



## **PROPUESTA DE TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 97/7/CE, DE 20 DE MAYO DE 1997, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA**

### **Miguel Pasquau Liaño**

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Granada

### **M.<sup>a</sup> Carmen García Garnica**

Profesora Asociada de Derecho Civil en la Universidad de Granada

### **Pedro Robles Latorre**

Profesor Asociado de Derecho Civil en la Universidad de Granada

### **Fernando Esteban de la Rosa**

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Granada

## **MEMORIA JUSTIFICATIVA**

### **1. Introducción: la necesidad de la reforma del marco jurídico de la contratación a distancia**

El marco jurídico de la contratación a distancia en España está conformado por un conjunto de reglas específicas introducidas en la todavía reciente Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (artículos 38 a 48, relativos a las ventas a distancia, y la Disposición Adicional Primera, relativa a los contratos de prestación de servicios negociados a distancia), y en el Real Decreto 1906/1999, 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, además de otras más generales aplicables a la contratación con consumidores (en la propia LOCM y en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), y a la contratación en general (en el Código Civil y en el Código de Comercio).

Dicho marco jurídico está necesitado de una reforma, por varias razones que podemos exponer según una jerarquía de urgencias y evidencias:

1.a. En primer lugar, porque no satisface las exigencias de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (en adelante, Directiva 97/7/CE), cuya transposición debía haberse completado antes del día 4

de junio de 2000. En efecto, la LOCM se promulgó teniendo a la vista los trabajos preparatorios de esta Directiva, pero sin considerar modificaciones muy importantes que se fueron introduciendo en el texto comunitario durante la tramitación de la Ley y con posterioridad a su aprobación. Así, una vez promulgada la Directiva 97/7/CE, tan poco tiempo después de la entrada en vigor de la LOCM, ésta quedó condenada a la modificación de sus artículos 38 a 48 en aspectos de no escasa trascendencia. El Estado español ha sido requerido por la Comisión Europea para la adaptación de su Derecho interno, y esto hace inexcusable la elaboración de un proyecto de ley para la adecuada transposición de dicha Directiva.

1.b. Pero no sólo son las exigencias comunitarias las que justifican la oportunidad y necesidad de la reforma. Por paradójico que parezca, la LOCM, promulgada en 1996, puede considerarse anacrónica desde el punto de vista de la contratación a distancia. Esto es así porque fue elaborada en un momento en el que la contratación a distancia estaba apenas comenzando a desarrollarse, si exceptuamos la modalidad de ventas por correo convencional, de larga tradición en nuestro país. Ha sido justamente en estos últimos años cuando la comercialización a distancia de bienes y servicios ha adquirido notoria presencia en nuestro mercado, aprovechando sin duda el aumento cuantitativo, el perfeccionamiento técnico y el incremento de fiabilidad de las técnicas de comunicación a distancia. Lo que entonces era un sector incipiente, un panorama de futuro, ahora es una realidad instalada en el mercado. Es cierto que dentro de unos años quizás podrá decirse de este tiempo lo mismo que ahora se dice del tiempo en que se fraguó la LOCM; pero da la impresión de que ahora se conocen mejor las oportunidades y los riesgos que para el consumidor se derivan de este modo de contratación, lo que permite construir un marco jurídico que con más eficacia logre contribuir a los dos objetivos que habría de encomendarle:

- i) de una parte, el establecimiento de garantías claras, precisas y adecuadas frente a abusos respecto de los cuales el consumidor no está aún prevenido;
- ii) de otra parte, la consolidación del crecimiento de estos nuevos canales de distribución, lo que comporta la necesidad de generar en el consumidor una confianza al menos similar a la tradicionalmente le ofrece el establecimiento comercial fijo y estable.

1.c. Además de esto, deben mencionarse también las lagunas e imperfecciones técnicas, desde el punto de vista jurídico, que pueden ahora corregirse. Las del Real Decreto 1906/1999 son las más llamativas y más agudamente puestas de manifiesto por los autores, pero no son las únicas. También las hay en la propia LOCM, en la LGDCU, y sobre todo en las áreas de engarce entre unos textos y otros, como por ejemplo, significadamente, entre la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles (LCFEM), y la LOCM., donde hay desajustes que son aprovechados por algunos

proveedores para escapar de una y otra normativa mediante fórmulas de comercialización diseñadas justamente con esa finalidad.

## **2. Contratación a distancia y comercio electrónico**

Pero la criatura está superando en altura a la madre, y si hace muy poco el comercio electrónico era un novedoso aspecto particular dentro del fenómeno global de la contratación a distancia, hoy se perfila ya como la vía a través de la cual los consumidores van a contratar más frecuentemente la adquisición de bienes y servicios al margen de los establecimientos mercantiles. El Derecho comunitario ya ha reaccionado, promulgando la *Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)*, cuya transposición al Derecho español deberá completarse antes del 17 de enero de 2002.

Es difícil no tener la impresión de que cuando se pensó la Directiva sobre contratos a distancia no se consideró suficientemente la importancia del contrato electrónico, y que cuando se ha pensado la Directiva sobre comercio electrónico no han querido extraerse todas las consecuencias de la consideración del contrato electrónico como contrato a distancia. No sería lógico que este desencuentro lo padeciera también el legislador español. Al tiempo de elaboración de este trabajo, se conoce la existencia de dos borradores de Anteproyecto de Ley sobre Comercio Electrónico, elaborados en el seno de Ministerios diferentes. Ni en uno ni en otro se ajustan las cuentas con el marco jurídico de la contratación a distancia: tendrá que ser, pues, la Ley que transponga la Directiva 97/7/CE la que ajuste las cuentas con la contratación electrónica.

## **3. Contratación a distancia de servicios financieros**

A este panorama viene a añadirse la inminente Directiva sobre contratación a distancia de servicios financieros, que regula un conjunto de servicios que quedaron expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 97/7/CE, y que actualmente está en fase avanzada de tramitación: el último texto preparatorio del que disponemos en la fecha de elaboración de este trabajo es la *Propuesta Modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*, de 13 de abril de 1999 [DO C 177E, 27-6-2000], que en adelante denominaremos Propuesta 99 SF.

Si quiere construirse un marco jurídico de cierta estabilidad para la contratación a distancia, no puede dejar de considerarse el contenido de esta Propuesta. El mercado de servicios financieros presenta indiscutibles particularidades, pero son más las áreas comunes que las diferencias entre la contratación a distancia de estos servicios y la de cualquier otro servicio, sobre todo si el fenómeno se contempla, como así lo hacen

los textos comunitarios, desde el punto de vista de la protección del consumidor. Por ello es necesario que la ley que transponga a Derecho español la Directiva 97/7/CE de ya lo más facilitado posible el terreno para la ulterior transposición del texto definitivo de la Directiva sobre servicios financieros a distancia.

Bien es verdad que esto hace más complejo el trabajo, por cuanto entre la Directiva 97/7/CE y la *Propuesta* 99 S existen, bajo la apariencia de una estructura demasiado parecida, innumerables diferencias de detalle. Estos matices diferenciadores responden unas veces a una simple cuestión de redacción, otras a una depuración de técnica jurídica de los mismos instrumentos utilizados ya por Directiva 97/7/CE, pero otros, también, a la especificidad del objeto de regulación, lo que obliga a analizar con sumo cuidado cada uno de los aspectos, para que las normas de transposición sean lo más fieles posible a las exigencias de cada Directiva, al mismo tiempo que lo más simples posible, sin repeticiones ni duplicidades innecesarias.

#### **4. Transposición y sistema jurídico interno**

Es así el modo de producirse del Derecho comunitario europeo: cada texto se acumula a los anteriores, sin una presunta preocupación por el sistema. A la Directiva sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles le siguió la Directiva 97/7/CE, a esta le siguió la Directiva sobre Comercio Electrónico, y a ésta le siguió la Directiva sobre contratación a distancia de servicios financieros. Unas y otras se tocan en puntos diversos, y la lectura conjunta de todas ellas sugiere al jurista de formación continental una irresistible tentación de reducir las a textos más simples en los que lo común se aglutine y lo específico se distinga. Esto, que para el Derecho comunitario no es procedente, resulta sin embargo obligado cuando se trata de transponer esas Directivas a un ordenamiento jurídico interno, en el que sí es fundamental la noción de sistema y de coherencia formal. Por ello, a fin de no eludir el escrúpulo en la tarea estricta de transposición (evitando que ninguno de los objetivos de las Directivas quede sin garantizar en el ordenamiento de cada país), la transposición exige un recorrido técnico, un esfuerzo de integración más que de yuxtaposición, una traducción de reglas comunitarias a piezas de un sistema propio, que el legislador español no debe ahorrarse.

#### **5. Estado y Comunidades Autónomas**

Otro factor de complejidad es el que tiene que ver con la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional ha contribuido a despejar las principales incógnitas, pudiendo hoy decidirse que en el ámbito de la legislación de protección de consumidores las Comunidades Autónomas, a salvo el desarrollo de su Derecho civil propio allí donde lo hubiese, tienen una competencia legislativa centrada fundamentalmente en los aspectos administrativos. Por ello la Ley estatal ha de ocuparse del régimen del contrato y otros aspectos con trascendencia civil, mercantil y procesal, dejando la determinación concreta del

régimen sancionador por infracciones en la actividad comercial de empresas dedicadas a la contratación a distancia, a la legislación autonómica, sin perjuicio del marco general de la LGDCU. Con todo, no cabe duda de que unos y otros aspectos deben armonizarse, por cuanto muchos de los deberes y obligaciones expresados en la Directiva 97/7/CE pueden y deben merecer sanciones de tipo civil junto a sanciones de tipo administrativo.

## 6. Los postulados de la reforma

Las preocupaciones básicas que han presidido la elaboración de esta propuesta de ley, y que han marcado su contenido, son las siguientes:

6.a. En primer lugar, *la correcta transposición de la Directiva 97/7/CE*, garantizando todos y cada uno de los mínimos de protección para el consumidor que en ella aparecen, de una manera fiel en cuanto a los contenidos pero decididamente libre en cuanto a la técnica jurídica empleada. Para ello, y con la finalidad de dejar preparada la ulterior transposición de la futura Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, se han aprovechado los materiales de sus trabajos preparatorios, considerando la *Propuesta 99 SF* como si se tratase de texto definitivo, lo que deberá ser tenido bien en cuenta por si se diera el caso de que durante la discusión de esta Ley se aprobase el texto definitivo de dicha Directiva con modificaciones relevantes sobre la Propuesta mencionada. Por último, y dado que la Directiva 97/7/CE tiene el carácter de Directiva de *mínimos*, se ha utilizado razonablemente el margen que ello permite al legislador español no sólo para «ir más allá», sino sobre todo para lograr concreciones de lo ya previsto con carácter mínimo por la Directiva.

6.b. En segundo lugar, *el establecimiento de medidas eficaces de protección de los consumidores*, con la convicción firme de que dicha eficacia no depende tanto de la mayor o menor generosidad del legislador, como de su acierto. Dicho de otro modo, lo que se ha perseguido no ha sido la abundancia y largueza de los mecanismos protectores, sino más bien configurarlos de manera que puedan servir adecuadamente a los fines pretendidos. Desde esta perspectiva, se ha partido de la convicción de que la sintonía con las auténticas necesidades del consumidor se encuentra si se hace un esfuerzo especial por

- i) Formular sus derechos de manera clara y concreta, de modo que sea fácil determinar en cada situación si una eventual reclamación tendría éxito o si, por el contrario, fracasaría. La certidumbre sobre la situación jurídica es un valor jurídico en sí mismo, y particularmente lo es cuando se trata de consumidores, una de cuyas características es la escasa proclividad a iniciar y mantener reclamaciones contra el profesional o empresario si no se está seguro de su resultado. En esta línea, se ha procurado cuantificar con porcentajes fijos el importe de las indemnizaciones a que pueda verse condenado el proveedor (arts.

