pág. 462). En cambio, la caducidad no es susceptible de interrupción y puede perseguirse de oficio, aunque el perjudicado no la alegue.

<sup>51</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU...", *op.cit.*, pág. 638: "En todos los casos estamos ante plazos de caducidad. Ello supone que el elemento temporal configura el propio derecho de desistimiento, por lo que transcurrido el plazo que corresponda aplicar, el derecho se extingue ipso iure, cuestión que es apreciable de oficio [...]". En términos parecidos se manifiesta MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., "Título III del TRLGDCU, Contratos a distancia", en REBOLLO PUIG, M y IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.): *La Defensa de los Consumidores y Usuarios*, lustel, Madrid, 2011, pág. 1519: "Se trata además, de plazos de caducidad, al ser éste el criterio normalmente empleado para el ejercicio de los derechos potestativos o facultades de configuración o modificación de situaciones jurídicas; de modo que su transcurso provoca automáticamente la extinción del derecho, que es apreciable de oficio"; BELUCHE RINCON, I., *El derecho de desistimiento...*, *op.cit.*, pág. 66. "El *dies a*

aclara GARCÍA VICENTE: “La argumentación sobre la consideración de estos plazos como de caducidad es relevante en la medida en que no se ha establecido expresamente. Las razones para considerar al plazo como de “caducidad” no podrán fundarse, por tanto, en un inexistente criterio general de asignación ni tampoco en el recurso a la categoría discutida de derechos potestativos o de configuración jurídica. Deberán remitirse en primer lugar, a lo que pueda deducirse de la finalidad del plazo y así el elemento temporal configura el propio derecho. El afán reiterado del legislador es acotar temporalmente un derecho que afecta a la subsistencia del vínculo. En segundo lugar, habrá que atenerse a su régimen jurídico, sobre todo si se extingue el derecho por el transcurso del plazo [...]”<sup>52</sup>.

Visto lo anterior podemos señalar, en consecuencia, que el desistimiento se presenta como una facultad de duración limitada y caducable, por lo que, transcurrido el plazo de ejercicio sin desistir, decaerá la posibilidad de hacerlo: la facultad se habrá extinguido<sup>53</sup>. De esta manera, si el consumidor no ejercita el desistimiento en el plazo que se le otorga, ya sea legal, o contractualmente, su derecho caduca, es decir, se pierde por el simple transcurso del tiempo, siendo indiferente la inactividad o actividad de éste<sup>54</sup>.

Cabe aclarar que aunque la DDC habla de un plazo de “prescripción” de doce meses<sup>55</sup> y el TRLGDCU considera que “*el periodo de*

---

*quo* de este periodo de 7 días —de caducidad: la inactividad del consumidor operara *ipso iure* la extinción del derecho, que será apreciable de oficio [...]; ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *El desistimiento unilateral...*, *op.cit.*, pág. 131: “La utilización del derecho a retractarse «deshace» el consentimiento del consumidor, provocando la frustración del propio contrato. El ejercicio de este derecho es el catalizador que provoca la extinción. El contrato, que ya era perfecto porque se suponía que se cumplían las condiciones para su validez en el momento del intercambio de la oferta y la aceptación, no es nulo y sin valor, sencillamente caduca”.

<sup>52</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 861.

<sup>53</sup> ARNAU RAVENTÓS, L., “El plazo para desistir en los contratos con consumidores”, *ADC*, Vol. LXIV, 2011, pág. 168.

<sup>54</sup> *Vid.* CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones...*, *op.cit.*, pág. 63.

<sup>55</sup> *Vid.* Exposición de Motivos de la DDC en su punto número 43: “*Si el comerciante no ha informado adecuadamente al consumidor antes de la celebración de un contrato a distancia o fuera del establecimiento, debe ampliarse el plazo de desistimiento. Sin*

*desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial*”, cuando el empresario incumpla con los deberes precontractuales de información y en particular con el de informar sobre el derecho de desistimiento, tal plazo es nuevamente de caducidad con consonancia con la cualidad atribuida al plazo original de 14 días. La confusión surge nuevamente debido a la falta de rigor técnico que existe a nivel comunitario y nacional a la hora de elaborar normas y en el caso de terminología imprecisa, como prueba muchas veces la traducción de las Directivas de consumo al idioma español, que no es la adecuada o, al menos, la mejor posible<sup>56</sup>.

### **4.3. Forma y prueba del ejercicio del derecho de desistimiento**

Tal y como vimos, una de las características del desistimiento del consumidor es su libertad de forma para ejercitarlo, aunque debe aclararse que una cosa es su admisión en cualquier forma para emitir la declaración de voluntad para desistir, y otra probar que tal derecho se ha ejercitado en tiempo y forma<sup>57</sup>. En este sentido, el artículo 106.2 TRLGDCU aclara: *“El consumidor y usuario habrá ejercido su derecho de desistimiento dentro del plazo contemplado en el artículo 104 y en el artículo 105, cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo. Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento”*. Además, la carga

---

*embargo, para garantizar la seguridad jurídica en lo que respecta a la duración del periodo de desistimiento, conviene introducir un plazo de prescripción de 12 meses”*.

<sup>56</sup> Vid. DÍAZ ALABAR, quien aclara que: “en lo tocante a la naturaleza de este nuevo plazo habrá que entender que al igual que el original de 14 días es de caducidad, en el sentido de que el periodo máximo para desistir es de 12 meses, tal como señala el art. 10.1, sin que sea posible que se interrumpa. No obstante en el Considerando 43 de la Exposición de Motivos de la Directiva se dice que, “para garantizar la seguridad jurídica en lo que respecta a la duración del periodo de desistimiento, conviene introducir un plazo de prescripción de 13 meses”. Es claro que el término “prescripción” no se emplea correctamente aquí, ya que el régimen establecido para ese plazo no es de prescripción”. (DÍAZ ALABAR, S., “Algunas reflexiones sobre el derecho de desistimiento de los consumidores en la directiva 2011/83”, en JIMÉNEZ LIÉBANA, D., (Coord.): *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 328-329).

<sup>57</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentarios a los artículos 68-79 TRLGDCU...”, *op.cit.*, pág. 633.

de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento recaerá en el consumidor y usuario (art. 106.4 TRLGDCU).

En relación con lo que venimos comentando, para facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento el artículo 106.3 TRLGDCU señala: “*El empresario podrá ofrecer al consumidor y usuario, además de las posibilidades contempladas en el apartado 1, la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo B, o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del empresario. En tales casos, el empresario comunicará sin demora al consumidor y usuario en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento*”. De esta manera, se adopta la teoría de la expedición matizada por la teoría de la recepción, para el caso del ejercicio del derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica, aumentándose la protección del consumidor.

Por otra parte, la forma como medio es una manera de proteger los intereses de los consumidores, la cual desempeña las siguientes funciones en los contratos de consumo: función *informativa preventiva* es la que aparece en el documento contractual; la función *integradora*, tiene como finalidad evitar que la información se comunique de una manera equívoca, y la función *probatoria*, que como su nombre indica, sirve a la justificación documental de la celebración del contrato en caso de acudir a la vía procesal por incumplimiento del empresario<sup>58</sup>.

El origen normativo de la forma y prueba del ejercicio del derecho de desistimiento lo encontramos en el artículo 70 TRLGDCU, el cual tiene como antecedentes el artículo 44.2 LOCM y el artículo 5 de la *Ley 26/1991, de 20 de noviembre de contratos celebrados fuera del establecimiento comercial*. Asimismo, el numeral 4.2 del *RD 1906/1999*, aclaraba que el ejercicio del derecho de resolución no estaba sujeto a formalidad alguna. Por lo que toca a nuestro objeto de estudio, debemos tener presente lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la LSSI, que regulan la validez y prueba de los contratos por vía electrónica. Sin embargo, creemos que aunque la libertad de forma impera en materia de

---

<sup>58</sup> MARTÍN BRICEÑO, M. R., “La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato”, *AC*, núm. 1, 2001, págs. 1975-1985.

derecho de desistimiento, es necesario dejar constancia del acto y de la fecha de su ejercicio<sup>59</sup>. Por ejemplo, a través de un correo electrónico, o el acuse de recibo postal mediante el cual se devuelven los bienes; además, las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que se consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar (art. 25 LSSI).

A continuación, pasaremos a ver las diferentes formas en que el consumidor puede ejercer su derecho de desistimiento.

La declaración de voluntad de desistir del contrato debe emitirse tempestivamente de acuerdo con las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico. Como vimos líneas atrás, una de las características del derecho de desistimiento es su carácter recepticio, razón por la cual, el consumidor se lo debe hacer saber a la otra parte, en este caso al empresario, ya que a él le corresponde la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento (arts. 72 y 106.4 del TRLGDCU). De esta manera, se aconseja que la forma elegida por éste pueda ser probada por cualquiera de los medios admitidos en Derecho<sup>60</sup>.

Hay que tener presente que los artículos 69.1 y 97.1.i TRLGDCU exigen al empresario otorgar al consumidor un documento de desistimiento, en donde se exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse, así como los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere<sup>61</sup>. En esta línea, la jurisprudencia a nivel

---

<sup>59</sup> La actual *Directiva de Crédito al Consumo 2008/48/CE*, siguiendo la línea de la Directiva de servicios financieros a distancia, en su artículo 14. 3 a) declara: “*para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, notificárselo al prestamista ateniéndose a la información facilitada por este último de acuerdo con el artículo 10, apartado 2, letra p), por medios que puedan ser probados de conformidad con la legislación nacional. Se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuado mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él (...)*”. En el mismo sentido se pronuncia la Directiva de consumidores, que también prevé el soporte duradero para ejercer el derecho de desistimiento en los contratos a distancia, no obstante, en la exposición de motivos en su punto 20 aclara que en la definición de contratos a distancia debería tenerse en cuenta medios, como el correo, el internet, teléfono o fax.

<sup>60</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentarios a los artículos 68-79 TRLGDCU...”, *op.cit.*, pág. 636.

<sup>61</sup> Vid. PASQUAU LIAÑO, M., “El deber de información sobre el derecho de desistimiento”, en CARRASCO PERERA, Á., (Dir.): *Tratado de la Compraventa, Tomo I, Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 575, para este



nacional no ha sido pacífica: algunas sentencias han considerado que no basta con que se haga mención al desistimiento en el contrato, sino que se debe entregar un documento aparte<sup>62</sup>; en cambio otras han considerado que basta con que en el contrato se especifique de manera clara la facultad de desistir del contrato<sup>63</sup>.

De igual manera, el consumidor puede desistir de forma expresa, esto es, enviando el documento de desistimiento al empresario, pues así se manifiesta en el segundo inciso del artículo 70 TRLGDCU “*en todo caso se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento*”. Los artículos 70 y 106.1 *in fine* TRLGDCU se puede desistir del contrato por declaración inequívoca o actos concluyentes, como la devolución del producto. En realidad, tal devolución más que forma de ejercicio de un derecho es una consecuencia del desistimiento en si, pero en la Ley se equipara a una declaración de voluntad presunta<sup>64</sup>. El supuesto comentado sólo es aplicable a los contratos relativos a la entrega de cosas, por lo tanto se considera inapropiado para los contratos relativos a la prestación de servicios<sup>65</sup>. Por

---

autor, “el vendedor debe informar cabalmente al comprador consumidor, antes de la perfección del contrato, y en el mismo documento contractual, de su derecho de desistimiento, de las condiciones de su ejercicio, y de las consecuencias del mismo (art. 60.2 g, 69, 97 y 111.2 TRLGDCU, y 6.1.h y 8.7 Directiva 2011). Es una información relativa no al objeto del contrato, sino al contenido de derechos y obligaciones”.

<sup>62</sup> Vid. SAP Barcelona 23-6-1998 (AC 1998/1334); SAP Madrid 3-2-1999 (AC 1999/3488); SAP Barcelona 17-4-2000 (JUR 2000/209231).

<sup>63</sup> Vid. SAP Navarra 4-2-2003 (JUR 2003/76130); SAP Tarragona 24-9-2003 (JUR 2003/258202); SAP Zamora 21-3-2006 (JUR 2006/126781).

<sup>64</sup> Vid, en este sentido DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentarios a los artículos 68-79 TRLGDCU...”, *op.cit.*, pág. 636. “[...] si se considera suficiente el envío de las mercancías, después de terminado el plazo, cuando con anterioridad se realizaron actos que, valorados conjuntamente, ponen de relieve la voluntad de desistir. En este sentido, en la SAP Toledo 20.2.2000 se afirma: el consumidor “ha desplegado la actividad adecuada para acreditar que por medio de comunicación telefónica contactó con la persona (en su calidad de agente) intervino) en la celebración del contrato y posteriormente lo hizo llamando al teléfono facilitado por aquél (...) dentro del plazo de siete días hábiles siguientes a la celebración del contrato”.

<sup>65</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles...”, *op.cit.*, pág. 611. Precisa dos aspectos: a) “la Ley prevé la entrega al comprador en el momento de ejecución del contrato de un documento que la propia ley llama desistimiento revocación. Éste es, con toda probabilidad, el modo más fácil de ejercitar el derecho de desistimiento: basta con estampar la firma y enviar el documento dentro del plazo legal para desligarse de la relación contractual (si el documento es electrónico la firma estampada deberá ser, lógicamente, electrónica). Ahora bien es conveniente que el envío se realice con acuse de recibo. Procediendo de este modo se evitarán futuro conflictos, al tiempo que se dispondrá de un eficaz medio de prueba para demostrar el ejercicio temporáneo del derecho. B) de otra parte, la que se instrumentaliza a través de la devolución de las mercancías recibidas. Se trata de una

otra parte, el consumidor tiene la obligación de devolver la totalidad de los productos recibidos, de lo contrario si todavía conserva algunos en su poder, se entiende que no ha desistido del contrato<sup>66</sup>. Lo mismo ocurre cuando el consumidor se niega a recoger los bienes en la Oficina de Correos y no desiste por cualquier medio admitido en Derecho. Tampoco se considera acto concluyente la falta de pago deliberada de productos o servicios<sup>67</sup>. En este punto, es necesario aclarar que la doctrina ha señalado que el rehúse a recibir las mercancías no puede equipararse a la devolución del bien, debido a que el rehúse es “no recepción”, y por consiguiente rechazo sucesivo<sup>68</sup>. Por el contrario, se considera un verdadero desistimiento que el consumidor desista expresamente por cualquier medio y *como consecuencia de ello* se niegue a recoger los bienes<sup>69</sup>. A nivel comunitario, tanto el MCFR como el ACQUIS prevén la devolución del objeto del contrato como un desistimiento tácito<sup>70</sup>.

En la práctica algunas empresas que se dedican al comercio electrónico, admiten la devolución de los bienes como una forma de ejercitar el derecho de desistimiento<sup>71</sup>, aplicando diferentes criterios en la

---

forma tácita (*inferred agreement*) de ejercitar el desistimiento por cuanto la devolución de la mercancía es, a todas luces, un acto concluyente inequívoco (*facta concludentia*) de que se quiere poner fin a la relación comercial. Obviamente, esta manifestación concluyente del ejercicio del derecho de desistimiento sólo es aplicable a los contratos relativos a la entrega de cosas, ya que se convendrá en considerarla del todo inapropiada para los contratos relativos a la prestación de servicios”.

<sup>66</sup> Vid. SAP Murcia 3-11-2006 (JUR 2006/285041). La devolución de los productos lleva en sí su envío al empresario, vid. SAP Ávila 10-6-2003 (JUR 2004/54994); SAP Tarragona 20-10-2000 (AC 2000/2562); SAP Barcelona 22-3-2000 (JUR 2000/189197).

<sup>67</sup> Vid. SAP Alicante 21-3-2006 (JUR 2006/193679).

<sup>68</sup> Vid. GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de contratos fuera...*, op.cit., pág. 185, nota al pie núm. 144.

<sup>69</sup> Vid. SAP Huelva 1-4-2004 (JUR 2004/200682).

<sup>70</sup> Cfr. Artículo 5:102, ACQP y II.- 5:102, MCFR y artículo II.-5:104: Adequate notification of the right to withdraw (MCFR)

*An adequate notification of the right is appropriately brought to the entitled party's attention, and that the notification provides, in textual form on a durable medium and in clear and comprehensible language, information about how the right may be exercised, the withdrawal period, and the name and address of the person to whom the withdrawal is to be communicated.*

<sup>71</sup> El Corte Inglés dentro de sus condiciones generales de la contratación señala lo siguiente: “Los artículos adquiridos por internet pueden ser devueltos gratuitamente en cualquiera de nuestros centros comerciales. El producto debe acompañarse del talón de venta que se envía junto al pedido. También pueden realizarse las devoluciones comunicándolo por e-mail o por teléfono (clientes@elcorteingles.es - 902 119 368). Nosotros acudiremos a recoger el artículo”. Referencia tomada en: <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp>. [Con acceso el 2-VII-2014].

recepción de estos<sup>72</sup>. No obstante, existen empresas, las cuales imponen al consumidor una serie de requisitos, si éste quiere devolver el producto. Por ejemplo, la empresa BAROLI dedicada a la venta de relojes de pulsera, aclara dentro de sus condiciones generales lo siguiente:

“Si no queda satisfecho con los productos adquiridos en BAROLIES, los podrá devolver en un plazo máximo de 30 días contados a partir del siguiente al que fue recibido. . Las devoluciones deberá enviarlas a portes pagados, con la mercancía en perfecto estado, junto con el envase original y con

---

En términos parecidos se pronuncia la tienda ZARA, la cual se dedica a la venta de ropa: “La forma más sencilla de devolver un artículo es en una de nuestras tiendas Zara o Kiddys Class (siempre y cuando sea del mismo país desde el que se realizó la compra). Las prendas tienen que estar en perfecto estado y con su correspondiente ticket. Para localizar tu tienda más cercana, visita nuestro localizador de tiendas. No se podrán devolver ni cambiar los artículos de ropa interior, excepto los de la sección de bebé tallados de 0 a 36 meses. Las fragancias deben ser devueltas en el mismo envoltorio original, precintado”.

La devolución de una Tarjeta Regalo se hace vía Zara.com sin necesidad de enviarla. Referencia tomada en: <https://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/ShopCartPage?calculationUsageId=-1&updatePrices=1&catalogId=24052&orderId=.&langId=-5&storeId=10701&URL=ShopCartPage>. [Con acceso el 2-VII-2014].

<sup>72</sup> Por ejemplo, la página web del Corte Inglés cuando aclara: Los artículos ofrecidos en nuestras tiendas están avalados por importantes firmas comerciales. Ofrecer la máxima calidad y la mejor garantía es nuestro compromiso con nuestros clientes. Si cuando reciba su pedido no queda satisfecho, tiene un plazo de siete (14) días naturales, a contar desde la fecha de recepción para ejecutar el derecho de devolución, sin penalización de ninguna clase. Referencia tomada, en: [http://www.elcorteingles.es/informacion/comercio\\_electronico/devolver.asp#Anchor-49575](http://www.elcorteingles.es/informacion/comercio_electronico/devolver.asp#Anchor-49575). [Con acceso el 29-VI-2014]. En cambio la tienda de ropa ZARA es más específica al ofrecer las siguientes opciones por lo que se refiere a la devolución de productos: 1.- Podrá devolvernos los productos en cualquiera de nuestras tiendas ZARA de España que dispongan de la misma sección de la mercancía que se desea devolver. En este caso, deberá acudir a cualquiera de dichas tiendas y entregar junto con el artículo el documento para la devolución (en adelante “tique”) que habrá recibido en el momento de la entrega del producto debidamente cumplimentado. 2.- Devoluciones a través de mensajero/Courier Debe ponerse en contacto con nosotros a través de nuestra solicitud de devolución para que podamos organizar la recogida en su domicilio. Deberá entregar la mercancía en el mismo paquete en que la recibió, siguiendo las instrucciones que encontrará en el apartado “DEVOLUCIONES” en esta página web. Referencia tomada en: <http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/TermsAndConditionsView?catalogId=24052&langId=-5&storeId=10701>. [Con acceso el 2-VII-2014]. La tienda Amazon prevé lo siguiente cuando el consumidor ejerce su derecho de desistimiento y tiene que devolver el producto:

La tienda de Martina, la cual se dedica a la venta de juguetes *on line*, amplía a un año la devolución de los productos, mejorando el derecho de desistimiento cuando aclara:

Como ejercer su derecho al Desistimiento y Devoluciones

Estimad@ cliente, si usted no está conforme con el/los productos adquiridos, ya los tenía, se ha confundido en su compra o simplemente no los quiere, si aún no lo ha abierto y conserva su embalaje original, sólo tiene que seguir los siguientes pasos: [...] Avísenos antes de 1 año desde que recibió el producto [...]. Referencia tomada en: <http://www.demartina.com/condiciones-generales-venta-n-116.html>. [Con acceso el 29-VI-2014].

toda la documentación que acompaña al reloj a la siguiente dirección: BAROLI, S.L. C/ Gabriel Lobo, nº 7, 28002 Madrid”.

“De acuerdo con la ley del 15/1/96 número 7/1996 no se admitirán devoluciones que no vengan en su embalaje original y con el producto en perfecto estado”<sup>73</sup>.

Como podemos observar, la empresa impone al consumidor cargas, las cuales pueden limitar el ejercicio del derecho de desistimiento, por lo tanto, la cláusula comentada puede ser considerada abusiva, aunque cabe aclarar también, que depende ante qué tipo de desistimiento nos encontremos (legal o contractual). En el desistimiento contractual más allá de lo previsto legalmente, el empresario puede exigirle al consumidor el motivo de la devolución, el embalaje del producto, así como gastos de devolución y tales cláusulas no se considerarán abusivas (art. 79 TRLGDCU)<sup>74</sup>.

Por otra parte, dentro de la doctrina hay quienes equiparan como un acto concluyente en materia de derecho de desistimiento, la petición de la anulación del cargo cuando el pago se realizó mediante tarjeta<sup>75</sup>. Sin embargo, no estamos de acuerdo con tal postura, debido a que el consumidor sólo puede solicitar la anulación del cargo de la tarjeta como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento<sup>76</sup>, tal y como se deduce de la lectura del segundo punto del artículo 112.2 TRLGDCU, el cual aclara: *“Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario 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”*. Asimismo, la mayor parte de la doctrina está de acuerdo en que la petición de la anulación del cargo de la

---

<sup>73</sup> Referencia tomada en: <http://www.baroli.es/ayuda/ayuda.php>. [Con acceso el 3-VII-2014].

<sup>74</sup> *Vid. supra*, 2.2.4.

<sup>75</sup> *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 720.

<sup>76</sup> *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentarios a los artículos 68-79 TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 637.

tarjeta como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento no es indebida<sup>77</sup>.

Otra de las formas de ejercer el derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica es comunicarlo a través de correo electrónico, práctica muy difundida entre las empresas que se dedican al comercio electrónico<sup>78</sup>. También el consumidor puede desistir del contrato por medio de una llamada telefónica; sin embargo, como vimos la AP de Asturias<sup>79</sup> entendió que el consumidor no ejerció su derecho de desistimiento cuando realizó una llamada a la empresa con la que contrató, al no haber prueba documental que lo respaldara<sup>80</sup>, por lo que, se le condenó al pago del producto.

No obstante, el consumidor debe seguir siendo libre de desistir del contrato empleando sus propios términos, siempre que su declaración de que quiere desistir del contrato se dirija al comerciante y sea inequívoca. Por ejemplo, una carta, la devolución de los bienes acompañados de una declaración clara de desistimiento, o una llamada telefónica. No obstante, esta última forma de desistir presenta problemas de prueba a la hora de alegarse en un juicio, por lo tanto, es necesario que el consumidor anexe un documento, en donde quede constancia del ejercicio del derecho de desistimiento.

Relacionando lo anterior es importante tener en cuenta la opinión de el TJCE en el asunto C-423/97, *Travel Vac SL*, de 22 de abril de 1999, el cual ha declarado que el ejercicio del derecho de desistimiento puede

---

<sup>77</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...", *op.cit.*, pág. 730; MARÍN LÓPEZ, J. J., "Comentario al artículo 46 LOCM", en *Arimany manubens y Asociados: Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, pág. 343; PANIZA FULLANA, A., *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, 2003, pág. 319.

<sup>78</sup> Vid. [http://www.elcorteingles.es/informacion/comercio\\_electronico/devolver.asp#Anchor-49575](http://www.elcorteingles.es/informacion/comercio_electronico/devolver.asp#Anchor-49575). [Con acceso el 29-VI-2014]; [www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/TermsAndConditionsView?catalogId=24052&langId=-5&storeId=10701](http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/TermsAndConditionsView?catalogId=24052&langId=-5&storeId=10701). [Con acceso el 29-IV-2013]; [http://www.demartina.com/tienda-playmobil-c-73\\_21.html?gclid=CNut55f7\\_LYCFSXLTaodBA4Ahw](http://www.demartina.com/tienda-playmobil-c-73_21.html?gclid=CNut55f7_LYCFSXLTaodBA4Ahw). [Con acceso el 29-IV-2013].

<sup>79</sup> Vid. SAP Asturias, núm. 117/2012 de 23 de marzo (JUR 2012\131344).

<sup>80</sup> Cfr. GARCÍA VICENTE, J. R., "Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU...", *op.cit.* pág. 855.

ejercerse de manera libre, *pues no se encuentra sujeto a formalidad alguna*<sup>81</sup>.

Aunque habría que aclarar que tampoco se le puede exigir al consumidor una prueba que haga casi imposible su derecho de desistimiento. Como destaca la sentencia comentada en su punto 48:

*“La Comisión señala que la Directiva 85/577 no prescribe la forma o modalidades en las que debe formularse la notificación prevista en el apartado 1 del artículo 5 de dicha Directiva. Habida cuenta de su carácter protector, la Comisión estima que esta disposición es merecedora de una interpretación amplia 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 comuniquen al comerciante dentro del plazo y de forma manifiesta”.*

Incluso más adelante en la misma sentencia en el punto número 50 se aclara lo siguiente:

*“La Directiva 85/577 no se opone a que un Estado miembro adopte una normativa por la que la notificación de la resolución ni está sujeta a ningún requisito de forma, permitiendo, de este modo, que la notificación consista, en particular, en actos inequívocos. En efecto, habida cuenta del objetivo de esta Directiva de proteger al consumidor, un Estado miembro puede adoptar precisamente tales disposiciones para facilitar al consumidor el ejercicio de su derecho de renuncia”.*

Una vez vistas las diferentes formas de ejercer el derecho de desistimiento, nos damos cuenta de que el problema de algunas es la prueba, ya que le corresponde al consumidor y, por lo tanto, a él más que a nadie le interesa que quede constancia. Para combatir esta problemática el legislador europeo, a través de la DDC recoge un **formulario de desistimiento**, el cual es recogido a nivel nacional por el TRLGDCU<sup>82</sup>, simplificándose el proceso para poder ejercitarlo, tal y como

---

<sup>81</sup> Vid. Texto completo de la Sentencia, en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0423:ES:HTML>. [Con acceso el 15-XII-2009]. Especialmente *cfr.*, cuestión 5 puntos 44 y 45. Vid. También, la opinión de los siguientes autores que concuerdan con el principio de libertad de forma en cuanto al ejercicio del derecho de desistimiento: ARROYO APARICIO, A., *Los Contratos a distancia...*, *op.cit.*, págs. 323-325; MARIMÓN DURA, R., “La banca electrónica en el marco de la regulación de la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores”, en COTINO HUESO, L., (Coord.): *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 568-569, especialmente nota al pie núm. 1077.

<sup>82</sup> Vid. Anexo I de la DDC, en donde se establece el formulario para el derecho de desistimiento, el cual aclara: “Para ejercer el derecho de desistimiento, deberá usted

señala el artículo 106.1 TRLGDCU: “Antes de que venza el plazo de desistimiento, el consumidor y usuario comunicará al empresario su decisión de desistir del contrato. A tal efecto, el consumidor y usuario podrá utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo B de esta ley; o bien realizar otro tipo de declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato”. Para el caso de que se diera el supuesto comentado, el “el empresario comunicará sin demora al consumidor y usuario en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento” (art. 106.3 TRLGDCU). En esta línea MARTÍN BRICEÑO sostiene que el documento de desistimiento cumple, entre otras funciones, la de facilitar su ejercicio<sup>83</sup>.

Esta previsión tendrá una repercusión de gran calado a nivel comunitario, debido a que al día de hoy en la práctica, tal y como quedó visto en el epígrafe anterior algunas de las empresas que ofrecen sus productos, a través del comercio electrónico no implementan un formulario de desistimiento en sus páginas webs, e incluso algunas lo implementan, pero de manera incompleta. Además como aclara la Exposición de Motivos de la DDC en su punto 45:

*“Como la experiencia muestra que numerosos consumidores y comerciantes prefieren comunicarse a través del sitio web del comerciante, este último debe tener la posibilidad de ofrecer al consumidor la opción de cumplimentar un formulario de desistimiento en línea. En este caso, el comerciante debe proporcionar un acuse de recibo, por ejemplo, por correo electrónico sin demora”.*

En la PDDC del año 2008 en su Exposición de Motivos (punto 28) aclaraba lo siguiente:

---

notificarnos su decisión de desistir del contrato a través de una declaración inequívoca (por ejemplo, una carta enviada por correo postal, fax o correo electrónico). Podrá utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura a continuación, aunque su uso no es obligatorio”. En la misma línea se pronuncia el Anexo V de la *Directiva 122/2008, de tiempo compartido* al declarar: “para ejercer el derecho de desistimiento, el consumidor lo notificará al comerciante mediante un soporte duradero (por ejemplo, una carta enviada por correo postal o un correo electrónico), al nombre y la dirección que se indican a continuación. El consumidor podrá utilizar el presente formulario, aunque no es obligatorio”. A nivel nacional la Ley de Consumidores por la que se transpone la DDC, también prevé un formulario de desistimiento en los anexos A) y B) del TRLGDCU.

<sup>83</sup> MARTÍN BRICEÑO, M. R., “La protección de los intereses del consumidor...,” *op.cit.*, pág. 1982.

*“Las diferentes modalidades de ejercicio del derecho de desistimiento existentes en los Estados miembros han ocasionado costes a las empresas que realizan ventas transfronterizas. La introducción de un modelo de formulario de desistimiento armonizado para el consumidor debe simplificar el proceso de desistimiento y aportar seguridad jurídica. Por estas razones, los Estados miembros deben abstenerse de añadir requisitos de presentación del formulario normalizado en la Unión, por ejemplo en cuanto al tamaño de letra. Al utilizar el modelo de instrucciones sobre el ejercicio del derecho de desistimiento reproducido en el anexo I, letra A, la empresa cumplirá asimismo los requisitos de información para los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento”.*

En términos parecidos se expresa el punto 44 de la Exposición de Motivos de la actual DDC.

El formulario comentado establece una serie de cláusulas, las cuales, la gran mayoría, se regulan expresamente en el articulado de la DDC y el TRLGDCU, por lo tanto, remitimos a los epígrafes correspondientes, con el fin de no repetir los comentarios que hemos hecho y que haremos a lo largo del presente Capítulo. En la primera parte del formulario se establecen los cómputos de los plazos, los cuales varían, dependiendo del tipo de contrato ante el que nos encontremos (bienes, servicios o mixtos). Asimismo se especifican las obligaciones de las partes, para el caso de que el consumidor decida ejercer el derecho de desistimiento. Otra de las novedades que ofrece este documento es que se puede rellenar electrónicamente, a través de la página *web* del comerciante y enviar la comunicación de desistimiento (*cfr.*, art. 106.3 TRLGDCU), ante lo cual, la empresa tiene la obligación de comunicar al consumidor sin demora indebida, a través de un correo electrónico la recepción de dicho desistimiento.

Para el caso de devolución de los bienes que se contraten a distancia, y estos últimos, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, se aclara que el consumidor deberá asumir el coste directo de devolución de los bienes. Tal previsión se encontraba ya prevista en la *Directiva 97/7/CE* (art. 6). En cambio, en un contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil, respecto de los bienes que por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo y se



hayan entregado ya en el domicilio del consumidor en el momento de celebrarse el contrato, el empresario deberá asumir tales costes.

Sin embargo, para la prestación de servicios o para el suministro de aguas, gas, electricidad cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, o calefacción mediante sistemas urbanos, prevé el formulario la siguiente cláusula: *“Si usted ha solicitado que la prestación de servicios o el suministro de agua/gas/electricidad/calefacción mediante sistemas urbanos [suprímase lo que no proceda de comienzo durante el periodo de desistimiento, nos abonará un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que nos haya comunicado su desistimiento, en relación con el objeto del contrato”*. Esta cláusula implicó una novedad en el ordenamiento jurídico español, debido a que no existía una previsión similar en el TRLGDCU (arts. 68-79), hasta antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores del año 2014 (art. 106.6 TRLGDCU).

Estamos de acuerdo con este formulario de desistimiento, no obstante, en nuestra opinión, el documento comentado se encuentra incompleto, pues no aclara qué sucede para el caso de los contratos complementarios en caso de desistimiento. Hubiera sido recomendable, que se dejara a los Estados miembros, la posibilidad de adaptar requisitos no previstos, como las consecuencias del desistimiento en los contratos vinculados. Aunque con el principio de armonización plena, se impide añadir legalmente requisitos al formulario comentado.

Por lo que concierne a la entrega del formulario de desistimiento no es obligatorio que el empresario utilice el establecido en el Anexo B del TRLGDCU, como se deduce de la lectura del artículo 97.4 TRLGDCU. De esta manera, las empresas pueden añadir requisitos al formulario, siempre y cuando no afecten los derechos legales del consumidor. No obstante, tal y como quedó visto en el epígrafe anterior, cuando analizábamos las consecuencias del incumplimiento del deber de información sobre el plazo del derecho de desistimiento, algunas de las empresas que tomamos como referencia no entregan un formulario de desistimiento independiente de las condiciones generales. En cambio, otras sí que lo contemplan dentro de sus condiciones de venta, pero de

una manera incompleta, debido a que no cumplen con la normativa, ya sea, porque resulta incompleto al no prever el plazo (legal o contractual) en el cual el consumidor pueda ejercer el derecho de desistimiento, o contienen cláusulas abusivas que inducen al consumidor a no ejercer su derecho que le asiste (p. ej., indicar el motivo por el cual se desiste).

En nuestra opinión, una solución a la problemática comentada sería que las empresas que no otorgan un formulario de desistimiento, anexaran un PDF a sus condiciones generales, en donde se contenga de manera detallada la información relativa al ejercicio del derecho de desistimiento (art. 97.1 i TRLGDCU); y para aquellas que lo prevén de una manera incompleta, deberían agregarle cláusulas que cumplan con la normativa. En este sentido, es necesario hacer la siguiente aclaración: algunas empresas como Amazon o Zara a las que nos hemos referido a lo largo del presente Trabajo, distinguen entre el derecho legal y el derecho contractual de desistimiento dentro de sus condiciones generales, más no ocurre lo mismo en lo que respecta al documento de desistimiento, motivo por el cual, deberían hacerlo al momento de entregarle al consumidor el *formulario de desistimiento*, con el fin de que éste pudiera distinguir claramente entre los derechos que la normativa le otorga y los derechos contractuales, los cuales muchas de las veces como hemos señalado, mejoran la protección del consumidor (p. ej., el plazo de 14 días legales, en algunas de las empresas mencionadas se amplía hasta 30 días).

En relación con lo dicho, debemos aclarar que ni la DDC ni el TRLGDCU se pronuncian sobre el supuesto en que el formulario no se entregue junto con las condiciones generales, o se entregue al consumidor de una manera incompleta, es decir, no reúna los requisitos esenciales que la Ley exige (p. ej., no se prevea el plazo legal o contractual, o se omita la dirección a quien deba dirigirse para que surta efecto). Si se diera el caso de que el empresario no entregara las condiciones generales, incluyendo el formulario de desistimiento, el consumidor tiene dos opciones: (1) puede pedir la anulabilidad del contrato (art. 100.1 TRLGDCU) o (2) ejercer el derecho de desistimiento durante el plazo de un año (art. 105.1 TRLGDCU). Por el contrario, si el

empresario no entregara el formulario de desistimiento, o lo entregará, pero de manera defectuosa, es decir, de manera incompleta de modo que imposibilitare su ejercicio, el consumidor en este caso, sólo podría ejercer su derecho de desistimiento en el plazo de doce meses a partir de la entrega del bien, o en el caso de los servicios a partir de la celebración del contrato (art. 105 TRLGDCU). No obstante, si el empresario entregará la información relativa al derecho de desistimiento durante el periodo de los doce meses, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor y usuario reciba la información (art. 105.2 TRLGDCU).

#### 4.4. Excepciones al derecho de desistimiento

El legislador comunitario y nacional han previsto una serie de excepciones a las cuales no será de aplicación el derecho de desistimiento<sup>84</sup>. A continuación pasamos a comentar cada uno de los supuestos (art. 103 TRLGDCU)<sup>85</sup>:

---

<sup>84</sup> *Vid.*, por todos: ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup> .D. A., “Ámbito y excepciones del desistimiento en el TRLCU y en la Directiva 83/2011” en CARRASCO PERERA, Á (Dir.): *Tratado de la Compraventa, Tomo I, Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 567-571. A nivel comunitario el MCFR prevé una serie de excepciones a las cuales no se aplicara el derecho de desistimiento, *vid.*, section 2: particular rights of withdrawal

“II.-5:201: contracts negotiated away from business premises

[...] (3) If the business has exclusively used means of distance communication for concluding the contract is for:

- (a) *the supply of accommodation, transport, catering or leisure services, where the business undertakes, when the contract is concluded, to supply these services on a specific date or within a specific period;*
- (b) *the supply or services other than financial services if performance has begun, at the consumer’s express and informed request before the end of the withdrawal period referred to in II.-5.-103 (withdrawal period) paragraph (1);*
- (c) *the supply of goods made to the consumer’s specifications or clearly personalized or which, by reason of their nature, cannot be returned or are liable to deteriorate or expire rapidly;*
- (d) *the supply of audio or video recording or computer software (i) which were unsealed by the consumer, or (ii) which can be downloaded or reproduced for permanent use, in case of supply by electronic means;*
- (e) *the supply of newspapers, periodicals and magazines;*
- (f) *Gaming and lottery services.*

(4) *with regard to financial services, paragraph (1) also does not apply to contracts that have been fully performed by both parties, at the consumer’s express request, before the consumer exercises his or her right of withdrawal*”. Estas mismas excepciones se prevén en el ACQP, en su artículo 5:201 (a).

<sup>85</sup> Asimismo, el CESL en su artículo 42 prevé todas las excepciones previstas en el artículo 16 de la DDC y el artículo 103 del TRLGDCU.

a) *“La prestación de servicios, una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y con el reconocimiento por su parte de que es consciente de que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el empresario, habrá perdido su derecho de desistimiento”*

Como es sabido por todos, los servicios una vez ejecutados no pueden ser devueltos, razón por la cual si se admitiera el desistimiento, se vería incrementado el patrimonio del cliente en perjuicio del empresario<sup>86</sup>. Además, con este tipo de excepción se establece la posibilidad de que los servicios se presten con la rapidez que demanda el mercado, decayendo el derecho de desistimiento del consumidor<sup>87</sup>. No obstante, en caso de no ser informado el consumidor de su derecho de desistimiento y éste lo ejerciera, aún cuando parte o todo el servicio se hubiera ejecutado, éste no tiene la obligación de asumir ningún coste por los servicios prestados. Tal interpretación es la que sigue el actual TRLGDCU (art. 108.4-2.b-1). En la misma línea se manifiesta el artículo 14.4 de la DDC y el artículo 7.3 de la *Directiva 2002/65/CE*, el cual lleva por título, *“pago del servicio prestado antes de la rescisión”*, aclarando:

*“[...] 3. El proveedor no podrá exigir pago alguno del consumidor a tenor del apartado 1 a menos que pueda demostrar que el consumidor ha sido debidamente informado del importe adeudado, de conformidad con la letra a) del punto 3 del apartado 1 del artículo 3. Sin embargo, no podrá en ningún caso exigir dicho pago en caso de que haya iniciado la ejecución del contrato antes de expirar el periodo de rescisión que establece el apartado 1 del artículo 6 sin que el consumidor lo haya solicitado previamente”.*

Como podemos observar, la regulación de esta previsión no excluye el derecho de desistimiento, sino que se atribuye la posibilidad de desistir

---

<sup>86</sup> Como señala: CAMACHO CLAVIJO: “el consumidor debe ser informado de la ausencia de derecho de desistimiento si consiste en la prestación de un servicio antes de finalizar el plazo [...]”. (CAMACHO CLAVIJO, S. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, Madrid, págs. 289-290).

<sup>87</sup> Cfr. GONZÁLEZ LEÓN, C., “El derecho de desistimiento del consumidor...,” *op.cit.*, pág. 137.

al consumidor *antes* de la ejecución de la prestación, pues en caso contrario el desistimiento decae<sup>88</sup>.

b) *“El suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el empresario no pueda controlar y que puedan producirse durante el periodo de desistimiento”*<sup>89</sup>

Lo que pretende la Ley al establecer esta excepción es proteger al empresario en aquellos contratos sobre bienes que él no puede controlar, debido a la rapidez en que confluyen las transacciones comerciales en el mercado financiero y que supondrían una pérdida económica injustificada en el patrimonio de éste<sup>90</sup>. Sin embargo, parte de la doctrina entiende que tal exclusión se debe más bien a las presiones de los operadores de esos

---

<sup>88</sup> Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ A., “Comentario al artículo 92-106 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 1297.

<sup>89</sup> Ejemplo de este tipo de contratos lo encontramos en el artículo 6.2 de la *Directiva 2002/65/CE*, cuando aclara:

*“El derecho de rescisión no se aplicará a los contratos relativos a:*

a) *servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de rescisión, como, por ejemplo, los servicios relacionados con:*

— *operaciones de cambio de divisas,*

— *instrumentos del mercado monetario,*

— *títulos negociables,*

— *participaciones en entidades de inversión colectiva,*

— *contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo,*

— *contratos de futuros sobre tipos de interés (FRA),*

— *contratos de permuta (swaps) sobre tipos de interés, sobre divisas o los contratos de intercambios ligados a acciones o a un índice sobre acciones (equity swaps),*

— *opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos contemplados en la presente letra, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo. Concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés [...].”*

<sup>90</sup> En este sentido, Vid., por todos la opinión de los siguientes autores: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentarios a los artículos 38 a 48 LOCM...,” *op.cit.*, pág. 725, para este autor: “esta excepción viene a poner de relieve cómo la consideración del inversionista como consumidor no es correcta. Una cosa es que el pequeño inversionista necesite una protección, de lo que no cabe duda, y otra cosa es hacerlo a través del derecho de consumo, cuando un inversionista, por su propia naturaleza, no es consumidor”. PASQUA LIAÑO, M., “Comentarios a los artículos 38 a 48 LOM...,” *op.cit.*, pág. 349. “pretende impedirse que el derecho de desistimiento se utilice, en perjuicio del proveedor, como medio de especulación”. DÍEZ SOTO, C. M., “Comentario a los artículos 42-45 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 570: “El fundamento de esta exclusión del derecho de desistimiento en la venta a distancia de estos productos resultan bastante claro: reconocer este derecho a los compradores entorpecería gravemente el desarrollo de las operaciones en un mercado caracterizado por la rapidez con la que habitualmente han de tomarse en las decisiones de compra y venta”.

mercados para colocar sus operaciones a distancia al margen de las reglas protectoras del comprador previstas con carácter general<sup>91</sup>.

“c) *El suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados; y*

*d) El suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez*<sup>92</sup>”

Estos supuestos se encuentran previstos en el artículo 16 c y d) de la DDC. En nuestra opinión estas excepciones las hace el legislador con el fin de proteger una vez más al empresario, debido a que este tipo de productos no pueden ser reintroducidos al mercado por estar diseñados a la medida y especificaciones del consumidor<sup>93</sup>. Por ejemplo, la fabricación de un sofá de unas medidas, telas, colores y formas determinados de forma que satisfagan los deseos y necesidades de un concreto cliente.

Por otro lado, los bienes de uso perecedero o no duraderos se contemplan de manera parcial en el artículo 93.J) TRLGDCU<sup>94</sup>. Es importante diferenciar, tal y como hace la doctrina, entre productos realizados a la medida de un cliente de aquellos que pertenecen a un determinado modelo o serie, los cuales pueden ser modificados en sus elementos conforme a los deseos del comprador<sup>95</sup>, ya que si se realizan modificaciones introducidas en el producto las cuales hagan imposible su

---

<sup>91</sup> Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentarios a los artículos 43-49 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 336.

<sup>92</sup> Antes de la Reforma de la *Ley 47/2002, de 19 de diciembre* la LOCM no excluía de su ámbito de aplicación el supuesto de los bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor, como si lo hacía la *Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia*, lo cual obligo al legislador español introducirla en el artículo 45 LOCM, inciso b).

<sup>93</sup> Cfr. MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles...,” *op.cit.*, pág. 329; y CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes, formación...*, *op.cit.*, pág. 289.

<sup>94</sup> Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 1294.

<sup>95</sup> Vid. DÍEZ SOTO, C. M., “Comentario a los artículos 42-45 de la LOCM...,” *op.cit.*, pág. 578: “En el primer caso, aun tratándose de contratos a distancia, la relación entre proveedor y cliente se planteará habitualmente en términos tales que justifican quizá, su absoluta exclusión del régimen específico de las ventas a distancia, tal y como hace el artículo 38.3. b) de la Ley española, ya que habitualmente su calificación será más bien la de contratos de obra (sometidos, por tanto, al régimen del artículo 1.594 CC). En el segundo caso estamos en presencia de bienes fungibles, aunque adaptados a las preferencias del cliente (“personalizados, tal como se expresa la Directiva) de acuerdo con la oferta realizada por el propio vendedor.”

reintroducción en el mercado, estaríamos ante la figura de productos no susceptibles de ser devueltos por su naturaleza<sup>96</sup>. En este sentido la Exposición de Motivos de la DDC punto 49 aclara:

*“[...] El derecho de desistimiento no debe aplicarse en el caso de los bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, como pueden ser unas cortinas hechas a medida<sup>97</sup> ni en el del suministro de combustible, por ejemplo, al tratarse de un bien que, por su propia naturaleza, se mezcla de manera inseparable con otros artículos una vez entregado. El reconocimiento del derecho de desistimiento también podría ser inadecuado en el caso de determinados servicios en los que la celebración del contrato implica reservas que el comerciante puede tener dificultad para cubrir si se ejerce el derecho de desistimiento. Tal sería el caso, por ejemplo, de las reservas hoteleras y de casas de vacaciones o de las reservas para espectáculos culturales o deportivos”<sup>98</sup>.*

e) *“El suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega”*

Entendemos la excepción prevista en el inciso e) del artículo 103 TRLGDCU, debido a que hay productos que no pueden ser devueltos por razones de salud e higiene, por ejemplo, un cepillo de dientes o ropa interior. Por ejemplo, prendas de vestir de uso íntimo.

---

<sup>96</sup> *Ibidem* nota anterior.

<sup>97</sup> *Vid.* La página web del Corte inglés en su sección de comercio electrónico, excluye del derecho de desistimiento la excepción comentada: “c) Contratos de suministro de productos confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados (tarjetas regalo, entradas)”. Referencia tomada en: [http://www.elcorteingles.es/informacion/comercio\\_electronico/devolver.asp#Anchor-49575](http://www.elcorteingles.es/informacion/comercio_electronico/devolver.asp#Anchor-49575). [Con acceso el 5-VII-2014]. La tienda ZARA, a través de su página web excluye del derecho de desistimiento los siguientes productos, esto en relación con la excepción comentada. No tendrá usted derecho a desistir del Contrato cuyo objeto sea el suministro de alguno de los productos siguientes: “Artículos personalizados, CDs/DVD de música sin su envoltorio original, medias, ropa interior y bienes precintados por razones de higiene que hayan sido desprecintados tras la entrega”. Referencia tomada en:

<http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/TermsAndConditionsView?catalogId=24052&langId=-5&storeId=10701>. [Con acceso el VIII-VII-2014].

<sup>98</sup> En términos parecidos se manifestaba la PDDC del año 2008 en el considerando número 33 de su Exposición de Motivos: “*Deben existir algunas excepciones al derecho de desistimiento, en particular en los casos en que sea inadecuado habida cuenta de la naturaleza del producto. Eso es aplicable, por ejemplo, al vino suministrado mucho tiempo después de la celebración de un contrato de naturaleza especulativa, en que el valor depende de las fluctuaciones del mercado (vin en primeur)*”.

f) *“El suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisociable con otros bienes”*

En un principio esta excepción no se encontraba en la PDDC del año 2008 y del año 2010. Sin embargo, con las modificaciones realizadas en junio del año 2011, se introdujo la excepción comentada. Ejemplo de este tipo de excepciones son sustancias químicas como la gasolina o el alcohol, las cuales una vez mezcladas pierden sus propiedades, razón por la cual no puede ser devueltas.

g) *“El suministro de bebidas alcohólicas cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el empresario no pueda controlar”*

En la PDDC sólo se establecía la excepción comentada en relación con el vino. No obstante, la DDC la generalizó a todo tipo de bebidas alcohólicas. El fundamento de tal excepción lo encontramos en el punto 49 de la Exposición de Motivos de la norma comentada cuando aclara:

*[...] “El derecho de desistimiento podría resultar inadecuado, por ejemplo, por la naturaleza especial de los bienes o servicios. Es (sic) caso, por ejemplo, del vino suministrado mucho tiempo después de la celebración de un contrato de naturaleza especulativa, en el que el valor depende de las fluctuaciones del mercado (vin en primeur)”<sup>99</sup>.*

h) *“Los contratos en los que el consumidor y usuario haya solicitado específicamente al empresario que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el empresario presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio*

---

<sup>99</sup> En términos parecidos se manifestaba la PDDC en su punto 33: *“Deben existir algunas excepciones al derecho de desistimiento, en particular en los casos en que sea inadecuado habida cuenta de la naturaleza del producto. Eso es aplicable, por ejemplo, al vino suministrado mucho tiempo después de la celebración de un contrato de naturaleza especulativa, en que el valor depende de las fluctuaciones del mercado (vin en primeur)”*.



*utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento debe aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales”*

El supuesto comentado se puso de manifiesto en la PDDC del año 2008. No obstante, esta excepción sólo se contemplaba en relación con los contratos a distancia, por lo tanto, se excluía a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil<sup>100</sup>. Su fundamento se halla en que el derecho de desistimiento es incompatible con la situación de urgencia<sup>101</sup>. Aunque, y con el fin de proteger a los consumidores que puedan verse influenciados o presionados por dicha urgencia para contratar bienes o servicios adicionales, que van más allá de la reparación ordinaria, se prevé la posibilidad final de desistimiento en relación con tales bienes y servicios añadidos. Se consigue así un equilibrio entre las posiciones del empresario y el consumidor-cliente que entendemos razonable.

*i) “El suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega”<sup>102</sup>*

---

<sup>100</sup> Vid. Artículo 19.2 c) de la PDDC cuando aclaraba: “los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante, a través de un medio de comunicación a distancia, que se persone en su domicilio para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento de bienes de los que es propietario; si, en esta ocasión, el comerciante presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento se aplicará a dichos servicios o bienes adicionales”.

<sup>101</sup> Vid. Exposición de Motivos de la PDDC del año 2008 en su punto 37.

<sup>102</sup> El Corte Inglés en su página *web* relativa al comercio electrónico excluye del derecho de desistimiento la excepción comentada. Excepciones al derecho de desistimiento: [...] “i) El suministro de grabaciones sonoras o de vídeos precintados o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega”. [Con acceso el 4-VII-2014]. En términos parecidos se pronuncia la página *web* de la Sony en la sección condiciones de venta, punto 15, cuando declara: “El derecho de devolución sin necesidad de justificación regulado en la cláusula 14 no es aplicable si Usted no compra los Productos o Servicios como consumidor. Para el software que se venda junto con los Productos de Sony o como Producto individual, no se podrá reclamar el derecho de devolución y reintegro si el sello de licencia de dicho software se rompe o el embalaje se abre. Además no puede devolver un Producto y pedir reembolso si se trata de un artículo personalizado, como con grabados u otro tipo de personalización hecha según sus especificaciones”. Referencia tomada en: [https://shop.sony.eu/shop/mimes/openAccess/legal/terms-conditions-sales/terms\\_and\\_conditions\\_sales\\_es\\_ES.html](https://shop.sony.eu/shop/mimes/openAccess/legal/terms-conditions-sales/terms_and_conditions_sales_es_ES.html). [Con acceso el 4-VII-2014]. La

El legislador previó esta excepción, ya que por la naturaleza de este tipo de bienes son susceptibles de copiarse fácilmente, pasando al patrimonio del consumidor<sup>103</sup>; por lo tanto si éste ejerciera el derecho de desistimiento se defraudarían los intereses del empresario y los derechos de propiedad intelectual<sup>104</sup>.

j) *“El suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones”<sup>105</sup>*

El inciso comentado se excluye del derecho de desistimiento, puesto que esta clase de bienes pierde su valor de forma muy rápida, debido a su periodicidad, la cual puede ser diaria o semanal. De esta manera, se *“impide su reintroducción en el mercado tras su devolución por el consumidor”<sup>106</sup>*.

k) *“Los contratos celebrados mediante subastas públicas”*

La doctrina ha clasificado a las subastas realizadas a través de Internet, en tres tipos: la primera comprende el sistema de pujas, dentro

---

excepción que venimos comentando, también la excluye la empresa Amazon en las excepciones al derecho de desistimiento al declarar dentro de sus condiciones generales lo siguiente: “Grabaciones sonoras o de video precintadas o software sellado si los mismos fueran desprecintados por usted tras su entrega”. Referencia tomada en: [http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=footer\\_cou?ie=UTF8&nodeId=200545940](http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=footer_cou?ie=UTF8&nodeId=200545940). [Con acceso el 4-VII-2014].

<sup>103</sup> Vid. CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes, formación...*, *op.cit.*, pág. 288: “Este consumo inmediato es incompatible con el derecho de desistimiento del consumidor. Se acoge así la regla que se ha desarrollado en la praxis anglosajona de los contratos *“shrinkwrap”*, en los que la apertura o desprecintado de plástico que envuelve el software implica la aceptación de la licencia de uso. El usuario, en su propio interés de examinar y leer el exterior del paquete dónde suele figurar una cláusula *“warning read carefully before opening”*, que alerta al consumidor sobre la lectura y aceptación del acuerdo de licencia antes de la apertura del paquete”.

<sup>104</sup> Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ A., “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU...”, *op.cit.*, págs. 1295-1296 y MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles...” *op.cit.*, pág. 329: “En este tipos de contratos el consumidor puede perfectamente incorporar a su patrimonio el bien, lo que resulta incompatible con el posterior ejercicio del derecho de desistimiento”

<sup>105</sup> Esta excepción al derecho de desistimiento se reguló por primera vez en el ordenamiento español en el artículo 45 LOCM inciso d), mediante la reforma efectuada por la *Ley 47/2002, de 19 de diciembre*, la cual transpuso la Directiva de contratos a distancia al ordenamiento español. Vid, en este sentido, la Memoria que acompaña a la Posición común de 1995 (DOCE núm. C 288, de 30-XI-1995, pág. 12)

<sup>106</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ A., “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU...”, *op.cit.*, pág. 1296.

de la cual los medios electrónicos se ponen a disposición de los participantes. La segunda es la realizada por un sistema totalmente controlado por el empresario, a través de internet, en un sitio *web* creado por él mismo; y la tercera es aquella en la cual los bienes y servicios son ofrecidos por los particulares a través de pujas, después de celebrar un contrato con una empresa para permitir la celebración de subastas en el espacio virtual, ejemplo de estas últimas son las realizadas por empresas como *E-bay*<sup>107</sup>.

La antigua redacción del artículo 93.1 b) del TRLGDCU excluía totalmente del ámbito objetivo de los contratos a distancia a las “subastas”, aunque se incluía a las “subastas electrónicas”. Sin embargo, hoy en día, a pesar de que el TRLGDCU incluye dentro de su ámbito de aplicación a las subastas públicas<sup>108</sup>, excluye el derecho de desistimiento en este tipo de contratos. Esta excepción se debe a que las *subastas públicas* tienen su propio régimen jurídico (arts. 56-61 LOCM). Por otra parte, la fijación del precio mediante el sistema de pujas no resulta compatible con el ejercicio del derecho de desistimiento, pues iría en perjuicio del empresario al haber una ruptura de la equivalencia de las prestaciones<sup>109</sup>. Por lo que respecta a las subastas electrónicas les será aplicable lo dispuesto en la LSSI.

A nivel comunitario, ni el MCFR ni el ACQUIS, excluyen el derecho de desistimiento en las subastas<sup>110</sup>.

*l) “El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos”*

---

<sup>107</sup> Cfr. PANIZA FULANA, A., “Algunas reflexiones sobre la normativa aplicable a los contratos a distancia celebrados con consumidores: problemas y contradicciones”, en COTINO HUESO, L., (Coord.): *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 77-78.

<sup>108</sup> Vid. La definición que brinda el TRLGDCU en su artículo 93.1-h) [...]: “*procedimiento de contratación transparente y competitivo en virtud del cual el empresario ofrece bienes o servicios a los consumidores y usuarios que asistan o puedan asistir a la subasta en persona, dirigido por un subastador y en el que el adjudicatario esté obligado a comprar los bienes o servicios*”.

<sup>109</sup> ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia...*, *op.cit.*, pág. 205.

<sup>110</sup> Vid. Artículo II.-5:201. MCFR., y artículo 5:201. ACQP.

En lo tocante a los supuestos contractuales previstos en el inciso L) del artículo 103 TRLGDCU se prevé la excepción del derecho de desistimiento debido a que la ejecución del servicio se realiza en una fecha determinada. Ejemplo de este tipo de contratos son la compra de una entrada para asistir a un espectáculo, llamar a un tele-taxi o solicitar una pizza por teléfono<sup>111</sup> (“se trata de los denominados “servicios con reserva”<sup>112</sup>). En los casos mencionados hay un compromiso de llevar a cabo la prestación en un momento o período determinado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el periodo de ejecución del contrato es muy corto (p. ej., piénsese en la llamada a un tele-taxi), por tal razón, sería imposible para el proveedor reintroducir el bien o servicio, cuya prestación se ha iniciado prácticamente de forma automática en el mercado”. El bien o servicio se perdería injustificadamente en perjuicio del empresario.

Lo mismo ocurre en relación con los servicios de transporte. En este último supuesto el TJCE al interpretar el artículo 3.2 de la *Directiva 97/7/CE*, en su Sentencia de 10 de marzo de 2005, asunto C-336/03, dejó claro la exclusión del derecho de desistimiento del consumidor, por lo que respecta al alquiler de vehículos<sup>113</sup>. En la misma línea se pronunció el Tribunal Supremo de París en la sentencia de 25 de noviembre de 2010, al señalar que el derecho de desistimiento en las ventas a distancia no se aplica a los servicios de alojamiento, transporte y entretenimiento, en donde se especifique una fecha determinada. La cuestión principal sobre la que versó la sentencia comentada giro entorno a la reservación de una habitación en el hotel Dakar, Senegal, tal transacción se realizó, a través de una página *web* de un operador turístico<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> ARROYO APARICIO, A., *Los Contratos a distancia...*, *op.cit.*, pág. 210.

<sup>112</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU...”, *op.cit.*, pág. 1210.

<sup>113</sup> *Vid.* Comentario a esta sentencia en: CÁMARA LAPUENTE, S., “Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según la jurisprudencia comunitaria: “easy car” o el desistimiento en el alquiler a distancia de vehículos (sentencia TJCE de 10 de marzo de 2005, Asunto (-336/03)”, en *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, págs. 375-405.

<sup>114</sup> *Vid.* Texto completo de la sentencia la cual lleva por título: *Pas de droit de rétractation pour les voyages en ligne* en: <http://www.legalis.net/spip.php?article3078>. [Con acceso el 20-I-2011]. Antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores del 2014, los supuestos comentados se encontraban regulados en el artículo 93.2 TRLGDCU, el cual

m) “El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento<sup>115</sup>”

La excepción comentada se debe a que los servicios una vez prestados no pueden ser devueltos, razón por la cual, se trata de evitar un abuso del derecho por parte del consumidor y un injustificado (y fácilmente entendible con esta medida) perjuicio para el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre dichos contenidos. El resultado del suministro es un archivo en el ordenador o equipo del usuario fácilmente copiable, por lo que no tiene sentido proceder a su destrucción. Piénsese, por ejemplo, en los ficheros informáticos que contengan obras protegidas (música, películas, libros, etc.) suministrados por vía electrónica (incluido *streaming*<sup>116</sup>): éstos se descargan generalmente con

---

aclaraba: [...] “lo dispuesto en los artículos 96.1 y 2, sobre comunicaciones comerciales; 97, sobre información precontractual; 98 sobre confirmación escrita de la información; 101 sobre derecho de desistimiento, y 103, sobre ejecución y pago, no será de aplicación a:

1.- Los contratos de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros productos del hogar de consumo corriente suministrados en el domicilio del consumidor y usuario, en su residencia o en su lugar de trabajo por empresarios que realicen visitas frecuentes y regulares.

2.- Los contratos de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el empresario se comprometa al celebrarse el contrato en un período determinado”. Estos supuestos de exclusión parcial también se encontraban recogidos en el artículo 38.4 de la LOCM, el cual transpuso al ordenamiento jurídico español el artículo 3.2 de la Directiva 97/7/CE.

<sup>115</sup> Vid. PANIZA FULLANA, A., *Contratación a distancia...*, op.cit. pág. 337. “Aquí se podrían incluir mucho de los contenidos que son objeto del denominado comercio electrónico directo, es decir, aquél en el que la ejecución del contrato la entrega del producto también se realiza en línea”.

<sup>116</sup> Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales, tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, octubre 2014, cuando señala: “Si la ejecución del contrato sobre contenidos digitales *on line* comenzó (descargó, vio/escuchó el archivo en *streaming*), el consumidor pudo ver satisfechas sus necesidades o pudo copiar el contenido para un ulterior uso. Permitirle desistir después puede ser inequitativo y nocivo para los intereses del suministrador. Ahora bien, puede existir un lapso de tiempo –infrecuente en la práctica–, entre el momento de conclusión del contrato, que hace comenzar el plazo de catorce días naturales para desistir del contrato ex arts. 102.1 y 104.c) TR-LGDCU, y el momento de inicio de ejecución del contrato. Durante ese lapso, y mientras el consumidor no dé su consentimiento reforzado a que la ejecución comience, seguirá teniendo derecho a desistir del contrato pues ese período de recapitación en modo alguno resulta perjudicial para el suministrador y permite atajar alguno de los peligros propios de la contratación electrónica (contratación irreflexiva, actos involuntarios por el manejo torpe de la tecnología, etc.). Será lo que ocurra, por ejemplo, cuando el suministrador del contenido digital facilite al consumidor un enlace a una web o una clave de acceso para

carácter inmediato y para su uso permanente, de ahí su exclusión del derecho de desistimiento<sup>117</sup>.

Esta previsión es novedosa, pues ni en el ACQP ni en el MCFR la prevén<sup>118</sup>. En un inicio, la DDC no lo contemplaba. Sin embargo con las modificaciones realizadas el 23 de junio del año 2011 se excluyó el derecho de desistimiento en estos casos, definiéndose lo que es contenido digital en la Exposición de Motivos (punto 19)<sup>119</sup>.

#### 4.5. Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento

El desistimiento por parte del consumidor conlleva la ineficacia total del contrato, por lo que las partes han de restituirse las prestaciones, en la medida de lo posible (art. 74.1 y 106.5 TRLGDCU). Tal y como ha previsto el legislador español, las reglas que se desarrollan para la nulidad

---

iniciar la descarga o el visionado en tiempo real, de manera que perdería el derecho a desistir tras activar ese enlace o acceder al contenido. En cualquier caso, como denuncian ciertas asociaciones de consumidores, dado que la descarga y disfrute del contenido digital suele coincidir con la perfección del contrato, este limitado derecho de desistimiento tendrá poca utilidad". Referencia tomada en: <http://blog.uclm.es/cesco/>. [Con acceso el 18-X-2014].

<sup>117</sup> Vid. ARROYO I AMAYUELAS, E., "Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU..." *op.cit.*, pág. 1005, cuando hace la siguiente distinción: "Si las grabaciones sonoras, video, discos y programas informáticos se envían por correo en un CD, la naturaleza tangible del producto permitiría entender que se está ante un suministro de bienes. En cambio, si los ficheros informáticos (que también pueden contener vídeos o música) se suministran por vía electrónica y se descargan en el ordenador del consumidor, parece que se está ante el suministro de un servicio [...]".

<sup>118</sup> En relación con la excepción comentada, *vid.* Exposición de Motivos de la actual DDC en su punto número 19 cuando declara: "[...] Los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva. De forma análoga los contratos de suministro de agua, gas y electricidad, cuando no se presenten a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, los contratos de calefacción mediante sistemas urbanos, o los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios. En relación con dichos contratos, el consumidor debe tener derecho de desistimiento a menos que haya dado su consentimiento para que comience la ejecución del contrato durante el plazo de desistimiento y haya tenido conocimiento de que, consecuentemente, perderá el derecho de desistimiento [...]".

<sup>119</sup> "Por contenido digital deben entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios. Los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva".

absoluta son casi las mismas que cabe aplicar a las consecuencias de la declaración de desistimiento. Sin embargo, en materia de contratos electrónicos, tal y como veremos a lo largo de las presentes líneas, se aplican además una serie de reglas especiales. Por ejemplo, el consumidor y usuario no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio (art. 74.2 TRLGDCU). También, el consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien (art. 74.3 TRLGDCU). Para el caso de los servicios, en caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja, o cese prematuro de la relación contractual, se calculara en atención al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado (art. 74.4 TRLGDCU).

La principal consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento es la *extinción del contrato* para ambas partes<sup>120</sup>, desligándose el consumidor del contrato celebrado<sup>121</sup>. Por consiguiente, el contrato no se ejecuta, dando como resultado la *restitución de las prestaciones* de buena fe, con sus frutos, precios e intereses, tal como señala el artículo 74.1 del TRLGDCU: “*ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 del Código Civil*”. Esta disposición en su momento fue novedosa en lo tocante a los contratos a distancia, ya que anteriormente la LOCM y la posterior ley 47/2002 de transposición de Directiva de contratos a distancia no preveían las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en la materia comentada. Cosa contraria ocurrió en materia de contratos celebrados fuera de

---

<sup>120</sup> *Vid*, en este sentido: PASQUA LIAÑO, M., “Comentarios a los artículos 38 a 48 LOCM...”, *op.cit.*, pág. 343.

<sup>121</sup> En palabras de MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles...”, *op.cit.*, pág. 325: “La consecuencia principal del ejercicio del derecho de desistimiento es, “desligar al consumidor del contrato celebrado: el consentimiento contractual otorgado por el consumidor es válido y, por ende, obliga a éste hasta tanto no se emita dentro del plazo esta declaración de voluntad y recibida por el empresario en debida forma, el consumidor queda legítimamente desvinculado de la operación negocial”.

establecimientos mercantiles, pues desde un inicio la *Ley 26/1991* reguló las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento (art. 6).

La hoy derogada *Directiva 97/7/CE*, al ser de mínimos, dejaba en manos de los Estados miembros la posibilidad de regular las consecuencias del derecho de desistimiento<sup>122</sup>, salvo ciertas particularidades como son la asunción del coste directo de la devolución del bien por parte del consumidor, la obligación del empresario de devolver al consumidor las sumas abonadas en un plazo de 30 días (art. 6. 2 *Dir. 97/7/CE*), así como, la *extinción* de los contratos vinculados (art. 6.4 *Dir. 97/7/CE*). Sin embargo, con la transposición de la DDC tal situación ha cambiado, debido a que, como veremos en las siguientes líneas, se armonizan las obligaciones tanto del consumidor como del vendedor (arts. 107-108 TRLGDCU).

A continuación, hablaremos de los efectos del derecho de desistimiento, tanto en materia de contratos de bienes como de contratos de servicios.

#### **4.5.1. Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en contratos sobre bienes**

Una de las obligaciones principales del consumidor cuando decide ejercer su derecho de desistimiento en los contratos electrónicos es la *devolución del bien*, así como la de *soportar los costes directos de devolución de éstos*<sup>123</sup>. En este sentido, la DDC como una de sus novedades, previó el plazo en el cual, el consumidor debe devolver el bien cuando ejerza el derecho de desistimiento. Tal disposición se encuentra establecida en el artículo 14.1:

---

<sup>122</sup> *Cfr.*, considerando 14 de la Exposición de Motivos de la *Directiva 97/7/CE*.

<sup>123</sup> La imputación de los gastos de envío al consumidor quedó establecido en la sentencia del TJCE (sala cuarta) de 15 de abril de 2010 en el asunto (C-511/08), *Handelsgesellschaft heinrich Heine GmbH* contra *Verbraucherzentrale*. El Tribunal concluye con las siguientes palabras: “el artículo 6, apartados 1, párrafo primero, segunda frase, y 2, segunda frase, de la Directiva 97/7/CE 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al proveedor, en un contrato celebrado a distancia, imputar los gastos de envío de los bienes al consumidor en caso de que este ejerza su derecho de rescisión”.



*“Salvo si el propio comerciante se ofrece a recoger los bienes, el consumidor deberá devolver o entregar los bienes al comerciante, o a una persona autorizada por el comerciante a recibirlos, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de catorce días a partir de la fecha en que comunique su decisión de desistimiento del contrato al comerciante de conformidad con el artículo 11. Se considerará cumplido el plazo si el consumidor efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido el plazo de catorce días”.*

Continúa el artículo aclarando:

*“El consumidor sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el comerciante ha aceptado asumirlos o no ha informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes”.*

En la misma línea a nivel nacional se pronuncia el artículo 108.1 del actual TRLGDCU<sup>124</sup>. Como podemos observar, la normativa distingue entre los 14 días para ejercer el derecho de desistimiento y 14 días para la devolución del bien.

En la práctica, algunas empresas respetan el plazo estipulado en la Ley. Por ejemplo, la empresa Amazon y Zara aclaran dentro de sus condiciones generales lo siguiente:

*“Amazon le reembolsará el precio del producto y los gastos ordinarios de envío correspondientes a la opción de envío más barata que ofrezcamos, no más tarde de los 14 días siguientes al día en que recibamos la comunicación antes indicada. Amazon utilizará los mismos medios de pago que usted hubiera empleado para la transacción inicial, a menos que expresamente se acuerde otro medio. En cualquier caso, usted no soportará ninguna tasa que pudiera derivarse de dicho reembolso. Podremos retener el reembolso hasta que hayamos recibido los artículos devueltos por usted o hasta que nos aporte prueba de*

---

<sup>124</sup> Vid. Artículo 108.1 del TRLGDCU: “1. 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”.*

haber devuelto los artículos, en función de lo que se produzca primero”<sup>125</sup>.

“Deberá usted devolvernos o entregarnos directamente los productos en cualquiera de las tiendas ZARA de España, o solicitar en nuestra web la devolución a través de un mensajero/Courier, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo máximo de 14 días naturales a partir de la fecha en que nos comunique su decisión de desistimiento del Contrato. Se considerará cumplido el plazo si efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido dicho plazo”<sup>126</sup>.

De esta manera, las empresas a las que aludimos cumplen con lo previsto en la normativa en lo tocante a la devolución de bienes, ya que dentro de sus condiciones generales estipulan una cláusula, la cual es acorde con el plazo de 14 días. En todas ellas se aclara como ha de producirse la devolución de los bienes. Por el contrario existen otras empresas que se refieren impropiaemente al desistimiento como “plazo de devolución”, tal es el caso del Corte Inglés cuando señala dentro de sus condiciones generales:

“El plazo de devolución es de 14 días naturales contados desde la fecha de recepción del envío. El producto debe estar en perfectas condiciones, en su embalaje original y con los accesorios o regalos incluidos en su caso. Previa comprobación del estado del producto, se devolverá el importe conforme a la misma modalidad de pago empleada por el cliente (en los pagos en efectivo, el reintegro del importe se realiza mediante transferencia bancaria)”<sup>127</sup>.

Este tipo de cláusulas son ilegales y abusivas, pues reducen el plazo legal que se otorga al consumidor para devolver el bien.

Ahora bien, es importante aclarar que *el consumidor puede probar el bien*, pero actuar de manera cautelosa, es decir, no debe haberlo utilizado más de lo necesario para determinar su naturaleza, sus características o su funcionamiento (art. 14.2 DDC; art. 108.2

---

<sup>125</sup> Vid. [http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=footer\\_cou?ie=UTF8&nodeId=200545940](http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=footer_cou?ie=UTF8&nodeId=200545940). [Con acceso el 30-VII-2014].

<sup>126</sup> Vid. <http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/product/es/es/zaraS2013/386001/123302>. [Con acceso el 3-VII-2014].

<sup>127</sup> Vid. <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp>. [Con acceso el 10-VII-2014].

TRLDCU)<sup>128</sup>. Por ejemplo, durante el periodo de prueba el consumidor podría probarse una prenda, pero no estaría autorizado a llevarla puesta, pues de lo contrario debe ser responsable de cualquier depreciación. Aunque, en ningún caso el consumidor será responsable de la disminución de valor de los bienes si el comerciante no le ha informado de su derecho de desistimiento (art. 6.1 h) DDC; art. 108.2 TRLGDCU)<sup>129</sup>. En este punto, debemos aclarar que la norma se refiere a la pérdida de valor de los bienes por el uso, pero no a la derivada de un deterioro o menoscabo del bien, que se regirá por las reglas generales (arts. 1094 y 1104 CC) y no por la medida establecida en el artículo 108.2 TRLGDCU.

De esta manera, el consumidor deberá actuar con la diligencia de un buen padre de familia; por lo tanto, deberá atenderse a la naturaleza de la obligación, siendo las circunstancias del tiempo y del lugar el parámetro que marquen los desgastes o deterioros del bien, los cuales deberán ser indemnizados <sup>130</sup>, es decir, tal regla debe interpretarse en el sentido de que no constituye un enriquecimiento sin causa a su favor, siempre y cuando se limite a usar la cosa conforme a su naturaleza<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> Vid., punto 47 de la Exposición de Motivos de la DDC: “*Algunos consumidores ejercen su derecho de desistimiento después de haber utilizado los bienes más de lo que sería necesario para determinar su naturaleza, sus características o su funcionamiento. En este caso, el consumidor no debe perder el derecho de desistimiento pero debe ser responsable de cualquier depreciación de los bienes. Para determinar la naturaleza, las características y el funcionamiento de los bienes, el consumidor solo debe realizar las mismas manipulaciones e inspecciones de los bienes que las que se admitirían en un establecimiento mercantil. Por ejemplo, el consumidor podría probarse una prenda, pero no estaría autorizado a llevarla puesta. Por consiguiente, durante el período de prueba el consumidor debe manipular e inspeccionar los bienes con el debido cuidado. Las obligaciones del consumidor en caso de desistimiento no deben desanimar al consumidor de ejercer su derecho de desistimiento*”.

<sup>129</sup> En la misma línea se pronuncia el artículo 108.4-1 TRLGDCU.

<sup>130</sup> Vid. BERMÚDEZ BALLESTEROS, M<sup>a</sup>. del S., “La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014...,” *op.cit.*, pág. 115.