7.1, 9.3, 10.3.a, 12.5.a); se ha puesto plazo fijo o término cierto a cada obligación del proveedor y al ejercicio de cada derecho del consumidor (arts. 3.1, 6.1 y 6.2, 7.1, 7.2, 9.1, 10.3.a, 11.1 y 11.2.), se han perfilado con detalle nociones y supuestos que en la Directiva 97/7/CE quedaban con algún margen de indeterminación (la propia noción de contrato a distancia, en el art. 1; el modo de ejercicio del derecho de desistimiento y el momento en que se entenderá ejercitado, en el art. 6.1; las consecuencias del incumplimiento del contrato por falta de disponibilidad del bien o servicio, en el art. 10; la noción de «suministro no solicitado», en el art. 12.2).

ii) Configurar como automáticos los derechos del consumidor, de modo que no sean precisas, ni siquiera admisibles, averiguaciones sobre las circunstancias que pudiesen justificar o privar de justificación a los mismos. El ejemplo más claro lo suministra la propia Directiva 97/7/CE, al precisar que para el ejercicio del derecho de desistimiento no será preciso invocar motivo alguno, lo que significa que el derecho, una vez concedido por el legislador, se comporta como derecho «abstracto», desligado en su ejercicio de su causa o fundamento de política legislativa, por lo que será irrelevante que se pruebe que, en el caso singularmente considerado, no ha existido coacción alguna, ni falta de representación del producto, ni precipitación o compulsión consumista en la decisión del consumidor. Ello es así porque, una vez que se considera que «globalmente» en la contratación a distancia con consumidores hay un componente alto de precipitación o de desinformación, la concesión del derecho de desistimiento *ad nutum* sirve para regular el caso general, limitando comportamientos abusivos del proveedor, y aun asumiendo que en ocasiones singulares puede ser utilizado torcidamente, o por arrepentimientos que no se distinguirían en absoluto de los propios que pueden acaecer en cualquier tipo de contrato. Automáticos son también los derechos que se conceden al consumidor en caso de incumplimiento por el proveedor de los deberes de información (art. 4), retraso en la entrega (art. 9.3, con el único matiz del 9.2), incumplimiento por falta de disponibilidad del bien o servicio (art. 10, distinguiendo según la indisponibilidad sea o no imputable al proveedor, imputabilidad que también se determinará con criterios manejables de carácter automático), por la utilización de instrumentos electrónicos de pago que no hayan sido presentados físicamente o identificados electrónicamente (art. 11), por la recepción de bienes o servicios no solicitados (art. 12), etc.

iii) Evitar, en la misma línea que lo acabado de señalar, que ningún deber del proveedor quede sin sanción jurídica, para eludir uno de los principales vicios de la legislación de protección de consumidores, que es la bien intencionada retórica. Así, muy señaladamente, se han precisado consecuencias jurídico-civiles no previstas por la Directiva 97/7/CE en relación a los deberes de información (art. 4, matizando según cuáles se hayan incumplido), al deber de restitución de las sumas entregadas por el consumidor en caso de desistimiento (art. 7.1), al incumplimiento del plazo de treinta días para la entrega (art. 9.3), a la prohibición de suministros no solicitados (art. 12.3), etc.

iv) Ofrecer un recubrimiento colectivo en la protección de los intereses de los consumidores, configurando algunas acciones colectivas y de grupo en relación al incumplimiento del proveedor de los deberes y prohibiciones más importantes en esta materia, cuando dicho incumplimiento, como suele ser habitual, se produce en relación a un grupo o generalidad de consumidores (art. 14). Así, la suerte de cada una de las medidas de protección de los consumidores no se juega en función de la decisión de cada consumidor de hacerlo o no valer.

v) Por último, medir la «extensión» de cada uno de los derechos, para que resulten sostenibles y asumibles por las empresas que se dediquen a la comercialización a distancia, pues es sabido que una de las primeras condiciones para la eficacia de un derecho es que no resulte exagerado o que no imponga costes excesivos y desproporcionados respecto del interés que pretende protegerse. Así, se han relajado los requisitos para la incorporación de condiciones generales al contrato celebrado a distancia habida cuenta de sus peculiaridades (art. 5); se ha previsto un coste a cargo del consumidor para el caso de desistimiento una vez iniciada la prestación del servicio contratado (art. 7.3); se ha previsto una indemnización a cargo del consumidor cuando, en caso de desistimiento, no restituye el bien recibido en el plazo de treinta días (art. 7.2); se ha mantenido el régimen general de riesgos por pérdida tras la entrega, sin que se vea afectado por el derecho, de desistimiento (art. 7.2 *in fine*); se ha permitido la posibilidad de alargar el plazo de cumplimiento más allá de los treinta días, que a veces pueden resultar insuficientes (art. 9.2); se ha mitigado, aunque no tanto como en la Directiva 97/7/CE, el régimen de responsabilidad por el incumplimiento debido a indisponibilidad sobrevenida del bien o servicio, (art. 10.3); se ha limitado a veinte días el derecho del consumidor de anular el cargo debido a utilización de instrumentos electrónicos de pago no presentados físicamente ni identificados electrónicamente sin necesidad de probar su utilización fraudulenta (art. 11.2); y se ha exonerado de responsabilidad al proveedor en los casos de suministros no solicitados por error (art. 12, apartados 4 y 5).

6.c. En tercer lugar, *la necesidad de un encaje de las nuevas medidas introducidas con el resto del sistema de la contratación*, con el objetivo, tan difícil de alcanzar como imprescindible, de no hacer de cada ley nueva un «cuerpo extraño», yuxtapuesto al resto del ordenamiento jurídico, y convertido en islote singular integrante de un archipiélago de reglas, iniciativas, excepciones y regímenes diferenciados que, si no se integran unos con otros de manera armónica, acaban siendo percibidos como privilegios. Tanto el sistema jurídico como los intereses que quieren protegerse con cada una de estas leyes de protección de los consumidores, sufren demérito si no se cuida el componente sistemático que debe existir en el Derecho de contratos y en el Derecho de los consumidores.

Es verdad que la recomposición del sistema no puede hacerse desde una Ley sobre contratos a distancia; que sería precisa una iniciativa pensada y meditada que, a la vista de todo el conjunto normativo, llevase a cabo esa tarea. Pero al menos es importante no ahondar más en la descomposición, y procurar una transposición de la Directiva 97/7/CE armónica con el entorno más próximo de la materia contemplada con la misma.

Ese entorno próximo está constituido, al menos, por la LOCM, la LCFEM, la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), la LGDCU y el Código Civil.

i) Pero, en cuanto al Código Civil, se ha preferido no «tocarlo», a pesar de que hubiera sido francamente apropiado seguir el ejemplo de la Ley alemana de 27 de junio de 2000, que decididamente ha «introducido» en el BGB determinadas normas que, procedentes del Derecho de los consumidores, han alcanzado valor y categoría de regla de Derecho común. Hubiera sido así pertinente matizar nuestro artículo 1.262, párrafo segundo, elaborando una norma referente al momento de perfección de los contratos celebrados a distancia; introducir, a continuación del artículo 1.256 (o quizás del artículo 1.258) una alusión al derecho de arrepentimiento en forma de desistimiento unilateral, precisando las condiciones en las que se dispone de él; integrar el régimen del cobro de lo indebido con el régimen jurídico de los suministros voluntarios no solicitados, con finalidad comercial; o especificar, más allá de los vicios del consentimiento, las consecuencias jurídicas para el caso del incumplimiento de las menciones informativas obligatorias, cuando sean impuestas por leyes especiales. Pero junto a la natural inclinación de los civilistas de mirar siempre, en última instancia, al Código Civil, está también la convicción de que éste es un patrimonio cultural y jurídico que no puede quedar a merced de las más o menos brillantes ocurrencias del estudioso de turno, y se ha preferido medir la propia competencia y respetar ese importante límite, aunque sólo fuese para reforzar la idea, tantas veces defendida por tantas autorizadas voces, de que va siendo precisa una reforma del Código Civil que se acometa como iniciativa profunda, tranquila, bien elaborada, y planteada al margen del estrecho ámbito de una legislatura de cuatro años. Con todo, se ha procurado, desde luego, que las medidas especiales de protección del consumidor de carácter estrictamente civil quedasen configuradas «mirando al Código», para no ahondar en la fisura existente entre el régimen general de la contratación previsto en el Código y las medidas de protección pertenecientes al llamado Derecho de los consumidores.

ii) En cuanto a la LGDCU, se ha utilizado como escalón intermedio entre la generalidad del Código y la especialidad de las leyes sectoriales, y por ello se ha optado, ahora sí, por proponer la introducción de un apartado segundo en el artículo 9, referido al derecho de desistimiento de los consumidores, uno de sus grandes ausentes de aquella ambiciosa Ley general.



iii) También se ha querido armonizar esta nueva con la LCGC, modificando su artículo 5.3, referido a la contratación telefónica y electrónica. Nos ha parecido que la contratación a distancia, en general, no sólo la telefónica y electrónica) planteaba problemas similares en relación al control de incorporación de las condiciones generales, y que esos problemas no quedaban satisfactoriamente resueltos con las escuetas previsiones de aquel artículo, y menos aún con su desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Decreto 1906/1999. La remisión al reglamento de desarrollo se ha modificado por una remisión a lo dispuesto en esta Ley, con la consiguiente modificación del art. 5.3 LCGC y derogación del mencionado Decreto.

iv) Por último, parecía inevitable una aproximación entre el régimen de desistimiento previsto para el so de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, y el previsto para la contratación a distancia. Es verdad que ambos supuestos presentan matices diferenciadores, pero no hasta el punto de que el derecho se denomine de manera diente y, menos aún, que en un caso la falta de información sobre su existencia dé lugar a la anulabilidad contrato, y en otro sólo a la posposición del *dies a quod* para el inicio del cómputo de plazo de ejercicio.

## 7. La “ubicación” normativa

No fue difícil resolver la cuestión referida a la *ubicación* va de las medidas objeto de transposición. Descartada, por las razones antes expuestas, la posibilidad de la reforma puntual del Código Civil, y descartado también la LGDCU pudiera servir de «percha» para estas medidas (sobre todo por la inidoneidad intrínseca de la noción de «Ley general» de los consumidores y, dado que las más importantes medidas de protección de los mismos se encuentran fuera de dicha Ley), a sólo dilucidar si se optaba por reformar la LOCM elaboraba una Ley especial sobre contratación a distancia.

En favor de ubicar las medidas contempladas por la Directiva 97/7/CE en la LOCM se encontraba el hecho de que la contratación a distancia no es sino otra forma de comercialización, diferente a la tradicional, pero integrante sin duda del sector del «comercio minorista». Así lo consideró el legislador en 1996, al incluir dentro de la LOCM, como ventas especiales, las ventas a distancia. «Encajar» las reglas de la Directiva en los artículos 38 a 48 permitiría, además, «aprovechar» el resto del contenido de dicha Ley, entendiéndolo aplicable en la medida en que fuese apropiado.

Pareció, en cambio, determinante, en contra de esta posibilidad, la delimitación de su ámbito objetivo de aplicación: en su artículo 1, apartado segundo, se dice que «a los efectos de esta Ley, se *entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento*». Venta y artículos, esas dos palabras dejan fuera el suministro de servicios, y ello obligaría a asumir la técnica utilizada por la LOCM, de regular

las «ventas a distancia», como modelo, y después, en una Disposición adicional, introducir las especialidades referentes a los servicios. Esa nítida separación no nos pareció adecuada, especialmente por el protagonismo creciente que va adquiriendo la comercialización a distancia de servicios destinados a los consumidores, incluidos los financieros. La distinción entre «venta a distancia» y «contrato a distancia de prestación de servicios» es imprescindible para diversificar algunas reglas jurídicas por razón de la distinta naturaleza de la prestación de dar y la de hacer; pero un punto óptimo de generalidad exige la construcción unitaria de la noción de «contrato a distancia», capaz de englobar ambos tipos de prestaciones. De ahí que se haya optado por la derogación de los artículos 38 a 48 y de la Disposición adicional primera de la LOCM, y por la promulgación de una ley especial referida a los contratos a distancia.

Quedaba aún por determinar si el objeto de esta ley habría de ser el contrato a distancia en general, o sólo el contrato a distancia en el que interviniesen consumidores. La primera opción obligaría, desde luego, a regular conjuntamente los contratos a distancia y el comercio electrónico, y habría de comportar una delicada distinción de qué medidas, de las previstas por la Directiva 97/7/CE, encuentran justificación por la forma de celebración del contrato, y cuáles, en cambio, son medidas sólo adecuadas para cuando el destinatario del bien o servicio sea un consumidor. Por lo mismo, sería inexcusable entrar a regular todos los aspectos del régimen general del contrato que mereciesen alguna matización por razón del modo de celebración (así, por ejemplo, la determinación del momento de celebración del contrato), y no sólo de los aspectos que tuvieran que ver con la protección de los consumidores en ese ámbito de la contratación. Sería, pues, mucho más que una ley de transposición, y nos obligaría a tomar decisiones que seguramente irían mucho más allá del objetivo encomendado. Optar, en cambio, por una ley de «protección de los consumidores» en materia de contratación a distancia, permite acotar mejor el contenido, introducir medidas ciertas cuya generalización a los no consumidores deberá, probablemente, pensarse una vez que estén suficientemente ensayadas, y separar la noción de «contrato electrónico» como una modalidad más a través de la cual el consumidor puede acceder a bienes y servicios, de la más general de «comercio electrónico», que es objeto de otras iniciativas legislativas ya en marcha, planteadas, como la propia Directiva 2000/31/CE, al margen del llamado Derecho de los consumidores.

Estas consideraciones justifican la denominación misma de la ley. No es una Ley sobre los contratos a distancia, sino una Ley de protección de los consumidores en la contratación a distancia.

## **8. La estructura general de la Ley**

Dentro de la noción general de contratación a distancia existen muchas modalidades que, a primera vista, habrían de requerir un tratamiento específico. Estas modalidades atienden al tipo de contrato que se celebra (sobre todo, contratos que tienen como prestación principal la entrega de un bien, y contratos cuya prestación principal consiste en una actividad), a la técnica de comunicación empleada (televisión o radio, teléfono, internet -páginas web o correo electrónico-, fax, correo convencional, cupones de pedido en periódicos, etc.), y a otras variables, como el modo de ejecución del contrato (presencial o también a distancia) o el dato de si el bien o servicio se comercializan sólo a distancia, o también a través de los canales tradicionales de distribución, etc.

Una primera aproximación a esta heterogeneidad de supuestos induce a buscar fórmulas de diversificación normativa, marcando las especialidades de cada modalidad para identificar mejor los problemas y proponer soluciones más adecuadas: el resultado sería una ley con una parte general muy adelgazada, y con unos cuantos capítulos referidos, cada uno, a cada modalidad de contratación, bien fuese por la materia, o por la técnica de comunicación empleada.

Pero un análisis más detenido, hecho en contemplación de las medidas de protección de los consumidores que han de introducirse, acaba aconsejando un tratamiento lo más unificado posible, por cuanto la noción de «contrato a distancia» tiene una sustantividad propia capaz de situarse, como dijimos antes, en el «óptimo de generalización», facilitando así la tarea de construcción de reglas jurídicas manejables. Digamos que en esto la Directiva 97/7/CE ha sido más continental que anglosajona, y que no vamos nosotros a enmendarla. Se ha considerado, pues, más idóneo, robustecer todo lo posible la parte de disposiciones generales referidas a todo tipo de contratos a distancia, sin perjuicio de referencias concretas y puntuales a las distintas modalidades de contratación cuando fuese necesario o conveniente.

Así, son frecuentes las matizaciones de régimen jurídico entre la venta y la prestación a distancia: en cuanto al inicio del cómputo del plazo para el derecho de desistimiento (art. 6.2 y 10.3.c), a las consecuencias de su ejercicio (art. 7, apartados segundo -venta- y tercero -servicios-), a los deberes del consumidor en el caso de suministros no solicitados cuando el error del proveedor resulte evidente (art. 12.5).

Y así, también, aparecen, dentro del capítulo de 1 disposiciones generales, algunas especialidades e función de la técnica de comunicación utilizada: para el contrato electrónico (arts. 2.2, 5.3 *in fine*, 13.4), contrato por teléfono (art. 13.3), y, en general, art. 1 apartados primero y segundo.

La distribución del contenido de la ley en varios capítulos según los tipos de contrato y los tipos de técnicas de comunicación hubiera obligado a utilizar excesivamente técnica de la remisión, o peor aún, a repeticiones y duplicidades. Únicamente ha sido preciso distinguir con may nitidez el supuesto del contrato a distancia de servicios

financieros, y ello por el pie forzado de la duplicidad normativa a nivel comunitario. Aún así, se verá que la práctica totalidad del contenido de la *Propuesta 99 SF* ha pasado integrarse, junto con el de la Directiva 97/7/CE, en las disposiciones generales, bien por encontrar una redacción que salvase las diferencias de matiz entre una y otra, bien generalizando para todos los contratos a distancia algunas medidas de la *Propuesta 99 SF* que nos parecieron acertadas, como por ejemplo la posibilidad de ejecutar el derecho de desistimiento después de iniciada la ejecución del servicio y antes de su terminación (art. 8.c i art. 7.3), el deber de informar de la dirección del proveedor antes de la celebración del contrato aunque no vaya exigirse el pago anticipado del precio (art. 2.1.a), la utilización de la noción «soporte duradero» como equiparada «escrito» (arts. 3.1, 5.1, 7.3, ), la obligación de informar la inexistencia de derecho de desistimiento cuando la prive al consumidor de dicho derecho (art. 2.1.f), etc.

En consecuencia, se ha optado por distribuir la ley en tres capítulos:

- a) el primer capítulo, que abarca los primeros dieciséis artículos, contiene las «disposiciones generales», en las que aparece una regulación completa contrato a distancia como categoría unitaria.
- b) el segundo capítulo, con «Disposiciones especiales para la contratación a distancia de servicios financieros», donde se incluyen algunas medidas cuya generalización a todo tipo de contrato a distancia no ha parecido posible o adecuada.
- c) un tercer capítulo, reservado para las normas Derecho internacional privado.

La Ley concluye, siguiendo la técnica común, con Disposiciones adicionales de modificación de otros cuerpos normativos, unas Disposiciones derogatorias, y Disposición final en la que se explicita el principio de interpretación acorde con las Directivas.

## 9. El concepto de contrato a distancia (art. 1)

9.1. Más allá del interés teórico en la configuración categoría «contrato a distancia», la definición de esta modalidad de contrato resulta decisiva para la delimita precisa del ámbito de aplicación de la ley. Si esto es importante en general, lo es más en las leyes que se separan del régimen de Derecho común (de la contratación), por cuanto, como ha sido dicho en alguna ocasión, en la medida en que el ámbito de aplicación no esté detalladamente definido, las medidas especiales de protección podrán ser percibidas como amenazas para el régimen general, y ello inducirá probablemente a una inaplicación por vía interpretativa, a modo de defensa del sistema. Por otra parte, la propia Directiva 97/7/CE condiciona de manera rígida la delimitación de tal ámbito de aplicación, pues *no habría transposición correcta si puede identificarse algún supuesto de los contemplados por la Directiva que quedase*

*fuera de la ley española. Sí es posible, en cambio, ampliar el ámbito objetivo de aplicación, extendiendo las medidas de protección a supuestos no contemplados por la Directiva.*

9.2. Junto a la utilización en exclusiva, para la negociación y celebración del contrato, de técnicas de comunicación a distancia, la noción sobre la que se hace descansar en la Directiva 97/7/CE, y en la *Propuesta 99 SF* el ámbito objetivo de aplicación, es la de «*contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor*».

Con esta noción se eludió la de «incitación a contratar», utilizada en los textos preparatorios, que si bien resultaba sumamente expresiva de la exigencia de que la iniciativa *del contrato* correspondiese al proveedor, acababa enredándose en la discusión técnica sobre la distinción entre oferta de contrato *e invitatio ad offerendum*, con lo que, finalmente, la «neutralidad» que desde el punto de vista técnico-jurídico suponía la expresión «incitación», podía suponer problemas interpretativos no queridos por la Directiva. Por ello se acudió finalmente a la idea de «*sistema de ventas o prestación de servicios a distancia organizado por e/proveedor*».

Hubiese resultado cómodo atenernos a esta fórmula para el contrato a distancia. Pero nos pareció que presenta algunas deficiencias:

a) en primer lugar, diluye la idea de «iniciativa» comercial del proveedor, que parece imprescindible si se trata de proteger al consumidor de los riesgos que derivan de una a de comercialización, y no de los que derivan del o servicio adquirido.

En efecto, aunque puedan identificarse otros «riesgos» generalmente presentes en la contratación a distancia (dificultades para la identificación del proveedor, falta de inmediatez entre la decisión de adquirir y el momento de la ejecución de la prestación, conocimiento del bien o servicio contratado sólo a través de las informaciones de carácter publicitario que suministra el proveedor, etc.), ninguno de ellas s «exclusivo» de los contratos a distancia, ni es seguro que concurra (así, por ejemplo, puede tratarse de un proveedor conocido, puede ejecutarse también «on line», o puede tratarse de bienes o servicios uso común, de marca, o comercializados igualmente por los canales tradicionales de distribución). El riesgo más importante viene dado por el hecho de que se trata de una técnica de comercialización que busca la «inmediatez» en la contratación, ofreciendo al consumidor una «excesiva» comodidad (con frecuencia apoyada en elementos de compulsión para el consumo), y llegando mucho más cerca de los ámbitos de intimidad del consumidor que lo que puedan llegar los letreros luminosos o los altavoces de los establecimientos comerciales tradicionales. Lo que en definitiva busca el proveedor, aparte de un deseable ahorro de costes de distribución (no siempre es así: puede resultar más cara la contratación a distancia que la utilización de la

red comercial tradicional), es el «llame ahora», el «haga clic», o la respuesta comercial inmediata, es decir, el sugerir la posibilidad inmediata de cerrar la operación, lo que sin duda reduce considerablemente el tiempo habitual de reflexión.

Parece, pues, que de alguna manera debe recuperarse la idea de «incitación al contrato», o de iniciativa del proveedor específicamente referida al modo de contratación.

- b) en segundo lugar, será difícil en ocasiones (particularmente cuando el proveedor utiliza también otros canales de distribución de su bien o servicio) percibir o determinar la existencia de un «sistema organizado» por el proveedor de contratos a distancia;
- c) por último, deja fuera supuestos que nosotros consideramos merecedores de la misma protección, cuales son los de contratos que se negocian y celebran a distancia, a iniciativa del proveedor, pero fuera del marco de un sistema organizado de contratación y distribución a *distancia*.

9.3. Se ha propuesto, por ello, una noción de contrato a distancia sensiblemente diferente a la de la Directiva pero que no deja fuera ninguno de los supuestos contemplados en el ámbito de aplicación de la misma. Este concepto está basado en tres exigencias:

- a) en primer lugar, ha de tratarse de un contrato en el que una parte actúe como consumidor, y otra como proveedor profesional.
- b) en segundo lugar, la negociación y la celebración deben realizarse íntegramente utilizando técnicas de comunicación a distancia, lo que viene a significar, conforme a la definición de «técnica de comunicación a distancia» que aparece en la Directiva (art. 2.4) y en la Ley (art. 1.3), que no habrá habido presencia física simultánea entre las partes.

Así, si existe un primer contacto a través de cualquier técnica de comunicación a distancia, que es seguido de un contacto personal para, por ejemplo, ofrecer información del bien o servicio, concluyéndose finalmente el contrato mediante la utilización de las mismas u otras técnicas de comunicación a distancia, no habrá «contrato a distancia». Se dirá que esto puede dar lugar a fraudes, por cuanto algunos proveedores pueden forzar algún contacto presencial entre las partes para evitar la aplicación de esta norma. Por ello por es por lo que se ha propuesto la modificación de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, en el sentido de dejar sujetos a esta norma los supuestos en los que sin existir un establecimiento comercial fijo o estable, se utilice una combinación de las técnicas de

comercialización a distancia y a domicilio. Así, el hecho de que la «visita» del proveedor al consumidor haya sido «solicitada» por el consumidor no impedirá la aplicación de aquella ley, «cuando su solicitud haya venido precedida de una comunicación comercial que propusiese al consumidor una técnica de comunicación a distancia como medio de concertar la referida visita al objeto de recibir o completar la información de un bien o servicio» (nueva redacción de la letra b) del apartado primero de la mencionada ley, según la Disposición adicional primera que aquí se propone).

c) Pero no basta con que no exista en ningún momento presencia física simultánea entre proveedor y consumidor. Hace falta algo más. En la Directiva, hace falta un «sistema organizado por el proveedor» para la comercialización a distancia. En la ley que se propone, hará falta que la(s) técnica(s) de comunicación a distancia utilizada(s) por el consumidor, haya(n) sido *predispuestas* por el proveedor profesional, debiendo entenderse que han sido predispuestas por el proveedor «*cuando en cualquier información comercial se propongan al consumidor como medio de adquirir un bien o servicio*» (art. 1.4).

Se exige, pues, una «predisposición» no ya del contenido del contrato, sino del modo de su celebración. El proveedor prepara, dentro o fuera de un «sistema» organizado, un modo de negociación y celebración del contrato, que será utilizando una o varias técnicas de comunicación «propuestas» por el proveedor al consumidor como medio de contratar. Esta noción es la que, entendemos, recupera *la idea de iniciativa comercial del proveedor, sin enredarse en la noción de oferta contractual* [da igual si quien hace la oferta es el proveedor o si es el consumidor «a invitación» del proveedor; da igual si la primera comunicación comercial contiene o no todos los elementos necesarios del eventual contrato] *y sin limitar el ámbito de aplicación a los supuestos en que el proveedor tenga, él mismo, organizado un «sistema» de contratación a distancia.*

9.4. En el apartado quinto del artículo 1 se enumeran supuestos que la Directiva 97/7CE excluye expresamente del ámbito de aplicación de la misma. Además de sensibles variaciones en la redacción, existen algunas diferencias entre el tenor de la Directiva y el de esta norma:

a) no se excluyen los servicios financieros, por cuanto, como ya se ha explicado, ha quedado «preparada» la transposición de la inminente Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, consideran como si fuera definitivo el texto de la *Propuesta 99 SF*,

b) por la misma razón, se especifica en la letra o de este apartado que sí son regulados por esta norma los contratos de crédito ligados causalmente a adquisición de derechos reales sobre inmuebles, como a su construcción y mejora, es decir, a lo que la *Propuesta 99 SF* denomina «crédito inmobiliario».

9.5. En el apartado sexto del artículo 1 se hace una precisión que proviene de la letra b) del artículo 1 de la *Propuesta 99 SF*, conforme al cual, «*para los contratos relativos servicios financieros que comporten operaciones sucesiva o una serie de operaciones separadas escalonadas en tiempo, las disposiciones de la presente Directiva solamente se aplicarán en la primera operación, independientemente del hecho de que, con arreglo a la legislación nacional, pueda considerarse que estas operaciones forman parte de un único contrato o de contratos individuales distintos*» Entendemos que, cambiada su redacción y adaptada a una terminología que nos parece más adecuada (*tracto sucesivo, ejecución a plazos, contratos conexos*), parece conveniente generalizar esta aclaración a todos los casos de contratación a distancia.