<sup>131</sup> Vid. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual...,” *op.cit.*, pág. 1280, cuando aclara: “Como los pagos realizados en virtud de un contrato nulo no tienen causa, pueden llenarse las lagunas que se den aplicando las normas sobre cobro de lo indebido (arts. 1.895 y ss. CC), que se sustentan precisamente en la prohibición del enriquecimiento sin causa [...]. Estimo no obstante, que la validez de la aplicación analógica de las normas sobre cobro de lo indebido a los supuestos de nulidad, reconocida por el art. 1.303 CC en todo caso la obligación de restitución, debe apoyarse exclusivamente en su carácter de normas que desarrollan el principio de enriquecimiento injusto, complementario al sistema liquidatorio de las consecuencias de la nulidad negocial según la jurisprudencia”.

El TJCE se ha pronunciado sobre la problemática planteada en el párrafo anterior, en el asunto *Messner*<sup>132</sup>: La señora *Messner* compró un ordenador portátil a través de internet a *Stefan Krüger*, de segunda mano, al precio de 278 euros. A los 8 meses de haberlo comprado el ordenador tuvo un defecto en la pantalla dejando de funcionar, razón por la cual la señora *Messner* decidió ejercer su derecho de desistimiento, reclamando a *Stefan Krüger* la devolución del importe de 278 euros ante el *Amstgericht Lahr* (Tribunal alemán). El vendedor se opuso al pago de tal cantidad, alegando que en todo caso el comprador debía indemnizarlo por el uso de casi ocho meses completos del ordenador con la cantidad de 316, 80 euros, pues, según el vendedor el alquiler de ordenador de este tipo oscila entre los 118, 80 euros trimestrales<sup>133</sup>.

Ante esta circunstancia *Amstgericht Lahr*, decidió plantear el asunto ante el TJCE, preguntándole si el apartado 2 del artículo 6 de la *Directiva 97/7/CE*, debía interpretarse de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 segunda frase, en el sentido de si es posible exigir al consumidor indemnización por el uso del bien entregado, cuando éste decide resolver el contrato. El TJCE resolvió esta cuestión controversial señalando que si bien es cierto que la *Directiva 97/7/CE*, se opone a que el vendedor reclame indemnización alguna al consumidor cuando éste decide ejercer el derecho de desistimiento, no se opone a que el consumidor pague alguna indemnización cuando haga uso de dicho bien de un modo incompatible con los Principios del Derecho Civil, como la buena fe o el enriquecimiento sin causa, siempre que no se menoscabe la finalidad de dicha Directiva y, en particular, la eficacia y la efectividad del derecho de desistimiento, extremo que debería determinar el juez nacional<sup>134</sup>. Finalmente, el TJCE determinó que la empresa vendedora no podía imponerle al consumidor compensación alguna por el uso o desgaste

---

<sup>132</sup> STJCE, C-489/07 *Messner* de 3 de septiembre de 2009.

<sup>133</sup> Cfr. MARÍN LÓPEZ, J. J., "Los costes del derecho de desistimiento en los contratos a distancia", 2009, en: [www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/2.pdf](http://www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/2.pdf). [Con acceso el 3-III-2010].

<sup>134</sup> Cfr. En este sentido: EBERS, M., "De la armonización mínima a la armonización plena...", *op.cit.*, en: <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 3-VIII-2010]; MARÍN LÓPEZ, J. J., "Los costes del derecho de desistimiento...", *op.cit.*, [www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/2.pdf](http://www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/2.pdf). [Con acceso el 3-III-2010].

del bien, durante el tiempo en que éste los tuvo en su poder, dado que el uso hecho al ordenador fue el adecuado<sup>135</sup>.

Los artículos 73, 74 y 108.4-a)-1 TRLGDCU se adaptan al criterio establecido por la sentencia *Messner*,<sup>136</sup> y que es el que adopta la DDC<sup>137</sup>.

En su momento hubo quienes no estuvieron de acuerdo con el criterio establecido por la sentencia *Messner*, debido a que señalaban que con este tipo de medidas, se aumentarían los gastos de envío y los gastos de devolución de los bienes, por lo tanto, las ventas a distancia decaerían<sup>138</sup>. Sin embargo, lo anterior no ocurrió, ya que el comercio electrónico ha ido creciendo a lo largo de los años, tal y como quedó visto<sup>139</sup>.

Por otra parte, el comerciante se encuentra en posesión de las *sumas abonadas*, razón por la cual si el consumidor no devuelve el bien, el empresario puede retenerlas (arts. 107.1 y 108.1 TRLGDCU), o bien, si el bien sufre un desperfecto como consecuencia de un mal uso, el vendedor puede descontar la parte proporcional de las sumas abonadas<sup>140</sup>.

Además, *el consumidor tiene derecho a que se le paguen los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en la cosa* (art. 74.3 TRLGDCU). Los primeros tienen como objetivo mantener la integridad física y jurídica de la cosa, es decir, la función económica de la cosa y son realizados

---

<sup>135</sup> Es necesario aclarar entre uso útil y necesario, tal y como señala ARNAU RAVENTÓS: "la razón por la que cobra sentido reconocer al consumidor la facultad de desistimiento tiene, a propósito del uso del producto, una segunda función: así, la de determinar los límites del uso útil al propio derecho de desistimiento. La falta de restitución de este uso "limitado" se justifica en la Sentencia *Messner* atendiendo a la propia eficacia de la facultad de desistimiento (se trata en fin, de que el derecho sea "más que teórico"; arg. Ex considerando 14.º Dir. 97/7). Desde otra perspectiva, se diría que se trata de un provecho adquirido por el consumidor, siendo en tal medida justa dicha adquisición como justificada su "pérdida" por el profesional; de ahí, la falta de restitución". (ARNAU RAVENTÓS, L., "Messner" o acerca del uso del bien y el ejercicio de la facultad de desistimiento. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2009 (Asunto C- 489/07)", *ADC*, Vol. LXIV, 2011, pág. 261).

<sup>136</sup> Esta regla se prevé también en el ACQP, MCFR (art. II-5:105 (2), DDC (art. 14.2).

<sup>137</sup> *Cfr.* CARRASCO PERERA, Á., "Costes del desistimiento en la venta a distancia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 802, año, XVIII, pág. 19. En la misma línea se manifiesta DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Derecho de desistimiento...", *op.cit.*, pág. 233.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> *Vid. supra*, 1.2.

<sup>140</sup> *Vid. infra*, 4.5.4.2.

para lograr tales objetivos, por lo tanto, el vendedor está obligado a satisfacerlos (arts. 500. II y 569 CC). Ejemplo de éstos son: gastos de instalación a cuenta del consumidor, así como los de conservación que se produzcan como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento. Los gastos útiles, por otra parte, son aquellos que aumentan el valor o utilidad del bien, siendo contingentes<sup>141</sup>.

Por último, una vez más queremos dejar claro que el ejercicio del derecho de desistimiento es *gratuito*, aunque la ley le imputa al consumidor los *costes directos de devolución* (art. 108.1 TRLGDCU)<sup>142</sup> cuando éste decida ejercitar su derecho de desistimiento, salvo ciertas excepciones:

1. Cuando el vendedor incumplía su obligación de informar sobre el derecho de desistimiento;
2. Cuando se caiga en el supuesto regulado en el artículo 111 TRLGDCU, que trata sobre la sustitución de los bienes; y
3. Cuando el empresario haya aceptado asumirlos.

En nuestra opinión los costes directos de devolución, son aquellos que como su nombre indica, tiene que pagar el consumidor al momento de devolver el bien (p. ej., pagar a la empresa de paquetería la devolución, desplazamientos, adquisición de embalajes y los seguros de transportes), como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Cfr. GRACÍA VICENTE, J. R., “Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, pág. 867.

<sup>142</sup> Aunque por regla general el TRLGDCU señala en su artículo 73: “*El ejercicio de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario [...]*”. Para el caso de los contratos a distancia como excepción a esta regla el consumidor asume los costes de devolución de acuerdo con el artículo 108.1 TRLGDCU, solución distinta a la acogida en el ACQP y MCFR los cuales señalan que cada parte debe devolver a la otra lo que ha recibido en virtud del contrato y asumir los costes que ello conlleve, a menos que el contrato disponga otra cosa a favor de la parte que tiene derecho a desistir. Cfr. Artículos: 5:105 (1) ACQP y II.-5:105 (2) MCFR.

<sup>143</sup> Por ejemplo la empresa Zara dentro de sus condiciones de venta aclara lo siguiente: “En caso de devolución se le reembolsará el precio pagado por los productos devueltos. Usted se hará cargo de los costes directos de devolución del producto cuando no realice la devolución por cualquiera de los métodos gratuitos mencionados en la cláusula 14.3 [...]”.

#### 4.5.2. Desistimiento y riesgos

Otra de las cuestiones jurídicas relevantes que se armonizan es la relativa a la transmisión de riesgo en materia de bienes. Cabe aclarar que hasta antes de la entrada en vigor de la DDC en la legislación española se preveía con carácter general en materia de compraventa la atribución de los riesgos al comprador (art. 1.452 CC)<sup>144</sup>. No obstante, no se especificaba a partir de qué momento se transmitía el riesgo al consumidor. En nuestra opinión, y para el caso de los contratos de consumo, el momento de transmisión de riesgo se da a partir de que el consumidor toma posesión material de los bienes, es decir, cuando los ha recibido<sup>145</sup>; así se deduce claramente de la normativa de garantías en la venta de bienes de consumo: si el empresario viene obligado a entregar un bien *conforme* (art. 114 TRLGDCU), hasta el momento de la entrega será él quien corra con todos los riesgos, pues es la única forma de garantizar el efectivo cumplimiento de dicha obligación. Sin embargo, también hay que aclarar que el consumidor incurrirá en mora si, una vez notificado que los bienes se encuentran en la oficina de correos cuando ése es el lugar de entrega acordado (p. ej., en un apartado postal) se niega a recogerlos y, por lo tanto, debe responder por el deterioro que pueda sufrir la cosa a partir de ese momento<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Vid. RODRÍGUEZ MORATA, F., “Comentarios a los artículos 1.445-1.456 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 1694-1695, cuando aclara: [...] “La doctrina tradicional y la jurisprudencia mayoritaria han entendido que el artículo 1452 regula la atribución de los riesgos en el contrato de compraventa, sentando el criterio de que el riesgo corre a cargo del comprador («periculum est emptoris»), si bien distingue dos supuestos distintos: uno, que rige para las ventas de cosas no fungibles y para las fungibles cuya venta se hace aisladamente y por un solo precio, en cuyo caso se imputan los riesgos al comprador; y otro, que rige para las cosas fungibles que se vendieren por un precio fijado, con relación al peso, número o medida, respecto de las cuales no se imputarán tales riesgos al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que se haya constituido en mora [...]. Las razones esgrimidas para justificar la regla «periculum est emptoris» en el artículo 1452 se concretan en que el precepto ha adaptado el sistema de riesgos seguido en nuestra tradición histórica, de pura estirpe romana, en virtud del cual quien se beneficia de los «commoda obligationis» desde que surge la obligación de entrega, debe soportar el «incommodum» (riesgo) de la pérdida fortuita de la cosa vendida, lo que se evidencia conforme a una interpretación «a sensu contrario» del artículo 1452.III, como del artículo 1096.III”.

<sup>145</sup> Vid. Exposición de Motivos de la DDC punto número 55. Esta regla se encontraba prevista en la PDDC del año 2008 (art. 17. 2).

<sup>146</sup> Vid. CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes, formación...*, *op.cit.*, págs. 284-285. Cuando aclara: “En el caso de que el comprador incurra en mora, deberá responder

En esta línea se pronuncia la DDC en su artículo 20, el cual contempla dos supuestos de transmisión de riesgo imputables directamente al consumidor:

1. *“El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes.*
2. *No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista, en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista”<sup>147</sup>.*

Estas reglas se encuentran previstas en el artículo 66 *ter* del TRLGDCU<sup>148</sup>, las cuales son una novedad, ya que la hoy derogada *Directiva 97/7/CE* no regulaba la transmisión del riesgo, dejando a los Estados miembros la facultad de preverla en sus legislaciones internas.

Por otra parte, el consumidor no será responsable de ningún riesgo de pérdida o deterioro del bien cuando no haya sido informado de su derecho de desistimiento (art. 14.4, i DDC; art 75.2 TRLGDCU)<sup>149</sup>. No obstante, cuando el bien se pierde por caso fortuito, la doctrina entiende

---

por el deterioro que pueda sufrir la cosa, incluso por caso fortuito, así como por los daños y perjuicios que se hayan seguido al vendedor como consecuencia del retraso que, como regla general, podrán concretarse en los intereses correspondientes al valor del producto. Fuera de este supuesto, el comprador solo responderá de los daños que le sean imputables por no haber observado la diligencia debida en la conservación de la cosa (culpa o dolo). En dichos daños o desperfectos no puede incluirse la disminución del valor derivado del desgaste o deterioro del producto causado por su prueba o ensayo, conforme a la naturaleza de la cosa”.

<sup>147</sup> La PDDC del año 2008, ya preveía estas reglas en su artículo 23: “1. *El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes.* 2. *El riesgo contemplado en el apartado 1 se transmitirá al consumidor en el momento de la entrega conforme a lo acordado por las partes si el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, no ha tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes”.*

<sup>148</sup> Vid. “Artículo 66 *ter*. Transmisión del riesgo.

*Cuando el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor y usuario cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor y usuario con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste”.*

<sup>149</sup> Esta misma regla esta contenía a nivel comunitario en el MCFR (Artículo II.- 5:105 (4) y el ACQP (artículo 5:105 (2)).



que ya no es posible desistir del contrato, pues iría en contra de los artículos 1.295, 1.303 y 1.308 CC, los cuales prevén el principio de reciprocidad. Esta solución se deduce si se parte de que el contrato electrónico es un contrato perfecto, razón por la cual, ya se ha ejecutado; por lo tanto, el consumidor es propietario de la cosa, y la cosa se pierde para él, no para el vendedor<sup>150</sup>.

Ahora bien, la Ley permite ejercer el derecho de desistimiento al consumidor aún cuando el bien se hubiese perdido, ya sea hasta por caso fortuito (art. 75.1 TRLGDCU), y a la vez lo exime de devolver la prestación cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable, pero responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste<sup>151</sup>. Como excepción a esta regla, cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, la imposibilidad de devolución, sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos (art. 75.1.II TRLGDCU)<sup>152</sup>.

Con esta regla de moderación se pretende disminuir los riesgos de imputación al consumidor, el cual debería actuar como un buen padre de

---

<sup>150</sup> Cfr. CLEMENTE MEORO, M. E., "Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos electrónicos", *Noticias de la Unión Europea, monográfico, El derecho de los consumidores ante la Unión Europea*, núm. 263, 2006, pág. 12.

<sup>151</sup> Vid, en este sentido BERMÚDEZ BALLESTEROS, M<sup>a</sup>. del S., "Ejercicio del derecho de desistimiento: costes, liquidación del uso, reenvío del producto", en CARRASCO PERERA, Á (Dir.): *Tratado de la Compraventa, Tomo I, Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 587-589.

<sup>152</sup> Como señala MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., "Derecho de desistimiento del consumidor...", *op.cit.*, págs. 615-616, nota al pie núm. 90: "El consumidor podrá ejercer el derecho de desistimiento aun cuando no pueda devolver la cosa objeto del contrato. Si se dan estas circunstancias (imposibilidad de la devolución y ejercicio del derecho de desistimiento), cabe distinguir dos situaciones en las que puede encontrarse el consumidor: de una parte, aquélla en la que la imposibilidad de la devolución no le es imputable, en cuyo caso queda exonerado de realizar cualquier devolución; de otra parte, aquella en la que la imposibilidad de la devolución le es imputable, en cuyo caso habrá de abonar el valor de mercado que tuviera la cosa en el momento de efectuar la devolución y, cuando el valor de mercado fuese superior al valor de adquisición". Continúa el autor señalando que por valor de mercado se entenderá "el valor que tenga la cosa en el mercado "al por mayor"; no el que posea en el mercado de consumo (mercado "al por menor"). La explicación parece evidente: dado que estamos ante una legislación tuitiva de una de las partes contratantes, la que actúa en condición consumidora, y dado, también, que el legislador persigue que tras el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor se restablezca la situación anterior o previa a la celebración y ejecución del contrato (...)"

familia de acuerdo con las reglas establecidas en el CC (arts. 1.094, 1.104 II y 1.182). Aunque, como señala GARCÍA VICENTE<sup>153</sup>, será “el consumidor, deudor de la restitución (art. 1.183 CC) (...) quien deba alegar y acreditar la existencia del caso fortuito para que no nazca la obligación de restituir el equivalente pecuniario contemplado en el art. 75.1 II TRLGDCU”, por lo tanto, tal y como aclara CLEMENTE MEORO: “el derecho de desistimiento no es una regla de atribución del riesgo de pérdida del producto, sino un medio de compensar los déficit de información y de reflexión del consumidor”<sup>154</sup>.

Las reglas previstas en el artículo 66 *ter* TRLGDCU son habituales en la práctica, debido a que las empresas que se dedican al comercio electrónico, prevén dentro de sus condiciones generales, a partir de qué momento se produce la transmisión del riesgo en materia de bienes. Sin embargo, en este punto algunas son más específicas que otras<sup>155</sup>.

#### **4.5.3 Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en contratos de servicios**

Una vez vistos los efectos del desistimiento en materia de bienes, pasaremos analizar qué pasa con los servicios. Hasta antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores del año 2104, no existían reglas claras que especificaran las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento, por lo que tocaba a los servicios (arts. 44 LOCM y 74 TRLGDCU), ya sea que esto se ejecutaran en un sólo acto o fueran de

---

<sup>153</sup> *Ibidem.*, pág. 869.

<sup>154</sup> CLEMENTE MEORO, M. E., “Consecuencias del ejercicio...,” *op.cit.*, pág. 13.

<sup>155</sup> *Vid.*, cláusula 11 de las condiciones generales de la empresa ZARA, la cual señala: “Los riesgos de los productos serán a su cargo a partir del momento de su entrega. Usted adquirirá la propiedad de los productos cuando recibamos el pago completo de todas las cantidades debidas en relación con los mismos, incluidos los gastos de envío, o bien en el momento de la entrega (según la definición contenida en la cláusula 9 anterior), si ésta tuviese lugar en un momento posterior”. Referencia tomada en: <http://www.zara.com/es/>. [Con acceso el 28-VI-2014]. La empresa deMartina, la cual se dedica a la venta de juguetes por Internet, aclara dentro de sus condiciones de venta lo siguiente: “A efectos de las presentes condiciones, se entenderá que se ha producido la “entrega” o que el/los producto/s han sido “entregado/s” en el momento de firmar la recepción de los mismos en la dirección de entrega convenida”. Referencia tomada en: <http://www.demartina.com/ayuda/condiciones-generales-venta-n-116.html>. [Con acceso el 28-VI-2014].

tracto sucesivo; solamente se remitía a lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 CC.

Sin embargo, hoy en día la problemática comentada se encuentra solucionada en el régimen jurídico actual, tal y como veremos.

Habría que distinguir entre los efectos del ejercicio del desistimiento en servicios que se agotan de una sola vez, es decir, con efectos *ex tunc* y los efectos del ejercicio del desistimiento en servicios que tienen un carácter *ex nunc*, los cuales son considerados de tracto sucesivo.

Para el caso de los *contratos de tracto sucesivo*, incluidos los de suministro de “contenido digital”, el efecto que provoca el desistimiento se mantiene, razón por la cual, el comerciante podrá descontar una parte proporcional del precio<sup>156</sup>. El criterio mencionado es el que sigue el ordenamiento jurídico (arts. 9 y 14.5 DDC; arts. 98.8, 99.3 y 108.3 TRLGDCU). De esta forma, lo único que se realiza es el cobro de una parte del servicio efectivamente prestado, evitándose un enriquecimiento injustificado por parte del consumidor<sup>157</sup>. A favor de esta línea argumentativa, podemos citar el criterio establecido en el artículo 7.1 de la *Directiva 2002/65/CE*, el cual aclara:

*“Cuando el consumidor ejerza el derecho de rescisión que le otorga el apartado 1 del artículo 6, solamente estará obligado a pagar, a la mayor brevedad, el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato”.*

Ejemplo de contratos de tracto sucesivo son los que menciona el TRLGDCU en su artículo 104.4, por ejemplo: el suministro de agua, gas o electricidad, cuando no estén envasados para la venta en un volumen

---

<sup>156</sup> Vid. COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario a los artículos 1.300-1.314 del CC...,” *op.cit.*, pág. 1551. Esta autora, comentando el artículo 1.307 del CC aclara lo siguiente: “dispone el precepto que si la parte contra la que se ha ejercitado la acción para que se declarase la invalidez del contrato ha perdido la cosa, deberá entregar una indemnización consistente en el valor en metálico que dicha cosa tuviera cuando se perdió, con los frutos que hubiera percibido, más los intereses devengados desde aquella fecha. En términos similares se expresa QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual...,” *op.cit.*, pág. 1282: “A tenor del citado art. 1.307 CC, si las cosas que deben restituirse se han perdido, ya sea física o jurídicamente (por ejemplo, se ha expropiado el inmueble vendido o se ha enajenado a tercero protegido por la apariencia), subsiste la obligación de indemnizar por su valor en el momento de su pérdida, salvo que la cosa se hubiera perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar la acción (art. 1.314 CC). Se pagará, pues, el equivalente económico”.

<sup>157</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Derecho de desistimiento...,” *op.cit.*, págs. 226-227.

delimitado o en cantidades determinadas, o de calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial. Igualmente, y por mencionar algún caso de suministro de contenido digital, la suscripción a una publicación electrónica periódica.

No obstante, en caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio<sup>158</sup>. En este sentido el considerando número 50 de la Exposición de Motivos de la DDC aclara lo que debe entenderse por valor de mercado:

*“El valor de mercado se debe establecer comparando el precio de un servicio equivalente prestado por otros comerciantes en el momento de la celebración del contrato”.*

Aunque como señalamos el importe proporcional, que deba pagar el consumidor no deberá rebasar la parte proporcional del servicio prestado, Además, tampoco debe ser entendida como una penalización.

Ahora bien, ¿Qué pasa en caso de que el empresario ejecute el servicio durante el periodo de desistimiento y no informe al consumidor de su derecho que le asiste, y éste último decide ejercerlo? El artículo 108 TRLGDCU en sus punto cuatro prevé las siguientes soluciones:

*“4. El consumidor y usuario no asumirá ningún coste por:*

*a) La prestación de los servicios o el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas– o de calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, cuando:*

*1.º El empresario no haya facilitado información con arreglo al artículo 97.1.i) o k); o bien*

*2.º El consumidor y usuario no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento con arreglo al artículo 98.8 y al artículo 99.3; o bien*

---

<sup>158</sup> En la misma línea se manifiesta el CESL en su artículo 45.5. “Cuando el consumidor ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud expresa para que una prestación de servicios relacionados empiece durante el plazo de desistimiento el consumidor deberá abonar al comerciante un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio antes de que el consumidor ejerciera el derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar el consumidor al comerciante deberá calcularse sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional deberá calcularse sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio”.

*b) El suministro, en su totalidad o en parte, de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando:*

*1.º El consumidor y usuario no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el periodo de 14 días naturales contemplado en el artículo 102.*

*2.º El consumidor y usuario no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento; o bien*

*3.º El empresario no haya dado la confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2.*

Sin embargo, cuando el consumidor otorgue su consentimiento para la realización del servicio durante el periodo de desistimiento, éste decae automáticamente. Esta es la regla que sigue la actual normativa (art. 16 a) DDC; art. 108.3 TRLGDCU).

Por otro lado, la Ley de Consumidores del año 2014 adiciona un nuevo apartado al artículo 74 TRLGDCU, correspondiente a las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento, redactado en los siguientes términos:

*4. “En caso de que el usuario incumpla su compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja, o cese prematuro de la relación contractual, será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado”.*

De esta manera se trata de evitar prácticas comerciales desleales, debido a que, “en la actualidad existen numerosas reclamaciones por la aplicación de periodos de permanencia y penalizaciones en caso de baja que no son conocidas por los consumidores, o, aunque sean conocidas, son penalizaciones que deben pagarse íntegramente indiferentemente de si el compromiso de permanencia se rompe en el primer día o un día antes de que expire”<sup>159</sup>. No obstante, tal y como aclara la doctrina, hubiera sido deseable que la introducción del inciso comentado se hubiera ubicado en el artículo 62 TRLGDCU, el cual regula “el derecho a poner fin al contrato del consumidor en los contratos de duración indefinida”, pues como vimos en su momento, el derecho de desistimiento

---

<sup>159</sup> *Vid.*, serie A: Proyectos de Ley, Congreso de los Diputados, Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 71-2 de 11-2-2014. Enmienda núm. 94 del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, pág. 74.

del consumidor y el supuesto regulado en el artículo 62 TRLGDCU son figuras distintas<sup>160</sup>.