9.6. En el apartado séptimo del artículo 1 se incluyen unos supuestos de contratación a distancia respecto de los cuales sólo serán de aplicación algunas de las medidas previstas en la ley. Esta previsión proviene de lo dispuesto en el apartado segundo del art. 3 de la Directiva 97/7/CE, aunque la expresión «*suministrados por distribuidores que realicen visitas frecuentes y regulares*» se ha sustituido por la de «*que hayan de entregarse (..) a través de un sistema organizado de distribución a domicilio*».

## 10. Deberes de información (arts. 2 y 3)

10.1. La desinformación del consumidor se presenta unánimemente como uno de los principales riesgos que para el consumidor supone la contratación a distancia. De ahí el peso que tanto en la Directiva 97/7/CE como en la *Propuesta 99 SF* adquieren los deberes de información a cargo del proveedor.

10.2. La Directiva 97/7/CE distingue entre la «información previa» (art. 4) y la «confirmación escrita de la información» (art. 5). En el texto que se propone, se cambia la denominación: en el artículo 2 se regula la «información *precontractual*», y en el artículo 3 la «*información por escrito o mediante otro soporte duradero en caso de celebración del contrato*». Es importante comprender que no se trata tanto de una distinción temporal o secuencial, como de *distintos grados en la exigencia del deber de información* (en lo que se refiere a la forma de suministrarla, y en cuanto a los contenidos de la misma), según que llegue o no a celebrarse el contrato. En realidad, la segunda (la del artículo 3) engloba a la primera (la del artículo 2), salvo, obviamente, las informaciones que ya no tengan sentido una vez que se ha celebrado el contrato (por ejemplo, la referidas al período de vigencia de la oferta o del precio, o al coste de utilización de la técnica de comunicación a distancia). Lo que se ha pretendido es, en definitiva, un doble objetivo: de una parte, que el consumidor disponga, «*con la antelación suficiente [al momento de celebración del contrato] como para haberlas podido considerar*», de un conjunto de informaciones que normalmente no vienen aseguradas, de manera fiel, por las técnicas publicitarias o comunicaciones comerciales ordinarias, pero no cargando excesivamente al proveedor hasta el punto de hacer demasiado costoso el cumplimiento de este deber de información previo al contrato; y, de otra parte, sólo



para el caso de efectiva celebración del contrato, asegurar al consumidor que esa misma información la recibirá por escrito u otro soporte duradero (si no la ha recibido de ese modo con antelación a la celebración del contrato), así como asegurarle alguna información más, que no tiene tanto sentido antes de la celebración del contrato.

10.3. La información precontractual puede suministrarse por escrito o mediante otro soporte duradero (en cuyo caso luego no será preciso volver a informar de esta manera, una vez celebrado el contrato), pero no es necesario que así sea: bastará con que se considere que se ha informado *<por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación utilizada>*, lo que hace factible una información verbal en las comunicaciones comerciales por teléfono o radio, o visual en las comunicaciones por televisión, por ejemplo. En todo caso, se exigen unos deberes de información *«veraz, eficaz y suficiente»* (utilizando la terminología del art. 13.1 de la LGDCU), lo que, entre otras cosas, supone *«que deben resultar claras y comprensibles para las categorías de consumidores destinatarias del bien o servicio comercializado a distancia»* (art. 2.3.b). La noción de *«categorías de consumidores destinatarias del bien o servicio»* sirve, creemos, para que la valoración de la suficiencia y eficacia de la información no se mida desde el parámetro del consumidor más desprevenido (lo que supondría una carga inasumible para el proveedor), pero tampoco desde la del *«consumidor medio»*, que dejaría desprotegido al *«subconsumidor»*.

10.4. En cuanto al contenido mínimo de la información preconcentual, los arts. 2.1, 2.2 y 3.1 de la ley siguen a los arts. 4 y 5 de la Directiva, con las siguientes modificaciones (además de otras de redacción):

- a) La información sobre el domicilio del proveedor (y, en su caso, de su representante) se exige en todo caso, y no sólo cuando se vaya a exigir un pago por anticipado. Así es en la *Propuesta 99 SF* (art. 3.1.a), y si parece conveniente para todos los contratos a distancia. De la Directiva 2000/31/CE (*comercio electrónico*) se toma la obligación de informar, en el caso de comercialización a distancia de servicios profesional y Estado en el que se expidió,
- b) Se obliga al proveedor a informar de la inexistencia del derecho de desistimiento en los casos en que la Ley (en su artículo 8) no lo concede. Esta carga, que también aparece en la *Propuesta 99 SF* (art. 3.1.i), debe generalizarse, por cuanto creemos que si todavía hoy puede considerarse como novedoso el derecho de desistimiento, dentro de poco tiempo el consumidor medio sí sabrá de su existencia, y será más importante prevenirle de que no dispone de él (cuando así sea).
- c) La información referida al plazo y condiciones de ejercicio del mismo, que conforme a la Directiva 97/7/CE sólo sería obligatoria una vez celebrado el contrato, se exige en el art. 2.1.f), como

formando parte de la información precontractual. Creemos que esto es particularmente necesario en relación al contrato a distancia de prestación de servicios, en relación a los cuales el ejercicio del derecho de desistimiento presenta más variantes y modalidades, así como incluso la posibilidad de gastos, como se verá. La *Propuesta 99 SF* lo prevé así en su artículo 3.1 .h, y parece oportuno generalizarlo.

d) Se obliga al proveedor a informar de si está o no adherido al Sistema Arbitral de Consumo, o a algún otro sistema de solución extrajudicial de conflictos. Con esto se pretende reforzar de manera eficaz el arbitraje en materia de consumo, objetivo que conecta con lo dispuesto en los arts. 11.4 *in fine* y 17 de la Directiva 97/7/CE. Creemos que no será insólito que un consumidor se vea inclinado a aceptar las ofertas de los proveedores que se han sometido previamente a tales sistemas de reclamación o resolución de conflictos frente a las de quienes les informan de que no se han sometido a los mismos; por ello esta disposición podrá significar un fortalecimiento de nuestro sistema de arbitraje de consumo, lo que, al mismo tiempo, puede servir para uno de los objetivos básicos de la ley que es, como se dijo antes, favorecer la confianza del consumidor en este tipo de técnicas de comercialización, equiparándose con la que tradicionalmente ofrece el establecimiento comercial fijo y estable.

e) En el apartado segundo del artículo 2 se recogen *las informaciones mínimas exigidas por la Directiva 2000/31/CE* para la contratación electrónica para el caso de que quien adquiera el producto o servicio sea un consumidor. Da la impresión de que ésta es una previsión específicamente perteneciente a la protección del consumidor frente a la contratación a distancia, y por ello creemos que en esta ley debe hacerse mención a tales deberes de información.

f) Una vez celebrado el contrato, no bastará con haber informado (por escrito o mediante otro soporte duradero) de la «dirección geográfica» del proveedor (art. 5.1. Directiva 97/7/CE. Sino que también deberá indicarse “número de teléfono o *dirección de correo electrónico del proveedor o de su representante en España, que permitan al consumidor establecer una comunicación directa y efectiva con él*» (art. 3.1.b).

10.5. La exclusión prevista en el párrafo tercero del artículo 3 proviene de lo dispuesto en el art. 5.2 Directiva 97/7/CE.

#### **11. Consecuencias del incumplimiento de los deberes de información (art. 4)**

La única consecuencia prevista en la Directiva 97/7/CE para el incumplimiento de los deberes de información es la posposición del *dies a quod* para el inicio del cómputo del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento. Tal consecuencia nos ha parecido, de una parte, excesiva y desproporcionada en relación a alguno de los deberes

de información; de otra parte, nos ha parecido insuficiente. Hemos entendido más adecuado a los verdaderos intereses del consumidor la diversificación de las consecuencias del incumplimiento, según cuál sea el deber incumplido:

11.a. La inexigibilidad del pago anticipado del precio, aunque así se haya pactado, si el consumidor no recibe información de la identidad y domicilio del proveedor (art. 4, letra a);

11.b. La posibilidad de exigir la «calidad superior», dentro del género descrito en la información recibida por el consumidor, cuando haya lagunas o inexactitudes en relación a las características esenciales del bien o del servicio. Se deroga así, en beneficio del consumidor, lo dispuesto en el artículo 1.167 Código Civil (art. 4, letra b).

11.c. La posibilidad de liberarse pagando el menor precio que se acredite que existe en el mercado (no sólo en el mercado de contratación a distancia), cuando el consumidor no reciba información precontractual sobre el precio (art. 4, letra c);

11.d. La inexigibilidad de gastos o impuestos de los que no se haya informado al consumidor (art. 4, letra d);

11.e. La posibilidad de desistir del contrato cuando no se haya informado al consumidor de que no dispone de tal derecho, en los casos en que así lo prevea la ley (art. 4, letra f). Esta sanción, que pudiera parecer excesiva a primera vista, parece proporcionada y adecuada al interés que pretende protegerse, sobre todo si se tiene en cuenta que no será aplicable cuando "*por la naturaleza del bien o servicio resulte evidente que no se dispone de ese derecho*".

La posposición del *dies a quod* para el inicio del cómputo del plazo de desistimiento queda reservada, pues, para el caso de desconocimiento (*rectius*: falta de información por escrito o mediante otro soporte duradero) de la existencia de dicho derecho, así como de su plazo y condiciones de ejercicio, y de la identidad y dirección del proveedor. Es justamente en este caso en el que tal sanción tiene sentido: en realidad, lo que se pretende es configurar el deber de informar del derecho de desistimiento como «carga» que debe soportar el proveedor si quiere obtener la ventaja del transcurso del plazo de ejercicio del desistimiento.

Esta es, por cierto, la manera más racional, proporcionada y adecuada de asegurar el cumplimiento de este importante deber, y no la anulabilidad del contrato, por la que optó el art. 4 de la LCFEM. Por ello, y para contribuir a una unificación del régimen del derecho de desistimiento del consumidor, se propone en la Disposición adicional primera, apartado segundo, la reforma de dicho artículo.

## 12. Incorporación de condiciones generales en contratación a distancia (art. 5)

El artículo 5.3 de la LCGC previó un régimen específico para el control de incorporación de condiciones generales en la contratación telefónica y electrónica. Dicho régimen había de desarrollarse, por delegación expresa contenida en tal precepto, por vía reglamentaria, con el único condicionante de que el proveedor habría de enviar al consumidor, inmediatamente, justificación escrita *de la contratación* efectuada, *donde constarán todos los términos misma*. El denostado Real Decreto 1906/1999, desarrolló este precepto, invadiendo sin duda alguna competencias legislativas, en un tímido y desacertado empeño de incorporar algunas de las medidas previstas en la Directiva 97/7/CE.

Compartimos decididamente las críticas que se han ido haciendo hacia este Real Decreto, cuya derogación proponemos. Nos resulta mucho más apropiado (por adaptarse a las exigencias propias de la contratación telefónica y electrónica, y por respetuoso con el principio de legalidad textual que había propuesto el Prof. Carrasco a cargo del Instituto Nacional de Consumo. Pero hemos considerado que una Ley de contratación a distancia podía incidir de manera más directa sobre la cuestión, al no estar su alcance justificado por los límites de un Reglamento de desarrollo, y por ello se ha propuesto, junto a la derogación del citado Real Decreto, la modificación del propio art. 5.3 LCGC, el cual, de aprobarse esta sugerencia, se limitaría a remitirse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de protección de los consumidores en la contratación a distancia. En este artículo se han incorporado buena parte de las sugerencias hechas en su día por el Prof. Carrasco, con algunas variaciones:

12.a. En primer lugar, parecía adecuado no limitar la especialidad del régimen de incorporación de condiciones generales a la contratación telefónica y electrónica, sino referirla a todos los contratos a distancia, en los que concurre la característica que hace necesaria dicha especialidad, a saber: la imposibilidad de una firma convencional.

12.b. La obligación, en todo caso, del proveedor, de informar al consumidor de la «existencia» de condiciones generales que han de regir el contrato, y el ofrecimiento expreso de la posibilidad de facilitárselas por escrito o mediante otro soporte duradero, «*a requerimiento suyo, antes de la perfección del contrato*»: así, creemos, se asegura al consumidor una «*posibilidad real de conocer [las condiciones generales] de manera completa al tiempo de la celebración del contrato*» (art. 7.a de la LCGC), sin entorpecer de manera innecesaria y desproporcionada esta forma de contratación en perjuicio no sólo del proveedor, sino incluso del consumidor, quien de ordinario estará más interesado en la rápida recepción del producto o servicio, que en el cabal conocimiento minucioso de cada línea de las condiciones generales. En todo caso, si el consumidor renuncia a la posibilidad de demorar la celebración del contrato mientras no reciba la información sobre las condiciones

generales, el proveedor deberá enviárselas (por escrito o mediante otro soporte duradero) una vez celebrado el contrato, de forma inmediata, y nunca después de la ejecución del contrato (apartados primero y segundo del art. 5).

12.c. En el caso de la contratación electrónica el mencionado sistema se completa con una exigencia que no va a suponer ninguna dificultad seria para el proveedor: las condiciones generales habrán de ponerse a disposición del consumidor *«mediante cualquier sistema que permita al consumidor, al tiempo de la celebración del contrato, almacenar y reproducir dicha información»* (apartado 3, *in fine* del art. 5).

12.d. Algo más atrevido es lo propuesto en el apartado cuarto del artículo 5. En él se «recupera» un concepto lamentablemente perdido durante la tramitación parlamentaria de la LCGC: el de las «cláusulas sorprendentes», es decir, aquéllas que impliquen *«una regulación del contrato significativamente diferente a la que el adherente podría legítimamente esperar»*. Aunque no se nos ha pedido que mejoremos la LCGC, sí creemos justificado emplear dicha categoría en relación a la contratación a distancia dado que, en las circunstancias en que ésta se produce, y habida cuenta de que el control de incorporación queda algo relajado, existe un riesgo especial de utilización de cláusulas sorprendentes. Por ello se impone un deber de información *«especialmente destacada, acorde con la importancia de la misma y con la técnica de comunicación a distancia utilizada, y siempre antes de la celebración del contrato»*, como requisito para que pueda ser invocada frente al consumidor una cláusula de tales características.

12.e. Por último, se equiparan alas condiciones generales, desde el punto de vista de los requisitos para su invocabilidad *«en perjuicio del consumidor»*, los códigos de conducta y las normas profesionales o deontológicas a las que el proveedor esté sujeto. Con esto se da cumplimiento a los deberes de información sobre los mismos que se prevén en la Directiva 2000/31/CE.

### **13. Derecho de desistimiento (arts. 6, 7 y 8)**

No es preciso insistir en la importancia del derecho de desistimiento en el ámbito del Derecho de los consumidores, en general, y en el de la contratación a distancia, en particular. Da la impresión de que la Directiva 97/7/CE gira, justamente, alrededor de esta pieza, y que gran parte de su contenido está dirigida a asegurar la eficacia del mismo, acaso por considerar que con el mismo se desincentivarán los comportamientos abusivos más frecuentes o importantes en la contratación a distancia, y se propiciará la confianza del consumidor respecto de este modo de contratación.

Se han dedicado tres artículos a la regulación del derecho de desistimiento. En el artículo 6 se describe tal derecho, y se señalan las condiciones de ejercicio, el plazo y su cómputo. En el artículo 7 se regulan las consecuencias del desistimiento, según que las prestaciones (precio, entrega del bien o suministro del servicio) se hayan ejecutado (total o parcialmente) o no. Por último, en el art. 8 se exponen ordenadamente los supuestos en los que excepcionalmente el consumidor no dispondrá del derecho de desistimiento.

Dejando al margen detalles de redacción, las »desviaciones» más importantes respecto de la Directiva 97/7/CE (nunca en perjuicio del consumidor) son las siguientes:

13.a. En relación a los contratos a distancia de prestación de servicios, la Directiva 97/7/CE no contempla la posibilidad de ejercicio del derecho una vez iniciada la ejecución del servicio. Respecto de ellos, el primer punto del artículo 3 dice que el consumidor no podrá ejercer el derecho de desistimiento cuando se trate de contrato de prestación de servicios «*cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables*» desde la celebración del contrato. Sin duda, detrás de esta diferenciación entre ventas (respecto de las que el plazo de ejercicio del derecho no comienza mientras no se haya entregado la cosa) y contratos de prestación de servicios (en los que el plazo concluye con el inicio de la ejecución de la prestación) está la más difícil restituibilidad de los servicios ya prestados. Nos ha parecido, en cambio, más adecuado el sistema previsto en la *Propuesta 99 SF* que sí prevé esta posibilidad, si bien con la repercusión sobre el consumidor del coste de la ejecución ya realizada al tiempo del desistimiento, calculable conforme a criterios cognoscibles por el consumidor (art. 5.1, letras a y b, de la *Propuesta 99 SF*). Así, en definitiva, cuando se trate de contratos de prestación de servicios:

- i) el plazo de siete días para el ejercicio del derecho de desistimiento se iniciará en el momento de la celebración del contrato (salvo incumplimiento del deber de información precontractual de la existencia del mismo) (art. 6.2.b);
- ii) para asegurar la posibilidad de ejercicio del mismo, el proveedor no podrá iniciar la ejecución mientras no transcurra dicho plazo; si infringe esta prohibición, se aplicarán las consecuencias previstas en el art. 12 para el caso de suministros no solicitados (art. 6.2.b);
- iii) el consumidor podrá, sin embargo, autorizar esa ejecución anticipada, pero habrá de ser una autorización expresa (art. 6.2.b);
- iv) si consiente dicha ejecución anticipada, no por ello pierde el derecho de desistimiento; pero su ejercicio, que en todo caso deberá ser anterior a que se concluya la ejecución (art. 8, letra c, punto i),

comportará costes para el consumidor respecto de los que habrá debido recibir información suficiente, y que serán objetivamente calculables (art. 7.3).

13.b. Se aclara en qué momento se ha de entender ejercitado el derecho de desistimiento, a fin de determinar si se hizo o no dentro del plazo de caducidad: a tal efecto se sigue la teoría de la emisión, cargando al consumidor con la prueba de la misma (art. 6.1).

13.c. Se penaliza al proveedor con un total del 20% de la cantidad recibida, si en caso de ejercicio del derecho de desistimiento no restituye al consumidor en el plazo de treinta días lo que éste pagó. En paralelo, el consumidor también podrá sufrir una penalización del 20% si no restituye al proveedor el bien recibido en el mismo plazo de treinta días desde que desistió (apartados primero y segundo del art. 7).

13.d. Se aclara que el derecho de desistimiento no altera el régimen común de riesgos por pérdida de la cosa (art. 7.2 *in fine*).

13.e. La inclusión de cláusulas de penalización ligadas al ejercicio del derecho de desistimiento se equiparan a la falta de información adecuada sobre las condiciones de ejercicio del mismo, por lo que supondrán la posposición del *dies a quod* para el inicio del cómputo del plazo de ejercicio; ello sin perjuicio, claro está, de su nulidad (apartado quinto del artículo 7).

13.f. En cuanto a los supuestos excluidos del derecho de desistimiento, únicamente se ha procurado una redacción más clara y una exposición más ordenada según que el objeto lo constituyan bienes, servicios o servicios financieros (respecto de estos últimos, se reproducen los supuestos de exclusión previstos en la *Propuesta* 99 SF).

#### **14. Plazo para la ejecución del contrato (art. 9)**

En relación al plazo de cumplimiento, la Directiva se limita a establecer, con carácter de derecho dispositivo, un plazo de ejecución de 30 días «a partir del día siguiente a aquel en que el consumidor le haya comunicado su pedido, pero ni pone límites a la posibilidad de acordar plazos más largos, ni establece consecuencia alguna para el caso de incumplimiento.

Ambos flancos han sido cubiertos en la propuesta que se hace, por cuanto creemos que uno de los aspectos que más interesa al consumidor en la contratación a distancia es que se acorte en lo posible la «distancia»

(ahora en el tiempo, y no en el espacio) entre la decisión de adquisición y la recepción del bien o servicio, distancia que suele ser inferior cuando el contrato se celebra en establecimientos convencionales.

14.a. De una parte, para que se considere pactado un plazo superior a treinta días, se aclara que no bastará con la «mera inclusión en el contrato de una cláusula o condición general no negociada, siendo exigible la aceptación «expresa y singularizada» del consumidor. Si no es con estas condiciones, el plazo máximo será el de treinta días menos que la naturaleza de la prestación justifique cosa.

14.b. De otra parte, el incumplimiento del plazo considerado como incumplimiento definitivo, a efectos de facultar al consumidor para resolver, si le interesa, el trato. Opte por la resolución o por el incumplimiento, el proveedor deberá indemnizar al consumidor en un alzado, consistente en un 20% del precio total. Se obviamente, de una penalidad civil coercitiva del cumplimiento, prevista por la Ley, más que de una verdadera indemnización de daños; aun siendo conscientes de la implantación de esta figura en Derecho es creemos que en supuestos como el contemplado sirve para dar eficacia a un derecho que difícilmente encuentra protección por otras vías alternativas, sin que pueda considerarse una medida desproporcionada.

## **15. Incumplimiento del contrato por falta de disponibilidad de la prestación (art. 10)**

15.1. En el comercio tradicional, en el que suelen coincidir en el tiempo celebración y ejecución del contrato, la falta de disponibilidad de los bienes o servicios anuncia lo que es conocida en el momento en que va a celebrarse el contrato, por lo que normalmente éste no llega a celebrarse. Es difícil, en definitiva, que se produzca una indisponibilidad *sobrevvenida* que impida el cumplimiento del contrato, y por ello, si existe un deber de disponibilidad de mercancías o de organización empresarial suficiente como para atender los pedidos de los clientes, suele ubicarse en la fase precontractual.

En la contratación a distancia, en cambio, puede resultar más frecuente que el proveedor sepa que no dispone del bien o no puede cumplir el servicio una vez que ya se ha celebrado el contrato: se hace una promoción de los mismos por cualquier técnica de comunicación a distancia, dirigida a la generalidad del público; un número impredecible de consumidores, empleando la técnica de comunicación a distancia *predispuesta* por el proveedor, presta su consentimiento contractual, quedando el contrato definitivamente celebrado, y sólo después, cuando el proveedor tiene a la vista el número de contratos celebrados, toma conciencia de que no tiene existencias o medios suficientes como para cumplir los compromisos contractuales. Ya no es, por hipótesis, un problema precontractual: es un caso de incumplimiento de contrato.



Por justificada que parezca en algunas ocasiones, el riesgo de indisponibilidad sobrevenida de la prestación no puede imputarse al consumidor. La contratación a distancia supone, de ordinario, para los proveedores, un ahorro de costes de distribución, o el logro de una respuesta comercial mayor que otros sistemas alternativos; parece lógico que si por tal medio el proveedor logra la celebración de más contratos de los previstos, se le haga responder (en mayor o menor medida) de ese desfase entre contratos celebrados y posibilidades de cumplimiento de los mismos. Lo contrario supondría equiparar, en perjuicio de los consumidores, el contrato perfeccionado a unos meros tratos preliminares.

15.2. La Directiva 97/7CE ofrece en este aspecto uno de sus flancos más débiles, por los cuales puede escaparse buena parte de la energía protectora de los consumidores. En su artículo 7, apartado segundo, dice que «en caso de no ejecución del contrato por parte de un proveedor por no encontrarse disponible el bien o servicio objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar cuanto antes las sumas que haya abonado y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días». En el apartado tercero se prevé la posibilidad de que, si así se previó en el contrato, el proveedor suministre, en caso de indisponibilidad, un bien o servicio «de calidad y precio equivalentes».

El régimen establecido en estos dos apartados es especialmente generoso con el proveedor, por cuanto:

a) la única consecuencia que prevé para el caso de incumplimiento (por falta de disponibilidad) es la misma que se derivaría en caso de que no hubiera llegado a celebrarse el contrato, es decir:

i) si no hubo entrega de cantidad alguna por el consumidor en concepto de pago anticipado del precio, no se produce consecuencia alguna; únicamente la obligación a cargo del proveedor de informar (se supone que en el plazo de cumplimiento, es decir, treinta días como máximo) de la falta de disponibilidad.

ii) si el acreedor exigió el pago anticipado (total o parcial) del precio, antes *incluso* de saber si *podía o no cumplir*, podrá limitarse a devolver esa cantidad, eso sí en un plazo máximo de treinta días, sin indemnización de ningún tipo, y sin que ni siquiera el consumidor tenga la oportunidad de exigir el cumplimiento en un momento posterior en el que ya fuese posible.

b) se prevé la validez de una especie de *facultad solutoria* prevista en el contrato, antes de saber si existirá o no indisponibilidad, conforme a la cual quedaría a criterio del proveedor dar por resuelto el contrato (y devolver, en su caso, el dinero entregado a cuenta), o suministrar, si le conviene más, un bien o servicio de calidad y precio equivalentes (eso sí, sin perjuicio del derecho de desistimiento del consumidor). No se dice nada sobre qué condiciones son precisas para que deba entenderse que dicha facultad está «prevista» «antes

de la celebración del contrato, o en el contrato»; si se considerase suficiente con la inclusión de una cláusula en condiciones generales, podríamos estar en presencia de una cláusula *sorprendente* (en el sentido descrito más arriba) autorizada por el legislador.

c) todo ello sin una expresa previsión referida a la carga de la prueba de la misma indisponibilidad y de que ésta ha sobrevenido después de la celebración del contrato, lo que podría propiciar de hecho, dada la dificultad del consumidor de conocer las existencias o disponibilidad del proveedor, y el número de contratos celebrados por el mismo, que el proveedor se encuentre facultado para desistir de los contratos sin más, invocando una indisponibilidad que no podría discutir el consumidor; así, por ejemplo, podría el proveedor atender con preferencia pedidos más recientes, con un precio superior, invocando respecto de los pedidos más antiguos (cerrados con un precio inferior), la indisponibilidad del bien o del servicio.