Asimismo, el artículo 106.6 TRLGDCU en relación con los efectos del desistimiento en los contratos de suministro de tracto continuo prevé una nueva regla, la cual no se contempla en la DDC, cuando aclara:

*“En caso de contratos para el suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o calefacción mediante sistemas urbanos, en los que el suministro ya se estuviera realizando previamente a la contratación del servicio, salvo que expresamente se indique lo contrario, se entenderá el interés del consumidor en continuar con el suministro del servicio, volviendo a ser suministrado por su suministrador anterior. Por el contrario, si previamente a la contratación del servicio no se estuviera realizando el suministro, la solicitud de desistimiento supondrá la baja del servicio”.*

La justificación de la regla comentada se halla en que se debe hacer una salvedad expresa que permita tener en cuenta las particularidades de los suministros de tracto continuo como el de agua, gas o electricidad — cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas— y calefacción mediante sistemas urbanos, ya que en las contrataciones que se realizan en relación con este tipo de servicios, salvo en el proceso de alta inicial, lo que realmente se está produciendo es un cambio de suministrador, y dicha contratación implica automáticamente la baja del contrato de suministro que se tenía previamente. Cuando con posterioridad a esa contratación, y una vez

---

<sup>160</sup> Vid. BERMÚDEZ BALLESTEROS, M<sup>a</sup>. del S., “La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014...,” *op.cit.*, pág. 108, cuando aclara: “Se está confundiendo el derecho de desistimiento -regulado en los arts. 68 a 79 TRLCU- con el “derecho del consumidor a poner fin al contrato” –contemplado en el art. 62 TRLCU-. El primero es, esencialmente, una facultad que se concede al consumidor para desligarse del contrato celebrado, para cuyo ejercicio no hay que alegar causa alguna y por cuyo ejercicio no cabe penalización alguna (arts. 68.1 y 73 TRLCU); el consumidor se desliga de la relación contractual con eficacia *ex tunc*. El segundo, que permite al usuario decidir de forma unilateral la finalización de contratos de servicios o suministro continuado, nace como un instrumento tuitivo para el consumidor evitando su vinculación perpetua en esas relaciones obligatorias de tracto sucesivo, pacatadas por tiempo indeterminado o indefinido. Conforme al art. 62 TRLCU, el ejercicio de este derecho no puede llevar aparejadas sanciones o cargas onerosas o desproporcionadas, lo que no significa que se trate de un derecho gratuito<sup>6</sup>, pues la ley no exonera al consumidor de los gastos que pueda conllevar su decisión, ni nada impide que se pacte el pago de una prima o penalización en caso de ejercicio del derecho<sup>7</sup>; por otro lado, la relación obligatoria se extingue para el futuro –eficacia *ex nunc*–, sin que tenga efectos retroactivos”.

iniciado el servicio, el consumidor ejerce su derecho al desistimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.8 o en el artículo 99.3 TRLGDCU, no pretende renunciar a recibir el servicio con la consecuencia del corte del suministro, sino que lo pretendido es volver a ser suministrado en las condiciones que tenía previamente con su anterior suministrador. Por ello es necesario prever esta particularidad en la propia Ley, de forma que el servicio vuelva a ser prestado por el suministrador anterior, sin que el consumidor tenga que contactar con él y firmar un nuevo contrato, y sin riesgo a suspensiones del suministro mientras se finalizan estas gestiones<sup>161</sup>.

Ahora bien, una vez visto los efectos del derecho de desistimiento en los contratos de tracto sucesivo, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿puede ejercer el desistimiento el consumidor en los contratos de *servicios que se han ejecutado totalmente*? Es una cuestión sobre la que la normativa no se pronuncia. Para responder a la interrogante planteada, habría que realizar las siguientes precisiones: En primer lugar, si el consumidor ha sido informado correctamente de su derecho de desistimiento y el servicio se ha ejecutado totalmente, no vemos problema alguno.

Asimismo, si ha dado su consentimiento expresamente, previo a la ejecución antes de que finalice el periodo de 14 días naturales, su derecho decae automáticamente (art. 108.4 b-1 TRLGDCU).

No obstante, si se diera el caso de que el consumidor no hubiera recibido la información relativa al derecho de desistimiento, y el servicio se hubiera ejecutado y éste decide ejercerlo, el empresario tiene la obligación de devolver las sumas abonadas (arts. 14.4, letras a y b) DDC; art. 108.4-1 TRLGDCU). Esta solución es acorde con el espíritu de la Ley y se da principalmente ante el incumplimiento del empresario al no haber informado al consumidor de su derecho de desistimiento que le asiste en este tipo de contratos.

---

<sup>161</sup> *Vid.*, serie A: Proyectos de Ley, Congreso de los Diputados, Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 71-2 de 11-2-2014. Enmienda núm. 189 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i unió), pág. 135.

En la práctica, algunas empresas que venden sus servicios a través de Internet no especifican claramente los efectos del desistimiento cuando el consumidor los ejercita<sup>162</sup>. Inclusive no cumplen con el formulario de desistimiento, razón por la cual, tal práctica se considera desleal, pudiendo ser la empresa sancionada con una multa de 150.001 hasta 600.000 euros, ya que se considera una sanción grave (art. 39 LSSI). Asimismo, la reiteración en el plazo de tres años de dos o más infracciones muy graves, sancionadas con carácter firme, podrá dar lugar, en función de sus circunstancias, a la sanción de prohibición de actuación en España, durante un plazo máximo de dos años (art. 39.1 a). Esto con independencia de las sanciones civiles que contempla la DDC, como sería la ampliación de un año para que el consumidor pueda ejercer su derecho de desistimiento, en caso de que no se le entregue el formulario de desistimiento previsto en el Anexo B del TRLGDCU, o que éste no cumpla con los requisitos que la normativa exige. De lo anterior, se deduce que las empresas que se dediquen a la venta de servicios por Internet tendrán que actualizar su página *web* y contemplar el formulario

---

<sup>162</sup> Vid. Mundo jardinería. Com., en: <http://www.mundojardineria.com/jardineria-material-riego-vsubservicios-1423.html>. En cambio citiservi empresa que se dedica a la limpieza del hogar en su página de aviso legal en el punto 7.5 aclara lo siguiente: "Derecho de revocación y devoluciones: En citiservi esperamos que la experiencia de compra sea lo más agradable y simple posible. El Usuario comprador tendrá derecho a revocar la declaración contractual de compra y solicitar el reintegro o abono de la cantidad satisfecha por la compra en un plazo no superior a 15 días naturales desde la fecha del pago. Dicho reintegro o revocación deberá solicitarse mediante correo electrónico a [info@citiservi.com](mailto:info@citiservi.com), incluyendo el reenvío del recibo de compra o bono, en su caso, y la solicitud expresa de revocación de la compra. El plazo comenzará desde la recepción de dicha confirmación de compra, nunca antes de la recepción de dicha confirmación por parte del Usuario comprador a través de citiservi. Pasado dicho plazo, el Usuario comprador no tendrá derecho al reintegro por parte de citiservi, de las cantidades abonadas, sin perjuicio de los derechos que le asistan en virtud de las condiciones específicas mostradas en la Oferta del producto o servicio por parte del Usuario vendedor o aquellas condiciones que fuesen aplicables por la naturaleza específica de la compra realizada y que, en todo caso, vincularán al comprador y vendedor exclusivamente. Sin perjuicio de lo anterior, una vez hecho efectivo el bono asociado a la compra, bien mediante entrega del producto o prestación del servicio, no será posible la revocación.

En el caso de una revocación eficaz, se han de restituir las prestaciones recibidas por ambas partes y, en su caso, entregar los frutos o utilidades percibidas (por ejemplo, ventajitas de uso). Las obligaciones de devolución de pagos han de producirse en el plazo de 30 días desde el envío por el comprador y/o recepción de la declaración de revocación por citiservi, respectivamente". Referencia tomada en: [http://corp.citiservi.com/es/sobre-citiservi/terminos-de-uso/terminos-legales\\_\\_104.html](http://corp.citiservi.com/es/sobre-citiservi/terminos-de-uso/terminos-legales__104.html). [Con acceso el 6-VII-2014].



de desistimiento. Para cumplir este requisito bastaría con que se anexara un PDF independiente de las condiciones generales que lo contemplara.

#### 4.5.4. Restitución de las prestaciones

##### 4.5.4.1. Regulación normativa

El fundamento de la obligación de restitución de la cosa objeto del contrato, que surge tras extinguirse el contrato, lo encontramos en el CC, el cual prevé en su contenido las siguientes cuestiones: el carácter recíproco de las prestaciones (arts. 1.303 y 1.308), la restitución por incapacidad de uno de los contratantes (art. 1.304), la restitución en caso de nulidad por ilicitud de la causa (arts. 1.305 y 1.306), o imposibilidad por pérdida de la cosa (art. 1.307)<sup>163</sup>.

El artículo 1.303 CC prevé la “*restitutio in integrum*” en los supuestos de nulidad y anulabilidad de una obligación, es decir, tiene como meta lograr que las partes perjudicadas por el contrato nulo vuelvan a la situación personal y patrimonial antes del evento invalidante (*ex tunc*), evitándose de esta manera un enriquecimiento injusto de cualquiera de las partes<sup>164</sup>. De esta manera, las partes tienen la obligación de devolverse las cosas con sus frutos y el precio con sus intereses<sup>165</sup>. No obstante, cuando no sea posible la restitución de las cosas, estas deberán devolverse en pecuniario (art. 1.307 CC).

La obligación de restitución es de carácter recíproco y de cumplimiento simultáneo (art. 1.308 CC), este precepto tiene una estrecha relación con lo dispuesto en el artículo 1.303, el cual aclara que los

---

<sup>163</sup> Vid. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual...,” *op.cit.*, pág. 1281.

<sup>164</sup> Cfr. COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario a los artículos 1.300-1.314 del CC...,” *op.cit.*, pág. 1547.

<sup>165</sup> Vid. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual...,” *op.cit.*, pág. 1283. Asimismo, tal y como aclara COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario a los artículos 1.300-1.314 del CC...,” *op.cit.*, pág. 1548: “El efecto restitutivo reseñado en el artículo 1.303, según reiterada doctrina, se trata de una consecuencia implícita e ineludible de la invalidez [...] La jurisprudencia tiene declarado que aunque el artículo 1.303, norma reguladora de los efectos de la nulidad, está concebida, inicialmente, para la compraventa, debe ser generalizada en cuanto sea posible, que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse lo percibido por consecuencia del contrato, obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este artículo [...]”.

contratantes deben restituirse las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Aunque, como señala DÍEZ PICAZO, si las obligaciones, del tipo que fueren, sólo pesaban sobre una de las partes y sólo este las ejecutó, el contenido del artículo 1.303 CC no entra en juego<sup>166</sup>.

Han de tenerse en cuenta también, las reglas contenidas en los artículos 75-79 TRLGDCU. Sin embargo, tal y como tendremos ocasión de ver dentro de este mismo epígrafe, la entrada en vigor de la DDC prevé reglas especiales, las cuales se regulan en los artículos 76, 76 bis, 77, 106, 107 y 108 TRLGDCU<sup>167</sup>.

A nivel comunitario el MCFR hace una distinción entre las reglas de restitución por enriquecimiento ilícito y un régimen de restitución en caso de resolución contractual. Tal distinción cobra importancia a la hora de diferenciar entre eficacia retroactiva o eficacia prospectiva Art. 111.-3:510 y ss. y art. VII.-1:101 y sigs. (En relación con el art. 11.-7:212 y el art. 11.-7:303 MCFR)<sup>168</sup>. En términos parecidos, por lo que toca a la restitución de las prestaciones se pronuncian los principios UNIDROIT (art. 3.2.15, art. 3.3.2.3 y art. 7.3.6, f). Lo anterior tiene como propósito que haya una uniformidad como regla general en la materia comentada<sup>169</sup>.

#### **4.5.4.2. Restitución recíproca de las prestaciones**

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores del año 2014, el empresario se encontraba obligado a devolver “todo pago

---

<sup>166</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamento del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, Introducción, teoría del contrato*, 6ª ed., Civitas, Navarra, 2007, pág. 602: “En virtud del art. 1.308 hay una especie de sinalagma [...] en la ejecución de la obligación restitutoria. No puede entenderse, en cambio, que haya un sinalagma funcional [...] por mucha reciprocidad que quiera encontrarse en la obligación restitutoria, no cabe hablar de resolución por incumplimiento de esta obligación, porque ello supondría convalidar un contrato ya anulado”.

<sup>167</sup> En la misma línea que la DDC en cuanto a los efectos del desistimiento se pronuncia el CESL (arts. 43, 44, 45, y 46).

<sup>168</sup> *Vid.* EIDENMÜLLER, H., (*et al*), “Hacia una revisión del Acquis de consumo”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, pág. 141.

<sup>169</sup> *Ídem.*, págs. 141-412.

recibido”<sup>170</sup> por el consumidor y usuario sin retención de gastos, en el plazo máximo de 30 días desde que éste había ejercido su derecho desistimiento<sup>171</sup>. Sin embargo, si el empresario incumplía su obligación, transcurrido el plazo de 30 días, el consumidor tenía derecho a reclamar la suma duplicada, sin perjuicio de que, además se le indemnizaran los daños y perjuicios que se le hubieren causado en lo que excediera de dicha cantidad. Tales reglas cambiaron con la transposición de la DDC, la cual aclara que el comerciante reembolsará todo pago recibido del consumidor, incluidos en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido catorce días desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor (art. 13.1 DDC; art 107.1 TRLGDCU). No obstante, en relación con la regla que venimos comentando, la normativa señala lo siguiente:

1.- En caso de que el consumidor haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el comerciante no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven (art. 13.2 DDC; art. 107.2 TRLGDCU).

2.- Salvo en caso de que el comerciante se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, el comerciante podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que el

---

<sup>170</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Derecho de desistimiento...,” *op.cit.*, pág. 230: “La expresión “todo pago recibido del consumidor” significa también que el comerciante está obligado a restituir íntegramente las cantidades entregadas por el consumidor, quedando por tanto incluidos los citados costes de entrega si en su momento repercutieron. En la STJCE 15 de abril 2010, *Heinrich Heine*, Asunto C-511/08, el tribunal ya concluyó que la Directiva 97/7 sobre ventas a distancia se opone a que, ejercitado el derecho de desistimiento por el comprador, el vendedor pueda retener del precio una cantidad equivalente a los costes que para el profesional supuso el envío del producto al consumidor. Sólo podrán imputarse al comprador los costes directos de devolución del bien”.

<sup>171</sup> La antigua redacción del artículo 76 TRLGDCU señalaba lo siguiente: “*Cuando el consumidor y usuario haya ejercido el derecho de desistimiento, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos. La devolución de estas sumas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días desde el desistimiento. Transcurrido dicho plazo sin que el consumidor y usuario haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad*”. A nivel comunitario, tanto el ACQP (art. 5:105-1) como el MCFR (art. II.-5:105-2), prevén el plazo de 30 días para la devolución de las cantidades.

consumidor haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, según qué condición se cumpla primero (art. 13.3 DDC; art. 107.3 TRLGDCU). En este sentido, habrá que aplicar unas reglas específicas, en lo que toca a las restituciones recíprocas. Por ejemplo, si el consumidor desiste del contrato habiendo recibido el bien, pero todavía no ha pagado el precio sólo tendrá la obligación de devolver la cosa objeto del contrato. En cambio, si el comerciante devuelve las cantidades al consumidor y éste no devuelve los bienes, automáticamente recaerá en mora (arts. 1.096 y 1.183 CC), y por lo tanto, deberá soportar los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa. Por el contrario, la restitución de la cosa por el consumidor no provoca la mora automática del comerciante, quien podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes. Sin embargo, para que el comerciante se constituya en mora, el consumidor deberá promoverla<sup>172</sup>.

En cuanto a la forma en que deben devolverse las cantidades abonadas, entendemos que debe ser por el mismo medio de pago que ha empleado el consumidor, para la transacción inicial (art. 107.1 TRLGDCU). Aunque en la práctica no hay una posición uniforme: algunas empresas siguen el criterio establecido por la DDC y el TRLGDCU, es decir, utilizan el mismo medio para el reembolso de las sumas abonadas por parte del consumidor<sup>173</sup>. Otras en cambio, hacen la distinción del pago con tarjeta y contra reembolso<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Derecho de desistimiento...", *op.cit.*, pág. 230.

<sup>173</sup> Este es el caso de la empresa Amazon, la cual dentro de sus condiciones de venta, en lo que se refiere a la política de devoluciones aclara: "Amazon utilizará los mismos medios de pago que usted hubiera empleado para la transacción inicial, a menos que expresamente se acuerde otro medio. En cualquier caso, usted no soportará ninguna tasa que pudiera derivarse de dicho reembolso". Referencia tomada en: [http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp\\_200507640\\_pdr/?nodeId=200507640#despuespedido17](http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp_200507640_pdr/?nodeId=200507640#despuespedido17). [Con acceso el 10-VII-2014]. La tienda Zara dedicada a la venta de artículos de ropa realiza la siguiente aclaración: "En caso de desistimiento por su parte, le devolveremos todos los pagos recibidos de usted, incluidos los gastos de entrega (con la excepción de los gastos adicionales resultantes de la elección por su parte de una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria que ofrecemos) sin ninguna demora indebida y, en todo caso, a más tardar 14 días naturales a partir de la fecha en la que se nos informe de su decisión de desistir del presente Contrato. Procederemos a efectuar dicho reembolso utilizando el mismo medio de pago empleado por usted para la transacción inicial. No incurrirá en ningún gasto como consecuencia del reembolso". Referencia tomada en: <http://www.zara.com>. [Con acceso el 10-VII-2014].

<sup>174</sup> Vid. Condiciones generales de la empresa deMartina cuando señala: "Si el producto fue abonado con Tarjeta de Crédito, el abono se realizará en la misma. Si el producto fue

Ahora bien, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Tiene la obligación el vendedor de ordenar la devolución del dinero dentro del periodo de 14 días? En nuestra opinión, el vendedor tiene la obligación de realizar todos los actos necesarios para cumplir con su deber dentro del periodo que marca la ley, siendo un requisito necesario que el dinero llegue a manos del consumidor. En caso de que el vendedor no cumpla con el deber de reembolsar el dinero al comprador, tiene la obligación de devolver las sumas duplicadas con sus intereses, con independencia de los daños y perjuicios causados (art. 76.2 y 107.1 TRLGDCU); por lo tanto se aplicará el régimen previsto en los artículos 1.303, 1.307, y 1.308 CC, ya sea que se haya actuado de buena o mala fe<sup>175</sup>.

En la práctica, las empresas que se dedican al comercio electrónico, estipulan plazos diferentes para la devolución de las cantidades. Algunas mencionan dentro de sus condiciones generales que la devolución de las cantidades se realizara en un plazo 14 días<sup>176</sup>. Otras en cambio, prevén el plazo de 30 días<sup>177</sup>. Por el contrario, otras son más generosas al señalar

---

abonado contra reembolso, le pediremos nos envíe por mail un número de cuenta bancaria, cuyo titular sea el mismo que realizó el pedido, y procederemos a ingresarle las cantidades”. Referencia tomada en: <http://www.demartina.com/ayuda/condiciones-generales-venta-n-116.html>. [Con acceso el 9-VII-2014].

<sup>175</sup> Vid. QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual...,” *op.cit.*, pág. [...] “tanto el poseedor de buena fe como el de mala fe deberían devolver los frutos percibidos y los intereses del dinero, calculados en función del tiempo que duró la situación ahora deshecha. En cambio, si se entendiese que la declaración genérica del art. 1.303, o la semejante del art. 1.307, merecen matizarse por las reglas comunes a toda liquidación de un estado posesorio, el poseedor de buena fe no debería devolver los frutos percibidos mientras no fue interrumpida legalmente la posesión (art. 451 CC), mientras que el de mala fe debería abonar no sólo los frutos percibidos, sino también los que el poseedor legítimo hubiera debido percibir (art. 455 CC). Regla, ésta última, que repite el art. 1.896 CC refiriéndose al que acepta un pago de lo indebido procediendo de mala fe”.

<sup>176</sup> Este es el caso de la empresa Casio que dentro de sus condiciones de venta para el caso que estamos tratando aclara lo siguiente: “En caso de revocar este contrato reembolsaremos todos los pagos por usted realizados, inclusive los gastos de envío (a excepción de los costes adicionales que se generen en caso de que usted elija una forma de envío distinta a la forma de envío estándar y más económica ofrecida por nosotros) de forma inmediata y a más tardar en un plazo de 14 días a partir del día en el que recibamos la notificación de la revocación de su contrato”. Referencia tomada en: <http://es.casio-shop.eu/cms/gdc/>. [Con acceso el 10-VII-2014].

<sup>177</sup> La empresa Sony por lo que se refiere a la devolución de cantidades cuando el consumidor decida ejercer su derecho de desistimiento señala lo siguiente en su página web: “Usted reconoce que puede cancelar también sin necesidad de justificación los Servicios adquiridos mediante la referida declaración inequívoca y obtener un completo reembolso de todos los pagos recibidos por los mismos, en el plazo de 30 días naturales desde la fecha de celebración del contrato, a no ser que los Servicios se hubiesen ejecutado de manera completa antes del plazo de 30 días naturales habiendo comenzado la ejecución con su consentimiento expreso”. Referencia tomada en:

que harán todo lo posible por devolver los importes de los productos devueltos en un máximo de 48 horas laborables<sup>178</sup>. Las empresas que cumplen con el plazo de 14 días para la devolución de las cantidades abonadas por el consumidor no tienen problema alguno. En cambio, las que incumplan con tal previsión, ya sea porque no han actualizado su página *web* o contengan cláusulas dentro de sus condiciones generales que contravengan la normativa, además de ser nulas tales cláusulas (art. 86 TRLGDCU), se harían acreedoras a infracciones administrativas, ya que se considera una falta grave y una práctica comercial desleal, por lo tanto, se les podría imponer una multa entre 30.001 hasta 150.000 euros (art. 39 b LSSI).

#### **4.6. Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos vinculados**

En un principio, en la legislación española no existía una definición de lo que debía entenderse por “contrato vinculado”<sup>179</sup>. Ante tal situación, la doctrina se vio obligada a distinguir dos formas de vinculación contractual. La primera comprendía un contrato de compraventa vinculado a un contrato de crédito, y la segunda postura abarcaba un contrato de crédito vinculado a un contrato de compraventa<sup>180</sup>. Actualmente, la

---

[https://shop.sony.eu/shop/mimes/openAccess/legal/terms-conditions-sales/terms\\_and\\_conditions\\_sales\\_es\\_ES.html](https://shop.sony.eu/shop/mimes/openAccess/legal/terms-conditions-sales/terms_and_conditions_sales_es_ES.html). [Con acceso el 10-VII-2014].

<sup>178</sup> Tal es el caso de la empresa deMartina, la cual se dedica a la venta de juguetes que dentro de sus condiciones generales aclara lo siguiente: [...] “para la devolución de los importes, nosotros procuramos realizarlos en un máximo de 48 horas (días laborables)”. Referencia tomada en: <http://www.demartina.com/ayuda/condiciones-generales-venta-n-116.html>. [Con acceso el 10-VII-2014].

<sup>179</sup> *Ley 16/2011, de crédito al consumo* en su artículo 29.1 define lo que es un contrato vinculado: “*Por contrato vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo*”. En términos parecidos se pronuncia el artículo 46.1 del CESL: “[...] *un contrato por el cual el consumidor adquiere bienes, contenidos digitales o servicios relacionados en conexión con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento comercial y esos bienes, contenidos digitales o servicios relacionados son facilitados por el comerciante o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el comerciante*”

<sup>180</sup> *Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J., La compraventa financiada de bienes de consumo*, Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 139 y 140: “1. contratos de consumo en los que se establece expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación”, siguiendo lo dicho en el artículo 14.1 de la Ley de Crédito al consumo, 2. “los contratos están vinculados cuando se cumplen todos los requisitos enumerados en

definición legal de contrato complementario a nivel nacional, la encontramos en el TRLGDCU (art. 59.1 *bis* c):

*“un contrato por el cual el consumidor y usuario adquiera bienes o servicios sobre la base de otro contrato celebrado con un empresario, incluidos los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento, y dichos bienes o servicios sean proporcionados por el empresario o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el empresario”.*

Es importante aclarar que antes de la reforma de la *Ley 47/2002*, el artículo 44.1-2 de la LOCM no establecía reglas claras, en lo tocante al ámbito objetivo de los contratos vinculados, por lo cual, no importaba la interdependencia funcional que existiera entre el contrato de crédito y el de compraventa<sup>181</sup>. Para resolver esta problemática, el legislador español se vio en la necesidad de reformar la LOCM, a través de la *Ley 47/2002*, dándole nueva redacción al artículo 44, el cual preveía el derecho de desistimiento en materia de contratación a distancia. De esta manera, el precepto comentado en su punto siete quedó redactado en los siguientes términos:

*“[e]n caso de que el precio haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido al comprador por parte del vendedor o por parte de un tercero previo acuerdo de éste con el vendedor, el ejercicio del derecho de desistimiento o de resolución contemplados en este artículo implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor”.*

Sin embargo, con la entrada en vigor del TRLGDCU en el año 2007, la normativa delimitó el ámbito objetivo de los contratos vinculados en cuatro supuestos<sup>182</sup>:

---

el artículo 15.1 LCCon, o cuando se satisfacen los recogidos en las letras a), b) y c) del artículo 15.1 LCCon”. No obstante, el autor no se define por ninguna de las definiciones anteriores dando por correcta ambas.