15.3. Todo ello [además de la expresa salvedad introducida en la *Propuesta 99 SF* que, al tratar la cuestión de la indisponibilidad del servicio (artículo 8) se remite expresamente a las *normas del Derecho civil de los Estados miembros relativas al incumplimiento contractual*], nos ha inducido a hacer uso de las posibilidad que deja la Directiva 97/7/CE para ir más allá del nivel de protección que en ella se propone, haciendo recaer sobre el proveedor, de una manera creemos que razonable, proporcionada y soportable, el riesgo de incumplimiento por indisponibilidad sobrevenida.

La regla general, que se incluye en el apartado primero del artículo 10, es que el proveedor responde del incumplimiento debido a dicha indisponibilidad de la prestación: es decir, el proveedor no puede invocar, sin más, la indisponibilidad (ni originaria ni sobrevenida) para exonerarse de su obligación; la indisponibilidad del bien o del servicio contratados, es un supuesto de incumplimiento contractual.

Pero en los apartados siguientes se modula el contenido de dicha responsabilidad, agravándola o moderándola, distinguiéndose según que tal indisponibilidad sea «imputable» o no al proveedor.

a) Si la indisponibilidad es «imputable» al proveedor (es decir, si no se dan las circunstancias señaladas en el apartado segundo, a las que luego nos referiremos), se considerará el supuesto como un incumplimiento definitivo sin más, produciéndose las consecuencias señaladas en el artículo 9.3 (inobservancia del plazo de cumplimiento): el consumidor podrá optar por el cumplimiento (cuando éste sea posible en un momento ulterior) o por la resolución, teniendo derecho en ambos casos a una indemnización fijada en un 20% del precio total.

b) El proveedor puede escapar de esta responsabilidad en los casos de indisponibilidad que no le sea «imputable». Con la particularidad de que esa imputabilidad va a depender, conforme a lo previsto en el

apartado segundo del artículo 10, no de circunstancias inmanejables, sino del cumplimiento por su parte de unas cargas informativas: bastará con que

- i) al tiempo de la celebración del contrato el consumidor esté informado de la posibilidad de que su pedido no pueda ser atendido [*rectius*: su contrato no pueda ser cumplido]; y
- ii) en un plazo máximo de siete días desde la celebración del contrato comunique al consumidor dicha indisponibilidad, informando de si es definitiva o transitoria.

Con esta doble carga informativa se consigue, primero, estimular la competencia en el punto, interesante para los consumidores, de la firmeza de los compromisos (es claro que el consumidor bien informado elegirá normalmente al proveedor que le asegure el cumplimiento, y no lo deje a expensas de la incierta posibilidad de la indisponibilidad sobrevenida); y, segundo, evitar el riesgo de invocar indisponibilidad para encubrir otras razones del incumplimiento (por ello antes de siete días tiene el consumidor que saber si hay o no disponibilidad de bienes o posibilidad de cumplimiento del servicio; parece que los siete días son un plazo razonable para el proveedor para verificar si tiene o no disponibilidad de la prestación).

Si se dan ambas informaciones, la indisponibilidad se califica como «no imputable», y el régimen de responsabilidad se dulcifica:

- i) Si no hubo pago anticipado del precio, el consumidor podrá optar por la resolución (sin indemnización) o por el cumplimiento tardío de la prestación, cuando ésta sea posible;
- ii) Si el proveedor, a pesar de haber previsto (e informado de) la eventualidad de la falta de disponibilidad, ha exigido el pago anticipado del precio (o de una parte del mismo), el consumidor podrá optar por la resolución (con restitución de cantidades, incrementadas en un 5%, precisamente en atención a que se exigió el pago anticipado sin seguridad de poder cumplir) o por el cumplimiento tardío
- iii) En todo caso, si al informar de la falta de disponibilidad dentro del plazo de siete días desde la celebración del contrato, el proveedor ofreció al consumidor el cumplimiento del contrato con un suministro de sustitución, el consumidor podrá optar por esta posibilidad, sin más consecuencias que algunas modalizaciones al régimen general del derecho de desistimiento. Pero obsérvese que el cumplimiento con un bien o servicio de precio y calidad equivalentes no será nunca una «facultad» del proveedor, sino una posibilidad del consumidor, por lo que éste no se verá nunca sorprendido con la recepción de bienes o servicios distintos a los solicitados.

## 16. Pago mediante instrumentos electrónicos (art. 11)

La inseguridad de lo que podemos denominar, quizás impropriamente, «pago a *distancia*», es otro factor de los que disuaden a los consumidores a contratar a distancia. A pesar de la creciente seguridad de los instrumentos electrónicos de pago, puede considerarse todavía normal la desconfianza en dar los datos o dígitos de la tarjeta de crédito o cualquier otro instrumento de pago a un proveedor a quien no se conoce. De ahí que, como medio de proteger de abusos y fraudes al consumidor y como medio también de estimular esa confianza que impulsará mercado de la contratación a distancia, la Directiva propone que se ofrezcan garantías a los consumidores por el caso de utilización abusiva de los instrumentos electrónicos de pago (artículo 8).

En relación a este punto se ha tenido especialmente en cuenta la redacción del artículo 46 de la LOCM y el artículo 6.3 de la Recomendación de la Comisión Europea, de 30 de julio de 1997 [DO núm. L 208, de 2 de agosto de 1997) , en la que la Comisión invitaba a los Estados miembros de la UE a adoptar una serie de normas relativas a las transacciones efectuadas mediante instrumentos de pago a distancia, justificadas en la creciente importancia cuantitativa de su empleo en las operaciones nacionales y transfronterizas, la diversificación de instrumentos ofrecidos por las entidades financieras y, sobre todo, en la utilidad que la contribución a la seguridad y uniformidad del régimen jurídico de esta forma de pago reviste para la consolidación del mercado único y para la unión económica y monetaria.

El consumidor dispone de un plazo de veinte días para anular, sin necesidad de justificación alguna, el cargo que se hubiere hecho en la cuenta asociada a cualquier instrumento electrónico de pago del que sea titular, si no fue presentado físicamente ni identificado por medios electrónicos (apartado primero del art. 11). En dicho plazo no tiene que probar que hubo una utilización fraudulenta: el proveedor o beneficiario del pago estará obligado a anularlo en un plazo máximo de treinta días, a menos que pruebe que fue el titular quien ordenó el pago, para lo que no será suficiente, como señala el art. 6.3 de la Recomendación antes fijada, con acreditar la utilización de un código confidencial o cualquier otro elemento similar de identificación (apartado tercero del art. 11). Esto supone, en definitiva, que el riesgo de fraude en la utilización de instrumentos electrónicos de pago se desplaza hacia el proveedor, quien está en condiciones de prevenirlo mediante una mayor exigencia a la hora de la identificación del ordenante del pago.

Transcurridos los veinte días desde que el consumidor tuviera conocimiento del cargo, sólo podrá exigir su anulación si prueba el fraude en la utilización del instrumento electrónico de pago del que es titular. El plazo de veinte días se ha adoptado por ser un plazo utilizado en la práctica bancaria para que el titular de una cuenta anule pagos por recibos respecto de los que no ha dado un expreso consentimiento previo.

## 17. Suministros no solicitados (art. 12)

Especialmente agresiva es la técnica comercial consistente en el envío de un bien no pedido, o en el suministro de un servicio no solicitado, con objeto de forzar así la aceptación del consumidor (por comodidad, por inercia o por ignorancia).

La Directiva 97/7/CE, en su artículo 9, prohíbe directamente esta práctica comercial, estableciendo *como mínimo* una sanción de carácter civil, que es dispensar al consumidor de toda contraprestación. También procura evitar problemas probatorios e interpretativos, dejando claro que la falta de respuesta no puede considerarse como consentimiento contractual. La *Propuesta* 99 SF cambia la redacción, pero apenas matiza las previsiones referidas a esta materia.

Para la transposición de estas previsiones se ha procurado, en primer lugar, delimitar con mayor precisión el supuesto de «suministro no solicitado», y, en segundo lugar, ofrecer un régimen jurídico en el que se distinga netamente el suministro no solicitado voluntario (que queda prohibido, y que supondrá la concesión al consumidor de un derecho a hacer suyo el bien o servicio sin contraprestación alguna), del suministro no solicitado por error del proveedor (pago/cobro de lo indebido), en cuyo caso habrá que distinguir, a su vez, según que ese error sea o no «evidente» desde la perspectiva del consumidor, para aplicar el régimen del cobro de lo indebido de buena o de mala fe, según los casos.

17.a. Suministro no solicitado habrá cada vez que se suministre una prestación (con exigencia de pago «sea expresa o tácita, sea inmediata o diferida, incluso cuando se otorgue un plazo de reflexión para hacer la prueba o ensayo del bien o servicio») que no sea cumplimiento de un contrato (apartado primero, y apartado segundo, letra a, del artículo 12). Como, además, corresponde al proveedor la carga de la prueba del contrato cuando ese particular se discuta (artículo 15, apartado primero, letra f), queda disipado el riesgo de que una actitud pasiva, o el silencio, o la falta de respuesta, o cualquier otra conducta del consumidor que no sea la prestación del consentimiento contractual, justifique el suministro y evite las consecuencias previstas en este artículo 12. Con todo, en el artículo 15.1 .f, se aclara que dicho silencio o falta de respuesta no podrá considerarse como consentimiento contractual.

Se hace preciso, sin embargo, para evitar excesos injustificados que pudieran entorpecer desproporcionadamente la celebración y ejecución de los contratos a distancia, salvar dos supuestos:

- i) primero, cuando no hay contrato, pero sí pedido o encargo «*con reserva* de su aceptación *contractual definitiva*» por parte del consumidor. En tal caso el suministro del bien o servicio sólo podrá

considerarse como «no solicitado» si no se informa al consumidor, de manera clara y suficiente, de que «no está obligado al pago mientras no manifieste su aceptación expresa» (art. 12.2.a *in fine*);

ii) segundo, la posibilidad de la tácita reconducción, cuando conforme a la naturaleza del contrato y los pactos entre los contratantes, ésta sea admitida, de modo que el suministro de la prestación y su recepción una vez expirado el plazo de duración inicial, hayan de calificarse como expresión de esa tácita reconducción (art. 12.2 b).

17.b. Si se trata de un suministro no solicitado sin que intervenga error (el cual no se presume, sino que tendrá que ser probado por el proveedor), entonces, sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan, el consumidor tendrá derecho a «hacer suyo el bien o servicio, sin contraprestación alguna». La Directiva 97/7/CE no llega tan lejos (únicamente le exonera de contraprestación alguna incluso en caso de pasividad y falta de respuesta, pero su tenor no impide que el proveedor le exija la devolución de la cosa), pero sí parece adecuada esta sanción *civil*, por cuanto resultará sin duda disuasoria de tales prácticas, en la medida en que el consumidor goce de una adecuada información sobre este derecho. Se trata, en definitiva, de una adquisición ex lege de la propiedad del bien, o de una apropiación ex lege de la utilidad del servicio, que, como bien se ve, comporta derogación de las reglas generales del Derecho de obligaciones. Por esta misma razón resulta imprescindible permitir la aplicación de dichas reglas cuando no haya voluntariedad, por el proveedor, en el suministro no solicitado. En tal caso, probado el error del proveedor, se aplicará el régimen del cobro de lo indebido, tal y como fue inteligentemente propuesto por el Prof. Díaz Soto con motivo de la interpretación del artículo 42 de la LOCM. En particular, asumiendo la interpretación del citado profesor, tomando algunos elementos de dicho artículo 42, y añadiendo alguna específica previsión para el caso del suministro indebido de servicios, se propone lo siguiente:

i) si el error, aunque probado, no resultaba «evidente para el consumidor», éste será considerado como *accipiens* de buena fe (art. 12.4);

ii) si el error podía considerarse como «evidente para el consumidor» según las circunstancias concurrentes, entonces estará obligado al cumplimiento de unas obligaciones, poco gravosas, tendentes a proteger el derecho del proveedor de recuperar el bien o los elementos integrantes del servicio indebidamente suministrados, así como a «evitar costes al proveedor que se deriven de la utilización voluntaria del servicio por su parte», teniendo derecho a recibir a cambio del cumplimiento de tales deberes, una indemnización del 10% del precio del bien o servicio, o a hacerlos suyos si no se satisface dicha indemnización en un mes (art. 12.5). Si estas obligaciones no son cumplidas por el consumidor, será considerado como *accipiens* de mala fe (art. 12.5 *in fine*).

## **18. Comunicaciones comerciales a través de técnicas de comunicación a distancia que permitan una comunicación individual, cuando no han sido solicitadas por el consumidor (art. 13)**

El artículo 13 reproduce las cautelas que la Directiva 97/7/CE propone para mitigar la contaminación publicitaria y comercial de los receptores individuales de técnicas de comunicación a distancia (teléfono, fax, correo electrónico, buzón): en unos casos prohibición sin previo consentimiento (apartado primero), y en otros, funcionamiento eficaz de las listas de exclusión voluntaria, para que el consumidor pueda dar a conocer su voluntad (vinculante) de no querer recibir tales comunicaciones comerciales (apartado segundo). Para que tales listas cumplan eficazmente su función, se exige al proveedor o a quien emita comunicaciones comerciales a través de las mencionadas técnicas de comunicación a distancia el cumplimiento de algunos deberes:

18.a. Que se suscriban al menos a una de esas listas, o que creen una propia

18.b. Que las consulten al menos cada catorce días. Aunque la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal propone, para los fines de la misma, un plazo de diez días, se ha preferido un plazo más manejable para el proveedor (al hacerlo bisemanal le permite organizar la consulta por ejemplo un mismo día de la semana), pero no tan excesivo como el que se prevé en algún anteproyecto de la Ley de comercio electrónico (“una vez *al mes*”).

18.c. Sobre todo, que en toda comunicación comercial a través de las técnicas que permitan una comunicación individual se informe al consumidor «de la existencia *de tales listas y del modo de inscribirse gratuitamente en las mismas*».

## **19. Acciones judiciales colectivas (art. 14)**

Como se dijo al principio, uno de los postulados de los que se ha partido es que para que las medidas de protección de los consumidores en la contratación a distancia habrían de tener un «recubrimiento colectivo», abriendo con generosidad la puerta de las acciones colectivas no sólo en vía administrativa o penal, sino particularmente en la jurisdicción civil. El artículo 11, apartado segundo, de la Directiva 97/7/CE invita vagamente (decimos vagamente porque bastaría para ser observada esa disposición con permitir recursos en vía administrativa ejercitables por las entidades que se enumeran) al establecimiento de estas acciones. El artículo 12 de la Propuesta 99 SF no va mucho más allá.

En el artículo 14 de nuestra propuesta se ha optado decididamente por la acción colectiva y la acción «de grupo» en la jurisdicción civil, aprovechando las novedosas reglas de procedimiento adaptadas para tales acciones que se han introducido en la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil. Abierto el cauce procesal o procedimental para las acciones colectivas y las acciones de grupo, y resuelto desde hace mucho tiempo el problema estricto de *legitimación procesal* de las asociaciones de consumidores y usuarios (arts. 7 LOPJ y 20 LGDCU), faltaba únicamente perfilar con exactitud qué medidas judiciales («acciones») concretas podían hacerse valer, por las asociaciones de consumidores y usuarios, por tal cauce procesal, y a qué otras entidades u organizaciones convenía otorgar también la legitimación procesal.

19.a. En cuanto a las acciones o medidas judiciales concretas que pueden obtenerse por la vía colectiva grupo, sobre la base de que se trate de prácticas o infracciones realizadas o cometidas «en *relación a un grupo o generalidad de consumidores*», se han seleccionado entre todas las posibles conforme al contenido de ley, las que hemos considerado que más pueden re dar en la eficacia de la protección de los consumidores.

i) Por el incumplimiento de los deberes de información (la información que se ofrece la decide el proveedor no caso por caso, sino al diseñar en su junto la comercialización -a distancia- del bien o servicio); en tal caso, además de un pronunciamiento declarativo y de la condena a corregir o completar en lo sucesivo la información a suministrar, la sentencia especificará las consecuencias *que procedan en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley el resto del ordenamiento jurídico*, consecuencias que podrán hacerse valer por cualquier consumidor que haya contratado a distancia con el déficit formación declarado por la sentencia.

ii) Por el incumplimiento de las obligaciones de devolución de cantidades y pago de indemniza previstas en el caso de derecho de desistimiento incumplimiento del contrato (arts. 7.1 y 9.3). S de una típica acción «de grupo», dirigida a proteger a una generalidad de consumidores, cuando constancia de que la no devolución de cantidades o el impago de las indemnizaciones ha sido una conducta habitual o generalizada de un proveedor. evitar que cada consumidor tenga que litigar cuenta, se habilita a las asociaciones de consumidores para que protagonicen la reclamación, pudiendo hacer su valer su derecho, en ejecución de sentencia, cada consumidor que demuestre encontrarse en la situación definida por la sentencia como determinante de la obligación de pago del proveedor.

iii) Dos acciones de carácter inhibitorio, referidas al cese de conductas prohibidas, que son los suministros no solicitados, y las comunicaciones comerciales que no observen lo dispuesto en el art. 13.



19.b. En lo que respecta la extensión de la legitimación activa, se ha considerado pertinente reservar la acción contemplada en la letra b) del apartado primero del artículo 14 a las asociaciones de consumidores. El resto de acciones pueden ser ejercitadas por todas las entidades enumeradas en el apartado segundo del artículo 14. La acción de cese de comunicaciones comerciales irregulares también ejercitada por la Agencia de Protección de Personales u organismos autónomos equivalentes.

Por otra parte, y conscientes de que esto puede ser una novedad cuyas consecuencias no están del todo calibradas, pero impulsados por el afán de fortalecer el sistema arbitral de consumo, se ha previsto que las colectivas mencionadas podrán ejercitarse en el de dicho sistema, o a través de otros procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, en los supuestos especificados en el apartado sexto del artículo 14.

## 20. Carga de la prueba (art. 15)

Los problemas de la prueba son especialmente importante en la contratación a distancia. Particularmente en las modalidades, como es la contratación telefónica y electrónica, en las que no queda rastro documental escrito de las declaraciones de voluntad (comunicaciones comerciales, oferta y aceptación de contrato, etc.). Una imprevisión en esta materia puede suponer que las medidas de protección previstas resulten difícilmente puestas en práctica: ¿cómo acreditar que no se ha recibido información sobre el derecho de desistimiento?; ¿de qué sirve el establecimiento de plazos mínimos para el cumplimiento del contrato o para la restitución de cantidades anticipadas, si no se puede probar la fecha de celebración del contrato? Consciente de ello, la Directiva 97/7/CE dice, en su artículo 11.3.a que *“Los Estados miembros podrán establecer que la carga de la prueba de la existencia de una información previa, de una confirmación por escrito o del o de los plazos y del consentimiento del consumidor a recaer en el proveedor”*.

Es verdad que la regulación de la prueba que aparece en esta Ley de Enjuiciamiento Civil ha flexibilizado muy saludablemente las reglas de distribución del onus *probandi*, de modo que el criterio, ya avanzado por la jurisprudencia constitucional y por la civil, de la *posición prona* de cada una de las partes (es decir, quién está en esas condiciones de probar qué), ha adquirido un indudable protagonismo, por lo que una remisión a esas reglas generales contenidas en la LEC no diferiría mucho de especialmente se proponen aquí. En realidad, las reglas que aparecen en el artículo 15 no son sino una concreción de ese principio según el cual la carga de la prueba asignará a la parte que está en mejores condiciones darla. En particular, se atribuye al proveedor la carga de la prueba de todas las declaraciones de voluntad así a través de técnicas de comunicación a distancia (salvo, obviamente, la del desistimiento unilateral), por cuanto se parte de la base de que *la especial dificultad probatoria que comporta esta técnica de contratación ser soportada por el proveedor, que es quien la «predispone»*, según los términos empleados en el artículo 1 a definición de contrato a distancia. También, aunque por exigencias diferentes, se le

imputa la carga de la a de la recepción del bien, de la identidad del ordenante de un pago mediante instrumentos electrónicos no presentados físicamente ni identificados electrónicamente error en el suministro no solicitado, y el pago de las des e indemnizaciones que deba satisfacer al consumidor. En paralelo, corresponderá al consumidor además del ejercicio del derecho de desistimiento de plazo, la entrega de cantidades al proveedor en concepto de pago o anticipo.

## 21. Disposiciones especiales para la contratación distancia de servicios financieros aras. 17 a 20)

Como ya quedó dicho, la mayoría de las disposiciones as en la *Propuesta 99 SF* se han llevado a la parte general de la ley, bien por considerar que, con una redacción más o menos perfeccionada, no hacen sino reiterar lo ya previsto en la Directiva 97/7/CE, bien porque se haya considerado oportuno su generalización, *mutatis mutandi*, a todos los supuestos de contratación a distancia.

Hay, sin embargo, algunos aspectos de la *Propuesta 99 SF* que no se encuentran en ninguna de esas dos situaciones, y que por tanto justifican un capítulo diferenciado para los servicios financieros. No son muchos:

21.a. Sobre todo, el plazo de desistimiento, fijado en un mínimo de catorce días y en un máximo de treinta, en el artículo 4.1 de la *Propuesta 99 SF*, que además especifica que dicho plazo, dentro de esos márgenes, *<podrá variar en función de los servicios financieros de que se trate>*.

Hemos considerado que ésta sí es materia que admite y aconseja una remisión a un posterior desarrollo reglamentario, dada la gran variedad de servicios financieros y la necesaria flexibilidad a la hora de fijar plazos distintos según su naturaleza. Así, se ha optado por adoptar como regla general el plazo mínimo (catorce días), sin perjuicio de una ampliación singularizada del mismo por vía reglamentaria.

Esta variabilidad de plazos podrá, sin duda, generar incertidumbres para el consumidor, por cuanto cada Estado miembro podrá optar por plazos distintos, siempre dentro de los márgenes de la *Propuesta 99 SF*. Por ello es adecuada la norma especial de Derecho internacional privado que aparece en la misma, que opta por la legislación de origen (legislación del Estado miembro en el que el proveedor esté establecido -art. 4.1 *in fine*-), a la que nosotros añadimos un especial deber de información: cuando esa legislación establezca un plazo más reducido que el de la ley española, el proveedor habrá debido informar de ello al consumidor en el modo y con las condiciones del art. 3 (artículo 18.2 *in fine*).

21.b. Unos especiales deberes de información que no constan en la Directiva 97/7/CE ni es precisa su generalización (art. 17.1, con las casuísticas excepciones del 17.2)

21.c. Y la obligación de restitución de documentos originales que lleven la firma del proveedor, en caso de desistimiento o resolución a instancia del consumidor (art. 8 ter de la *Propuesta 99 SF*, y 19 de la Ley).

## **22. Normas de Derecho internacional privado (arts. 21 a 23)**

22.1. El capítulo tercero, bajo el título «Normas de Derecho internacional privado» tiene por objetivo fundamental dar satisfacción al mandato que deriva del artículo 12.2 de la Directiva 97/7/CE, según el cual los Estados miembros han de garantizar que el consumidor no quede privado de la protección que otorga dicha Directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros. Para cumplir con esta obligación, la se ha tenido presente en todo momento el alcance y límites de la habilitación legislativa conferida por el legislador comunitario, único ámbito en el que es factible desplazar al régimen general establecido, para los contratos internacionales, por el convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, a salvo que se siga el procedimiento previsto por el artículo 23 de dicho convenio. Dicho respeto es el que ha determinado que el sistema de Derecho internacional privado de esta ley sea de aplicación, exclusivamente, a los contratos internacionales de consumo celebrados a distancia que reúnan tres requisitos, a saber, que la ley elegida por las partes no sea la de un Estado miembro de la Comunidad Europea o del Espacio Económico Europeo, que el contrato posea un vínculo estrecho con el mercado interior y, además, que estemos en presencia de un consumidor que tenga tal carácter de acuerdo con lo establecido por la Directiva mencionada. Fuera de tales supuestos, por ejemplo, cuando la ley designada como aplicable al contrato es la de un Estado de los referidos, o cuando el contrato no contiene una designación de ese tipo, el régimen de los contratos internacionales celebrados a distancia deberá ser averiguado en las disposiciones del Convenio de Roma.

La Comunidad Europea no ha pretendido exportar la protección de los consumidores establecida por el Derecho comunitario a otros países, sino únicamente establecer una protección uniforme y alta de los consumidores dentro del territorio comunitario. Esta idea aparece reflejada en la exigencia de un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros como condición de aplicabilidad del Derecho comunitario. El principio de proximidad, que se traduce en la regla de la vinculación estrecha, es bien conocido en Derecho internacional privado. Dicha regla no constituye, en sí misma, un criterio de conexión, siendo preciso dotarla de sentido teniendo en cuenta las finalidades y objetivos que la norma persigue. Tal y como se desprende del preámbulo de la Directiva 97/7/CE, el objetivo del Derecho comunitario no es sólo elevar el nivel de protección de los consumidores sino, igualmente, generar, mediante la aproximación de las legislaciones en materia de protección de los consumidores, condiciones equivalentes de competencia para los vendedores y prestadores de servicios dentro de la Comunidad, y servir así a la creación efectiva del mercado interior. Si la finalidad de las

directivas es evitar que se produzcan distorsiones a la competencia, resultará adecuado otorgar al Derecho comunitario un ámbito de aplicación suficientemente amplio, que garantice la existencia de condiciones de competencia equivalentes en todo el mercado interior. O dicho de otro modo, sería preciso garantizar la aplicación del nivel de protección comunitario de los consumidores cuando esté en juego la competencia en el mercado interior. La aplicación imperativa del Derecho europeo habrá de proceder siempre que, como resultado de la elección del Derecho de un tercer país que otorgue al consumidor una protección de nivel inferior a la establecida por el Derecho comunitario, se pueda provocar una alteración de las condiciones de competencia en el mercado interior que favorezca a unos competidores en detrimento de los otros. La ley ha optado por preconfigurar un conjunto de supuestos, expresivos de situaciones típicas en las existirá la proximidad con el mercado interior a que se refiere el art. 12 apartado segundo de la Directiva, y por dejar cierto margen al juez para que, a la vista de las circunstancias de la contratación, pueda valorar la existencia de una vinculación estrecha con el mercado interior europeo en supuestos diferentes de los definidos a priori.