<sup>181</sup> En un principio la redacción del artículo 44.1-2 de la LOCM era la siguiente: “En el caso de que la adquisición del producto se efectuase mediante un acuerdo de crédito, el desistimiento del contrato principal implicará la resolución de aquel”. *Vid.*, en este sentido a NIETO MELGAREJO, P., *El derecho de desistimiento en la contratación electrónica...*, *op.cit.*, pág. 417. Para la autora este tipo de regulación era más favorable al consumidor, ya que el consumidor podría desvincularse del contrato aunque no existiera previo acuerdo entre el proveedor del bien y el concedente del crédito.

<sup>182</sup> *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Derecho de desistimiento...,” *op.cit.*, pág. 234, cuando aclara: “Según el art. 15 DDC, el ejercicio del derecho de desistimiento afecta a los contratos complementarios, entendiendo por tales los contratos conexos o vinculados. Se está aquí pensando en los casos de financiación del precio mediante un

1) Si el propio empresario financia los bienes y servicios al consumidor (art. 77 TRLGDCU);

2) Si una tercera parte financia la ejecución de los servicios o bienes (art. 77 TRLGDCU);

3) Si el contrato vinculado tiene un vínculo estrecho con el principal y este; fue sugerido por el empresario (art. 29.2 de la *Ley 16/2011, de crédito al consumo*); y

4) Si existe un vínculo económico (artículo 29.1 de la *Ley 16/2011, de crédito al consumo*)<sup>183</sup>.

De esta forma, el legislador español ha recogido el principio de unidad económica contemplado en la *Directiva 2008/48/CE*, (arts. 3 n y 15<sup>184</sup>). El principio comentado no se regulaba expresamente en la *Directiva 87/102/CEE*, siendo la primera norma a nivel comunitario que reguló las consecuencias de los contratos vinculados, la cual fue transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la *Ley 7/1995, de 23 de marzo de crédito al consumo*, que en sus artículos 14 y 15 preveía los efectos de los contratos vinculados, aunque cabe aclarar que ambos preceptos fueron modificados para incorporar el principio comentado por

---

crédito concedido por un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante. El ejercicio del derecho de desistimiento implica al tiempo la resolución automática del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario. La solución no es nueva y ya figuraba el texto de otras directivas, y se recoge expresamente en el art. 77 TRLGDCU. Creo, sin embargo, que la ampliación del plazo para desistir hasta 12 meses en caso de incumplimiento del deber de información por el comerciante, va a obligar a replantear las relaciones entre éste y el financiador”.

<sup>183</sup> En términos parecidos al artículo 77 TRGDCU, se manifiestan el AQCP (art. 5:106, MCFR (art. II.-5:106) *Vid.*, en este sentido, Exposición de Motivos punto 37 de la *Directiva 2008/48/CE*: “En caso de los contratos de crédito vinculados, existe una relación de interdependencia entre la adquisición de bienes o servicios y el contrato de crédito celebrado a tal efecto. Por consiguiente, el consumidor que ejerza su derecho de desistimiento respecto de un contrato de compra, basándose en el Derecho comunitario, debe dejar de estar obligado por el contrato de crédito vinculado. Ello no debe afectar a las normas nacionales aplicables a los contratos de crédito vinculados en caso de que un contrato de compra haya quedado anulado o de que el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento al amparo del Derecho nacional. Tampoco debe afectar a los derechos que las disposiciones nacionales otorgan a los consumidores, con arreglo a las cuales no podrá haber compromiso vinculante o pago alguno entre el consumidor y un proveedor de bienes o servicios hasta que el consumidor no haya firmado el contrato de crédito para financiar la compra de bienes o servicios”.

<sup>184</sup> *Vid.*, por todos en este sentido: GRACÍA VICENTE, J, R., “Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU...,” *op.cit.* pág. 873, nota al pie núm. 25.



medio de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre*<sup>185</sup>, a raíz del caso *Opening*<sup>186</sup>.

Por otro lado, la Ley de Consumidores del año 2014 modifica la redacción del artículo 77 TRLGDCU al recalcar que la ineficacia derivada del desistimiento en el contrato accesorio de financiación, se aplicará también a los contratos a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil<sup>187</sup>. Por lo tanto, hoy en día, las consecuencias del derecho de desistimiento en los contratos vinculados, se encuentran expresamente delimitadas en la normativa actual, tal y como lo aclara el artículo 76 bis 2-5 TRLGDCU, el cual lleva por título “*efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios*” señalando lo siguiente [...]:

*“2. Ejercido el derecho de desistimiento sobre el contrato principal, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas en virtud del contrato complementario, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que el consumidor haya informado al empresario de su decisión de desistir del contrato principal.  
En el supuesto de que el empresario no reintegre todas las cantidades abonadas en virtud del contrato complementario en el plazo señalado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su*

---

<sup>185</sup> Antes de la reforma de esta Ley la doctrina entendía que el artículo 15 de la Ley de Crédito al Consumo exigía un acuerdo de colaboración de exclusiva entre proveedor y financiador, con la regulación del principio de unidad económica tal polémica se termino. *Vid*, en este sentido: ESCUIN IBÁÑEZ, I., *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*, Comares, Granada, 2002, pág. 258.

<sup>186</sup> *Vid*, en este sentido, SOLER PASCUAL, A., “Los contratos vinculados”, en VILATA MENADAS, S., (Dir.): *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil*, Consejo general del poder judicial, Madrid, 2007, págs. 292-294, para este autor se está en presencia de contratos vinculados con interdependencia económica objetiva cuando: “las partes celebran dos o más contratos distintos que presentan no obstante, una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los motiva e informa, vinculación que es, o puede ser jurídicamente relevante. La conexión ha de ser funcional, esto es, ha de estar referida a la propia naturaleza de uno o ambos contratos o bien a la disposición de intereses configurada por las partes, lo cual quiere decir que no constituyen contratos vinculados la coaligación ocasional ni genética”.

<sup>187</sup> Artículo 77 del TRLGDCU. “*Desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario. Cuando se ejercite el derecho de desistimiento en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor, incluidos los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento del empresario, y el precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario.*”

*derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad. Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo. El consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien.*

*4. En caso de que al consumidor y usuario le sea imposible devolver la prestación objeto del contrato complementario por pérdida, destrucción u otra causa que le sea imputable, responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste.*

*Cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento del contrato principal, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos<sup>188</sup>.*

*5. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación a los contratos complementarios de otros celebrados a distancia o fuera del establecimiento, regulados en el título III del libro II de esta ley”.*

Como podemos ver, de la lectura del artículo que venimos comentando, se deduce la aplicación analógica de las reglas contenidas para la restitución recíproca, lo cual es acorde con el artículo 15 de la DDC. No obstante, en este punto, el CESL es más específico cuando aclara en su artículo 46.2 lo siguiente:

*“Las disposiciones de los artículos 43, 44 y 45<sup>189</sup> se aplicarán por analogía a los contratos complementarios en la medida en que dichos contratos se rijan por la normativa común de compraventa europea”.*

---

<sup>188</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Derecho de desistimiento...,” *op.cit.*, pág. 234, cuando señala: “Aunque el art. 15.2 DDC se remite a la legislación de cada Estado, exigiendo al respecto que se aprueben normas detalladas, en las relaciones entre el comerciante y el tercero financiador no creo que pueda tener el mismo trato el coste económico que genere la ineficacia del contrato de consumo, cuando ésta se produce por incumplir el comerciante el deber de información sobre el derecho de desistimiento. En este supuesto, previsto en el art. 10 DDC, creo que las consecuencias que acarrea el desistimiento sobre el contrato de financiación deben contemplarse en el acuerdo previo entre comerciante y financiador. Parece lógico pactar que sea el comerciante quien asuma el coste económico de la resolución del contrato de financiación, ya que de haber cumplido escrupulosamente con tales deberes de información y documentación, el consumidor habría perdido el derecho a desistir una vez transcurrido el plazo inicial de catorce días”.

<sup>189</sup> Estos artículos regulan los efectos del desistimiento, es decir, tanto las obligaciones del vendedor como del comprador. Los preceptos comentados hayan su origen en los artículos 9 a 14 de la DDC.

Visto todo lo anterior, podemos señalar que los efectos del derecho de desistimiento en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y contratos a distancia (incluidos, por lo tanto, los electrónicos) se encuentran plenamente armonizados en el ordenamiento jurídico español.



## Conclusiones

De todos los razonamientos vertidos a lo largo de los cuatro capítulos que integran la presente Tesis doctoral, relacionados con la naturaleza y efectos jurídicos del derecho de desistimiento en la contratación electrónica, se han originado como consecuencia lógica las siguientes conclusiones:

**PRÍMERA:** La protección del consumidor a nivel comunitario ha sido una preocupación constante en los últimos años 20 años, razón por la cual, la UE ha aprobado normas como la *Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores* (DDC) y propuestas de Reglamento como el *Common Sales Law* (CESL). Por otra parte, la contratación electrónica ha obligado al legislador comunitario y nacional a crear un marco jurídico, con el fin de proteger al consumidor que compre bienes o contrate servicios por medio de Internet.

El concepto de consumidor ha sido delimitado a nivel comunitario y nacional, en el sentido de excluirse a las personas físicas o jurídicas que adquieran bienes o contraten servicios con fines de lucro. Cuestión distinta ocurre con el concepto de empresario, ya que dependiendo de la forma de conclusión en la que nos encontremos adquiere una connotación diferente: por ejemplo, detallista, prestamista, Prestador de Servicio, etc.

Desde el año 1984 hasta el año 2001, las Directivas de consumo fueron de armonización mínima. Esta técnica legislativa ocasionó falta de armonización y unificación en diversos aspectos como los deberes pre y postcontractuales de información, así como el derecho de desistimiento. Por tal razón, a partir del año 2002, se pasa de la armonización mínima a la armonización plena; ejemplos de esta técnica legislativa, los encontramos en la *Directiva de prácticas comerciales desleales*, la *Directiva de tiempo compartido*, la *Directiva de crédito al consumo* y la DDC. En esta última norma mencionada, se armonizan los plazos, sanciones, así como las obligaciones de las partes cuando el consumidor

desista; por lo tanto, las empresas se benefician al unificarse el régimen jurídico, evitándose la fragmentación jurídica, y fomentándose de esta manera las transacciones transfronterizas.

**SEGUNDA:** El Derecho de Consumo español es una obra en “*construcción permanente*”, debido principalmente a la constante y periódica adaptación de este al marco comunitario europeo en materia de consumo. El Derecho evoluciona al presentarse nuevos problemas, a los cuales el legislador tiene que hacer frente. Desde la aparición de la Propuesta de Directiva de contratación a distancia en el año 1992 y la aprobación de ésta en 1997, le han seguido otras normas, las cuales intentan crear un marco jurídico seguro para que el consumidor pueda celebrar contratos por medios electrónicos; entre estas normas encontramos la *Directiva 2000/31/CE, de Comercio Electrónico* y la *Directiva 1999/93/CE, de Firma Electrónica* (aún vigente hasta julio de 2016), las cuales tomaron como modelo la Ley Modelo UNCITRAL de 1996.

La contratación a distancia ha ido evolucionando cada día, razón por la cual, se ha visto retocada una vez más por el legislador europeo con la aprobación de la DDC, norma que, al ser transpuesta al ordenamiento jurídico español, ha mejorado los derechos de los consumidores en muchos aspectos, entre ellos los deberes contractuales de información y el derecho de desistimiento.

**TERCERA:** El “derecho de *desistimiento en los contratos de consumo*”, ha nacido como un instrumento más de la política legislativa en la UE, con el fin de incrementar las compras en determinados sectores, tales como los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, los contratos de tiempo compartido, los contratos de crédito al consumo, los contratos de servicios financieros a distancia y la contratación a distancia. La regulación de la figura objeto de nuestro estudio ha hecho evolucionar el Derecho de contratos y obligaciones dentro de los Estados miembros. Prueba de ello, la encontramos en España, en donde el legislador nacional creó un régimen general (arts. 68-79 TRLGDCU). Este

régimen jurídico tuvo como meta armonizar y unificar el derecho de desistimiento tanto en contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, como en los contratos a distancia. Sin embargo, este objetivo no se cumplió, debido a que en su momento existieron incoherencias como la relativa a los plazos, en donde la antigua redacción del artículo 110 TRLGDCU estipulaba un plazo de siete días *naturales* para desistir del contrato en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, lo cual chocaba con lo estipulado en el precepto número 71.1 del mismo cuerpo legal, el cual concedía al consumidor un plazo de siete días *hábiles* para desistir del contrato en materia de contratación a distancia. La situación comentada ha quedado resuelta con la adaptación de la DDC al Derecho español.

**CUARTA:** En el ordenamiento jurídico español, el *desistimiento* es una figura *asistemática y fragmentaria*. Existen diversas normas que lo regulan, las cuales encuentran diferentes fundamentos para otorgarlo. Algunas lo estipulan para evitar las relaciones perpetuas (arts. 1.705 y 1.700 CC); otras en cambio, lo conceden con base en la confianza de una de las partes (arts. 1.732-1.736 CC) Aunque debemos señalar que el *derecho de desistimiento del consumidor* es una forma de ineficacia contractual, al igual que otras figuras jurídicas (como la resolución, la anulabilidad o la rescisión, entre otras), sin embargo, se diferencia de las mencionadas al presentar los siguientes caracteres propios: su discrecionalidad, su irrenunciabilidad, la temporalidad para su ejercicio, la libertad de forma para ejercerlo, su carácter recepticio, no conlleva penalización alguna, su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado y puede tener su origen tanto legal como contractualmente. Las características señaladas se encuentran plasmadas en las leyes que lo regulan, e incluso en Propuestas como el MCFR, el AQUIS y el CESL.

**QUINTA:** De las características apuntadas podemos deducir el siguiente concepto de “derecho de desistimiento del consumidor”: “*Es la facultad irrenunciable del consumidor y usuario de dejar sin efectos el*

*contrato celebrado, notificándose a la otra parte contratante en el plazo establecido, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, ya se encuentre previsto legal o contractualmente, sin necesidad de alegar causa alguna y sin penalización de ninguna clase, salvo las cargas impuestas por la ley, las cuales se justifican dependiendo de la modalidad contractual.*

El concepto que nosotros proponemos tiene una gran utilidad práctica y teórica. En primer lugar, da seguridad a las empresas, que pueden concretar fácilmente el alcance de sus obligaciones para con el consumidor al respecto de dicho derecho. Desde el punto de vista teórico, subsana las deficiencias de las normativas europeas y nacional, que carecen de un concepto de “derecho de desistimiento del consumidor” propiamente dicho. En el Derecho español el TRLGDCU (art. 68.1), aún después de las reformas de 2013, da un concepto inconcreto, el cual no se adapta a las prácticas del tráfico mercantil. Por tal motivo, exhortamos al legislador europeo y nacional a tomar en cuenta el concepto descrito en estas líneas, con el fin de aproximar las legislaciones de los Estados miembros, y seguir con el proceso de europeización del Derecho Privado Patrimonial.

En materia de derecho de desistimiento existen excepciones *totales* (art. 93 TRLGDCU) y excepciones *parciales* (art 103 TRLGDCU), las cuales se justifican debido a la naturaleza de los productos o servicios, según sea el caso.

**SEXTA:** La *contratación electrónica* tiene su propio ámbito objetivo y subjetivo, previstos ambos en la *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico* (LSSI), la cual transpuso al ordenamiento jurídico nacional la *Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico*. Tal dato cobra importancia, puesto que el presente estudio tomó en cuenta únicamente las relaciones *Business to Consumer*, es decir, las relaciones entre empresario y consumidor, y en las cuales se otorga a este último el derecho de desistimiento en ciertos contratos.

A pesar de tener un régimen jurídico y unos principios propios, la contratación electrónica no es una materia alejada de la Teoría de las



obligaciones y contratos; por el contrario, encuadra perfectamente dentro de ésta, y resultarán aplicables las normas de Derecho común en las cuestiones no previstas por la Ley especial. No nos queda la menor duda de que principios como el de *equivalencia funcional, neutralidad tecnológica e inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos* tienen, como fin principal, otorgar validez a los contratos electrónicos. En esta misma línea, el soporte duradero se equipara al documento en papel, y la firma electrónica a la firma manuscrita. De esta manera, no importa que el contrato se haya celebrado a través de una página *web*, correo electrónico o telefonía móvil, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que exige la Ley para su validez.

La *oferta* y la *aceptación* son conceptos de suma importancia en materia de contratación electrónica, sobre todo a la hora de entender cuándo se perfecciona el contrato. Para resolver esta cuestión habrá que distinguir entre *publicidad, oferta y prácticas comerciales*, ya que dependiendo de uno u otro caso se aplicarán reglas distintas. La LSSI modificó los artículos 1.262 CC y 54 CCom, quedando ambos preceptos redactados en términos parecidos, adoptándose la “teoría del conocimiento” combinada con la “teoría de la recepción”, y acabando así con la polémica entre contratación entre presentes y contratación entre ausentes. Eso sí, se continúa con la distinción entre *contratos de perfección sucesiva* y *contratos de perfección instantánea*. La clasificación apuntada cobra relevancia en los contratos electrónicos, debido a que no es lo mismo celebrar un contrato por medio de una página *web* activa, que a través del correo electrónico. En el primer caso estaríamos ante un contrato de formación instantánea, y para el segundo la perfección sería sucesiva, es decir, en un momento posterior. No obstante, ambos entran en la categoría de contratos a distancia, y siendo una de las partes “consumidor”, les serán aplicables sus normas de protección.

**SÉPTIMA:** Otro de los temas que cobran relevancia en materia de perfección y ejecución del contrato, es el de los *deberes contractuales de información*. La normativa actual (arts. 60, 97 y 98 TRLGDCU; 10, 27 y 28 LSSI), prevé una serie de informaciones que el PSSI debe brindar al

consumidor, pues de lo contrario se haría acreedor de sanciones civiles (p. ej., la ampliación del plazo de desistimiento) y administrativas, las cuales varían dependiendo de la información omitida.

Cabe hacer la siguiente crítica: estamos de acuerdo con la ampliación de los deberes contractuales de información, con lo cual se cumple uno de los objetivos del TJCE en sus diversas sentencias, el de “*consumidor normalmente informado*”. Sin embargo, existe una repetición de supuestos de los deberes comentados, tanto en los artículos 60, 97 y 98 TRLGDCU, esto sin tomar en cuenta los requisitos previstos en la LSSI (arts. 10, 27 y 28). De esta manera hay una dualidad de normas, lo cual se hubiera evitado si el legislador europeo hubiera integrado los artículos 5 y 6 de la *Directiva 2000/31/CE*, de comercio electrónico a la actual DDC.

A nivel comunitario, el legislador no se ha pronunciado sobre las consecuencias del incumplimiento de los deberes contractuales de información. En cambio, sí lo ha hecho para el caso del derecho de desistimiento. Esto provoca que haya dispersión normativa y, por lo tanto, fragmentación jurídica. Lo anterior se debe principalmente a que las Directivas que prevén el derecho de desistimiento regulan distintas formas de conclusión del contrato, las cuales se han creado para una problemática específica. Esto se ve reflejado en materia de crédito al consumo, tiempo compartido y servicios financieros a distancia, en donde la legislación española distingue claramente las consecuencias de la omisión de los deberes contractuales de información y las consecuencias de la omisión de la información relativa al derecho de desistimiento.

**OCTAVA:** En la *ejecución del contrato* se aplican reglas especiales, tales como la entrega del bien en un plazo no mayor a 30 días, y para el caso de que el bien no sea conforme, el TRLGDCU (arts. 114-127) contempla una disposiciones especiales distintas al saneamiento por evicción reguladas en el CC. Estamos de acuerdo con esta regulación, la cual mejora los derechos de los consumidores cuando el bien no cumple con las características del contrato o no funciona por diversos motivos, entre ellos un defecto de fábrica.

En materia de contratación electrónica existen distintas *formas de pago*, entre las que encontramos el pago contra reembolso, el pago al contado y el pago mediante tarjeta, siendo este último medio el más utilizado por el consumidor, de ahí que la normativa actual lo regule de forma expresa (art. 112 TRLGDCU). Por otro lado, cabe señalar que la anulación de una compra o un servicio realizado por medio de la tarjeta de crédito (art. 112.1 TRLGDCU) no tiene nada que ver con la figura objeto de nuestro Estudio, pues no comparte las características del derecho de desistimiento: fue creado simplemente con la finalidad de contrarrestar el uso fraudulento de este medio de pago, relativamente frecuente en la contratación electrónica.

Los Códigos de Conducta mejoran la protección del consumidor, en diversos aspectos, entre ellos, el derecho de desistimiento. Muchas empresas que se dedican al comercio electrónico se encuentran adheridas a este tipo de normas deontológicas y amplían el plazo para desistir del contrato a uno, tres meses, e incluso algunas más generosas lo conceden hasta por un año. Aunque debemos aclarar que en los casos mencionados, cuando se conceda más allá del derecho de desistimiento legal, el empresario puede exigir al consumidor una compensación, como el caso del cobro de alguna suma de dinero, o atribuirle el coste directo de la devolución de los bienes. Todo ello tiene como finalidad evitar un abuso del derecho por parte del consumidor.

**NOVENA:** En el Derecho positivo español, el derecho de desistimiento en la contratación electrónica cuenta con un régimen jurídico armonizado (arts. 102-108 TRLGDCU), debido a la transposición de la DDC al ordenamiento jurídico español a través de la Ley de Consumidores del año 2014, la cual derogó el RD 1906/1999 y las normas contenidas en la LOCM (arts. 38-48 LOCM) que chocaban con el principio de armonización plena. En la práctica, la gran mayoría de las empresas que estudiamos regulan dentro de sus condiciones generales el derecho de desistimiento del consumidor.

En la normativa actual, el plazo para desistir en materia de contratos a distancia es de 14 días *naturales* (art. 104 TRLGDCU). Para el caso de

bienes se computan a partir de la entrega de éstos y para el caso de servicios desde el momento de la firma del contrato. Con esta medida se pone fin a una problemática a nivel comunitario, la cual había sido uno de los caballos de batalla, acabándose la discusión entre lo que debe entenderse por día *hábil* y día *natural*, debido a que tales conceptos tienen una connotación diferente dentro de cada Estado miembro.

**DÉCIMA:** Asimismo, se han armonizado plenamente las sanciones civiles para el caso de que el empresario no proporcione la información relativa al derecho de desistimiento al consumidor. De esta manera el plazo para desistir se amplía a un año (art. 105 TRLGDCU). En cambio, por lo que toca a las sanciones administrativas, habría que distinguir los siguientes supuestos:

1.- Si el PSSI entregó la condiciones generales, pero no informó del derecho desistimiento, la infracción sería grave haciéndose acreedor a una multa que oscilaría entre 30.001 y 150.000 euros (art. 39.1 b LSSI).

2.- Ahora bien, si el PSSI no entregó las condiciones generales de la contratación ni la información referente al desistimiento, la infracción sería muy grave, por lo tanto, se le impondría una multa de 150.001 hasta 600.000 euros. Además, en caso de que el PSSI cometiera varias faltas de este tipo, se le podría suspender temporalmente su establecimiento y, en su caso, cierre provisional de sus establecimientos (art. 41.1 a LSSI).

Estamos de acuerdo con este tipo de medidas, mediante las cuales se aumenta la protección del consumidor, creándose un equilibrio para evitar un abuso del derecho.

**UNDÉCIMA:** Existen diferentes formas para *ejercer* el derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica, aunque algunas pueden ocasionar problemas de prueba a la hora de admitirlas en un juicio. La DDC regula un *formulario de desistimiento*, con el objetivo de facilitar su ejercicio al consumidor y evitar problemas de prueba. Aplaudimos tal novedad, la cual se encuentra recogida en el Anexo B del TRLGDCU. No obstante, ni la DDC ni el TRLGDCU aclaran qué ocurre en caso de que el formulario se entregue al consumidor, pero se le entregue

incompleto, es decir, no contenga algunas de las cláusulas. Si se diera el caso, en nuestra opinión el plazo para desistir del contrato se ampliaría a un año, con independencia de las infracciones administrativas.

La implementación del formulario es una medida de gran calado a nivel comunitario, pues en la práctica ninguna de las empresas que se tomaron como referencia en el presente trabajo cumple con los requisitos previstos en el mencionado documento, incluso algunas ni lo otorgan, razón por la cual, se harían acreedoras a sanciones civiles y administrativas.

**DUODÉCIMA:** En caso de que el consumidor ejerza el derecho de desistimiento, el régimen jurídico actual establece las obligaciones tanto del consumidor como del empresario (arts. 74.1, 106-108 TRLGDCU), con independencia de lo previsto en los artículos 1.303-1.308 CC preceptos que regulan la restitución recíproca de las prestaciones.

En materia de bienes, los efectos del desistimiento son la devolución de éstos dentro del plazo que otorga la ley para desistir del contrato (art. 108.1 TRLGDCU), no siendo responsable el consumidor por la disminución del valor del bien que sea consecuencia de su uso conforme a su naturaleza o a lo pactado (art. 74.2; 108.2 TRLGDCU). La normativa vigente imputa el coste directo de la devolución de los bienes al consumidor, salvo que el vendedor haya aceptado asumirlos o no se haya informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes (arts. 73, 74 y 108.1 TRLGDCU), adoptándose el criterio de la sentencia *Messner*. En la práctica, muchas de las empresas obligan al consumidor a hacerse cargo de los costes directos de devolución de los bienes.