La norma de DIPr contenida en la Directiva 97/7/CE ú mente se ocupa de establecer su alcance espacial respecto de terceros ordenamientos. Por el contrario, no indica qué Derecho estatal deberá recibir aplicación en u puesto concreto. Sin embargo, la lectura de la legislación comunitaria revela que pueden existir divergencias las leyes estatales de transposición del Derecho comunitario. La ley ha optado por atribuir relevancia jurídica disparidades normativas existentes entre las legislaciones de los Estados miembros, que pueden ser importantes para las partes en un eventual procedimiento y, en consecuencia, por el establecimiento de una norma *bilateral* donde la posibilidad de aplicar un Derecho diferente español no solamente no es descartada, sino que s temple expresamente. De este modo se evitan los problemas que podría presentar una norma unilateral que diese el ámbito de aplicación de la ley española sobre todos los contratos celebrados a distancia que pos vínculo estrecho con el mercado interior, norma que podría resultar incompatible con la regla comunitaria conocimiento mutuo, al impedir que un proveedor Estado miembro venda sus productos en las mismas condiciones que lo hace en su Estado de origen, si exista causa que justifique dicha restricción come asimismo, se ha descartado una extensión del ámbito de la ley española exclusivamente sobre los supuestos conectados con el mercado español, que impondría la carga de una más complicada gestión y administración del sistema, pues habría de acudir a expedientes diversos al objeto de garantizar el objetivo perseguido por la Directiva comunitaria (por ejemplo, eventual bilateralización la norma, integración de la laguna a través de las n unilaterales de otros países, resolución de conflictos positivos y negativos de normas, etc). Frente a tales posibilidades, el formato bilateral de la norma logra cumplir el objetivo señalado por el art. 12.2 de la Directiva, igualmente respetuoso con la regla comunitaria de reconocimiento mutuo y con las exigencias de justicia forman a las normas de Derecho internacional privado en nuestro ordenamiento jurídico. La norma acoge dos criterios de conexión, inspirados también por las exigencias del mercado interior: por un lado, la regla de re miento mutuo encuentra su expresión en la aplica Derecho del país de la sede social o domicilio del proveedor, lo cual,

en muchos casos, garantizará la aplicación del estándar comunitario de protección. Cuando dicha conexión no conduce a la aplicación del Derecho Estado miembro de la Comunidad Europea, es de aplicación el Derecho de la residencia habitual del con Por último, para aquellos supuestos en los que de las conexiones determine la aplicación de la país comunitario (por ejemplo, el consumidor c distancia en España teniendo su residencia habitual en Estados Unidos y el proveedor está establecido en Japón), la garantía de aplicación del estándar comunitario de protección del consumidor se conseguirá aplicando la ley española.

22.2 Siguiendo la filosofía que informa al artículo 5 del convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, la ley incorpora asimismo una disposición dirigida a proteger *la expectativa razonable del consumidor que puede confiar en la aplicación del Derecho de su residencia habitual, cuando el proveedor ha dirigido sus actividades comerciales sobre este país*. Dicho correctivo, que aparece como obstáculo a la libre circulación de mercancías y servicios, sin embargo debe estimarse legítimo pues se funda en la necesidad de proteger al consumidor cuando éste puede esperar un determinado nivel de protección.

22.3. Por último, el artículo 23 completa al sistema diseñado en este capítulo estableciendo un ámbito de aplicación específico para la prohibición de la venta a distancia de medicamentos. Dicha norma encuentra fundamento y legitimación en la propia Directiva 97/7/CE, cuyo artículo 14 expresamente prevé que *«Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas, compatibles con el Tratado, a fin de garantizar una mayor protección del consumidor. Si ha lugar, dichas disposiciones incluirán la prohibición, por razones de interés general y en cumplimiento del Tratado, de la comercialización en sus territorios, mediante contratos celebrados a distancia, de determinados bienes o servicios, en especial de medicamentos»*.

### **23. Disposiciones adicionales**

Como se dijo al inicio de esta Memoria, se ha procurado cuidar una correcta adaptación de la ley de transposición a su entorno normativo más próximo. Ello ha motivado la propuesta de modificaciones puntuales de algunas normas:

23.a. En primer lugar, de la LCFEM, en dos aspectos concretos:

- i) primero, para evitar que, aprovechando una determinación no armonizada de los ámbitos de aplicación de una y otra normas, los proveedores «diseñen» formas híbridas de comercialización que comporten una visita al consumidor con presencia física, pero forzando (mediante técnicas de comunicación a distancia) una «solicitud» de dicha visita, para así escapar de las medidas de protección

de los consumidores que aparecen en una u otra norma (Disposición adicional primera, apartado primero).

ii) En segundo lugar, para unificar el régimen del derecho de desistimiento, eliminando importantes diferencias que no encuentran justificación en las peculiaridades de cada técnica de comercialización, sino exclusivamente en el hecho de que cuando se promulgó la LCFEM no se había generalizado, como técnica para asegurar civilmente el cumplimiento por el proveedor de su carga de información al consumidor, la posposición del *dies a quod* para el inicio del cómputo de su plazo *de ejercicio, técnica que desde luego parece más apropiada que la de anulabilidad del contrato* (Disposición adicional primera, apartado segundo). En el mismo sentido, se ha eliminado una injustificada disparidad terminológica para designar el derecho de «arrepentimiento» del consumidor, optando por la expresión «derecho de desistimiento» (Disposición adicional primera, apartado tercero).

23.b. En segundo lugar, la mención del derecho de desistimiento dentro de la LGDCU, compensando así la ausencia en la misma de uno de los derechos que, si al tiempo de su promulgación era prácticamente desconocido en nuestro país, hoy día, por obra de las leyes *de transposición de Directivas*, es una de las principales piezas del Derecho de los consumidores.

Ya se dijo que la Ley alemana de 27 de junio de 2000 ha introducido una mención de dicho derecho de desistimiento en el BGB (art. 361-A). Por nuestra parte, conscientes de tanta ausencia de figuras importantes que merecerían el rango de Derecho común en nuestro Código, hemos preferido limitarnos al nivel de la LGDCU, introduciendo un apartado segundo en el artículo 9, en el que se alude a dicho derecho, con una expresa remisión a *«los casos y las condiciones que las leyes prevean»*, aunque proponiendo un régimen general subsidiario, acorde con la reciente jurisprudencia del TJCE, consistente en que *«el derecho podrá ejercitarse de cualquier modo que permita su prueba, no será precisa la indicación de motivo alguno, y no comportará penalización alguna para el consumidor»*.

23.c. En tercer y último lugar, una reforma del artículo 5.3 de la LCGC, que ya se explicó y se justificó en el apartado 12 de esta Memoria.

## **24. Disposiciones derogatorias**

24.1. Una vez que se ofrece una regulación completa de las medidas de protección de los contratos en la contratación a distancia, debe derogarse la regulación de las ventas a distancia a las que la LOCM dedicaba sus artículos 38 a 48, así como la Disposición adicional primera, referida a los contratos a distancia de prestación de servicios. En el apartado 7 de esta Memoria se justificó por qué se ha optado por una ley exclusivamente dedicada a la contratación a distancia, y no por una reforma de tales preceptos de la LOCM.

24.2. También quedó explicado en el apartado 12 de esta Memoria por qué debe derogarse el Real Decreto 1906/1999.

24.3. Más dudas nos ha planteado la derogación de los Reales Decretos 1133/1997, de 11 de julio, y 1976/1998, de 18 de septiembre, referidos al Registro de ventas a distancia. Tales Reales Decretos provienen de la decisión tomada por la LOCM en su artículo 38, de establecer un control registral de las empresas dedicadas a las ventas a distancia, y fue fuente de conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas. A la vista de tales problemas competenciales, y sobre todo teniendo en cuenta la inidoneidad de someter a tal requisito de inscripción en un Registro administrativo a las empresas (españolas) que comercialicen a distancia servicios (incluidos los servicios financieros), así como a la expresa prohibición de la Directiva 2000/31/CE de toda forma de control previo de las empresas proveedoras de servicios de la sociedad de la información, se ha considerado conveniente derogar esos reglamentos de carácter estatal, sin perjuicio, desde luego, de que en el ámbito de sus competencias, las Comunidades Autónomas decidan mantener ese Registro de ventas a distancia.

## **25. Disposición final**

Es doctrina común del TJCE que las normas de transposición se interpretarán a la luz de las Directivas de las que traen causa. Ese principio se incorpora en forma de criterio legal de interpretación, en la Disposición final. No hace falta precisar que esta Disposición final no excluye la aplicabilidad de los demás criterios de interpretación propuestos por el artículo 3.1 del Código Civil. Simplemente significa que, dentro del «contexto» normativo al que se refiere tal artículo como elemento hermenéutico, ocupa un lugar destacado la Directiva 97/7/CE así como la Directiva que finalmente resulte aprobado en materia de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. La inclusión de esta Disposición final nos parece importante, porque nos ha permitido prescindir de la inclusión en el texto de la ley que proponemos de conceptos aclaratorios y definiciones que aparecen en tales Directivas, así como una cierta dosis de flexibilidad que en la

redacción concreta de cada precepto, seguros de que su adecuación con los matices más ínfimos de cada Directiva queda asegurada con esta remisión interpretativa.



## Colaboradores

### IGNACIO CRUZ ROCHE

Es Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales (UAM), Licenciado en Derecho (UCM) y Licenciado en Ciencias Empresariales (ICADE). Catedrático de Comercialización e Investigación de Mercados y Vicerrector de la Universidad Autónoma de Madrid. Consultor de Naciones Unidas (UNCTAD-GATT y OMS) en proyectos docentes y de desarrollo económico.

### M.<sup>a</sup> JESÚS YAGÜE GUILLÉN

Es Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Zaragoza. Desde 1994, Catedrática del área de Comercialización e Investigación de Mercados, y desde 1997, ocupa su cargo en el departamento de Financiación e Investigación Comercial de la Universidad Autónoma de Madrid.

### LUIS RUBIO ANDRADA

Es Profesor Asociado del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad Autónoma de Madrid. Imparte docencia de Estadística Económica y Empresarial en dicha Universidad desde el curso 1986-1987. Premio extraordinario de doctorado en la UAM.

### JAVIER OUBIÑA BARBOLLA

Es Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Autónoma de Madrid. Premio de Especialidad de Investigación Comercial. Profesor Asociado del Departamento de Financiación e Investigación Comercial de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la UAM.

### AMPARO CABALLERO

Es Doctora en Psicología y Profesora del Departamento de Psicología Social y Metodología de la Universidad Autónoma de Madrid.

### PILAR CARRERA

Es Doctora en Psicología y Profesora Titular del Departamento de Psicología Social y Metodología de la Universidad Autónoma de Madrid.

### FLOR SÁNCHEZ

Es Doctora en Psicología y Profesora Titular del

Departamento de Psicología Social y Metodología de la Universidad Autónoma de Madrid.

### BENJAMÍN SIERRA DÍEZ

Es Doctor en Psicología y Profesor Titular del Departamento de Psicología Básica de la Universidad Autónoma de Madrid.

### PABLO BRIÑOL TURNES

Es Doctor en Psicología y Profesor del Departamento de Psicología Social y Metodología de la Universidad Autónoma de Madrid.

### GUILLERMO MARAVER TARIFA

Es Profesor Titular del Departamento de Administración de Empresas y Marketing de la Universidad de Granada. Licenciado en Ciencias Empresariales por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Doctor en Comercialización e Investigación de Mercados. Su actividad investigadora se desarrolla en aspectos relativos al marketing relacional entre empresas en el canal de distribución y al comportamiento de compra del consumidor.

### VIDAL DÍAZ DE RADA

Es doctor en Sociología por la Universidad de Deusto y profesor en la Universidad Pública de Navarra. Ha completado su investigación en la Universidad de Arizona y en el «*Centre for Survey Data Analysis*» del Departamento de Estadística Social de la *Universidad de Southampton*. Su trayectoria investigadora se centra principalmente en la metodología y el comportamiento del consumidor.

### LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ

Jefe de la División "Eliminación de las restricciones a los intercambios de mercancías (artículos 28 a 30 CE)", Dirección General de Mercado Interior, Comisión Europea, Bruselas. De 1982 a 1987 fue Director del Departamento de Legislación alimentaria, veterinaria y fitosanitaria de la FAO, Roma. Profesor invitado del Colegio Europeo de Parma (Italia) y del International Centre de la Universidad de Leicester (Reino Unido). Miembro de honor de la Asociación Europea para el Derecho Alimentario y de la Asociación Catalana de Ciencias de la Alimentación.