La transmisión del riesgo del bien se da a partir de la entrega de éste, tal y como aclara el TRLGDCU (art. 66 *ter*). Esta regla se encuentra regulada en algunos contratos de empresas que se dedican al comercio electrónico.

Los efectos del desistimiento en materia de servicios en la vigente normativa obligan al consumidor a abonar la parte proporcional del servicio prestado, ya que como bien sabemos, los servicios una vez prestados no pueden devolverse (art. 108.3 TRLGDCU). Sin embargo,

para el caso de que el consumidor hubiera pedido la ejecución del servicio durante el periodo de desistimiento, su derecho decae automáticamente.

No obstante, cuando el consumidor decida ejercer el derecho de desistimiento, ya sea en contratos de tracto sucesivo, o contratos que se ejecutan en un solo acto, no asumirá ningún coste en los siguientes supuestos (art. 108.4 TRLGDCU): (1) cuando el empresario no hubiera facilitado información con arreglo al artículo 97.1.i) o k) TRLGDCU; (2) en caso de que el consumidor y usuario no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento con arreglo al artículo 98.8 y al artículo 99.3 TRLGDCU; o bien (3) en caso de que el empresario no haya facilitado una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel con arreglo al artículo 98.7 y artículo 99.2 TRLGDCU.

Por lo que respecta a la restitución recíproca de las prestaciones, la normativa actual obliga al empresario a devolver las sumas abonadas por el consumidor en un plazo de 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato por el consumidor (art. 107.1 TRLGDCU). En caso de retraso injustificado por parte del empresario respecto a la devolución de las sumas abonadas, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en los que excedan de dicha cantidad. En la práctica, la mayoría de las empresas que estudiamos (que no todas) aclaran, dentro de sus condiciones generales que devolverán las sumas abonadas al consumidor en un plazo de 14 días, lo cual es acorde con la normativa vigente.

**DECIMOTERCERA:** Otro de los temas que en su momento causó revuelo fue el de los efectos del desistimiento en los contratos vinculados. No obstante, en la normativa actual, la cuestión comentada ha quedado resuelta (art. 76 *bis* y 77 TRLGDCU). De esta manera, una vez que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento sobre el contrato principal, automáticamente el contrato vinculado se extingue.

**DECIMOCUARTA:** Por último, es importante mencionar que el régimen jurídico del derecho de desistimiento en la contratación electrónica ha quedado plenamente armonizado, tanto a nivel comunitario como a nivel nacional; por lo tanto, la seguridad jurídica del consumidor se ha visto reforzada una vez más. De este modo, se fomentan las compras transfronterizas que se realicen por medio de Internet.





## Bibliografía

- ALBALADEJO, M. *Derecho de las obligaciones, Vol.1. Núm. II*, octava edición, Bosch, Barcelona, 1989.
- ALFARO AGUILA REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.
- “Los costes de transacción”, en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menendez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 145-156.
- ALMOGUERA GÓMEZ, A., “Forma y contenido de los contratos de ventas a plazo de bienes muebles”, en NIETO CAROL, U (Dir): *La Ley y Venta a Plazo de Bienes Muebles*, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 115-138.
- ALTERINI, A. A y LÓPEZ CABANA, R., *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
- ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de consumo español: análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>. T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Edersa, Madrid, 2000.
- AMORES CONRADI, M, A., (et al) “Contratos internacionales/normas y principios supranacionales con relevancia en el Derecho de contratos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de contratos, tomo I*, Valencia, 2009, págs. 308-404.
- AÑOVEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- “Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *fórum actoris* a favor del consumidor. (A propósito de las sentencias del TJCE en los asuntos Johann Gruber y Petra Engler)”, *La Ley*, núm. 3, 2005, págs. 1737-1744.
- APARICIO VAQUERO, J. P., *La nueva contratación informática*, colección “Derecho y nuevas tecnologías”, núm. 2, Comares, Granada, 2002.

- “Los contratos electrónicos en el Derecho español”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J., (Dir.): *Internet y comercio electrónico*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, págs. 177-216.
  - *Licencias de uso no personalizadas: shrin wrap, Clik wrap y otras formas de distribución de software*, Comares, Granada, 2004.
  - “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 5, 2004, págs. 101-118.
  - “Autorregulación de Internet y resolución extrajudicial de conflictos”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J., (Dir.): *Consumidores y comercio electrónico*, Colex, Madrid, 2004, págs. 471-510.
  - “Los consumidores y sus relaciones con los proveedores de servicios de la sociedad de la información”, *RCE*, núm. 89, 2008, págs. 3-65.
  - “La contratación *on line* de servicios turísticos”, en PANIZA FULLANA, A., (Coord.): *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción de los supuestos legales y distribución de responsabilidad*, Comares, Granada, 2013.
- ARIAS POU, M., *Manual práctico de comercio electrónico*, La Ley, Madrid, 2006.
- ARNAU RAVENTÓS, L., “El desistimiento contractual del consumidor en el futuro libro VI del Código Civil de Cataluña”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 549-562.
- “El plazo para desistir en los contratos con consumidores”, *ADC*, Vol. LXIV, 2011, págs. 157-196.
  - "Messner" o acerca del uso del bien y el ejercicio de la facultad de desistimiento. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2009 (Asunto C- 489/07)", *ADC*, Vol. LXIV, 2011, págs. 253-267.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., “Panorámica (parcial) del *Acquis Communautaire* de contratos: ¿punto de partida para el legislador catalán?”, en BADOSA COLL, F y ARROYO I AMAYUELAS, E.,

- (Coords.): *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 79-120.
- “Heininger” y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99), en *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo, Revista de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, págs. 407-442.
  - “La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios del Derecho contractual comunitario”, en DÍAZ ROMERO, M, R., *et al.* (Coords.): *Derecho Privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas-Thomson, Madrid, 2008, págs. 49-157.
  - “Los principios del Derecho Comunitario”, *ADC*, núm. LXI-1, enero de 2008, págs. 219-239.
  - “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, 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, págs. 955-1023.
  - “Comentario a los artículos 27 y 28 de la LSSI”, 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, págs. 1724-1738.
  - “La contratación a distancia en la Directiva de protección de los derechos de los consumidores”, en CÁMARA LAPUENTE, S., *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 237-284.
- ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la ley de ordenación del comercio minorista*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- ATAZ LÓPEZ, J., “Ensayo, prueba, muestra y reserva de aprobación: alcance de la facultad de desistir”, en CARRASCO PERERA, Á.,

- (Dir.): *Tratado de la compraventa*, tomo I, Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 551-560.
- “Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de la Ley de incorporación de la Directiva 2002/65/CE”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas Tecnologías*, núm. 14, 2007, págs. 39-57.
- BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- BARBER CÁRCAMO, R., “Comentario a los artículos 107-113 TRLGDCU”, 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, págs. 1007- 1024.
- BARUTEL MANAUT, C., *Las tarjetas de pago y de crédito*, Bosch, Barcelona, 1997.N
- BATUECAS CALETRÍO, A., “Hacia una ley de firma electrónica que mejore el Real Decreto-Ley de Firma Electrónica 14/1999, de 17 de septiembre”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J., (Dir.): *Internet y Comercio Electrónico*, Universidad de Salamanca, 2002, págs. 153-176.
- “Deberes de información del proveedor en la contratación electrónica”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J., (Dir.): *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Colex, Madrid, 2004, págs. 433-470.
  - *Pago con tarjeta de crédito. Naturaleza y régimen jurídico*, monografías *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, Aranzadi, Navarra, 2005.
  - “La contratación *on line* de servicios turísticos”, en PANIZA FULLANA, A., (Coord.): *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción de los supuestos legales y distribución de responsabilidad*, Comares, Granada, 2013.
- BECKER, R y GARCÍA VICENTE, J. R., “Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos”, *RDP*, núm. 80, diciembre 1996, págs. 913-921.

BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento de consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- “La deficiente protección del consumidor de viajes combinados en el Derecho español”, en TOMILLO URBINA, J., *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 247-253.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Comentario al artículo 1256 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 1479-1480.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores”, en BERCOVITZ/BERCOVITZ: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 100-140.

- “Comentario al artículo 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R y SALAS HERNÁNDEZ, J., (Coords.): *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 19-43.

- “Notas sobre los aspectos jurídico mercantiles de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LCM)”, en *Estudios de Derecho Mercantil: homenaje al profesor Justino Duque Domínguez, Vol. II*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, págs. 941-952.

- “El concepto de consumidor”, en AZPARREN LUCAS, A., (Dir.): *Hacia un Código del consumidor*, Manuales de Formación Continuada, núm. 34, Consejo General del Poder Judicial, 2005, Madrid, págs. 17-38.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y LEGUINA VILLA, J., (Coords.): *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 663-736.

- *Manual de Derecho Civil. Contratos*, Bercal, 2003.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M<sup>a</sup>. del S., “El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores”,

- Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1, 2012, en: <http://www.uclm.es/centro/cesc>. [Con acceso el 23-IV-2013].
- “Ejercicio del derecho de desistimiento: costes, liquidación del uso, reenvío del producto”, en CARRASCO PERERA, Á., (Dir.): *Tratado de la compraventa*, tomo I, Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 583-592.
  - “La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, págs. 104-117.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., “Perfección del contrato en la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico la unificación de criterios”, *RCE*, núm. 100, 2009, págs. 3-102.
- BLASCO GASCÓ, F de P., *La venta a plazos de bienes mueble*, Tirant lo Blach, Valencia, 2000.
- BOTANA GARCÍA, G. A., *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, J. M. Bosch Editor, S.A., Zaragoza, 1994.
- “La refundición de la legislación de consumo en España”, *Práctica Derechos de Daños*, núm. 58, 2008, págs. 6-37.
  - “Comentario al Nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Practica de Derecho de daños*, núm. 70, abril 2009, págs. 5-46.
- BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo: Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Navarra, 2008.
- CABALLERO LOZANO, J. M<sup>a</sup>., “Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento”, *RDP*, diciembre 1994, págs. 1047-1064.
- “Contrato de compraventa a plazos de bienes muebles”, en BOTANA GARCÍA G. A y RUIZ MUÑOZ, M., (Coords.): *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 463-489.

- CABELLO DE LOS COBOS, L .M., “Condiciones generales de la contratación electrónica”, en BOTANA GARCÍA, G. A., (Coord.): *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, págs. 463-504.
- CALVO VIDAL, F. M., “La protección del consumidor en algunos tipos de ventas especiales”, *AC*, núm. 10/8, marzo de 1993, págs. 173-195.
- CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, Madrid, 2005.
- “El derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista)”, *Diario la Ley*, núm. 2, 2006, págs. 1549-1557.
- CAMACHO PEREIRA, C., “Reflexiones sobre el ejercicio del derecho de desistimiento en la contratación electrónica de seguros por consumidores”, en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, 2010, Madrid, págs. 415-434.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “El futuro del Derecho de consumo en el nuevo entorno del Derecho contractual europeo”, en REYES LÓPEZ, M. J., (Coord.): *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 45-72.
- “Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según la jurisprudencia comunitaria: “easy car” o el desistimiento en el alquiler a distancia de vehículos (sentencia TJCE de 10 de marzo de 2005, Asunto (-336/03)”, en *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, págs. 375-405.
  - *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Navarra, 2006.
  - “Comentarios a los artículos 1-7 del TRLGDCU”, 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, págs. 77-203.
- “El concepto legal de “consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Noticias de la Unión Europea, (Monográfico, Derecho Privado Europeo)*, núm. 320, septiembre 2011, págs. 21-44.
  - “Comentario al artículo 60 del TRLGDCU”, 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, págs. 483-510.
  - “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales, tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, octubre 2014. Referencia tomada en: <http://blog.uclm.es/cesco/>. [Con acceso el 18-x-2014].
- CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001.
- CARBAJO CASCÓN, F., “La distribución en internet”, en HERRERO GARCÍA, M. J., (Dir.): *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 163-212.
- CARRASCO PERERA, Á., “Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, *Ar. Civ.*, núm. 1, 2008, págs. 2215-2225.
- “Costes del desistimiento en la venta a distancia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 802, año, XVIII, 2010, pág.19.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V, POZO ARRANZ, M<sup>a</sup>. A y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, 3<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2000.
- CASTILLA CUBILLAS, M., “La tarjeta de crédito”, en OLIVENCIA, M, FENÁNDEZ-NOVOA, C y JIMÉNEZ PARGA, R., (Dir.): *Tratado de Derecho Mercantil, Tomo XXVIII*, Marcial Pons, Madrid, 2007.



- CAVANILLAS MÚGICA, S., “La conclusión del contrato en internet”, en CLEMENTE MEORO, M. E y CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y contratos en Internet*, Comares, Granada, 2003, págs. 117-201.
- “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Ar. Civ.*, núm. 1, 2008, págs. 2133-2166.
- CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M., “La protección de los consumidores”, en MATEU DE ROS CEREZO, R y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M., (Coords.): *Derecho de Internet: la contratación electrónica y firma digital*, Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 123-142.
- CHRISTIANOS, V., “Plazos de reflexión: una evaluación teórica”, *EC*, núm. 25, 1992, en: [http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/1996/EC39/EC39\\_01.pdf](http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/1996/EC39/EC39_01.pdf). [Con acceso el 3-VIII-2010].
- CLEMENTE MEORO, M. E., “Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica”, *RDPat*, núm. 4, 2000, págs. 59-86.
- “Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos electrónicos”, *Noticias de la Unión Europea, monográfico, El derecho de los consumidores ante la Unión Europea*, núm. 263, 2006, págs. 5-14.
  - “El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia”, *RDpat*, núm. 16, 2006, págs. 163-184.
  - “La prestación del consentimiento en los contratos de consumo por vía electrónica y la obligación de información previa”, en COTINO HUESO, L., (Coord.): *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 85-88.
- COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario a los artículos 1300-1314 CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 1543-1558.

- CORCHERO PEREZ, M y GRANDE MURILLO, A., *La Protección de los Consumidores, Especial referencia al Estatuto de los Consumidores de Extremadura*, Aranzadi, Navarra, 2007.
- CORDERO, E., “¿Cómo transponer la Directiva de consumidores al Derecho español?”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 1, 2012, págs. 108-115.
- CORRAL GARCÍA, E., “¿El desistimiento? Unilateral de algunos contratos con consumidores”, en HERRERA CAMPOS, R., (ed.): *Homenaje al profesor Bernardo moreno quesada*, vol. I, Universidad de Almería, etc., Almería, 2000, págs. 419-434.
- COSIALLS UBACH, A. M., “El plazo de desistimiento del consumidor en los instrumentos europeos de derecho contractual”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43, septiembre-diciembre, 2012, págs. 1047-1075.
- COSTAS RODAL, L., “El derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil en la proyectada reforma de la ley de consumidores y usuarios”, *Aranzadi-Mercantil*, núm. 8, Diciembre, 2013, págs. 33-40.
- COUTO CALVIÑO, R., “Reflexiones acerca de la firma electrónica y el nuevo mercado de servicios de certificación”, *RCE*, núm. 83, 2007, págs. 3-37.
- CRUZ RIVERO, D., “Contratación electrónica con consumidores”, *RCE*, núm. 109, 2009, págs. 3-42.
- CULLELL MARCH, C., “El principio de neutralidad tecnológica y de servicios en la UE: la liberalización del espectro radioeléctrico”, *Revista de Internet, Derecho y política*, núm. 11, 2010, en: <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n11-cullell/n11-cullell-esp>. [Con acceso el 11-V-2012].
- DARÍO BERGEL, S., “Notas sobre la contratación informática”, *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 3, 1997, págs. 149-178.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *Manual de Derecho Informático*, 9ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007.

- DE CASTRO y BRAVO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC*, núm. 2, 1982, pág. 987-1086.
- *Derecho Civil de España, Vol. I, el negocio jurídico y la persona jurídica*, Civitas, Pamplona, 2008.
  - *Derecho Civil de España, Vol. III, el negocio jurídico y la persona jurídica*, Civitas, Pamplona, 2008.
- DE LA MATA MUÑOZ, A., "Un paso más hacia la unificación del Derecho Privado: comunicación de la comisión de 15 de marzo de 2003 sobre un derecho contractual Europeo más coherente", *Ar. Civ.*, núm. 1, 2003, págs. 2077-2105.
- DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- DEVOTO, M., *Comercio electrónico y firma digital. La regulación del ciberespacio y las estrategias globales*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- DÍAZ ALABAR, S., "Algunas reflexiones sobre el derecho de desistimiento de los consumidores en la directiva 2011/83", en JIMÉNEZ LIÉBANA, D., (Coord.): *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 317-338.
- DÍAZ BRITO, F. J., "Contratación electrónica: ¿camino del laberinto?", *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 23/2001, págs. 1-10.
- DÍAZ PARDO, G., "Extinción del contrato mediante la resolución y la rescisión: diferencias y semejanzas en su régimen jurídico", *AC*, núm. 13, 2008, págs. 1345-1367.
- DIÉGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *InDret*, núm. 9, 2009, en: <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 17-XII-2009].
- DIÉZ BALLESTEROS, J. A., "Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores", *EC*, núm. 85, 2008, en: <http://www.consumo-inc.es>. [Con acceso el 15-X-2010].

DÍEZ FRAILE, J. M., “Aspectos jurídicos más relevantes de la Directiva y del proyecto de la ley español de comercio electrónico”, en ORDUÑA MORENO, F. J., (Dir.): *Contratación y comercio electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 76-122.

DÍEZ PICAZO, L y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Vol. I, 3ª reimpresión, 1995, Madrid.

- *Sistema de Derecho Civil, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Vol. I, 3ª reimpresión, 1995, Madrid.

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I: Introducción teoría del contrato*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

- *Sistema de Derecho Civil: El contrato en general*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2002.

- “Contratos de consumo y derecho de contratos”, *ADC*, tomo LIX, fascículo I, enero-marzo, 2006. Págs. 11-28.

- *Fundamento del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, Introducción, teoría del contrato*, 6ª ed., Civitas, Navarra, 2007.

- *Fundamentos de derecho civil patrimonial II, las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2008.

DÍEZ SOTO, C. M., “Comentario a los artículos 42-45 de la LOCM”, en ALONSO ESPINOSA, et al (Coord.): *Régimen jurídico general del comercio minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 492-579.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Contratación electrónica y protección de los consumidores: régimen jurídico”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 660, julio-agosto, 2000, págs. 2327-2388.

- “Comentarios a los artículos 68-79 del TRLGDCU”, 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, págs. 475-695.

- “Derecho de desistimiento”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de la normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, págs. 209-236.

- DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., “Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: La Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011 y su transposición al Derecho español”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 26, 2014, págs. 261-273.
- DURÁN AYAGO, A., *La protección de las PYMES en el comercio internacional: propuestas de regulación*, Atelier, Barcelona, 2008.
- EBERS, M., “La reforma y europeización del Derecho alemán de obligaciones”, en BADOSA COLL, F y ARROYO I AMAYUELAS, E., (Coords.): *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 39-78.
- “¿Extinción del derecho de desistimiento de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la completa ejecución de las prestaciones? Anotaciones a la STJCE (sala primera), sentencia de 10 de abril de 2008, Asunto C-412/06 (Anelore Hamilton c. Volksbank Filder eG)”, *ADC*, Tomo LXII, 2009, fasc. III, págs. 1151-1158.
  - “De la armonización mínima a la armonización plena”, *InDret*, núm. 2, 2010 en: <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 3-VIII-2010].
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “Condiciones Generales y Comercio Electrónico”, en MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup>. J. (Dir.): *Internet y Comercio Electrónico*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, págs. 17-34.
- EIDENMÜLLER, H., (*et al*): “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo: (cuestiones valorativas y problemas legislativos)”, (RODRÍGUEZ-ROSADO, B, Trad.), *ADC*, Tomo LXII, Octubre-diciembre, 2009, págs. 1461-1522.
- “Hacia una revisión del Acquis de consumo”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, págs. 107-162.
- ESCUIN IBÁÑEZ, I., *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*, Comares, Granada, 2002.

- ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003.
- ESTEBAN ENCINAS, B., “Comentario al artículo 25 de la LSSI”, en CREMADES, J y GONZÁLEZ MONTES, J. L., (Coords.): *La nueva ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 399-409.
- EVANGELIO LLORCA, R., “¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)”, *RDP*, núm. 7-8, 2011, págs. 3-51.
- FERRI, L., *La autonomía privada* (SANCHO MENDIZÁBAL, L, Trad.), Comares, Granada, 2001.
- FENOY PICÓN, N., “La compraventa del texto refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”, *ADC*, Tomo, LXVI, fasc. II, 2013, págs. 716-836.
- FELIÚ REY, M. I., “La nueva regulación europea de la figura del aprovechamiento por turno de bienes de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: la Directiva 2008/122/CEE”, *DN*, núm. 222, marzo 2009, págs. 19-27.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *El contrato electrónico: Formación y cumplimiento*, Bosch, España, 2013.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., “Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica”, en REYES LÓPEZ, M. J., (Coord.): *Derecho privado de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 95-120.
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991”, *RDM*, núm. 208, 1993, págs. 589-614.
- FLIQUETE CERVERA, A., “La forma de los contratos”, en DELGADO DE MIGUEL, J. F., (et. al.): *Instituciones de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 527-588.
- FUSTER ÍÑIGO, A., “La contratación electrónica como contratación a distancia”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e*

- Infraestructuras en Red*, núm. 17, mayo 2003, en: <http://vlex.com/vid/208324>. [Con acceso el 26-VI-2010].
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU”, en REBOLLO PUIG, M y IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.): *La defensa de los consumidores y usuarios: Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, págs. 1217-1306.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Reflexiones críticas sobre la venta a distancia de la Ley de ordenación del comercio minorista tras el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, *Prácticas de Tribunales*, núm. 61, 2009, *La Ley*, 11850/2009.
- GÁLVEZ CRIADO, A., “El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código civil”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., (Dir.): *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, págs. 509-543.
- GARCÍA ALGUACIL, M. J y RUIZ-RICO RUIZ, J. M., “Comentarios al artículo 1 de la ley de aprovechamiento por turnos”, en CAÑIZARES LASO, A y RUIZ-RICO RICO, J. M., (Dir.): *Multipropiedad y aprovechamiento por turno: Comentarios sistemáticos a la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno*, Madrid, Civitas, 2000, págs. 49-134.
- GARCÍA GARNICA, M. C., “Consideraciones sobre la Unificación del Derecho Privado Europeo”, *Ar. Civ.*, núm. 1, 2002, págs. 2419-2441.
- GARCÍA MÁAS, F. J., “El comercio electrónico contratación y firma electrónica”, *Academia Sevillana del Notariado*, tomo XIII, 2000, págs. 183-236.
- GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., “Las Condiciones generales en la contratación electrónica. La absoluta invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y

- electrónica con condiciones generales”, *la Ley*, núm. 1, 2001, págs. 1693-1698.
- GARCÍA SAIS, F., *Derecho de los consumidores a la información: una aproximación a la publicidad engañosa en México*, Porrúa, México D. F, 2007.
- GARCÍA SOLE, F., “Problemática práctica de los contratos de venta a plazos de bienes muebles” en NIETO CAROL, U (Dir): *La Ley y Venta a Plazo de Bienes Muebles*, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 247-268.
- GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Navarra, 1997.
- “Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 845-882.
  - “Comentario al artículo 62 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 794-801.
  - “La contratación con consumidores”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de Contratos, Vol. II.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1443-1582.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Derecho comunitario y Derecho del consumo”, *RDM*, núm. 192, 1989, págs. 327-398.
- GÓMEZ CALLE, E., “Comentario a los artículos 150-165 del TRLGDCU” 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, págs.1291-1428.
- GÓMEZ GALLICO, J., “La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo”, en



- BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 525-548.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., “Las cláusulas de forma en las condiciones generales de la contratación. Panorama del Derecho Español”, *RdPat*, núm. 21, 2008, págs. 135-148.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de contratos, tomo II, Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute*, Valencia, 2009, págs. 1583-1760.
- GONZÁLEZ GOZALO, A., “La formación del contrato”, en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de contratos, Tomo I, Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 665-754.
- GONZÁLEZ LEÓN, C., “El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos celebrados a distancia”, en HERRERO GARCÍA, M<sup>a</sup>. J., (Dir.): *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 125-162.
- GONZÁLEZ MALABIA, S., *Tutela judicial del comercio electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA., I., “Comentario al artículo 5 de la LGCGC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999, págs. 139-192.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La noción de consumidor *normalmente informado* en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las comunidades Europeas: la sentencia *Gut Springenheide*”, *DN*, núm. 103, 1999, pág. 1-15.
- “El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la Problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores”, *Gaceta*

- Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 233, 2004, pág. 33-48.
- “La noción de consumidor en el Derecho comunitario de consumo”, *EC*, núm. 75, 2005, en: <http://www.consumo-inc.es/>. [Con acceso el 12-XII-de-2010].
  - “De Roma a Niza: medio siglo de libre circulación de mercancías en la comunidad europea”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 3, 2007, especialmente págs. 5-14.
  - “El Reglamento n.º 764/2008: un instrumento para agilizar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo por lo que se refiere a la libre circulación de mercancías”, *DN*, núm. 222, 2009, págs. 5- 17.
- GRAMUNT FOMBUENA, M<sup>a</sup>. D., “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”, en BARRAL VIÑAS, I., (Coord.): *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, 2003, págs. 57-82.
- GRIMALT SEVERA, P., *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código Civil: Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Comares, Granada, 2008.
- GROSSI, P., *De la codificación a la globalización del Derecho*, (GARCÍA PÉREZ, R.D., (Trad.), Aranzadi, Pamplona, 2010.
- GUILLÉN CATALÁN, R., *Oferta contractual y nuevas tecnologías*, Revista Aranzadi de Derecho y nuevas Tecnologías, monografía, Aranzadi, Navarra, núm. 7, 2009.
- “La Directiva sobre los derechos de los consumidores: un paso hacia adelante, pero incompleto”, *Diario la Ley* núm. 7801, febrero 2012, La Ley 812/2012.
- GUISADO MORENO, A., “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *DN*, núm. 145, 2002, págs. 28-47.
- “Contratación a distancia de servicios financieros. La protección del consumidor”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 78, marzo 2010, en: <http://vlex.com>. [Con acceso el 24-VI-2010].
- GUZMÁN BRITO, A., “Los orígenes de la noción de sujeto de derecho”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Ediciones Universitarias de Valparaíso), núm. XXIV, 2002, págs. 151-250.

- HERAS HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. del M., “La forma de los contratos el neoformalismo en el Derecho de consumo”, *RDP*, núm. 3, 2005, págs. 27-50.
- HERNANDÉZ BATALLER, B., “La protección de los consumidores y usuarios en la Unión Europea y la Directiva 85/577/CEE: situación actual y perspectivas de futuro”, en AZPARREN LUCAS, A., (Dir.): *Hacia un código del consumidor*, en, Manuales de formación continua, núm. 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005. Págs. 387-486.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., “La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario. Cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *EC*, núm. 79, 2006, en: <http://www.consumo-inc.es/>. [Con acceso el 12-XII-de-2010].
- HERRERO OVIEDO, M., “El desistimiento en la venta a distancia”, en TORRES GARCÍA, T. F., (Dir.): *Estudios de derecho civil homenaje al profesor francisco Javier serrano García*, Universidad de Valladolid, Salamanca, 2004, págs.415-441.
- ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la Contratación Electrónica*, Civitas, Madrid, 2001.
- “La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 1, 2003, págs. 19-31.
  - “Los principios de la contratación electrónica, revisitados”, en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 21-38.
- INFATE RUIZ, F. J., “Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado Europeo”, *InDret*, núm. 2, en: <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 17-XII-2009].
- JEREZ DELGADO, C., *La anulación del contrato*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “El camino hacia un derecho civil europeo armonizado, una tarea ¿llegando a su final?”, *AC*, núm. 11, 2010, págs. 1223-1350.

- “El derecho de desistimiento: presente y (posible) futuro”, *AC*, núm. 7, 2011, en: <http://revistas-especializadas.laley.es/>. [Con acceso el 4-IV-2011].
  - “Perspectivas de regulación del derecho de desistimiento en el (posible) futuro Derecho europeo de contratos”, en BOSCH CAPDEVILA, E., *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, págs. 513-524.
- JUSTE MENCÍA, J., “Contratación a distancia y protección de los derechos 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*, núm. 6, 1997, pág. 1615-1632.
- KELSEN, H., *El contrato y el tratado, analizado desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho*, España, Nacional, 1974.
- KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E, *El contrato estructura, formación y eficacia*, Tirant lo Blanch, Madrid, 1997.
- LARROSA AMANTE, M. A., “El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos de consumo”, *Practica de Tribunales*, núm. 61, junio 2009. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es/>. [Con acceso el 24-VI-2010].
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.
- *Principios de Derecho Civil III: Contratos*, Decimo tercera edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LEÓN ARCE, A., “el consumo como realidad social económica y jurídica”, en LEÓN ARCE, A y GARCÍA GARCÍA, L. M., (Coords.): *Derecho de los consumidores y usuarios*, 2ª edición, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 41-102.
- LETE ACHIRICA, J., “La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario”, *AC*, 1998, núm. 1, págs. 183-201.
- “A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del

- Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el derecho español”, *AC*, núm. 2, 1998, págs. 529-548.
- LÓPEZ GARCÍA, O., “Pago mediante tarjeta en ventas a distancia electrónicas”, *RCE*, núm. 91, 2008, págs. 3-27.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, D., “El derecho de desistimiento en el ámbito de la contratación electrónica”, *Ar. Civ.*, núm. 3, 2009, págs. 2763-2778.
- MADRID PARRA, A., “Regulación del comercio electrónico: examen comparado de las leyes modelo de uncitral”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003, págs. 15-41.
- MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- MARIMÓN DURÁ, R., “La contratación electrónica de servicios bancarios destinados a consumidores”, en VILATA MENADAS, S., (Dir.): *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación*, Consejo general del poder judicial, Madrid, 2007, pág. 413-208.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., “Prácticas comerciales y protección de los consumidores”, *Derecho privado y constitución*, núm. 5, 1995, págs. 85-184.
- “Comentario al artículo 10 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, en Arimany, Manubens & Asociados., (Coords.): *Ordenación del comercio minorista, comentarios a la ley 7/1996 y a la ley orgánica 2/1996, ambas de fecha de 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 91-100.
  - “Comentarios a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, en Arimany, Manubens & Asociados., (Coords.): *Ordenación del comercio minorista, comentarios a la ley 7/1996 y a la ley orgánica 2/1996, ambas de fecha de 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 278-355.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- MARIÑO LÓPEZ, A., *Responsabilidad por utilización indebida de la tarjeta*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

- MÁRQUEZ GONZÁLEZ, J. A., “Las preguntas más frecuentes en la contratación electrónica”, *REDI*, núm. 103, 2007, en: *www.alfa-redi.com*. [Con acceso el 25-I-2009.]
- *Teoría general de las nulidades*, 4ª ed., Porrúa, México D.F., 2009.
- MARTÍN ARRIBAS, J. J., “Intereses económicos de los consumidores en la unión europea”, *Revista de estudios europeos*, núm. 10, 1995, págs. 29-46.
- MARTÍN BRICEÑO, M. R., “La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato”, *AC*, núm. 1, 2001, págs. 1971-1996.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad de matrimonio”, en GONZÁLEZ PORRAS, J. M y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., (Coords.): *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 2, 2004, Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, España, págs. 3099-3116.
- MARTÍN SALAMANCA, S., “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: El derecho de desistimiento contractual”, *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 96, 2009, págs. 93-108.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio Electrónico, Firma digital y Autoridades de Certificación*, segunda edición, Madrid, 2000.
- “El pago con tarjeta en la contratación electrónica. En especial el art. 46 LOCM”, *RDBB*, núm. 84, 2001, págs. 7-84.
- “La firma Electrónica en el Derecho Español”, en MORO ALMARAZ, Mª. J., (Dir.): *Internet y Comercio Electrónico*, Universidad de salamanca, 2002, págs. 113-130.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L., *La falta de conformidad en la compraventa de bienes. Análisis de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Bosch, Barcelona, 2007.

MATEUS DE ROS, R., “Principios de la contratación electrónica en la ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”, en MATEUS DE ROS, R y LÓPEZ-MONIS GALLEGU, M., (Coords.): *Derecho de Internet. La ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 65-196.

- “Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *CDC*, núm. 49, 2008, págs. 101-123.

MAYOR DEL HOYO, M<sup>a</sup>. V., “Rescisión, resolución, revocación y desistimiento unilateral”, en PARRA LUCAN, M. A., (Coord.): *Obligaciones y contratos. Cuadernos II: eficacia e ineficacia del contrato*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 101-132.

MAYORGA TOLEDANO, M. C., “La protección del consumidor en la contratación electrónica bancaria”, en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 259-280.

MEDRANO MARTÍNEZ, E., “Comercialización e información a través de Internet”, en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, 2010, Madrid, págs. 407-414.

MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Navarra, 1998.

- *El contrato vía Internet*, J. M., Bosch Editor, Barcelona, 2005.

MIGUEL ASENSIO, P, A., *Derecho Privado de Internet*, 2<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2001.

- *Derecho del comercio electrónico*, Porrúa, México, D.F., 2005.

MIRANDA SERRANO, L. M<sup>a</sup>., *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: su caracterización en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

- “Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica”, en BOTANA GARCÍA, G. A. (Coord.): *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, págs., 575-636.

- “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”, en OLIVENCIA, M. FERNÁNDEZ-NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PRAGA,

- R. (Dir.): *La contratación mercantil disposiciones generales. Protección de los consumidores, tomo XXX*, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 223-284.
- “La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad comercial emergente”, *EC*, núm. 85, 2008, en: <http://www.consumo-inc.es>. [Con acceso el 15-X-2010].
  - “Título III contratos celebrados a distancia”, en REBOLLO PUIG, M y IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.): *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, 2011, págs.1563-1686.
- MORALES MORENO, A. M., “Comentario a los artículos 1.484 a 1.499 del CC”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., (Dir.), *et al. Comentario del código civil, tomo II*, Secretaria general técnica de publicaciones, Madrid, 1991, págs.953-980.
- MORENO NAVARRETE, M, A., *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato”, *Separata de Revista de Derecho Notarial*, núm. XII, 1956, págs. 1-105.
- MORENO-LUQUE, C., “Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista: especial estudio de las ventas a distancia”, en LEÓN ARCE, A y GARCÍA GARCÍA, L. M., (Coords.): *Derecho de los consumidores y usuarios*, 2ª ed., tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 637-652.
- MORO ALMARAZ, Mª. J. “La contratación en el comercio electrónico luces y sombras”, *REDI*, núm. 80, 2005. Disponible en: [www.dialnet.unrioja.es](http://www.dialnet.unrioja.es) [con acceso el 8-X-2008.]
- MUNAR BERNAT, P, A., *Presente y futuro de la multipropiedad*, Tecnos, Madrid, 1992.
- MUÑOZ GARCÍA, A., “Crédito al consumo, sección: los contratos de financiación, octubre 2007”, *vLex*, en: <http://vlex.com/vid/39068183>. [Con acceso el 24-VI-2010.]
- NIETO MELGAREJO, P., “El derecho de información en la contratación electrónica en base a la legislación española y europea”, *REDI*,



- núm. 108, 2007, en: *www.alfa-redi.com*, [con acceso el 11-XI-2009].
- *El derecho de desistimiento en la contratación electrónica con consumidores*, ITLAWTRANS, Lima, 2008.
- ORTEGA DÍAZ, J. F., “La cuestión de la perfección y del soporte contractual”, *RCE*, núm. 86, 2007, págs. 51-111.
- OVALLE FAVELA, J., “Los derechos de los consumidores”, *Revista de Derecho Privado Nueva Serie*, núm. 12, 2005, pág. 75-111.
- PAISANT, G., “Los derechos de desistimiento de los consumidores en Francia”, en GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., (Coord.): *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Civitas, España, 2009, págs. 695-708.
- PALACIOS GONZÁLEZ, D., “Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y la contratación electrónica con consumidores”, en LEÓN ARCE, A y GARCÍA GARCÍA, L. M., (Coords.): *Derecho de los consumidores y usuarios*, 2<sup>a</sup> ed., tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 902-935.
- PALAO MORENO, G., “La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo”, en REYES LÓPEZ, M. J., (Coord.): *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 73-94.
- PANIZA FULLANA, A., *Contratación a distancia y defensa de los consumidores su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, 2003.
- “Algunas reflexiones sobre la normativa aplicable a los contratos a distancia celebrados con consumidores: problemas y contradicciones”, en COTINO HUESO, L., (Coord.): *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 69-84.
- PARDO GATO, J. R., *Las páginas web como soporte de condiciones generales contractuales*, Aranzadi, Navarra, 2003.

- PARRA LUCÁN M, A., “Comentario a los artículos 8 a 12 LOCM”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R y LEGUINA VILLA, J., (Coords.): *Comentarios a la Ley del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 8-228.
- PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Comentario a los artículos 44 a 48 LOCM”, en PIÑAR MAÑAS, J., y BELTRAN SÁNCHEZ, E., (Dir.): *Comentarios a la ley de ordenación de comercio minorista y a la ley orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 297-364.
  - “Protección de los consumidores y Código Civil: ¿integración o distinción?”, en ALBIEZ DOHRMAN, K. J., (Dir.): *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, págs. 485-508.
  - “El deber de información sobre el derecho de desistimiento”, en CARRASCO PERERA, Á., (Dir.): *Tratado de la compraventa*, tomo I, Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 573-582.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., *La perfección del contrato en el Derecho Privado (reflexiones sobre su régimen a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario a los artículos 1462 a 1499 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 1736-1742.
- “Comentario a los artículos 1125-1130 del CC, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código civil*, 3ª, ed., Navarra, 2009, págs. 1338-1344.
  - “Comentario a los artículos 107-109 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.): *Comentario al 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, págs. 1331-1366.
- PERALES VICASILLAS, M<sup>a</sup>. del P., “Forma del contrato”, en BOTANA GARCÍA, G. A., (Coord.): *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, págs. 365-404.

- “Sobre perfección del contrato: el “popurrí de los nuevos” artículos 1262 del Código civil y 54 del Código de comercio”, *RCE*, núm. 33, 2002, págs. 109-122.
  - “La formación electrónica del contrato en el “Draft Common Frame of Reference”, *RCE*, núm. 100, 2009, págs. 103-111.
- PÉREZ CONESA, M<sup>a</sup>. C., “Comentario al artículo 1258 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 1482-1483.
- PÉREZ ESCOLAR, M., “El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿Hacia un código de consumidores?”, *Práctica de Derecho Daños*, núm. 82, 2010, págs. 5-38.
- PÉREZ PRADO, J. M., “Ciberespacio: autonomía de la voluntad y Condiciones Generales”, *RCE*, núm. 49, 2004, págs. 3-52.
- “Convergencia digital, interconexión de redes IP, y otras revoluciones tecnológicas: hacia la convergencia de la defensa de la competencia y la regulación de las comunicaciones electrónicas en la sociedad”, *RCE*, núm. 79, 2007, págs. 3-44.
- PETER, R., “Harmonising different rights of withdrawal: can german law serve as an example for EC consumer law?”, *German Law Journals, Review of Developments in German European and international jurisprudence*, Vol. 7, núm. 12, 2006, págs. 1109-1136.
- PICATOSTE BOBILLO, V., “El intento de unificación del derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias: la obligación de información”, en GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P., (Coord.): *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Rio*, Civitas, España, 2009, págs. 735-758.
- PINOCHET OLAVE, R., *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Marcial Pons, Barcelona, 2001.
- PLAZA PENADÉS, J., “La contratación electrónica en la ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 3, 2003, págs. 75-98.

- “Marco jurídico de la contratación electrónica”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 4, 2004, págs. 19-44.
  - “Marco general del consumidor en la contratación electrónica”, en COTINO HUESO, L., (Coord.): *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 53-68.
- PLAZA SOLER, J. C., “La Ley 47/2002, de 19 de diciembre (RCL 2002, 2980), y el comercio electrónico: ¿Una oportunidad perdida?”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003, págs. 67-85.
- POSNER, R. A., *El análisis económico del Derecho*, (SUÁREZ, L., E., Trad.), Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., en español, 2007.
- QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de contratos, tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1215- 1399.
- REBOLLEDO VARELA, A. L., “El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLEG. 1/2007, de 16 de noviembre”, *RDP*, mayo-junio, 2010, págs. 15-57.
- REGLERO CAMPOS, F., “Comentario a los artículos 1278-1280 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 1513-1520.
- REQUEJO ISIDRO, M., “Contratos de consumo y Roma I: ¿un poco más de lo mismo?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado, Tomo VIII, 2008*, págs. 493-510.
- REVERTE NAVARRO, A., “Comentarios a los artículos 46-48 de la LOCM”, en ALONSO UREBA, A., (Coord.): *Régimen jurídico general del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 580-614.
- REYES LÓPEZ, M. J., *Manual de Derecho Privado de Consumo*, La Ley, Madrid, 2009.

- RICO CARRILLO, M. "La oferta y la aceptación en la contratación electrónica", *REDI*, núm. 25, 2000, en: [www.alfa-redi.com](http://www.alfa-redi.com). [Con acceso el 3-VIII-2010].
- "El contrato electrónico en Europa y Latinoamérica", *RCE*, núm. 44, 2003, págs. 3-38.
  - "La contratación de seguros en Internet", en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, especialmente, págs. 325-350.
  - *Derecho de las nuevas tecnologías*, La Rocca, Buenos Aires, 2007.
  - "El derecho de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros", *RCE*, núm. 108, 2009, págs. 3-29.
- RIEFA, C., "Contratos electrónicos con consumidores: recientes problemas legales", en TOMILLO URBINA, J., (Dir.): *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 313-346.
- RINCON CARDENAS, E., *Contratación electrónica*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.
- *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- "Diez años del desistimiento unilateral desde la jurisprudencia y legislación (1989-1999)", en HERRERA CAMPOS, R., (ed.): *homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III, Universidad de Almería, etc., Almería, 2000, págs. 1597-1610.
- RODRÍGUEZ MORATA, F., "Comentarios a los artículos 1445-1456 del CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 1608-1705.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., "Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia", *RCE*, núm. 52, 2004, págs. 37-91.

- ROMERO GARCÍA-MORA, G., *Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2003.
- RUIZ MAFÉ, C y TRONCH GARCÍA DE LOS RÍOS, J., “Factores determinantes de la decisión de compras en Internet. Un análisis de la formación a distancia”, *EC*, núm. 80, 2007, en: [http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/1996/EC39/EC39\\_01.pdf](http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/1996/EC39/EC39_01.pdf). [Con acceso el 30-XII-2009].
- RUIZ MUÑOZ, M., “Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal: (algunos presupuestos metodológicos)”, *EC*, núm. 36, 1996, en: [http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/1996/EC39/EC39\\_01.pdf](http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/1996/EC39/EC39_01.pdf). [Con acceso el 30-XII-2009].
- “Tutela de los consumidores en el comercio electrónico”, *RCE*, núm. 90, 2008, págs. 3-90.
- SACRISTÁN REPRESA, M., “El Texto Refundido de la LGDCU, notas sobre su alcance y significado”, la *Ley*, 38750/2008.
- SAINZ VIOLA, A. M., “Contratación electrónica”, *AC*, núm. 2, 2001, págs. 645-677.
- SAINZ-CANTERO CAPARROZ, M. B., “El desistimiento *ad nutum* en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *AC*, núm. 9, 2008, págs. 861-881.
- SALOMÓN SÁNCHEZ, L., “Momento de perfección de los contratos electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Núm. 11, 2006, págs. 113-121.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario a los artículos 1088-1093 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 1271-1316.
- SÁNCHEZ CORDERO, Mª. P., “TJCE-Sentencia de 16-12-2008, *Gysbrechts y Santurel Inter*, C-20/07-Protección de los consumidores en materia de contratos a distancia-prohibición de exigencia de anticipo o de pago durante el plazo de resolución del

- contrato”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 33, 2009, págs. 635-647.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 1181-1330.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *Derecho Privado europeo*, Comares, Granada, 2002.
- “Vías y límites a la unificación del Derecho Privado Europeo: “soft law versus hard law” o Comisión contra Parlamento”, en DÍAZ ROMERO, M. R., et al. (Coords.): *Derecho Privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas Thomson, Madrid, 2008, págs. 377-405.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Tarjeta de crédito y tutela del consumidor”, *RDBB*, núm. 98, 2005, págs. 83-120.
- SANTANDER RENGIFO, J. A., “La oferta al público por internet”, *REDI*, núm. 79, 2005, en: [www.alfa-redi.com](http://www.alfa-redi.com). [Con acceso el 14-X-2008].
- SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J., “Forma contractual y “desarmonización” comunitaria”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. II, núm. 2, 2010, págs. 202-220.
- SANZ BLAS, S y LÓPAZ PÉREZ, A., “Aspectos relevantes de las ventas celebradas fuera de los establecimientos mercantiles: la venta a distancia”, *EC*, núm. 75, 2005, en: <http://www.consumo-inc.es>. [Con acceso el 15-X-2010].
- SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER, EBERS, M., (Eds.): *EC Consumer Law Compendium. Comparative Aanalysis*, Muchen, 2008, págs. 501-580.
- “El derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de las normas europeas y*

*nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Navarra, 2012, págs. 63-80.

SCHULZE, R., “Estado actual de los debates sobre el Marco Común de Referencia”, en DÍAZ ROMERO, M. R., *et al.* (Coords.): *Derecho Privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas Thomson, Madrid, 2008, págs. 407-428.

SERNA MEROÑO, E., “Comentario a los artículos 38-41 de la LOCM”, en ALONSO UREBA, A., (Coord.): *Régimen jurídico general del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 453-492.

SERRA RODRÍGUEZ, A., “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas Tecnologías*, núm. 25, 2011, págs. 19-33.

SERRANO FERNÁNDEZ M<sup>a</sup>. y SÁNCHEZ LERÍA, R., “Del Código civil a las directivas comunitarias sobre el derecho de la contratación: un recorrido por el deber de información precontractual al consumidor”, *RdPat*, núm. 31, Mayo-Agosto, 2013, págs. 23-62.

SIRVENT GARCÍA, J., “El desistimiento unilateral del comitente en el contrato de obra”, *RDPat*, núm. 8, 2002, págs.105-128.

- “El desistimiento del consumidor en los contratos a distancia de servicios financieros”, en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 507-530.

SOLER PASCUAL, L. A., “Los contratos vinculados”, en VILATA MENADAS, S., (Dir.): *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil*, Consejo general del poder judicial, Madrid, 2007, págs. 279-338.

SOMMA, A., *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*, (MORENO CRUZ, P. A y RODRÍGUEZ OLMOS, J., (Trads.), Marcial Pons, Madrid, 2008.



- STEFAN, L., “El marco común de referencia y la elección del Derecho aplicable”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo VIII, 2008, págs. 481-492.
- TAPIA HERMIDA, A. J., “La Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *RDBB*, núm. 27, 2007, págs. 281-287.
- TAPIA RAMÍREZ, J., *Contratos Civiles: Teoría del contrato y contratos en especial*, Porrúa, México, D.F., 2009.
- TÉLLEZ VALDÉS, J., *Derecho informático*, McGraw-Hill, 3ª ed., México, D. F., 2004.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 42, mayo/agosto, 2012, págs. 543-571.
- TRIGO GARCÍA, M<sup>a</sup>. B., “Derecho Contractual Europeo, fragmentación y legislación sectorial. La contratación a distancia, un caso paradigmático”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 581-597.
- TRUJILLO DÍEZ, I. J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Comares, Granada, 2003.
- TUBELLA I CASADEVALL, I., “La sociedad de la información y del conocimiento”, en MADRID PARRA, A., (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 459-464.
- VALERO CANALES, A., “Momento de perfección del contrato celebrado mediante dispositivos automáticos”, *REDI*, núm. 55, 2003, en, [www.alfa-redi.com](http://www.alfa-redi.com), [con acceso el 11-XI-2009].
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., “El ámbito de regulación del futuro “derecho contractual europeo”. De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que incluya relaciones con consumidores”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 405-418.

- VAQUER ALOY, A., “El marco común de referencia”, en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 239-266.
- VAQUERO PINTO, M<sup>a</sup>. J., “El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida”, en LLAMAS POMBO, E., (Coord.): *Estudios de derecho de obligaciones, Vol. II: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 897-914.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico”, *RCE*, núm. 4, 2000, págs. 25-68.
- VATTIER FUENZALIDA, C., “El régimen legal de la firma electrónica”, *AC*, núm. 1, 2000, págs. 411-419.
- “Sobre la formación del contrato en el anteproyecto de la Ley de comercio electrónico”, *RCE* núm. 8, 2000, págs. 3-20.
  - “Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (et al.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez Picazo*, Thompson Civitas, Vol. II, Madrid, 2003, págs. 3211-3226.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “Una aproximación al desistimiento unilateral: la experiencia italiana”, *RDPat*, núm. 22, 2009, págs. 253-291.
- VEGA VEGA, J. A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Reus, Madrid, 2005.
- VERGEZ SÁNCHEZ, M., (et al) “Configuración y régimen jurídico de “los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles” (análisis de la Ley número 26/1991 de 26 de noviembre)”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Vol III*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 4011-4042.
- VICENT CHULIÁ, F., “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, *RdPat*, núm. 13, 2004. Págs. 49-84.
- VIERA GONZÁLEZ, A, J., “Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, sección: aspectos

generales de la contratación, la contratación bancaria, octubre 2007, vLex, en: <http://vlex.com/vid/39068183>. [Con acceso el 24-VI-2010].

VON THUR, A., *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, (RAVA, T., Trad.), vol. I., Marcial Pons, Madrid, 1998.

WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, (CARRO, J. L., Trad.), Civitas, Madrid, 1982.

ZURILLA CARIÑANA, M. A., “Alcance y límites de la armonización del derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”, en: [www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/2.pdf](http://www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/2.pdf). [Con acceso el 3-III-2010].

- “Ámbito y excepciones del desistimiento en el TRLCU y en la Directiva 83/2011”, en CARRASCO PERERA, Á., (Dir.): *Tratado de la compraventa*, tomo I, Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 561-571.